

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

DOKTORA TEZİ

**DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURULLARIN İDARİ
İŞLEMLERİNDE YARGISAL DENETİMİNİN KAPSAMI
VE ETKİNLİĞİ**

Egemen FALCIOĞLU

2502080193

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İSTANBUL – 2018



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : EGEMEN FALCIOĞLU Numarası : 2502080193

Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR.AYDIN GÜLAN

Tez Savunma Tarihi : 11.06.2018 Saati : 15:30

Tez Başlığı : Düzenleyici ve Denetleyici Kuralların İdari İşlemlerinde Yargısal Denetiminin Kapsamı ve Etkinliği

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.AYDIN GÜLAN		KABUL
2- PROF.DR.MELİKŞAH YASİN		Kabul
3- PROF.DR.ARSLAN KAYA		Düzeltilme
4- PROF.DR.ALİ RIZA ÇINAR		Kabul
5- PROF.DR.ALİ NECİP ORTAN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.CEMİL KAYA		
2- PROF.DR.TURAN YILDIRIM		

ÖZ

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURULLARIN İDARİ İŞLEMLERİNDE YARGISAL DENETİMİNİN KAPSAMI VE ETKİNLİĞİ EGEMEN FALCIOĞLU

Tezde yapısal ve işlevsel anlamda ekonomik düzenleme ve denetleme ile bu işlev kapsamında tesis edilen idari işlemlerin görüldüğü iptal davasında yapılan yargısal denetimin etkinliği ve kapsamı incelenecektir. İdare hukuku ve iptal davası bakımından yargısal denetimin etkinliğinin, denetimin kapsamının belirlenmesi ile sağlanabileceği düşünülmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların yargısal denetiminin kapsamının belirlenebilmesi için konunun öncelikle organik ve işlevsel anlamda tartışılması gerekmektedir. Bu hususta yapılacak değerlendirme ve tespitlerden sonra yargısal denetimin kapsamı bakımından daha isabetli sonuçlara varılabilecektir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar ilk defa Amerika’da ortaya çıkmış ve Türkiye’den önce diğer Kıta Avrupası ülkelerinde yaygınlaşmıştır. Bu nedenle araştırmamızda Amerikan hukuku ve Alman hukuku esas alınarak karşılaştırmalı hukuktan faydalanılmıştır. Ayrıca Türk hukuku ile Amerikan ve Alman hukuklarında ortak noktalar da tespit edilmeye çalışılmıştır. Yargısal denetimin kapsamının ortaya konulması Danıştay içtihatlarının da ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak mahkeme kararları açısından karşılaştırmalı bir araştırma içerisine girilmeyecek ve Danıştay içtihatları tez kapsamında irdelenecek ve tahlil edilecektir.

Tez üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumların Amerika’da kuruluş sebep ve gerekçeleri, Avrupa’da ve sonrasında ülkemizde yayılması ve Türkiye’de anayasal statüsü, idari teşkilat içindeki yeri, özerkliği üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar işlevsel yönden ele alınmaktadır. Ayrıca ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin ekonomik kolluk faaliyeti içerisinde yeri kolluk faaliyeti ile kamu hizmeti ayırımından yararlanılarak tespit edilmeye çalışılacaktır. Üçüncü

bölümde iptal davasının ve iptal davasında yargısal denetim ölçütlerinin temel özelliklerine değinildikten sonra, yargısal denetimin kapsamı şekli denetim ve esas denetimi olarak iki ana ayrım üzerinden değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdare Hukuku, Düzenleyici ve Denetleyici Kurum, Bağımsız İdari Otorite, Ekonomik Düzenleme, Ekonomik İdare Hukuku, Yargısal Denetim, Yargısal Denetimin Kapsamı, İdari İşlem.



ABSTRACT

SCOPE AND EFFICIENCY OF JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTIONS OF INDEPENDENT REGULATORY AGENCIES

EGEMEN FALCIOĞLU

The thesis examines structural and functional sense of economic regulation and the effectiveness and scope of judicial review of administrative actions those established under this function. As far as administrative law and action for annulment are concerned, it is considered that the effectiveness of judicial review could be achieved by determining the scope of review. In order to determine the scope of judicial review of independent regulatory agencies, first the issue needs to be discussed in structural and functional sense. More accurate results may be achieved in terms of the scope of judicial review after assessments and determinations to be made on this issue.

Independent regulatory agencies emerged for the first time in the United States and became widespread in continental European countries and Turkey. For this reason, researches and studies have been based on American and German comparative law. In addition to that, common points between Turkish law and American and German law tried to be identified. Exposure of the scope of judicial review also requires an inside look at the jurisprudence of the Council of State. However, no comparative inquiry is made in terms of court decisions and the cases of the Council of State will be examined and analyzed within the scope of the thesis.

The thesis consists of three parts. The first part is referred to the reasons and justifications for establishment of independent regulatory agencies in the United States, their spread in Europe and our Country, constitutional status, the place of the administrative organization and autonomy of this agencies in Turkey. In the second part, economic independent regulatory agencies are taken from the functional perspective. In addition, the place of economic regulation and supervision function shall be tried to be determined within the economic police power activity by making use of police power activity and public service. In the third section, the basic

characteristics of the action for annulment and of criteria of the judicial review in the action for annulment were first discussed, the scope of the judicial review was evaluated based on two main distinctions as formal review and substantial review.

Keywords: Administrative Law, Independent Regulatory Agency, Economic Regulation, Economic Administrative Law, Judicial Review, Scope of Judicial Review, Administrative Action.



ÖNSÖZ

Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinin yargısal denetiminin kapsamının, konunun yapısal ve işlevsel yönü de göz önünde bulundurularak incelenmesi tezimizin amacını oluşturmaktadır. Bu vesile ile öğretiye ve mahkemelere yardımcı olmak istenilmektedir. Konu tarihsel ve yapısal, işlevsel ve yargısal denetime ilişkin yönleriyle araştırılmaktadır. Yargısal denetimin kapsamı hem teorik hem de Danıştay içtihatlarıyla pratik olarak ele alınmıştır. Ayrıca karşılaştırmalı hukuktan da faydalanılmıştır.

Kaynak araştırması için Erasmus Programı ile gittiğim Frei Universitaet Berlin – Berlin Özgür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi yönetimine, kütüphanenin zengin Amerikan hukuku ve Alman hukuku kaynaklarına rahatlıkla erişmeme olanak verdiği için teşekkür ederim.

Tez çalışmasında sundukları katkılardan dolayı, özellikle tez konusunun seçimi, verdiği fikir, tavsiye ve destek için tez danışmanım Prof. Dr. Aydın GÜLAN'a, tez izleme komitesi üyeleri Prof. Dr. Arslan KAYA ile Prof. Dr. Melikşah YASİN'e, düzeltme ve tavsiyeleri için Ticaret hukuku doçenti ağabeyim Doç. Dr. Mete Özgür FALCIOĞLU'na, bana sağladığı idare hukukçusu bakış açısı ve her zaman verdiği destek için Danıştay Emekli Daire Başkanı babam yargıç Turan FALCIOĞLU'na, gösterdiği sabır ve verdiği destek için eşim Seda FALCIOĞLU'na teşekkür etmeyi borç bilirim.

İSTANBUL, 2018
EGEMEN FALCIOĞLU

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	v
ÖNSÖZ	vii
KISALTMALAR LİSTESİ	xiv
GİRİŞ	1
A. Konunun Sınırlandırılması	2
B. İptal Davasında Etkinlik ve Kapsam	4
C. Terminoloji ve Kavramsal Çerçeve	6
D. Yöntem ve Bölümlendirme	9

BİRİNCİ BÖLÜM

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN ORTAYA ÇIKIŞI VE TÜRKİYE’DE HUKUKİ STATÜSÜ

A. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Ortaya Çıkışı Ve Yayılmaları	12
1. Amerika’da Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Kuruluş Ortamı, Amacı ve Özerkliği	12
a. Federal Devlet İçerisinde Teknik İdarenin Oluşumu ve İdari Örgütün Yaygınlaşması	14
b. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Amerika’da Kuruluş Amacı	21
c. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Amerikan Devlet Sistemi İçerisindeki Yeri ve Özerkliği	23
2. Kıta Avrupası’nda Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Ortaya Çıkışı ve Yayılması	28
a. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Öncesi Dönem	28
b. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Sonrası Dönem	31
3. Amerika ve Avrupa’daki Gelişimin Karşılaştırılması	33
4. Türkiye’de Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Ortaya Çıkışı ve Yayılması	37
B. Türkiye’de Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Anayasal Dayanağı ve İdari Teşkilat İçinde Yeri	40
1. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Anayasal Dayanağı	40
a. Kuruluşları Bakımından Anayasal Dayanak	41

b. Görevleri Bakımından Anayasal Dayanak.....	43
c. Merkezi İdarenin Vesayet Denetimi Bakımından	44
2. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların İdari Teşkilat İçindeki Yeri.....	45
3. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların İdarenin Bütünlüğü Kuralı Açısından Değerlendirilmesi.....	46
C. Türkiye’de Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özerkliği.....	48
1. İdari İşlemler Tesis Edilirken Merkezi İdarenin Etkilerinden Uzak Olma ve Bağımsızlık-Özerklik Tartışması.....	48
2. Anayasa’da 6771 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler Sonrasında Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özerkliği	50
3. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özerkliğinin Yargısal Denetimin Kapsamını Etkileyip Etkilemediği Sorunu	52

İKİNCİ BÖLÜM

EKONOMİK DÜZENLEME VE DENETLEME İŞLEVİ

A. Düzenlemenin (Regülasyonun) Karşılaştırmalı Hukuk Kapsamında Anlamı	55
1. Düzenlemenin Genel Olarak Anlamı.....	55
2. Düzenlemenin Amerikan İdare Hukukunda Anlamı	57
a. Düzenlemenin Federal Yürütme Erki İçerisinde Bulunmakla Beraber Yürütme İşlevinden Ayrı Bir İşlev (İdari İşlev) Oluşturması Anlamı	57
b. Düzenlemenin Klasik Anglo-Sakson Hukuk Anlayışından Uzaklaşılma Anlamı.....	59
3. Kıta Avrupası’nda ve Ülkemizde Düzenlemeye Yaklaşım	61
B. Kamu Hizmeti – Kolluk Faaliyeti Ayrımında Ekonomik Düzenleme ve Denetleme İşlevinin Devletin Ekonomiye Müdahale Yöntemleri Arasındaki Yeri	65
1. Ekonomik İdare Hukuku Bağlamında Genel Değerlendirme.....	65
2. Amerikan Hukukunda Ekonomik Kolluk Faaliyeti ve Ekonomik Kamu Hizmeti.....	68
3. Türk ve Alman İdare Hukukunda Ekonomik Kolluk Faaliyeti ve Ekonomik Kamu Hizmeti Ayrımı	72
a. Genel Olarak Kolluk Faaliyeti – Kamu Hizmeti Ayrımı	72
b. Düzenleme ve Denetleme İşlevinin Özelleştirmeler Sonrası Hukuk Sistemine Girmesi ve KİT’lerin Faaliyetleri ile İlişkisi.....	76

C. Düzenleme ve Denetleme İşlevi Kapsamında Yürütülen Ekonomik Kolluk Faaliyeti ve Bu Faaliyetin Temel Özellikleri.....	82
1. Genel Olarak Ekonomik Kolluk Faaliyeti	82
a. Kamu Düzeni ve Ekonomik Kamu Düzeni	82
b. Ekonomik Kolluk Faaliyeti	85
2. Düzenleme ve Denetleme İşlevinin Diğer Ekonomik Kolluk Faaliyetinden Farklılıkları	87
3. Ekonomik Düzenleme ve Denetlemenin Kolluk Faaliyetini Aşıp Aşmadığı Tartışması.....	94
a. Virtüel Kamu Hizmeti Görüşü	94
b. Kamu Hizmeti Denetimi Görüşü	95
4. Düzenleme ve Denetleme İşlevinin Temel Özellikleri.....	98
a. Sınırlanan Anayasal Hak ve Hürriyetler	98
b. Hukuk Devleti İlkesi	100
c. Kolluk Usulleri	102
d. Düzenleme ve Denetleme İşlevinde Tesis Edilen İşlemler.....	103

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN İŞLEMLERİNİN İPTAL DAVASINDA YARGISAL DENETİMİ

A. İptal Davasının Konu Bakımından Özellikleri	108
1. İptal Davası Hukuk Yargılamasından Ayrı Bir Yargılamayı Gerektirmektedir	109
2. İptal Davası Yoluyla Hukuk Devleti İlkesi Somutlaşmakta ve İdare Hukuku Sürekli Gelişmektedir	113
3. Davalı İdarenin Devletin Bir Organı Olmasının İptal Davası Üzerinde Etkileri	114
a. İdare ile Mahkemelerin İşlevsel Araç Ortaklığı	114
b. İptal Davası Temyiz Yoluna Benzetilmektedir.....	118
c. İdari İşlem Usulü İle İdari Yargılama Usulü Arasındaki Benzerlik.....	120
B. Yargısal Denetimde Kullanılan Ölçütler ve Bu Ölçütlerin Düzenleyici Ve Denetleyici Kurumların İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi.....	121
1. Hukuk Sistemleri Bakımından Değerlendirme.....	121
a. Türk Hukukunda.....	121
b. Amerikan Hukukunda	122

c. Alman Hukukunda	125
2. Açıklanan Hukuk Sistemlerinin Ortak Noktaları.....	127
3. Şekli Denetim ve Esas Denetimi Ayırımı Bakımından İdarenin Takdir Yetkisi	129
4. Şekli Denetim İle Esas Denetimi Arasındaki İlişki	132
a. Tarihsel Gelişim İlişkisi	132
b. Birbirini Tamamlama İlişkisi	133
C. Şekli Denetim	134
1. Yetki Unsuru.....	135
a. Genel Olarak Yetki Unsuru.....	135
b. Ekonomik Düzenleme ve Denetleme İşlevinde Yetki Unsuru	136
(1) Konu Bakımından Yetki.....	136
i. Farklı İdareler Arasında Yetki Uyuşmazlıkları.....	137
ii. Aynı İdare İçerisinde Yetki Uyuşmazlıkları	143
(2) Zaman Bakımından Yetki.....	144
i. Zamanaşımı.....	146
ii. Lehe Olan Yasanın Uygulanması	150
(3) İçtihatlarda Yetkinin Farklı Anlamalarda Kullanımı	151
(4) Yetki Unsuru Bakımından Genel Değerlendirme	154
2. Şekil – Usul Unsuru.....	154
a. Şekil ve Usul Kavramları	154
b. Şekli Usulün Yargısal Denetim Bakımından Önemi	156
(1) Genel Olarak İdare Hukukunda.....	158
(2) Ekonomik Düzenleme ve Denetleme İşlevinde	160
c. Amerikan İdari Usul Sistemi ve Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Bu Sistem İçerisindeki Yeri	162
(1) APA Sistemi	162
(2) Informal – Formal Adjudication (Basit ve Şekli Bireysel İşlem Usulü)	164
(3) İnformal – Formal Rulemaking (Basit ve Şekli Düzenleyici İşlem Usulü)	169
d. Türkiyede Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların İşlem Usulü.....	173
(1) Daha Önce Gerçekleşen Yasa Çalışmaları	173
(2) Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özel Yasalarının İdari Usul	

Açısından İncelenmesi	175
(3) Dağınık Yapıdan Çıkan Sonuç ve Amerikan Uygulaması Karşılaştırmasıyla İdari Usule İlişkin Çözüm Arayışları	179
i. Bireysel İşlem Usulüne İlişkin Asgari Standartlar.....	180
ii. Düzenleyici İşlem Usulüne İlişkin Asgari Standartlar.....	182
iii. Açıklığa Ve Şeffaflığa İlişkin Asgari Standartlar.....	184
e. İdari Usule İlişkin Genel Değerlendirme	185
D. Esas Denetimi.....	186
1. Ekonomik Düzenleme Ve Denetleme İşlevinde İdarenin Teknikliği	186
a. İdarenin Teknik Özelliğine Rağmen İdari İşlemlerde Hata Olabilmektedir	190
b. Doğa Bilimleri – Sosyal Bilimler Ayrımı	191
2. Ekonomik Düzenleme ve Denetleme İşlevinde İdarenin Takdir Yetkisinin Denetimi.....	193
a. Alman Hukukunda	194
(1) Değerlendirme Alanı	195
(2) Dar Anlamda Takdir Yetkisi	198
b. Türk Hukukunda	201
(1) Takdir Yetkisine İlişkin Yasal Düzenleme.....	201
(2) Takdir Yetkisinin Denetiminde Kullanılan İlkelere İlişkin Öğretideki Görüşler.....	204
(3) Değerlendirme Alanı – Dar Anlamda Takdir Yetkisi Ayrımına İlişkin Öğretideki Görüşler.....	206
(4) Değerlendirme Alanı	209
i. Maddi Gerçeğin Araştırılması.....	212
ii. Açık Değerlendirme Hatası (Hukuki Yorum ve Nitelendirme).....	215
(5) Dar Anlamda Takdir Yetkisi	220
i. Açık Takdir Hatası	221
ii. Ölçülülük İlkesi – Bilanço Teorisi	222
c. Amerikan Hukukunda	226
(1) Maddi Vakıalar	228
(2) Hukuki Yorum.....	230
(3) Nihai Karar – Takdir	234
d. Türk ve Alman Hukuku ile Amerikan Hukukunun Birlikte	

Değerlendirilmesi	236
3. Türk Danıştay'ının İşlemin Esastan Denetimine Yaklaşımı.....	240
a. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Türk İdari Yapısında Yer Almasının İlk Dönemindeki Durum	241
b. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yaygınlaşmasından Sonraki Danıştay İçtihatlarının Ele Alınması	242
c. İşlemin Esasına İlişkin Danıştay İçtihatlarının Değerlendirilmesi	244
(1) İdari Usul Aşamalarına İlişkin İşlemlerin Esastan Denetimi	245
(2) Ruhsat/Lisans Kısıtlamaları İdari Yaptırım Olarak Değerlendirilmektedir	248
(3) Değerlendirme Alanı ve Dar Anlamda Takdir Yetkisi Ayrımı Bakımından Takdir Yetkisinin Tespiti.....	249
(4) Değerlendirme Alanının Denetimi	255
(5) Dar Anlamda Takdir Yetkisinin Denetimi	266
SONUÇ.....	275
KAYNAKÇA	281
ÖZGEÇMİŞ.....	309

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt.	:	Aktaran
Alm. Any.	:	Alman Anayasası
AöR	:	Archiv des öffentlichen Rechts
APA	:	Administrative Prosedure Act
AÜEHFD	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
A.y.	:	Aynı yer
B.a.	:	Bütüne atıf
Bkz.	:	Bakınız
Bs.	:	Basım
Bsk.	:	Baskı
BTK	:	Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	:	Cilt
D.	:	Daire/Dairesi
Dan.	:	Danıştay
DBB	:	Danıştay Bilgi Bankası (çevirimiçi)
DD	:	Danıştay Dergisi
DDK	:	Dava Daireleri Kurulu
Doğ.	:	Doğrusu
DÖV	:	Die Öffentliche Verwaltung
DZWir	:	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Ed.	:	Editör
FoI Act	:	Freedom of Information Act
FTC	:	Federal Trade Commission
GISA	:	Government In Sunshine Act
ICC	:	Interstate Commerce Commission
IMF	:	International Monetary Fund
İBK	:	İçtihamı Birleştirme Kurulu
İDDK	:	İdari Dava Daireleri Kurulu
İÜHF	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	:	İdari Yargılama Usulü Kanunu
JZ	:	Juristen Zeitung
KBB	:	Kazancı Bilgi Bankası (çevirimiçi)
KİK	:	Kamu İhale Kurumu
KİT	:	Kamu İktisadi Teşebbüsü
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
L. J.	:	Law Journal
L. R.	:	Law Review
LPG	:	Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (Liquefied Petroleum Gas)

NVwZ	:	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Q.	:	Quarterly
RK	:	Rekabet Kurumu
RTÜK	:	Radyo Televizyon Üst Kurulu
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SPK	:	Sermaye Piyasası Kurulu
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TK	:	Telekomünikasyon Kurumu
TMSF	:	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
USSC	:	United States Supreme Court
Uy.	:	Uyarlayan
Vb.	:	Ve benzeri
V.d.	:	Ve diğerleri
Y.b.	:	Yeniden bası
YD	:	Yürütmenin Durdurulması

GİRİŞ

Ekonomik ve ticari hayatın değişkenliği ve dinamizmi, bu alanın düzenlenmesi ve denetlenmesi konusunda idare hukukunu da sürekli bir değişim ve gelişim içerisinde olmaya zorlamaktadır. Bu alanda sağlam temellere oturmuş hukuki ilke ve kuralların ortaya konulması, bu ilke ve kuralların ekonomik ve ticari hayattaki değişimlere göre gözden geçirilip güncellenmesi gerekmektedir. Ancak değişimin ve gelişimin idare hukukunda geçerli olan hukuki istikrar ilkesini de ortadan kaldırmaması gerekmektedir. Bahse konu ilke ve kurallar düzenleme ve denetlemenin yapısal ve işlevsel yönüne veya yargısal denetimine (idari yargılamaya) ilişkin olmaktadır.

Kaynak ülke Amerika¹'da düzenleyici ve denetleyici kurumların uygulamaya girmesinden bu yana yüz otuz yıldan fazla süre geçmiş olmasına rağmen Amerikan idare hukuku öğretisinde bu konu önemini kaybetmemiştir. Yaklaşık her on yılda bir bu kurumlar üzerinde teşkilat, işlev ve/veya yargısal denetim gibi farklı alt konular bakımından çeşitli araştırmalar ve incelemeler yapılarak güncellenme sağlanmıştır.

Amerika veya Kıta Avrupası (örneğin Almanya) Hukukları ile karşılaştırıldığında Türk hukukunda düzenleyici ve denetleyici kurumlar görece olarak yeni kurulmuşlardır. Türk öğretisinde araştırma ve incelemeler konunun daha çok yapısal yönü üzerinde yoğunlaşmıştır.

Düzenleme ve denetleme konusunda işlevsel açıdan ve yargısal denetim açısından eksiklik ve boşluk bulunmaktadır. Ayrıca yargısal denetimin kapsamı ve etkinliği üzerinde tam olarak durabilmek için, kanaatimize göre düzenleme ve denetlemenin yapısal ve işlevsel yönlerinin de ayrıntılı olarak incelenmeye devam edilmesi, işlenmemiş alan bırakılmaması gerekmektedir. Böylelikle yapısal ve işlevsel anlamda idare bakımından teoride ve uygulamada ortaya çıkan eksiklikler

¹ Tezde geçen **Amerika** ifadesi Amerika Birleşik Devletleri veya bahsedilen ülke anlamında **Amerikan** ifadesi ise Amerika Birleşik Devletlerine ait olan veya Amerika Birleşik Devletleri ile ilgili anlamında, kısaltılarak kullanılmıştır.

tamamlanabilecek ve boşluklar doldurulabilecektir.

A. Konunun Sınırlandırılması

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar öğretide, faaliyet alanlarına göre; ekonomik konulara ilişkin olan kurumlar, temel haklara ve bireysel özgürlüklere ilişkin olan kurumlar ile bireyleri idarenin ve bürokrasinin keyfi tutumlarından korunmasına ilişkin kurumlar olmak üzere üçe² ayrılmaktadır. Başka bir açıdan ise ekonomik konulara ilişkin olan kurumlar ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin olan kurumlar olarak iki³ ana grupta değerlendirilmektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumları üçe ayıran görüş bakımından temel hak ve hürriyetlere ilişkin kurumlar ile bireyleri idarenin/bürokrasinin keyfiliğinden korumaya çalışan kurumların bir grup altında toplanabileceği düşüncesindeyiz. Bu şekilde bakıldığında karşımıza ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile sosyal düzenleyici ve denetleyici kurumlar olarak iki kurum türü çıkmaktadır.

Avrupa'daki gibi açık bir ayırım olmamakla beraber kaynak ülke olan Amerika'da da ekonomik konularda görevli düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile (politik, hukuki ve kültürel) genel olarak sosyal konularda görevli düzenleyici ve denetleyici kurumlar şeklinde ikili gruplandırmaların yapıldığı görülmektedir⁴.

Ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile sosyal düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasındaki farklar şu şekilde sıralanabilir. Ekonomik düzenleme, ekonomi içerisindeki gerçek veya tüzel kişilere yönelik olup bu kişilerin hareket ve faaliyetlerini düzenlemekte ve kısıtlamaktadır. Sosyal düzenleme ise devlete ve idareye yönelik olup bireylerin hak ve hürriyetlerini korumak için idareye kısıtlama getirmektedir. Sosyal düzenleyici ve denetleyici kurumların ülkemizde henüz yaygın olduğu söylenemez. RTÜK'ün sosyal düzenleyici ve denetleyici kurum olarak değerlendirildiği görülmekle⁵ birlikte, radyo ve televizyon önemli bir ekonomik

² Turgut Tan, "Ekonomi, <Regülasyon> ve Bağımsız Otoriteler", **Sempozyum-Danıştay ve İdari Yargı Günü 137. Yıl**, Danıştay Yayın No: 72, Ankara, Danıştay Matbaası, 2005, s. 13.

³ Lütfi Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", **AİD**, C.30, S.1, Mart 1997, s. 3; Ali Ulusoy, **Bağımsız İdare Otoriteler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 13.

⁴ Walter Gellhorn v.d., **Administrative Law: Cases And Comments**, 8 bs., Mineola-New York, The Foundation Press, 1987, s. 10-12.

⁵ Zeynep Çakmak, **Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu**, Ankara,

sektörü oluşturduğundan ve RTÜK idareyi değil özel sektörü düzenlediğinden bu kurumun faaliyetleri de ekonomik düzenlemedir⁶. Aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacağı üzere düzenleme ve denetleme işlevinin çıkış noktası ekonomik ve ticari hayattır. Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi anlaşılmadan, düzenleyici ve denetleyici kurumları izah etmek mümkün değildir. Ayrıca çalışma içerisinde sözü edilen kurumların tümünü incelemek tezin kapsamı itibariyle mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle kurum türleri bakımından bir sınırlama getirilmesi gerekmektedir. Çalışma **yapısal, işlevsel ve yargısal denetim** açılarından olmak üzere **ekonomik düzenleme ve denetleme** ile sınırlandırılmıştır.

Diğer bir sınırlamanın dava türü bakımından yapılması gerekmektedir. Türk idari yargılamasında İYUK madde 2’de iptal davası, tam yargı davası ve idari sözleşmelerden⁷ dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar şeklinde üç dava türü sayılmıştır. Öğretide vergi mahkemelerinde görülen davaların da ayrı bir dava türü olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır⁸. Bununla birlikte gerek öğretide gerekse uygulamada en çok üzerinde durulan dava türleri iptal davası ve tam yargı davasıdır. Her iki dava türü de birbirinden farklı niteliklere sahiptir. İptal davasında iptali istenen işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat bakımından hukuka uygun olup olmadığı denetlenmektedir⁹. Tam yargı davasında ise davacı prensip olarak bir hakkın yerine getirilmesi, müdahalenin sonlandırılması, eski duruma getirilmesi veya uğranılan zararların tazmini gibi çeşitli taleplerde bulunabildiğinden iptal davasından daha geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır¹⁰. Özetle iptal davası idari işlemlerin yargısal denetimine ilişkindir. İdari işlemlerin yargısal denetimine veya bu denetimin

Çakmak Yayınevi, 2011, s. 67.

⁶ ULUSOY da RTÜK’ü ekonomik karakterli olarak görmektedir. Bkz. Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 13.

⁷ İdari sözleşmelerden doğan davalara yönelik tam açıklama İYUK md. 2/1-c’de “Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” olarak açıklanmaktadır.

⁸ Vergi davalarının niteliği öğretide tartışmalı olup bu davanın iptal davası veya tam yargı davası niteliğinde olduğu ileri sürüldüğü gibi ayrı bir dava türü olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, **Vergi Hukuku**, 13. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 190-191.

⁹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku: İdari Yargılama Hukuku**, 8. bs., 2 C., Ankara, Turhan Kitabevi, C:II, 2016, s. 248.

¹⁰ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku: İdari Yargılama Hukuku**, 8. bs., 2 C., Ankara, Turhan Kitabevi, C:II, 2016, s. 610.

kapsamı ve etkinliğine ilişkin bir çalışmanın iptal davasını esas alması gerektiği açıktır. Bu bakımdan eser **idari işlem ve iptal davası** ile sınırlandırılmıştır.

Özetle incelememizde yapısal ve işlevsel anlamda ekonomik düzenleme ve denetleme ile bu işlev kapsamında tesis edilen idari işlemlerin görüldüğü iptal davasında yapılan yargısal denetimin etkinliği ve kapsamı irdelenecektir.

B. İptal Davasında Etkinlik ve Kapsam

İdare hukukuna özgü bir dava türü olan iptal davasında yargısal denetimin etkinliği ile kapsamını değerlendirmek gerekmektedir. Kanaatimize göre yargısal denetimin etkinliği, denetimin çalışır, etkili ve faal olmasına yönelik hedef olup yargısal denetimin kapsamı (şümulü) ise bu sonuca ulaşılmasını sağlayan en önemli araçtır. Yargısal denetimin etkinliği için kapsam yanında farklı araçlara da ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda yargısal denetimin kapsamı etkinlikte asli bir araç, diğer araçlar ise tali araçtır¹¹.

Öncelikle **asli araç** olan kapsam üzerinde durmak gerekmektedir. İptal davasında yargısal denetimin kapsamından anlaşılması gereken; hukuka uygunluk denetimi zorunluluğu ile yerindelik denetimi yasağı kuralları doğrultusunda, yargısal denetim ölçütlerinin dava konusu işleme uygulanmasıdır. İptal davasında işlemin hukuka uygun olup olmadığı yargılanmakta olduğundan, denetim ölçütleri idari işlemde kaynaklanmaktadır.

Yargısal denetimin kapsamından başka **tali araçlar** da yargısal denetimde etkinlik sağlamaktadır. Örneğin ülke içerisindeki politik ortamın da yargısal denetimin etkinliği üzerinde bir ölçüde belirleyici olabildiği ileri sürülmektedir¹². Özellikle

¹¹ ERKUT ölçülülük ilkesini yargısal denetimde etkinliğin tek yolu olarak ileri sürmektedir. Bkz. Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, 1996, Kavram, İstanbul, s. 103. YET sadece tali araçları etkinlik sağlayan olarak saymaktadır. Bkz. Orhun Yet, “İdari Yargının Etkinliğine İlişkin Sorunlar”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayını No: 59, 2000, s. 81. ERKUT’un ölçülülük ilkesini yargısal denetimde etkinliğin tek yolu olarak ileri sürmesini doğru bulmuyoruz. Ölçülülük ilkesi yargısal denetimde önemli bir yer teşkil etmekle ve yargısal denetimin etkinliğini sağlamakla birlikte kullanılan tek ilke değildir. Yargısal denetimde ölçülülük yanında farklı denetim ilke ve kurallarının birlikte ele alınması ve belirlenmesi gerekmektedir. YET ise sadece tali araçlardan bahsetmekte, en önemli araç olan yargısal denetimin kapsamına değinmemektedir.

¹² Müslim Akıncı, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1999, s. 91.

ekonomik idare hukukuna ilişkin konularda ülke genelindeki ekonomik ortam, ekonomik kriz olup olmaması, devletin ekonomide esaslı yapısal değişikliğe gitmesi gibi durumlar yargısal denetimin etkinliğinde belirleyici olmaktadır¹³. Ayrıca uygulamada mahkemelerin iş yükü, başka bir ifadeyle her bir hâkimin bir dosya için ayırdığı ortalama süre etkinlikte belirleyici olabilmektedir¹⁴. Bundan başka yargıçlık teminatı ve bu teminatın uygulamada sağlanması da yargısal denetimin etkinliğinde önem arz etmektedir. Mahkemelerin fiziksel şartları ile dava harçlarının yüksekliğinin¹⁵ dahi yargısal denetimin etkinliğinde yeri geldiğinde payı bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen tali araçlar, sadece iptal davası için değil, idari yargılamanın bütünü için ve hatta genel olarak (ceza ve hukuk yargılamalarını da kapsayacak şekilde) mahkemelerin yürüttüğü yargılama için belirleyicidir. Asli araç olan kapsam ile tali araçlar karşılaştırıldığında; kapsamın **içsel** (iptal davasının özelliğinden gelen), tali araçların ise **dışsal** (iptal davasının dışındaki sebeplerden gelen) olduğu görülmektedir.

Yargısal denetimin kapsamının ne boyutlarda olması gerektiği oldukça önemli bir konudur. Kapsam, işlemin unsurlarını esas alan ölçütlere göre belirlendiğinden, her bir idari işlemin kendine has niteliği ve işlemin dayandığı hukuk normlarının durumu yargısal denetim ölçütlerinin uygulamasını değiştirecektir. Doğal olarak düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyet alanı, teknik yapısı ve bu işlev çerçevesinde tesis ettiği idari işlemlerin niteliği de kendine özgü bir durum oluşturmaktadır. Eserde inceleme ve değerlendirmeler sadece asli araç olan yargısal denetimin kapsamı üzerinde yapılacaktır.

¹³ TAN bu durumu “Devlete olağanüstü koşulların gerekli kıldığı tedbirleri alma konusunda hareket tanıma endişesi önceleri yargısal denetim konusunda yargı organlarını bir çekingenliğe itmiştir” ifadeleriyle vurgulamaktadır. Bkz. Turgut Tan, “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, **AİD**, C.8, S.2, 1975, s. 39.

¹⁴ İş yükü fazlalığı mahkemeleri yeterli bir inceleme yapmaktan uzaklaştırdığı için davaların çoğunlukla reddedilmesine sebebiyet vermektedir. Bkz. Bernard Schwartz, **Administrative Law**, 3. bs., New York, Aspen Publishers Inc, 1991, s. 625. Türk öğretisinde de iş yükü fazlalığının davaya bakılan süreyi ciddi biçimde kısaltması nedeniyle yargısal denetimin kapsamını daralttığı yönünde benzer görüşler bulunmaktadır. Bkz. Yet, **a.g.e.**, s. 81; Ejder Yılmaz, “İstinaf Kavramı”, **Perşembe Konferansları**, S. 19, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, Aralık 2004, s. 209.

¹⁵ Yet, **a.g.e.**, s. 83-85.

C. Terminoloji ve Kavramsal Çerçeve

Düzenleyici ve denetleyici kurumları ifade etmek için öğretilerde **düzenleyici ve denetleyici kurum/kurul, bağımsız idari otorite, düzenleyici kurul, bağımsız kurul, regülasyon kurulu/kurumu**¹⁶, **özerk kurum**¹⁷ gibi terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Ancak öğretilerde ağırlıklı olarak kullanılan terimler **düzenleyici ve denetleyici kurum/kurul ile bağımsız idari otoritedir**¹⁸.

İngilizce'den Türkçe'ye **bağımsız düzenleyici idare/kurum** olarak çevrilebilen **independent regulatory agency**, Fransızca **autorité administrative indépendante** ile tam olarak örtüşmemektedir¹⁹. Fransa'da düzenleyici ve denetleyici kurumlar oluşturulurken, Fransız hukukuna özgü bir kurum adlandırması kabul edilmiş, İngilizce'den doğrudan tercüme yapılmamıştır²⁰. Bu nedenle Türk hukukunda bu tür kurumları ifade etmek için İngilizce'den veya Fransızca'dan doğrudan doğruya bir çeviri yapmak yerine, bu kurumları daha iyi ifade etmesi nedeniyle öğretilerde, uygulamada ve pozitif hukuk normlarında da kullanılan **düzenleyici ve denetleyici kurum** terimini tercih etmekteyiz.

Türk öğretilerinde bağımsız idari otorite teriminin **bağımsız, idari ve otorite** şeklinde alt terimlerden oluşması itibarıyla üçe ayrılarak incelendiği görülmektedir. **Bağımsız** ile bu kurumların yapısal ve işlevsel anlamda yürütmeden bağımsızlığı, **idari** ile bunların idari bir organ – kurum niteliğinde oldukları ve **otorite** ile bunların danışma şeklinde bir işlevi değil üstün buyurma gücüne sahip bir idari organ – kurum olarak düzenleyici ve bireysel işlemler tesis etme yönleri vurgulanmaktadır²¹.

Öğretilerde ifade edildiği gibi bağımsız idari otorite, alt terimlere bölünerek

¹⁶ Ali Ulusoy, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayını No: 59, 2000, s. 273; Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. v.

¹⁷ Ali İhsan Karacan, “Özerk Kurumların Özerkliği”, **Rekabet Dergisi**, S. 8, 2001, s. 4.

¹⁸ Fransız idare hukukunda düzenleyici ve denetleyici kurumlar, **autorité administrative indépendante** olarak ifade edilmekte ve **bağımsız idare otorite** esasında bu Fransızca terimin Türkçe tercümesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 4; Ender Ethem Atay, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’lar): Rekabet Konseyi”, **Perşembe Konferansları**, S. 6, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, Mart 2000, s. 60.

¹⁹ Bu konuda ayrıca. Bkz. Kemal Berkarda, “Regülasyon Nasıl Kurtulur?”, **Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, Eylül 2004, s. 1.

²⁰ Fransız hukukundaki bu adlandırmayı yaygınlaştıranın Fransız Danıştay’ı olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 4.

²¹ Tan, “<Regülasyon>”, s. 13; Atay, “Fransız İdare Hukukunda BİO’lar”, s. 60.

incelenirse şu sonuçlara varmak mümkündür:

Öncelikle bu kurumların **bağımsız** mı veya **özerk** mi oldukları hususu tartışmalıdır. Bunun yanında bu kurumlar yapısal ve işlevsel yönden de farklı derecelerde bağımsızlık-özerklikle değerlendirilmektedir.

Bağımsız idari otoritedeki **idari** terimi bir sıfat olarak otoriteye kamusal bir içerik katmaktadır. Ancak biz **idari otorite** gibi iki kelimedenden oluşan bir terim yerine, otorite anlamını da içeren **kurum** veya **idare** gibi tek bir terim kullanılmasının daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

Bağımsız idari otorite ifadesinde geçen **otorite**²² (**autorité**) terimi, köken olarak geldiğı Fransız idare hukukunda “idare”, “kurum” veya “makam” anlamına gelmektedir. Ancak otorite Türk idare hukuku öğretisi ve uygulamasında Fransız hukuku kökeninde yüklenen anlamı içermemektedir²³.

Türk idare hukukunda otorite, hiyerarşik denetimde üstün asta karşı sahip olduğu yetkiler anlamında²⁴ veya devletin üstün buyurma gücünü ifade ederken²⁵ kullanılmaktadır. Düzenleyici ve denetleyici kurumlardaki kurul üyelerini seçen yasama organı veya Bakanlar Kurulu da siyasal otorite olarak adlandırılmaktadır²⁶. Fakat bu kullanımların hiçbirisi yapısal anlamda idareye işaret etmemektedir. Ayrıca otorite terimi, otoriter ifadesi ile aralarında olan bağlantı nedeniyle itici bir anlam da taşımaktadır²⁷.

Amerikan öğretisinde de eskiden beri **independent**, **regulatory** ve **agency** alt alt terimleri üzerinden ayrı ayrı saptamalar yapıldığı görölmektedir. Bununla birlikte aynı eserlerde bu alt terimlerin farklı dönemlerde farklı anlamlar taşıyabileceğı de

²² Otorite “yetke; egemenliğı kullanma, buyurma kudreti” (bkz. Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 8. bs. Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 945), “egemenlik kurma, buyurma kudreti” (bkz. Esat Şener, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001, s. 616) olarak tanımlanmaktadır.

²³ Fransız idare hukukunda **actes d'autorité**, **otorite işlemleri (idare işlemleri)** olarak ve **autorité administrative** ise **idari makam** olarak kullanılmaktadır. Bu kullanımlara bakıldığında Fransız hukukundaki **otoritenin**, Türk hukukundaki otorite ile örtüşmediğı görölmektedir. Dikkat çekici bir örnek olarak **actes d'autorité** Türk idare hukukunda **hakimiyet tasarrufu** şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, 2. bs., 2 C., Bursa, Ekin Kitabevi, C:I, 2009, s. 76, 745.

²⁴ Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 4. bs. Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 178.

²⁵ **A.e.**, s. 2, 9.

²⁶ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2006, s. 382.

²⁷ Metin Günday, “Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi”, **2. Yıl Sempozyumu Rekabet Hukuku ve Yargı**, Ankara, Mart 1999, 61.

belirtilerek bu kurumların yapısal ve işlevsel anlamda değişkenliğine dikkat çekilmektedir²⁸.

Türk idare hukuku öğretisinde bağımsız idari otorite terimini kullananlar da alternatif olarak başka terimler de kullanılmaktadırlar. Örneğin TAN daha sonraki eserlerinde bağımsız idari otorite yanında ayrıca **düzenleyici kurulu** kullanmaktadır²⁹. ULUSOY bu tür kurumları **regülasyon kurumları** şeklinde de ifade etmektedir³⁰. Nitekim düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş yasalarında yasa koyucu **düzenleyici ve denetleyici kurum/kurul** terimini tercih etmiştir.

Açıklanan nedenlerden dolayı çalışmada incelenen kurumları ifade etmek için **düzenleyici ve denetleyici kurum** tercih edilmiştir. Düzenleyici ve denetleyici kurum şeklindeki kullanım ile yapısal anlamda idare; düzenleme ve denetleme işlevi şeklindeki kullanım ile işlevsel anlamda idare işaret edilerek ve konunun yapısal ve işlevsel yönü üzerinde dengeli bir şekilde durulabilecektir. Ayrıca **bağımsız** terimi de kullanılmadığından ileriki bölümlerde değinileceği gibi bu tür kurumların bağımsızlık ve özerklik derecesi hakkında, **bağımsız** teriminden yola çıkılarak farklı sonuçlar ve tartışmalar da engellenmiş olacaktır.

Kurum ve kurul teriminin anlamları ve farkları üzerinde durmak gerekmektedir. SPK ile RTÜK mülga yasalarında³¹ bu kurumlar Sermaye Piyasası Kurulu ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu şeklinde adlandırılmaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna dayanılarak 1997 yılında kurulan RK ise Rekabet Kurumu olarak adlandırılmış, RK'den sonra kurulanlar ise kurum olarak adlandırılmıştır. SPK ile RTÜK'ün yeni yasaları³² ise kurul şeklindeki eski

²⁸ **New Deal** dönemi (1939 – İkinci Dünya Savaşı sonu) idare hukukçularından olan ve bir ekonomik regülasyon (ekonomik düzenleme ve denetleme) taraftarı olarak da bilinen CUSHMAN **independent regulatory commission (agency)** şeklindeki adlandırmanın tek başına bir anlam ifade etmediğini, her üç terimin değişken olduğunu ve terimler aynı kalsa bile bunların süreç içerisinde farklı anlamlar taşıyabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Robert E. Cushman, **The Independent Regulatory Commissions**, New York, Oxford university Press Inc., 1941, s. 3. Tarihsel süreç içerisinde Amerikan Devletinin merkezi idaresinin (Amerikan başkanı ve kabinesi), mahkemelerin, iş hayatının ve toplumun bu kurumlara bakış açısı değişmiştir. Bkz. Martin Shapiro, **Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration**, The Richard B. Russel Lectures No.6, Athens Georgia, The University of Georgia Press, 1988, s. 62-64.

²⁹ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2, bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 220.

³⁰ Ulusoy, “Regülasyon Kurumları”, s. 273.

³¹ Bkz. mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve mülga 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun.

³² Bkz. 6362 sayılı Sermeye Piyasası Kanunu ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve

adlandırmaları korumuştur.

Kurul adlandırılması yapılan SPK ve RTÜK ile kurum adlandırılması yapılan diğer düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında teşkilatlanma bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Örneğin kurum olarak adlandırılan BDDK 5411 sayılı Yasa'nın 82. maddesine göre kurul ve başkanlık şeklinde, kurul olarak adlandırılan SPK'nın ise 6362 sayılı Yasa'nın 117. maddesine göre kurul karar organı ve başkanlık şeklinde yapılandırıldığı görülmektedir. Örnek verilen her iki kurumdaki kurul ve kurul karar organı terimleri aynı nitelikteki organları ifade etmektedir.

Bu bağlamda ister kurul ister kurum olarak adlandırılınsın düzenleyici ve denetleyici kurumların geneli bakımından kurum ve kurul şu şekilde açıklanabilir: Düzenleyici ve denetleyici kurumlar teşkilat anlamında **kurum**, teşkilatın karar organı ve idari işlemleri tesis eden organ anlamında da **kurul** olarak yapılanmaktadır. Böylelikle **düzenleyici ve denetleyici kurum** denildiği zaman teşkilat ve örgütün bütünü yanında, bu örgütün içinde yer alan ve idari davaya konu olan bütün idari işlemlerin karara bağlandığı **kurul** da vurgulanmaktadır³³. Bu nedenle **icrai kurum işlemleri** denildiği zaman anlaşılması gereken³⁴ **kurulun tesis etmiş olduğu işlemlerdir**.

D. Yöntem ve Bölümlendirme

Tezimizde Türk hukuku bakımından problemler tespit edilmeye ve çözüm

Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun.

³³ Benzer görüş için bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 234-235, 241.

³⁴ Düzenleyici ve denetleyici kurumlarda esas kural idare içerisindeki icrai, re'sen icra edilebilir ve dışarıya yönelik bütün işlemlerin kurul tarafından tesis edilmesidir. İşlemin kurul tarafından tesis edilmesinden maksat kurul iradesiyle işlemde bir karara varılmasıdır. Yoksa kurum içerisindeki uzmanlar ve diğer görevliler işlem dosyasının hazırlanmasında ve hazırlık işlemlerinin tesisinde büyük rol oynamaktadırlar. Görüşümüz açıklanan bu kurala ya hiç istisna getirilmemesi veya istisna olacaksa bunun sınırlı sayıda olması yönündedir. Türk hukukunda bunun istisnası bulunmaktadır. EPDK'nın çıkarmış olduğu Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği hükümlerinde Kurul'un, lisansların verilmesi, lisanslara ilişkin başvuruların reddi, lisansların tadilleri, lisansların süre uzatımı ile iptalleri işlemlerine ilişkin yetkilerini Başkanlığa veya Petrol Piyasası Dairesi Başkanlığına devredebileceği öngörülmüştür. 4628 sayılı Yasa'nın "Tanım ve kısaltmalar" başlıklı 2. maddesinde lisans, gerçek ve tüzel kişilere piyasada faaliyet gösterebilmeleri için Kurul tarafından izin verildiğini gösterir belge olarak tanımlanmaktadır. Lisans vermenin, lisans başvurusunun reddini, lisansın tadilini, süresinin uzatılmasını ve iptalini de kapsayacağı açıktır. Kanaatimize göre Yasa'da yapılmış olan tanımlama ve dipnotun başında belirtmiş olduğumuz düzenleyici ve denetleyici kurumlara ilişkin genel prensipler uyarınca belirtilen Yönetmelik hükümlerinin yasal dayanağı bulunmamaktadır.

noktaları bulunmaya çalışılmıştır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların ilk defa Amerika’da ortaya çıkması ve Türkiye’den önce diğer Kıta Avrupası ülkelerinde yaygınlaşması nedeniyle araştırma ve incelemelerde ağırlıklı olarak Amerikan hukuku ve Alman hukuku esas alınarak karşılaştırmalı hukuktan faydalanılmıştır. Ayrıca yeri geldiğinde Türk hukuku ile Amerikan ve Alman hukuklarında ortak noktalar da tespit edilmeye çalışılmıştır. Ancak mahkeme kararları açısından karşılaştırmalı bir araştırma içerisine girilmeyecek ve Danıştay içtihatları tez kapsamında irdelenecek ve tahlil edilecektir.

Ortaya konulan genel yöntem doğrultusunda konu üç ana başlık altında ele alınacaktır.

Birinci bölümde ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumların Amerika’da kuruluş sebep ve gerekçelerine değinilecek, bu kurumların diğer idarelerle olan ilişkisi ve Amerikan Devlet yapılanmasının geçirdiği değişimler de incelenecektir. Kurumların Avrupa’da ve sonrasında ülkemizde ortaya çıkması ve yayılması üzerinde durularak kuruluş bakımından incelenen hukuk sistemleri arasında benzerlik ve ilişki üzerinde durulacaktır. Ayrıca düzenleyici ve denetleyici kurumların Türkiye’de anayasal statüsü, idari teşkilat içindeki yeri, bağımsızlığı – özerkliği üzerinde durulacaktır. Birinci bölümde son olarak düzenleyici ve denetleyici kurum özerkliklerinin yargısal denetim ve onun kapsamı üzerinde doğrudan bir etkisinin olup olmadığı değerlendirilecektir.

İkinci bölümde ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar işlevsel yönden ele alınmaktadır. Öncelikle düzenleme/regülasyon kavramı üzerinde durulacak ve karşılaştırmalı örneklerden yararlanılarak görüşümüz ortaya konacaktır. Ekonomik düzenleme ve denetlemenin, ekonomik kamu hizmeti – ekonomik kolluk faaliyeti ayrımı içerisinde, ekonomik kolluk faaliyeti içerisinde yer aldığı görüşünden hareket edilerek ekonomik kolluk faaliyetinin temel özellikleri irdelenecektir. Ayrıca ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin ekonomik kolluk faaliyeti içerisinde yeri kolluk faaliyeti ile kamu hizmeti ayrımından yararlanılarak tespit edilmeye çalışılacaktır. Bölüm ekonomik düzenleme ve denetleme işlevine özgü temel ilkelerin ortaya konulmasıyla sonlandırılacaktır.

Üçüncü bölümde ise ilk olarak iptal davasının özelliklerine ve iptal davasında

yargısal denetim ölçütlerinin temel özelliklerine değinilecektir. İnceleme ve değerlendirmeler şekli denetim ve esas denetimi olarak iki ana ayrımında yapılmıştır. Şekli denetime yönelik inceleme klasik yetki ve şekil unsurlarına göre, esas denetime yönelik inceleme ise idarenin teknikliği ile takdir yetkisinin denetimi gözetilerek yapılacaktır. Yetki başlığı altında Türk öğretisindeki görüşler üzerinde durulacak bu görüşler düzenleme ve denetleme açısından değerlendirilecek ve Türk Danıştay'ının yetki konusundaki içtihatları ele alınacaktır. Şekil başlığı altında idari usulün ve şeklin özellikleri üzerinde durulduktan sonra idari usule ilişkin Amerikan ve Türk hukukunda yasal durum üzerinde durulacak ve Türk hukukunda idari usul ve şekle ilişkin öneriler ileri sürülecektir. Öğretide, bizim de katıldığımız üzere, teknikliğin esas denetimine etkisi olduğu belirtilmektedir. Bu konuya ilişkin değerlendirme ve görüşler ortaya konulacaktır. Tekniklikten sonra ise takdir yetkisi denetimi irdelenecek ve takdir yetkisinin denetimi ile işlemin sebep, konu ve maksat unsurları bakımından gerçekleştirilen denetim arasındaki ilişki değerlendirilecektir. Esas denetimi başlığı Danıştay içtihatlarına yönelik inceleme ile tamamlanacaktır. İlk olarak düzenleyici kurumlardan önce Danıştay'ın ekonomik idare hukuku konularına yaklaşımı ele alınacaktır. İkinci olarak düzenleyici ve denetleyici kurumlara ilişkin içtihatların öğretisi tarafından nasıl değerlendirildiği üzerinde durulacaktır. Danıştay içtihatlarına yönelik inceleme, içtihatların esasa ilişkin denetimde ortaya konulan denetim ilkeleri bakımından değerlendirilmesi ile tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN ORTAYA ÇIKIŞI VE TÜRKİYE'DE HUKUKİ STATÜSÜ

A. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Ortaya Çıkışı Ve Yayılmaları

Devlet, kurduğu düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından gerçekleştirilen ekonomik kolluk¹ yoluyla, ekonomik hayatı düzenlenmekte ve kontrol altına almaktadır. Kurumlar ilk önce Amerika'da devlet yapısı içerisinde ortaya çıktığından incelemeye öncelikle Amerikan Hukuku ile başlanması doğru olacaktır. Daha sonra sırasıyla Kıta Avrupası ve Türk hukukları incelenecektir.

1. Amerika'da Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Kuruluş Ortamı, Amacı ve Özerkliği

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ilk defa Amerika'da kurulmalarına neden olan tarihi, ekonomik ve sosyal olguların Amerikan idari teşkilatı bağlamında özet halinde incelenmesi, bu kurumların kuruluş felsefesinin ortaya konulmasını sağlayacağından ve böylece kurumların yapısal ve işlevsel çerçevesinin daha iyi yorumlanmasına katkı sağlayacaktır. Bu nedenle bölümde Amerika'da idarenin tarihi ve yapısal gelişimine özet olarak yer verilmiş, düzenleyici ve denetleyici kurumların ortaya çıkışı, işlevleri ile özerkliği bu çerçevede ortaya konulmuştur. Federe devletlerde birbirinden farklı uygulamaların olması, Amerikan Hukuk öğretisinin araştırmalarını federal devlet üzerinde yoğunlaştırması ve federal devletin bütün ülkeyi ilgilendiren konularda karar alması gibi sebeplerden dolayı araştırma ve incelemeler sadece federal devlet üzerinde yapılmıştır.

Yaklaşık 220 yıllık tarihi içerisinde Amerikan devlet yapısını ve yönetimini tek bir bütün içerisinde değerlendirmek doğru değildir². Amerika tıpkı diğer ülkeler

¹ Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin ekonomik kolluk olma özelliği için bkz. ikinci bölüm.

² Bilinen bir Amerikan Anayasa hukukçusu olan ACKERMAN, Amerikan İç Savaşı ile **New Deal**

gibi kurulduğu günden bu yana her anlamda sürekli değişmiş ve gelişmiş, bu değişim ve gelişim devlet yapısına ve yönetimine yansımıştır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1887 yılında ilk defa **ICC (Interstate Commerce Commission – Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu)** adıyla kurulan ve sonrasında yenileri kurularak farklı konularda görevlendirilen düzenleyici ve denetleyici kurumları³ Amerikan federal⁴ idare hukukunda teknik idarelerin⁵ oluşumu ve idari örgütün yaygınlaşması ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu kurumlar Amerika'da federal idarenin yetkilerinin artıp güçlenmesi ve yaygınlaşması sürecinin bir parçası olarak ortaya çıkmışlardır.

dönemlerini kırılma noktaları olarak göstererek, Amerika'yı tek bir Anayasa ile üç ayrı rejim yaşamış bir devlet olarak nitelemektedir. Bu bakımdan kendi Anayasası'nı tekrar yazmadan ama süreç içerisinde yürürlüğe giren eklemelerle ve yapılan yeni yorumlarla Amerikan Devleti üç farklı rejim görmüştür. **New Deal** programı kapsamında yürürlüğe giren yasalarla beraber son dönem **modern cumhuriyet** olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Bruce Ackerman, **We The People: Foundations**, 2 C., 6. bs., The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts, C:I, 1999, s. 50, 58-67.

³ K. Culp Davis, **Administrative Law and Government**, St. Paul Minnesota, West Publishing Co., 1960, s. 18.

⁴ **Feodus** (anlaşma, sözleşme) kökeninden gelen federalizm kavramı, çeşitli grupların işbirliği yapmak amacıyla bir araya gelmesini ifade etmektedir. Federal devlette **federal yönetim** ve **federe yönetim** olmak üzere yetkilerini doğrudan doğruya anayasadan ve (eğer demokratik bir yönetim var ise) halktan alan iki ayrı katmanlı iktidar merkezi bulunmaktadır. Bu iki yönetim katmanı birlikte devleti oluştururlar. Bu bağlamda **federal idare** kavramı ile ülkenin tamamını ve halkın bütününe birlikte kapsayan **federal yönetimin** yürütme ve idare organları anlaşılmakta, **federe idare** kavramı ile de yalnızca bölgesel yetki alanı içinde faaliyette bulunan **federe yönetimin** yürütme ve idare organları anlaşılmaktadır. Özet olarak belirtmek gerekirse çağdaş ve dengeli bir federal devletin **yönetimlerin bağımsızlığı ve eşitliği** ile **güvenceli iktidar paylaşımı** olmak üzere iki ana özelliği bulunmaktadır. Bkz. Oktay Uygun, **Federal Devlet: Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği**, 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, Kasım 2007, s. 1-6 ve 8-17.

⁵ **Administrative agency**, “belirli yasayı veya yasaları uygulamak ve idare etmek amacıyla oluşturulan devlet organı” olarak ifade edilmektedir. Bkz. Henry Campbell Black v.d., **Black's Law Dictionary**, 6. bs., St. Paul Minnesota, West Publishing Co., 1998, s. 29. **Agency** kavramı ayrıca federal devlet ile federe devletlerdeki bakanlıkları/bakanlık teşkilatını göstermek için de kullanılmaktadır. Bkz. Gerald Paul McAlinn, Dan Rosen, John P. Stern, **An Introduction to American Law**, Durham North Carolina, Carolina Academic Press, 2005, s. 377. İdare hukuku kavramı İngilizce'de esasında Fransızca'dan bir tercüme olup (**Administrative law, Droit administratif**), Amerikan idare hukukunun daha ilk emekleme dönemlerinde dahi idare kavramı ile hem işlevsel anlamda idare hem de yapısal anlamda idare anlatılmak istenmektedir. Bkz. Frank J. Goodnow, **Comparative Administrative Law: an Analysis of the Administrative Systems, National And Local, of the United States, England, France And Germany**, 2 Cilt, New York, G. P. Putnam's sons, C:I, 1893, s. 1-5,7. Açıklanan tanımlardan **administrative agency** ibaresinin, Türk idare hukukundaki yapısal bakımdan idare ile örtüştüğü düşünülmektedir; bu nedenle tezde **administrative agency** (veya kısaca **agency**) kavramı tarafımızca **idare** olarak çevrilmiş ve **yapısal anlamda idare** anlamında kullanılmıştır.

a. Federal Devlet İçerisinde Teknik İdarenin Oluşumu ve İdari Örgütün Yaygınlaşması

Aydınlanma çağıının Montesquieu, Locke, Harrington, Hume, Kant ve Weber gibi düşünürleri Avrupa’da liberal düşünce akımının gelişmesinde, anayasal devlet ilkesinin yerleşmesinde, birey hak ve hürriyetlerinin savunulmasında önemli rol oynamışlardır. Aydınlanma çağıının başında Avrupa’da liberalizm henüz emeklemeye başlamakla birlikte, Amerikan Devleti⁶, aydınlanma çağı ve liberalizm düşünceleri adapte edilerek ve ülke şartları ile birlikte yorumlanarak demokratik ve anayasal bir devlet olarak kurulmuştur⁷. Kuruluşunda Amerikan devletinin ve Anayasası’nın ilham kaynağını özellikle İngiltere (Birleşik Krallık) oluşturmaktadır⁸. Fakat ileride ayrıntılı olarak irdeleneceği üzere İngiliz kamu hukuku ve idare hukukunun o dönemdeki yöneticiler tarafından yeterli görülmemesi nedeniyle, bir süre sonra Amerika yönünü Avrupa’nın diğer ülkelerine, özellikle Fransa ve Almanya’ya çevirerek, bünyesine uyan ilke ve esaslardan esinlenmiştir.

⁶ Amerika’nın kurucu on üç federe devleti, Birleşik Krallığın Kuzey Amerika’daki ticaret kolonileri olarak kurulmuş ve bu koloniler büyük ticaret şirketlerinin yatırımları ve destekleri ile hızla büyümüş zaman içerisinde devletleşmişlerdir. Bkz. Melvin I. Urofsky, Paul Finkelman, **A March of Liberty A Constitutional History of the United States: From The Founding to 1890**, 2 C., 2. bs., New York, Oxford University Press Inc., C:I, 2002, s. 7-9. Öncül Devletler öncelikle İngiltere’den bağımsızlığını kazanmış ve daha sonra birleşerek konfederatif çatı kurmuşlardır. Bkz. A.e., s. 80-92. Bu ülkeler, kısa bir konfederatif çatı denemesinden sonra ise günümüze kadar süren federal devlet sistemine geçmişlerdir. Amerikan federalizmine bakıldığında federal katman ile federe katman arasında bir altlık üstlük seviyesinin olmadığı, her bir devlet yönetiminin yasama, yürütme ve yargı konusunda bağımsız olduğu ve federal devletin sadece federal anayasada belirtilen hususlarda yetkili olup diğer konularda yetkilerin federe devletlere bırakıldığı görülmektedir. Bu bağlamda federal devlet katmanı dışarıya güçlü görünmek ve ortak savunmayı gerçekleştirmek ancak içeriye (federe devletlerin iç işlerine) fazla dokunmamak amacıyla kurucu devletlerin ortak rızasıyla kurulmuştur. Bkz. A.e., s. 93-117. Fakat süreç içerisinde yapılan yeni anayasal yorumlarla açıklanan bu temel kurallar değişmiş ve esnek bir biçimde yeni kurumlar ve uygulamalar Amerikan hukuk dünyasına girmiştir. Bkz. Ackerman, **Foundations**, s. 34.

⁷ A.e, s. 2-3. Her ne kadar Avrupa’da belirli dönemlerde Venedik Cumhuriyeti (Yıkılışı 1797), Hollanda Cumhuriyeti (Yıkılışı 1795) gibi cumhuriyetler görülmekteyse de bunlar varlıklarını devam ettirememişler ve Napolyon orduları tarafından sonlandırılmışlardır.

⁸ Urofsky, Finkelman, **From The Founding to 1890**, s. 10-15. Bu ilham alma sadece Anayasa’nın oluşturulmasında değil daha sonraki dönemlerde gerçekleşen ve aşağıdaki bölümde kısaca özetlenen idarelerin oluşumu sırasında da gerçekleşmiştir. Örneğin ilk özerk düzenleyici ve denetleyici kurum olan ICC’nin kurulmasını sağlayan 1887 ICC Yasası’nın İngiltere 1845 Demiryolu Yasası’ndan ilham alındığı belirtilmektedir. Bkz. Stephen G. Breyer v.d., **Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases**, 7. bs., New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, s. 14.

Amerikan devlet yapısı içerisinde federal devletin etkinleşerek ulusal devlet halini alması sonucunu doğuracak yönetsel ve devlet alanındaki gelişim süreci aşğıdaki şekilde özetlenebilir:

Amerika topraklarını 1800-1860 yılları arasında savaşlar, satın alma ve diplomatik yollarla batıya doğru Pasifik Okyanusu'na kadar genişletmiş, kurucu federe devletlerin toprakları bütün topraklar yanında azınlıkta kalmıştır. Yeni kazanılmış ve federe devletlerin henüz kurulmadığı yerlerde⁹ **federal devlet yasama, yürütme ve yargı yetkilerini tek başına kullanmıştır**¹⁰. Federal devlet ile federe devletler arasında yoğun bir mücadelenin yaşanmaya başlandığı bu süreçte ayrıca kölelik, üretim biçimi, nüfus yapısı gibi sebeplerden dolayı kuzey federe devletleri ile güney federe devletleri arasındaki keskin ayrım bir süre sonra Güneylilerin federal birlikten ayrılarak isyan etmesine sebep olmuştur. Amerikan İç Savaşı (**American Civil War**) olarak adlandırılan bu kanlı savaşın gerçek kazananı kuzey federe devletler değil federal devlet olmuştur.

Abraham Lincoln dönemi ile birlikte başlayan yeniden yapılanma sürecinde bir yandan federal devlet ulusal devlete doğru dönüştürülürken diğer yandan da temel haklar ve özgürlükler ile siyasal haklar ırk ayrımı yapılmaksızın herkese uygulanmaya başlanmıştır¹¹. Böylece Abraham Lincoln'ün Başkanlığında temel hak ve hürriyetler ile siyasal hakları kapsayan (13. 14. ve 15.) Anayasa değişiklikleri gerçekleştirilmiştir¹².

İç Savaş sonrası yapılanma sürecinde ilk defa Başkanlar seçimler öncesinde programlar oluşturmuş ve seçtiklerinde bu programları Federal Yasama Meclisinden geçirip yürürlüğe giren yasalarla uygulamaya koymaya başlamışlardır¹³. Neticede bu

⁹ Bu yerler **territory** olarak adlandırılmaktaydı. Bkz. Arthur Bestor, "The American Civil War as a Constitutional Crisis", **The American Historical Review**, C:69, S.2, Oxford University Press, s. 334-337.

¹⁰ **A.e.**, s. 338. Günümüzde Amerika 48 federe devletten oluşmaktadır. Bu federe devletlerin büyük çoğunluğu on üç kurucu federe devletten farklı olarak **federal devlet eliyle kurulmuş olan devletlerdir**. On üç kurucu federe devletin Birleşik Devletler içerisinde azınlıkta kalmasının iki sonucu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi federal devletin, federe devletler üzerinde gerçek bir hami ve otorite olarak yer alması ve federe devletlerin de buna itiraz et(ede)memeleridir. İkincisi ise ilerici Anayasa değişikliklerinin bu şartlar altında daha kolay kabul edilmesidir.

¹¹ Ackerman, **Foundations**, s. 79, 81.

¹² **A.e.**, s. 45-46.

¹³ Ackerman, **We The People: Transformations**, 2 C., The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts, C:II, 1998, s. 25-26. Böylelikle İngiltere Krallığından ve

yapılanma sürecinde federal devlet ile federe devletler arasındaki yetki paylaşımı bir anlamda ulusal devlet ile federe devletler arasındaki yetki paylaşımına dönüşmüştür¹⁴. Böylelikle İlerleme Dönemi (1880-1921 **Progressive Era**) ile başlayan ve **New Deal** Dönemi (1933-1944) ile devam eden büyük ve kapsamlı idari reformların yolu açılmış olmaktadır.

İlerleme Dönemine (**Progressive Era**) kadar federal devlet ulusal devlete dönüşmekle birlikte Amerika ekonomik yaklaşım olarak kuruluşundaki serbest piyasa ekonomisine müdahale etmeyen liberal devlet bakış açısını (**laissez-faire**) değiştirmemiştir¹⁵. Amerika 1800-1840 arasında sanayi devrimini tamamlamış ve bu aşamadan sonra ekonomisinin büyümesini tarımsal üretimden çok sanayi üretimine dayandırmaya başlamış¹⁶ ve sonraki yıllarda üretim yaklaşık üç katına çıkmıştır¹⁷. Ortaya çıkan teknolojik gelişmeler sonucunda ekonomi daha da büyüyerek yeni sektörler ve çalışma alanları yaratılmıştır. Bu gelişmeler Amerikan iç pazarının sürekli artan iştahı ile birleşince sektörler içerisinde yoğunlaşmalar görülmeye başlanmıştır¹⁸. Bahsedilen yoğunlaşmalar özellikle şirket satın almaları ile hız kazanmıştır. 1875-1900 yılları arasında tekelleşme yaygınlaşarak neredeyse bütün ana sektörlerde piyasayı bir ya da birkaç büyük şirket yönetmeye başlamıştır¹⁹. Ekonomik sonuçları

Tahtından bağımsızlık kazanan kurucu devletlerin, Birleşik Devletin yürütme erkinin başı olan **başkanın** aşırı güçlenip bir tür krala dönüşmesinden korkarak oluşturdukları güçsüz başkan uygulaması sona ermektedir. **Güçsüz başkan** ilkesi ilk dönemler oldukça etkili bir ilkeydi; örneğin ilk altı Amerikan başkanı sadece dokuz yasa veto etmiştir. Bu durum İç Savaş sonrasında başlayan yeniden yapılanma süreci ile değişmiştir. Bu dönemden itibaren Amerikan başkanları veto yetkisini hükümet program ilkelerini yaygınlaştırmak için bu ilkelere aykırı yasaları Yasama Meclisi'ne göndererek kullanmaktadırlar. Eskiden asıl görevleri federe devletlerin çıkarlarını korumak olan Senatörler, artık bütün Amerikan ulusunun çıkarlarını koruyan politikacılara dönüşmüştür. Bkz. Ackerman, **Foundations**, s. 50, 58-67.

¹⁴ **A.e.**, s. 45-46. Örneğin federe devletlerin kendi alanlarında sahip oldukları genel yasa çıkarma yetkisi devam etmekle beraber, uygulamada bu yetki ulusal yasa koyucunun (federal yasama içerisindeki Temsilciler Meclisi ile Senato'nun) artık iyice ulusal hale gelmiş lobi gücü ile federal mahkemelerin sıkı yargısal denetimi karşısında kısıtlanmaya başlanmıştır. Bkz. **A.e.**, s. 105.

¹⁵ Melvin I. Urofsky, Paul Finkelman, **A March of Liberty A Constitutional History of the United States: From 1877 to the Present**, 2 C., 2 bs., New York, Oxford University Press Inc., C:II, 2002, s. 521-522.

¹⁶ Friedrich Wilhelm Henning, **Handbuch der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands: Deutsche Wirtschafts- und Sozialgeschichte im 19. Jahrhundert**, 3 C., Paderborn, Ferdinand Schöningh, C:II, 1996, s. 10.

¹⁷ William N. Eskridge, **Dynamic Statutory Interpretation**, Massachusetts, Harvard University Press, 1994, s. 48, 13-80.

¹⁸ Henning, **Handbuch der Wirtschafts- (Cilt 2)**, s. 838-842.

¹⁹ İkinci Dünya Savaşı'na kadar otomobil, tütün, taşıt lastiği, sabun, düz cam, ayakkabı gibi sektörlerde satış miktarı veya piyasa hâkimiyeti % 80 ile % 95 oranları arasında o sektördeki ilk

yanında sosyal sonuçları da olmak üzere 1898 ile 1901 yılları arasında çok sayıda küçük ve orta ölçekli şirket, birleşmelerin kurbanı olmuş; bunun yanında şirket birleşmelerine ayrılan sermaye ülke toplamında yüksek rakamlara ulaşmıştır. Devlet katında yaygın bir görüş olan **laissez-faire** anlayışı bir süre sonra zayıflamış ve devletin ekonomiye müdahalesine yönelik reformist yaklaşım güçlenmeye başlamıştır²⁰.

İlerleme dönemini (1880-1921) başlatan asıl gelişme 1887 yılında düzenleyici ve denetleyici kurum olan ICC'nin kurulması değil, **Amerika'da kamu görevlileri reformunu içeren yasanın yürürlüğe girmesidir**. O zamana kadar kamu görevlileri için uygulanan ganimet sistemini kademeli olarak kaldıran 1883 Pendleton Yasası²¹ bürokrasiyi ve idareyi kapsamlı bir şekilde yaygınlaştırmıştır. Adı geçen yasa federal devletin ulusal ve aktif bir devlet haline dönüşmesine olanak veren reformları gerçekleştirebilmek için işe sınavla alınan ve hayat boyu görev yapacak olan uzman ve teknik insan kaynağını sağlamıştır²². Pendleton Yasası ile kamu görevlilerinin işe girmelerinde politik yakınlık yerine sınavlardan başarılı olma ve liyakat belirleyici unsur olarak öngörülmüştür²³. İdarelerde görev yapacak kamu görevlileri eliyle

iki veya üç şirkete ait olmaktadır. Bkz. Leo Huberman, **Sosyalizmin Alfabetesi**, çev. Hasan İlhan, 5. bs., Ankara, Alter Yayıncılık, 2000, s. 14. En çarpıcı örnek ise petrol üretimindedir. John D. Rockefeller'in sahip olduğu petrol devi Standart Oil 1879 yılında ülke çapındaki petrol rafinelerinin % 90-95'ine sahiptir. Bkz. Urofsky, Finkelman, **From 1877 to the Present**, s. 533-534.

²⁰ **A.y.**

²¹ Amerika ilk kurulduğunda kamu görevlilerinin kariyer – liyakat usulüne göre mi yoksa ganimet usulüne göre mi görev almaları gerektiği konusunda bazı tartışmalar yaşanmışsa da, o dönemde hâkim olan görüş her bir seçim sonrasında kamu görevlilerinin tamamının değişerek yerine kazanan partinin adamlarının geldiği ganimet usulü olmuştur. Amerikan İç Savaşı'ndan itibaren gelişim ve değişim ihtiyaçlarına cevap vermeyen, yolsuzluklar ve rüşvet ağı yaratan ganimet sisteminin artık geride kalması ve liyakat sistemine geçilmesi gerektiği düşüncesi giderek kuvvetlenerek artmıştır. Ganimet usulünün yarattığı olumsuz durumlar nedeniyle 2 Haziran 1881'de Amerikan Başkanı James A. Garfield, seçimden sonra istediği kamu görevini alamayan bir partili tarafından silahla öldürülmüştür. Suikastin de etkisiyle Demokratlar ile Cumhuriyetçiler birlikte çalışarak 1883 Pendleton Yasası'nı yürürlüğe koymuşlardır. Bkz. Ari Hoogenboom, **Outlawing The Spoils: A History of the Civil Service Reform Movement 1865-1883**, tekrar bs., Urbana, University of Illinois Press, 1968, s. 13-49, 198-214; Shapiro, **Who Guards**, s. 59-60; Bernard Schwartz, H. W. R. Wade, **Legal Control of Government: Administrative Law In Britain And The United States**, London, Oxford University Press, 1972, s. 18-19.

²² LANDIS idarelerin teknik uzmanlaşmalarını sağlayacak unsurun her seçim döneminde baştan aşağıya değişen kamu görevlileri değil, ömür boyu mesleğinde çalışacak, prensipte üniversite mezunu olan kamu görevlileri olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. James Landis, **The Administrative Process**, tekrar bs. (ilk bası 1938), Connecticut, Greenwood Press Publishers, 1974, s. 23. Ayrıca bkz. Shapiro, **Who Guards**, s. 58-59; Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 18-20.

²³ Shapiro, **Who Guards**, s. 60-61. Bu değişimin taçlanması, yürütme erki içerisindeki başkan,

sistemin ve Amerikan kapitalizminin korunması hedeflenmiştir²⁴.

Ayrıca 1860’ardan itibaren modern hukuk eğitimi yaygınlaşarak ileriki dönemlerde idarelerin kurulması, bürokrasinin yaygınlaşması, idare hukukunun gelişmesi ve ekonomik ve sosyal konulara devlet müdahalesinin artması hususlarında bu değişimlerin gerçekleştirilmesindeki hukuki altyapıyı hazırlayacak ve idare hukukunu güçlendirecek hukukçu kadrolar ortaya çıkmıştır²⁵.

Ulusal güç haline gelen federal devlet 1880-1921 yılları arasında siyasi olaylar yanında artık ekonomik ve sosyal olaylara da müdahale etmeye başlamıştır. Ticaretin düzenlenmesi ile ilgili olarak; 1887’de ICC oluşturulmuş, 1903, 1906 ve 1910²⁶ yıllı yasa değişiklikleri ile ICC güçlendirilmiş ve ICC’ye yeni sektörleri düzenleme yetkisi verilmiş, 1910 Sherman Yasası ise ekonomideki bütün sektörler içerisinde ticareti kısıtlayan anlaşma, tröst oluşumu ve gizli birliktelikleri yasaklayarak Adalet Bakanlığı’na bu konuda denetim yetkisi vermiş²⁷, 1914 yılında FTC adı altında bu sefer bütün sektörlerdeki rekabeti düzenleyen ve Adalet Bakanlığı ile koordineli bir şekilde çalışacak olan ikinci bir ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurum oluşturulmuştur²⁸. Ayrıca vergilendirme, para piyasası ve iş hukuku ile ilgili yenilikler de getirilmiştir²⁹. Sonuçta Birinci Dünya Savaşı’nın başladığı dönemde Amerika katı

başkan yardımcısı, bazı yüksek seviyedeki görevliler haricinde bütün kamu görevlilerine politik aktivitelere katılmayı yasaklayan 1939 Hatch Yasası’nın yürürlüğe girmesiyle olmuştur. Kariyer sisteminin uygulanmasıyla Amerikan Devlet yönetiminde kamu yönetimi ile siyaset arasında keskin çizgilerle ayırım oluşturulduğu gibi demokrasi ile teknokrasi arasında da bir denge bulunmaya çalışılmıştır. Böylelikle kamu görevlileri konularında uzman ve teknik teknokratlar olarak Devlet içerisinde yerlerini almışlardır. Seçimle gelen yeni başkan bazı üst düzey görevlileri atamakta buna karşın çoğunluk kamu görevlisine dokunmamaktadır. Bkz. **A.e.**, s. 61.

²⁴ Dwight C. Kiel, “The Modern Foundations Of Administrative Discretion: The Pendleton Act Of 1893 [*doğ. 1883*] And The Act To Regulate”, **Administrative Discretion and Public Policy Implementation**, Douglas H. Shumavon, H. Kenneth Hibbeln (ed.), New York, Praeger Publishers, 1986, s. 93.

²⁵ Urofsky, Finkelman, **From 1877 to the Present**, s. 515-518.

²⁶ 1910 Mann-Elkins Yasası ile ICC’nin demiryolu sektörü üzerindeki yetkisi artırılmakla birlikte, ICC ayrıca telefon, telgraf ve diğer kablolu iletişim sektörlerini düzenleme konusunda da yetkilendirilmiştir. Bkz. Landis, **a.g.e.**, s. 12; Urofsky, Finkelman, **From 1877 to the Present**, s. 531.

²⁷ **A.e.**, s. 521, 521.544.

²⁸ **A.e.**, s. 586-592.

²⁹ 1913 yılında federal vergilendirilmeye ilişkin Anayasa değişikliği kabul edilerek federal devletin vergilendirme yetkisi artırılmış. Bkz. **A.e.**, s. 539-543; Federal Merkez Bankası kurulmuş. Bkz. **A.e.**, s. 586-589; çocuk işçiliği, çalışma saatleri, işyeri sağlığı ve güvenliği, işverenlerin yükümlüklerinin belirlenmesi, asgari ücretlerin belirlenmesi, sendikaların güçlendirilmesi gibi konularda kapsamlı yasa değişiklikleri gerçekleştirilerek devlet federal düzeyde sosyal konulara ilk defa müdahale etmiş. Bkz. **A.e.**, s. 545-750; federal devletteki bu değişiklik federe devletleri

ekonomik liberalizmi belirli ölçüde bırakmış olup artık piyasayı yönlendiren şirketler de devletin idareler eliyle müdahalesine olumlu bakar duruma gelmiştir³⁰.

Üç Cumhuriyetçi Başkan'ın arka arkaya seçildiği 1921-1933 arasında ulusal devletin genişleyen merkezîyetçi yapısı korunmuş, gerçekleştirilen reformlardan geri dönülmemiş ancak devletin sosyal ve özellikle ekonomik olaylara müdahalesi bakımından yeni gelişmeler yaşanmamıştır. Bu dönemde seçilip görev yapan Başkanlar liberal bir bakış açısıyla ekonominin kendi kendini düzeltereceği düşüncesiyle ekonomik olaylara müdahale etmemeyi tercih etmişlerdir³¹.

Belki de bir tesadüf olarak bu üç Cumhuriyetçi Başkan döneminin ilk yıllarında kısa bir ekonomik küçülmeden sonra yaklaşık 10 yıl ekonomik büyüme gerçekleşmiş ancak 1929'ların başındaki ekonomik durgunluk sinyallerini okuyamayan veya okumak istemeyen devlet yöneticileri ekonomiye müdahale etmemişlerdir³². Serbest piyasayı savunan bu Başkanlar ekonomik krizin bariz biçimde ortaya çıktığı 24 Ekim 1929'deki borsa çöküşü sonrasındaki ekonomik bunalıma ve yarattığı sosyal olaylara da ilgisiz kalmışlardır³³. Bu ortamda **New Deal** adıyla seçim programı hazırlayan Demokrat başkan adayı Franklin Roosevelt seçimleri kazanmış **New Deal** (1933-1944) dönemi bu şekilde başlamıştır³⁴.

Franklin Roosevelt, Amerikan devletinin yeniden yapılandırılması ve federal devletin aktif ve ulusal bir devlete (**activist national government**) dönüştürülmesine yönelik daha önce yapılmış olan reform hareketlerini devam ettirmiştir. **New Deal** programının sonlarına doğru artık Amerika modern cumhuriyetini oluşturmuştur³⁵.

Amerikan Anayasası'nda devletin kuruluşu döneminde ihtiyaç duyulmaması nedeniyle idare ile ilgili hükümler bulunmamaktadır. **New Deal** programı Amerikan

de etkilemiştir. Bkz. **A.e.**, s. 547.

³⁰ Örneğin Amerika'nın uzun dönem telefon ve telgraf sektörünün lideri ve tekeli Bell System Tröstünün devamı olan telekomünikasyon şirketi AT&T'nin yöneticileri 1913 yılında; federal devletin yoğun kontrolü içeren düzenlemelerde bulunmasını, "telefon ve telgraf hizmetlerinin, federal devletin doğrudan ve kalıcı kontrolü ile idari sorumluluğu altında olması şeklinde" değerlendirmiştir. Bkz. William J. Novak, "Law and The Social Control of Capitalism", **Emory L. J.**, C.60, 2010, s. 399.

³¹ Urofsky, Finkelman, **From 1877 to the Present**, s. 598-601.

³² **A.e.**, s. 663.

³³ Richard A. Posner, **Natural Monopoly And Its Regulation**, Washington D.C., Cato Institute, 1999, s. 99

³⁴ Urofsky, Finkelman, **From 1877 to the Present**, s. 663.

³⁵ Ackerman, **Foundations**, s. 106.

idari teşkilatının yapısını değiştirmeye devam etmiş, bu dönemde müdahaleci ulusal devleti temsil etmek üzere yetkilendirilmiş birçok yeni idare oluşturulmuştur. Bu bakımdan **New Deal** programı kapsamında Başkan Franklin Roosevelt'in teşviki ile yasama meclisince çıkarılan kapsamlı yasalarla bu anayasal eksiklik tamamlamaya çalışmıştır³⁶.

Bu dönemde ekonomik bunalımdan kurtulmak ve ekonomik bunalımın sosyal etkilerini azaltmak için kamu harcamalarının artırılması, ıslahlar yapılması ve düzenleme ve denetleme (regülasyon) aracının kullanılması yoluna gidilmiştir. Artan görev ve sorumlulukların yerine getirilmesi amacıyla birçok yeni idare kurulmuş ve var olan idarelerin yetkilerini genişletilmiştir³⁷.

New Deal programları sırasında **New Deal** karşıtları giderek güçlenen devlet ve idare karşısında birey haklarının korunması gerektiğini savunurken, **New Deal** taraftarları ise idarelerin keyfi ve hukuka aykırı hareket etmedikleri sürece halkın büyük çoğunluğunun iyiliğine olan kamu faaliyetlerini yerine getirmesinde serbest olmaları gerektiğini savunmuştur³⁸. Kısa bir süre içerisinde Kıta Avrupası ülkelerine benzer bir şekilde idareleri ve bürokrasiyi oluşturan Amerika'da, idarelerin yetki ve faaliyetlerinin genişliği karşısında ilk başta bunların kontrol edilmesine ve denetlenmesine yönelik tedbirler gündeme gelmemiştir.

Başkan Franklin Roosevelt 1936 yılında bir komisyon kurulması talimatını vererek, bu komisyonca idarelerin faaliyetlerinin ve çalışmalarının incelenerek belirli usuli hükümler de içeren talimatnameler çıkarılmasını sağlamıştır³⁹. Franklin Roosevelt'ten sonra gelen başkanlar dönemlerinde ise Amerika'da düzenleyici ve denetleyici kurumların yetkileri ve özerklik seviyeleri azaltılmıştır⁴⁰.

Yukarıda özetlenen yaklaşık altmış - yetmiş yıllık bir süreç içerisinde Amerika'da ödünsüz serbest piyasa ekonomisinin hâkim olduğu liberal devletten

³⁶ Ackerman, Federal İdari Usul Yasası (**Administrative Procedure Act**), Ulusal Güvenlik Yasası (**National Security Act**), Yürütmenin Yeniden Organizasyonu Yasası (**Executive Reorganization Act**) gibi birçok temel yasayı **New Deal** Anayasası olarak adlandırmaktadır. Bkz. A.e., s. 107.

³⁷ Shapiro, **Who Guards**, s. 62.

³⁸ A.e., s. 38.

³⁹ A.e., s. 38-39; Robert M. Cover, Owen M. Fiss, Judith Resnik, **Procedure**, 2. bs. Westbury New York, The Foundation Press Inc., 1997, s. 26-27.

⁴⁰ Ackerman, **Transformations**, s. 389-412.

sosyal ve ekonomik olaylara müdahale eden devlete doğru bir dönüşüm yaşanmıştır. Bu dönüşüm federal devletin ulusal bir devlet olarak belirgin hale gelmesi ve 19.yy'ın ilk yarısındaki **asgari kolluk faaliyetini** yürüten kuruluş ve işlevden sıyrılarak⁴¹, bu bağlamda Kıta Avrupası'ndakine benzer biçimde idarelerin oluşması, idare hukukunun ve idari teşkilatların gelişmesi ve değişmesi yoluyla tamamlanmıştır.

Amerikan Anayasası'nda federal devlete verilen her bir yetki aynı zamanda kolluk faaliyetini ve bu faaliyetin daha etkili bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla yaptırım yetkisini de beraberinde getirmektedir⁴². Amerikan Anayasası'nda federal devlete verilmiş yetkilerinin geniş biçimde yorumlanması sonucunda, günümüzde çeşitli idarelerle genel kolluk bakımından, ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlarla ise özel ekonomik kolluk bakımından federal devletin kolluk yetkisinin genişlediği görülmektedir.

b. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Amerika'da Kuruluş Amacı

Yukarıda açıklandığı üzere federal idare teşkilatı içerisinde ilk (özerk) düzenleyici ve denetleyici kurum olan ICC⁴³, demiryolu sektörünü düzenlemek ve denetlemek amacıyla 1887 yılında kurulmuştur. Bu kuruluşu tasarlayanlar hukukçular olup burada amaç demokratik hukuk devletinin liberal devlet sistemin sınırları içerisinde ekonomiye müdahalesidir. Hatta bu ilk devlet müdahalesi liberal ekonominin merkez konusu ve can damarı olan rekabete karşı yapılmıştır⁴⁴.

Serbest piyasa ekonomisinin ve ulusal zenginliğin temel taşı olan rekabete ve bazı dev sektörlerine yapılan bu müdahalenin altında yatan amaç, Amerika'nın hızla endüstrileşmesi sonucunda bazı endüstri ve sektörlerin hasta olarak (**sick industry**)⁴⁵

⁴¹ Devletin zor kullanma yetkisini ve bu yetkinin günlük hayata yansıma biçimi olan kolluk faaliyeti (**police power**) daha eski dönemlerde federal devlet karşısında federe devletlerin işlerindeki bağımsızlığını vurgulamak için kullanılmaktadır. Bernard Schwartz, **Constitutional Law: A Textbook**, 2. bs., New York, Macmillan Publishing Co. Inc., 1979, s. 51-52; ayrıca bkz. Kemal Berkarda, "Amerika'da İdare Hukuku Var mı?", **İHİD**, C.13, S.1, 2000, s. 103.

⁴² Schwartz, **Constitutional Law**, s. 54-55.

⁴³ ICC düzenleyici ve denetleyici kurumu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Cenk Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)**, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 222-226.

⁴⁴ Davis, **Law and Government**, s. 38.

⁴⁵ Kendi başına bırakıldığında tahammül edilemeyecek zararlara sebep olan ekonomik ve ticari

kabul edilmeleridir. Bu benzetmedeki hastalık belirli sektörlerdeki şirketler arasındaki eşitsizlik veya standart ve kalite düşüklüğü gibi çeşitli sorunlar⁴⁶, tedavi etme ise serbest piyasa ekonomisi kuralları altında kendiliğinden çözülemeyen bu sorunların devlet eliyle ve gözetiminde çözülmesi anlamına gelmektedir.

Ekonominin içindeki aktörler de eski **laissez-faire** dönemine dönüleceği korkusu ve yıkıcı rekabetin oluşturduğu zararlar ile sektörlerle özgü yapısal sorunların çözümündeki zorluklar sebebiyle düzenleyici ve denetleyici kurumlar eliyle ekonomiye müdahale edilmesine olumlu bakmaktadır. Neticede iş dünyası yıkıcı rekabetle ve agresif rakiplerle karşılaşmaktansa, devlet kurumlarıyla karşılaşmayı tercih etmektedir⁴⁷.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlevlerini de içine alan işlevsel anlamda idare, artık aktif ve karışan bir devletin somutlaşmış örneği haline gelmiştir. Bu bakımdan idari işlev neticesinde, bireyleri koruyucu tedbirler de alınsa sermayeyi koruyucu tedbirler de alınsa ortada aktif ve karışan yönetim biçimi bulunmaktadır⁴⁸.

Amerikan hukuk dünyasında en azından 20. yy.'ın ilk yarısına kadar idareler aracılığıyla regülasyon veya diğer bir ifadeyle düzenleme ve denetleme işlevinin gerçekleştirilmesi devletin ekonomiye müdahalesini ifade etmektedir; bu müdahale şekli uzun bir süre (en azından ilk deregülasyon hareketlerine kadar) alternatifsiz görülmüştür⁴⁹. Günümüzde ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumların

endüstriler **hasta endüstri (sick industry)** olarak adlandırılmıştır. Yetkiz. John M. Clark, **Social Control of Business**, 2. bs., New York, McGraw-Hill Book Company, Inc, 1939, s. 53, 237, 417, 503. Ayrıca öğretilerdeki diğer tespitler için bkz. Cushman, **a.g.e.**, s. 368, 572; Louis Galambos, **The Creative Society: And The Price Americans Paid For It**, New York, Cambridge University Press, 2012, s. 48-49. GALAMBOS bazı sektörleri hasta kişiye, bu sektörleri düzenleyen ve denetleyen idareleri-kurumları ise tıp doktorlarına benzetmektedir.

⁴⁶ Karşılaşılan bu serbest piyasa başarısızlıkları (**market failure**) ve ekonominin düzenlenmesi ve denetlenmesi gerekçeleri tekel gücünün kontrol altına alınması (**the need the control monopoly power**), beklenmedik aşırı karların kontrol altına alınması (**the need to control windfall profits**), olumsuz dışsallıkları azaltmak (**the need to correct for spillover costs - externalities**), tüketicilere yeterli bilgi sunmak (**the need to compensate inadequate information**), aşırı ve yıkıcı rekabeti ortadan kaldırmak (**the need to eliminate excessive compensation**), kıtlıkla mücadele etmek (**the need to alleviate scarcity**), vb. hususlar olarak gösterilmektedir. Bkz. Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 4-12. Ekonomiye devletin müdahalesinde meşrulaştırılmak için kullanılan gerekçelerden bir diğeri de sektördeki şirketlerin devlet müdahalesi olmadan etkili bir şekilde üretim yapamayacakları gerekçesidir. Bu yöndeki gerekçe Avrupa ülkelerinde devletleştirmelere yol açarken, Amerika'da ise bu gerekçe ile tüm sektörü içine alan kapsamlı planlamalar yapılmaktadır. Hkz. **A.e.**, s. 11-12.

⁴⁷ Posner, **Regulation**, s. 97-98

⁴⁸ Davis, **Law and Government**, s. 17-18.

⁴⁹ Marc Allen Eisner, Jeff Worsham, Evan J. Ringquist, **Contemporary Regulatory Policy**, 2. bs.,

faaliyetleri devletin ekonomiye müdahalesinde önemli bir araç olarak görülmekte, düzenleme ve denetleme faaliyetlerinden başka devletin ekonomiye müdahale yöntemleri olarak vergilendirme, devletleştirme⁵⁰, sosyal yardımlar ve destekler ile sübvansiyon gibi alternatiflerin araçların da kullanıldığı öne sürülmektedir. İkinci bölümde ekonomik düzenleme işlevi ve bu işlev ile ekonomiye diğer müdahale yöntemleri arasındaki ilişki ele alınacak ve incelenecektir.

c. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Amerikan Devlet Sistemi İçerisindeki Yeri ve Özerkliği

Amerika Birleşik Devleti'nin kurucuları tarafından o dönemde güçlü bir federal idare aygıtı ihtiyacı hissedilmediğinden⁵¹ ve bu konuda henüz Avrupa'da da örnek alınacak bir gelişme olmadığından 1789 yılında hazırlanmış olan Amerikan Federal Anayasası'nda yapısal veya işlevsel anlamda idareye yer verilmemiş⁵², federal devlet basit bir biçimde yasama, yürütme ve yargı erklerine ayrılmıştır⁵³. Amerikan idare hukuku ise daha sonraları, yürütme ile idare arasındaki farkın belirginleşmesi yoluyla⁵⁴ oluşturulmuş bir hukuk alanıdır⁵⁵.

-
- Boulder-Colorado, Lynne Rienner Publishers, 2006, s. 1; Posner, **Regulation**, s. 2
- ⁵⁰ A.e., s. 117-118; Daniel A. Farber, Suzanna Sherry, **A History Of The American Constitution**, 2. bs., St. Paul Minnesota, Thomson West, 2005, s. 490-495; Shapiro, **Who Guards**, s. 62; Sanford V. Berg, John Tschirhart, **Natural Monopoly Regulation: Principals and Practice**, New York, Cambridge University Press, 1988, s. 480-522.
- ⁵¹ Amerika'da idarelerin yaygın olduğu modern devlete tam anlamıyla 1890'lardan sonra geçilmeye başlanmıştır. Henüz 1890'lı yıllarda bile Amerika'da devlet gelirleri toplam gayrisafi milli hasılanın sadece % 4,5'ini oluşturmuş olup, o yıllarda bu gelir ve harcamaların yarısından fazlasını ise yürüttükleri büyük altyapı projeleriyle yerel yönetimler gerçekleştirmiştir. Amerikalılar uzun bir süre Dünya'daki diğer gelişmiş toplumlar arasında en az idare edilen toplumlardan biri olmuştur. Avrupa'ya göre modern idare devletini daha geç kuran Amerika yazarın deyimiyle uzun bir süre kendine özgü politik masumiyetini korumuş, **New Deal** ve sonrasındaki dönemlerde devlet yapısında köklü değişimler olmuştur. Bkz. Galambos, **a.g.e.**, s. 41.
- ⁵² David Nachmias, David H. Rosenbloom, **Bureaucratic Government USA**, New York, St. Martin's Press, Inc, 1980, s. 38, 48. İncelendiği zaman görülecektir ki Amerikan (Federal) Anayasası'nda, idare ve idari kelimeleri geçmemektedir.
- ⁵³ Benzer görüş için bkz. Peter L. Strauss, "The Place Of Agencies In Government: Separation Of Powers And The Fourth Branch", **Columbia L.R.**, C.84, S.3, 1984, s. 582; Michael Asimow, Ronald M. Levin, **State and Federal Administrative Law**, 3. bs., St. Paul – Minnesota, West – Thomson Reuters, 2009, s. 10.
- ⁵⁴ Jody L. Mikasen v.d. (ed.), "Administrative Law", **American Jurisprudence 2d**, 83 C., 2. bsk., New York, West Publishing, C:II, 1994, s. 31.
- ⁵⁵ Amerika'da idare hukuku uzun bir süre bağımsız bir hukuk dalı olarak sayılmamıştır. Bkz. Oliver Lepsius, **Verwaltungsrecht unter dem Common Law: Amerikanische Entwicklung bis zum New Deal**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, s. 275.

Amerikan anayasa hukukunda anayasal ilke olarak merkezi idare özerk idare ayrımı, idarenin bütünlüğü ilkesi, özerk idarelerin vesayet denetimi ile denetlenmesi gibi hukuki uygulamalar ve kurallar bulunmamaktadır. Örneğin Amerikan Hukukunda anayasal bağlamda bir vesayet ilişkisi ve merkezden yönetim yerinden yönetim ayrımı olmadığından net bir başkan ve özerk kurum ilişkisi tanımlanmamaktadır. Kaldı ki bu tür kurumlar ile doğrudan başkan değil, yine devlet sistemine sonradan eklenmiş olan başkanlık makamında (ofisinde) bulunan başkanın asistanları ilişki kurmaktadır⁵⁶.

Geçen bir yüzyıllık uygulamadan sonra federal devlet, ulusal devlet görevini üstlenmiş (veya üstlenmek zorunda kalmış) ve ülke çapındaki sosyal ve ekonomik olaylara müdahale etmek için ise devlet yapısını kurduğu idarelerle ve bürokratik kurumlarla sürekli genişletmiş⁵⁷, bakanlıkların sayısı sürekli biçimde artmıştır⁵⁸. Amerikan yöneticileri, siyasetçileri ve hukukçuları bu gelişmeler karşısında Anayasa'yı değiştirmeden onu güncel durumlara uygun olarak tekrar tekrar yorumlamışlardır⁵⁹.

Özerk olsun olmasın idarelerin devletin hangi erki içine girdiği yolunda anayasal bir ilke ve tespit bulunmadığından öğretide bu konu uzun uzadıya tartışılmıştır⁶⁰. Makul olan ilk eleme şüphesiz idarelerin yargı erki içerisine girmediği

⁵⁶ William L. Cary, **Politics and the Regulatory Agencies**, New York, McGraw-Hill Book Company, 1967, s. 22.

⁵⁷ Burada özerk düzenleyici ve denetleyici kurumların, yasamanın yanında yürütmenin başı olan başkanın açık desteği ve isteği ile geliştiğini; eğer dönemin Amerikan başkanlarının bu destek ve isteklerinin olmaması halinde bu kurumların Devlet içerisinde kurulamayacağını ve barınamayacağını belirtmek isteriz. Bu konudaki görüşler için bkz. **A.e.**, s. 2-26, özellikle 4.

⁵⁸ Amerika konfederal bir yapıyken konfederasyon başkanının emri altında sadece Dış İşleri Bakanlığı (**Secretary for Foreing Affairs**) bulunmaktaydı. Federalist devlet kurulunca bu bakanlığın adı değiştirilmiş (**Secretary of State** olmuş), ayrıca Maliye Bakanlığı (**Secretary of Treasury**), Savunma Bakanlığı (**Secretary of War** daha sonra ismi **Secretary of Defence** olarak değiştirildi) ve Adalet Bakanlığı (**Attorney General**) olarak **üç yeni bakanlık daha eklenerek yürütme içerisindeki bakanlık sayısı dörde yükselmiştir**. Görüldüğü gibi federal yürütme bakanlıklar bakımından da oldukça dar bir yapı olarak başlamıştır. Bkz. Richard C. Remy, Darrel Kozlowski, Dan Roebuck (ed.), **American Government at Work: The Federal Executive Branch**, 9 C., Danbury Connecticut, Book Builders Inc., 2001, C:2, s. 9.

⁵⁹ Amerikan Anayasası'nın bu esnek yorumuna ilişkin olarak bkz. Mark Tushnet, **The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis**, Portland – Oregon, Hart Publishing, 2009, s. 39-40.

⁶⁰ Tartışmalar için bkz. Strauss, "The Fourth Branch", s. 596-640; Paul R. Verkuil, "The Purposes and Limits of Independent Agencies", **Duke L. J.**, C:37, S:2-3, 1988, s. 257-259, 275-278; Landis, **a.g.e.**, s. 6-46; Bernard Schwartz, **An Introduction To American Administrative Law**, 2. bs., Bath, Pitman Press, 1962, s. 21-54; Cushman, **a.g.e.**, s. 417-448.

yönünde olduğundan asıl tartışma noktası idarelerin ve bürokrasinin yasama erki içine mi, yürütme erki içine mi girdiğidir⁶¹.

Tartışmalar kapsamında ayrıca bunların diğer üç erkten ayrı başsız dördüncü erk olarak yer aldığı da ileri sürülmüştür. Başsız dördüncü erk ifadesi sadece düzenleyici ve denetleyici kurumları değil, özellikle Amerikan devlet teşkilatında ganimet sisteminden, liyakata dayalı kamu görevliliği sistemine geçilmesi noktasında bütün idareler için kullanılmaktadır⁶². Bu ifade ilk defa 1937 yılı bir başkanlık komite raporunda hukukçu olmayan komite başkanı tarafından ortaya atılmış⁶³; Kıta Avrupası ve Türk hukuk öğretisinde de kullanılmıştır⁶⁴. Amerikan idare hukukçusu⁶⁵ olan LANDIS bu ifadeyi gereksiz yere bir yüceleştirme olarak görmekte ve böyle bir bakış açısının idareleri sağlıklı değerlendirmekten uzaklaştırdığını belirtmektedir⁶⁶. Güncel Amerikan idare hukuku eserlerinde ise idareler arasında özerk olan ve özerk olmayan idare şeklinde bir gruplandırma yapıldıktan sonra, genel olarak idarelerin devletin yasama ve yargı haricinde bir parçası olduğu vurgulanmaktadır⁶⁷.

Şu açıklamaların da Türk idare hukuku öğretisinde yapılmış olduğunu belirtmek gerekmektedir: “İdare, Silahlı kuvvetler ve Üniversiteler, geniş anlamda

⁶¹ Her ne kadar bazı komisyonlarda senatörler, düzenleyici ve denetleyici kurumların kongrenin kolu olduğunu dile getirse de, bu ifadenin öğretilde bir klişe olarak tanımlandığı da görülmektedir. CARY bu kurumlar üzerindeki atama, bütçe kontrolü ve başkanın yasama üzerindeki etkisi gibi açıktan ve diğer gizli kontrol-denetim yollarının görmezden gelinmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Cary, **a.g.e.**, s. 26. Ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumları ilk defa ciddi bir biçimde ele alan ve inceleyen, olumlu özellikleri yanında olumsuz özelliklerini de ortaya koyan CUSHMAN, bu kurumların yürütmenin içerisinde olduğunu düşünmekte ve bu yöndeki görüşünü meclis komisyon raporlarına ve meclis toplantı tutanaklarına dayandırmaktadır. Bkz. Cushman, **a.g.e.**, s. 55-58.

⁶² Nachmias, Rosenbloom, **a.g.e.**, s. 38-66; Strauss, “The Fourth Branch”, s. 582; Verkuil, “Independent Agencies”, s. 257.

⁶³ Raporda yer ifadeler için bkz. **A.e.**, s. 257-258.

⁶⁴ Türk hukukunda kullanım ve Fransız hukuku atıfları için bkz. Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 7; Türk hukukunda kullanım için ayrıca bkz. Şahin, **a.g.e.**, s. 34-36; Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku”, s. 96; Seçil Şahin, **Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu**, İstanbul, XII Levha, Kasım 2015, s. 10; Akıncı, **a.g.e.**, s. 133-134; Alman hukuku için bkz. Jan Oster, **Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht: Eine vergleichende Untersuchung behördlicher Entscheidungsspielräume in der deutschen und amerikanischen Netzinfrastrukturregulierung**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, s. 73; Lepsius, **a.g.e.**, s. 193-197, 296-299, 301.

⁶⁵ LANDIS önce FTC’de sonra SEC’de kurul üyeliği (1933-1937) yaptığı gibi, ayrıca Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin de bir süre dekanlığını (1938-1946) yürütmüştür. LANDIS daha sonraki yıllarda federal devlette danışmanlık görevinde bulunmuştur.

⁶⁶ Landis, **a.g.e.**, s. 4, 47.

⁶⁷ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 1; Stephen G. Breyer, **Making Our Democracy Work: A Judge’s View**, 6. bs. New York, Alfred A. Knopf, 2010, s.107.

yürütme erkinin içinde görülmekle beraber; çağdaş toplumun yapısında ve yaşantısında, Devletin bilinen üç erki (yasama, yürütme yargı) yanında, birer özerk kamu cihazı olarak yer alıp, varlıklarını ve etkilerini duyurmaktadır”⁶⁸.

Amerikan idare hukukunda, başkan katı bir hiyerarşik denetim ve kontrol ile blok halindeki federal yürütme erkinin tepesinde bulunmaktadır⁶⁹. Özerk düzenleyici ve denetleyici kurumlar için kullanılan **bağımsız (independent)** nitelendirmesi ile onların diğer idareler gibi doğrudan başkanın katı hiyerarşik denetim ve kontrolü altında (**subordinate**) olmadığı vurgulanmaktadır⁷⁰.

Bu bakımdan **bağımsız** terimi, katı bir merkezi yapıya sahip olan (Amerikan federal) yürütme(si)nin mecburi olarak yumuşak yorumlanmasıyla, bu tür idarelerin bu yapı içerisinde ancak merkezin de belirli oranda dışında adem-i merkeziyet (diğer ifade yerinden yönetim, **decentralization**⁷¹, **décentralisation**⁷²) idareleri olduğunu göstermektedir⁷³. Amerikan Anayasası’nda başkana verilen yetkiler onun yürütme içerisinde esas güç ve emir sahibi olmasını gerektirdiği için⁷⁴, başkan merkezi idare görevlilerini atamakta, bu atama Amerikan Senatosu’nca onaylanmakta, başkan bu görevlileri ayrıca Senato’nun onayına gerek kalmadan kolaylıkla görevden alabilmektedir. Bir özerk idare olan düzenleyici ve denetleyici kurumların kurul üyeleri ise başkanca atanmakta fakat başkan tarafından ancak belirli sebeplerle görevden alınabilmektedir⁷⁵.

⁶⁸ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 648, Fakülteler Matbaası, 1982, s.1

⁶⁹ Strauss, “The Fourth Branch”, s. 599.

⁷⁰ Verkuil, “Independent Agencies”, s.268; Mikasen v.d., **a.g.e.**, s. 56; Donald L. Carper, Bill W. West, **Understanding the Law**, 4. bs, Thomson, 2004, s. 196-199.

⁷¹ Amerikan kamu hukukunda ve devlet teşkilatında da merkezden yönetim ve yerinden yönetim (**centralization** ve **decentralization**) konusu eskiden beri gündemde bulunmaktadır. Bkz. Dwight Waldo, **The Administrative State: A Study Of The Political Theory Of American Public Administration**, New York, The Ronald Press Co., 1948, s. 130-140.

⁷² GÖZLER yerinden yönetim kavramının konuyu tam olarak kapsamayan yanlış bir kavram olduğunu fakat Anayasamız tarafından da bu şekilde kullanıldığını, esasında isabetli kavramın adem-i merkeziyet olduğunu, adem-i merkeziyetin (yerinden yönetimin) yer yönünden yerinden yönetim (mahalli idareler) ve hizmet yönünden yerinden yönetim olarak ikiye ayrıldığını belirtmektedir. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 149.

⁷³ Amerikan yürütmesi neredeyse bir blok halinde merkezi bir yapıya sahiptir. Fakat idarelerle donatılmış olan modern ulusal devletin ve devletin yürütme kanadının gittikçe palazlanmasıyla birlikte, geleneksel katı blok yürütme sisteminden bazı sapmalar olmuştur. Bkz. Waldo, **a.g.e.**, s. 130-154; Tushnet, **a.g.e.**, s. 99-103.

⁷⁴ Schwartz, **Constitutional Law**, s. 177-179.

⁷⁵ Özerk düzenleyici ve denetleyici kurulların üyelerinin başkan tarafından görevden alınması tamamen kaldırılmış bir yetki değildir, bu yetki sadece sınırlanmıştır. Bu şekilde bir

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus özerk idarelerin özerkliğinin de süreç içerisinde değiştiğidir. Amerikan Devleti'nin yukarıda belirtilen kuruluş özellikleri nedeniyle İkinci Dünya Savaşı'na kadar düzenleyici ve denetleyici kurumlar bağımsızlığa yakın bir özerkliğe kavuşurken, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Devlet katında ve öğretilerde bu defa tekrar merkezden yönetim anlayışı kuvvetlenmiştir. Belirtilen dönemden sonra Federal Yasama Meclisi (Kongre) ve yürütmenin siyasal katı (başkan) denge noktasını deneme yanılma yöntemiyle bulmaya çalışmıştır. Deneme yanılma uygulamasında ortaya çıkabilecek olan aşırı uçları mümkün olduğunca önleyen unsur ise, Amerikan Anayasası'nda ve devlet katında kökleşmiş bir şekilde yer alan birey hak ve hürriyetlerine karşı duyulan hassasiyettir⁷⁶.

Bahsedilen deneme yanılma yöntemi sonucunda 1950'li yıllardan itibaren Amerikan devlet yapısında özerk idare olsun merkezi idare olsun bütün idarelerin belirli ortak yönleri tespit edilmiş olup bu bakımdan hepsi idare adı altında tanımlanmıştır⁷⁷. Ayrıca Amerika'da Resmi Gazeteyi de basıp yayımlayan Devlet Yayımları Ofisi (**Government Publishing Office**) Kurumu tarafından her yıl, Amerikan Anayasası'nın yukarıda açıklanan konulardaki sessizliği nedeniyle, bir yol gösterici olarak resmi yazılı belge niteliğinde Birleşik Devletler Devlet Kitapçığı (**US Government Manual**) isimli bir kitapçık basılmakta ve yayımlanmaktadır⁷⁸.

Birleşik Devletler Devlet Kitapçığı yalnızca devlet katında geçerli olan bir kitapçık olmayıp öğretilerde de farklı dönemlerde kullanılmaktadır⁷⁹. Amerikan Devlet'i için bir rehber niteliği olan bu kitapçıkta yasama, yürütme ve yargı yanında devlet ile ilişkili bütün resmi ve yarı resmi kurumların; isimleri, bunların görev ve yetkileri, o

sınırlandırmanın nedeni başkanca yapılan atamanın Senato'ca onaylanması gerekirken, görevdeki birinin görevden alınmasında böyle bir onayın aranmamasıdır; benzer görüş için bkz. Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 20.

⁷⁶ Tarihsel gelişime ilişkin genel bilgiler için bkz. Waldo, **a.g.e.**, s. 130-154.

⁷⁷ Cary, **a.g.e.**, s. 2.

⁷⁸ Bu resmi kitapçıkla ilgili geniş bilgiye <http://www.usgovernmentmanual.gov/> adresinden ulaşılabilir.

⁷⁹ US Government Manual'ı kullananlara örnek olarak bkz. Martin Shapiro v.d. (ed.), **American National Government: Policy and Politics**, 4. bs., Glenview – Illionis, Scott, Foresman And Company, 1971, s. 18; Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 26-28; David H. Rosenbloom, **Public Administration and Law: Bench v. Bureau in the United States**, New York, Marcel Dekker Inc., 1983, s. 14.

yıl kurumdaki yetkili kişilerin ve bazı çalışanlarının isimleri gibi temel bazı bilgiler yer almaktadır.

Bahsi geçen kitapçık yürütme erkini üç grupta toplamaktadır⁸⁰. Bunlardan birincisi başkanlık ofisi olup bu grupta başkana yardımcı olan kurumlar ile artık hacimsel olarak devasa büyüklüğe ulaşmış idarelerle başkan arasındaki irtibatı sağlayacak danışmanlar yer almaktadır. İkinci grup ise bakanlıklardır; bu grupta bakanlıklara ve bakanlıklar içerisinde yer alan birimlere ilişkin genel bilgiler verilmektedir. Üçüncü grup ise independent agencies and government corporations (özerk idareler ve devlet şirketleri) olarak adlandırılmaktadır. Genel olarak merkezi idareyi oluşturan birinci ve ikinci grup idarelerden ayrılmış olan bu grup özerk idareleri içermektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar ise bu grupta yer almaktadır.

2. Kıta Avrupası'nda Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Ortaya Çıkışı ve Yayılması

a. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Öncesi Dönem

Avrupa genelinde nüfus, tarım, ekonomi ve zanaat anlamında yıkıcı sonuçlar doğuran 30 Yıl Savaşı'nın bitimiyle imzalanan 1648 Vestfalya Barış Anlaşması sonrasında, Avrupa'da yaklaşık yarım yüzyıl toparlanma süreci görülmüştür. Bahsedilen toparlanma sürecini takiben 18. yy. boyunca adım adım feodal devlet sisteminden mutlak devlete (**absolutischen Staat – absolute state**), sıklıkla kullanıldığı şekilde mutlak monarşiye geçilmiştir⁸¹. Bahsedilen bu aşamalı politik değişimin yanında ticaretin büyümesiyle birlikte ekonomide büyük ticarethaneler, para ve mal spekülasyonları, ciro edilebilen kıymetli evraklar ile kapitalist sistemin nüveleri atılmıştır⁸².

Anılan dönemin sonları devletin sosyal ve özellikle ekonomik konuları

⁸⁰ Öğretide idarelerin, başkanlık ofisi ihmal edilerek, bakanlıklar ve özerk idareler olarak ikiye ayrıldığı da görülmektedir. Bkz. Verkuil, "Independent Agencies", s. 258.

⁸¹ Friedrich Wilhelm Henning, **Handbuch der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands: Deutsche Wirtschafts- und Sozialgeschichte im Mittelalter und in der frühen Neuzeit**, 3 C., Paderborn, Ferdinand Schöningh, C:1, 1991, s. 733-755.

⁸² Vural Savaş, **İktisatın Tarihi**, 4. bs., Ankara, Siyasal Kitabevi, 2000, s. 94.

sistematik ve kapsamlı bir şekilde planlamaya, düzenlemeye ve müdahale etmeye başladığı dönem olmaktadır. Devletler mutlak nitelik ve merkeziyetçilik kazandığı ölçüde ekonomiye daha kapsamlı ve programlı müdahale etmiştir. **Merkantilizm**⁸³ ise güçlenen mutlak devletlerin ekonomik sistemi ve ticareti, loncalar, tacirler ve şirketler yerine devlet katında ve monarkın emrinde çalışan **bürokratlar eliyle** düzenlemeye çalıştığı ekonomik yaklaşım olarak belirgin hale gelmiştir. Merkantilizmin altındaki yaratıcı düşünce gücünün Adam Smith'in ülkemizde kısaca Ulusların Zenginliği adıyla bilinen eseri⁸⁴ olduğu da vurgulanmaktadır⁸⁵.

Merkantilizm ülkeden ülkeye farklılık gösterse ve farklı isimlerle (Almanya'da **Kameralizm**⁸⁶, Fransa'da **Kolbertizm**⁸⁷) anılsa da bu dönemin genel

⁸³ **Merkantilizmin** teorik kurucusu John Hales'tir. Hales ihracat ve ithalatın artması ve bunun artırılması için devletin aktif olarak politika üretmesi gerektiğini vurgulamıştır. Yazar özel girişimcilerin ekonomik kaynakları kârlı olmayan alanlara kaydırmasında devletin zorlayıcı olmasını değil özendirici önlemler kullanması gerektiğini savunarak sonraki görüşlere de destek olmuştur. Yazar ekonomik kalkınmanın yaygınlaşması için devletin ayrıca faaliyet göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **A.e.**, s. 147-148.

⁸⁴ Eserin uzun adı şöyledir: Ulusların Zenginliği'nin Doğası ve Nedenleri Üzerine Bir Deneme (**An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**). Adam Smith eserinde **Merkantilizmi**, bu ismi kullanarak eleştirmektedir. **Merkantilizm** Adam Smith'in eserinden sonra bu haliyle anılacaktır. Bkz. **A.e.**, s. 138. Adam Smith **Merkantilizmin** hâkim olduğu dönem içerisinde yaşasa da, eserinde serbest piyasa ekonomisini, liberalizmi ve devletin ekonomiden elini çekmesini sistematik bir biçimde savunmaktadır. Eser bu yönleriyle sonradan liberal ekonomistler için önemli bir referans olarak görülecektir.

⁸⁵ Hans D. Jarass v.d. , **Wirtschaftsverwaltungsrecht mit Wirtschaftsverfassungsrecht**, 3.bs., Berlin, Hermann Luchterhand Verlag, 1997, s. 1-2; Henning, **Handbuch der Wirtschafts-** (Cilt 1), s. 756-758.

⁸⁶ Merkantilizmin Almanya uygulamasına **Kameralizm** denilmektedir. **Kameralizm**'in kökeni prenslik, krallık hazinesi anlamına gelen **Kammer** kelimesinden gelmektedir. **Kameralizm** yaklaşımında ilk başta hukuk, ekonomik ve politik bilimleri ile teknik bilimler bir arada yürütülürken zaman içerisinde ekonomi önem kazanarak ayrılmıştır. **Kameralizm** Almanya'da memurları/bürokratları eğitmek, ekonomik kalkınmayı sağlamak üzere devlet müdahalesini uygulamak gibi programlara sahiptir. Bu uygulama programı özet olarak devletin ekonomiye müdahalesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ancak İngiltere'de Merkantilizme düşünsel katkıyı iş adamları ve tacirler yaparken Almanya'da bu katkıyı hukuk profesörleri ve maliyeciler yapmıştır. Bunun sonucunda Alman Merkantilizminin savunucuları İngiltere'deki gibi kısa ve özet broşürler ve bildiriler yerine ayrıntılı ve kapsamlı eserler hazırlamışlardır. Bkz. Savaş, **a.g.e.**, s. 162-164. **İngiliz Merkantilizminde** devletin çıkarları ile bireyin çıkarları arasında ortaklık bulunduğu ileri sürülürken, **Alman Merkantilizminde** ise devletin çıkarları ile bireyin çıkarlarının zaman zaman çatışabileceği belirtilerek devletin daha otoriter ve mutlak bir konumda bulunması savunulmuştur. Bkz. **A.e.**, s. 164.

⁸⁷ Merkantilizmin Fransız uygulamasına ise **Kolbertizm/Kolbertizm** denilmektedir. **Kolbertizm** ise 14. Louis'nin Maliye Bakanı Jean Baptiste Colbert'ten (1619-1683) gelmekte ve bu kişinin o dönemde **Merkantilist** ekonomik yaklaşımını Fransa'da ilk defa icra eden kişi olmasından kaynaklanmaktadır. Merkantilizmin klasik bir uygulaması olarak Colbert yönetiminde üretim faaliyetinin her aşama ve katmanı devlet kontrolü altına alınmış, sanayi devlet tarafından yönlendirilmiş ve teşvik edilmiş, sanayi ve tarım ürünlerinde fiyat ve kalite kontrolünü yapacak ülke çapında yaygın bir **kontrol düzeni** kurulmuştur.

kabul edilen adı haline gelmiştir. Bu dönemde merkantilist düşünürler ve devlet adamları günlük hayatın sorunları gibi özel konularla ilgilenmeleri yanında ülke ekonomisi gibi genel konularla da ilgilenmişlerdir⁸⁸.

Merkantilist ekonomik yaklaşımın etkisiyle üniversitelerde birçok sayısal ve fen bilimleri kürsüleri oluşturulması yanında kamuya ilişkin üç ana bilim grubu ortaya çıkmıştır. Bu üç kamusal bilim grubu; kamu iktisat bilimleri (maliye), vergi bilimleri ve diğerlerinden daha önemli olarak idari bilimlerdir (**Polizeiwissenschaft – Verwaltungswissenschaft**)⁸⁹. Bahsi geçen idari bilimler ileride gelişerek hukuk bilimi içerisinde yer alan idare hukukunun oluşmasına ve sistemleşmesine sebep olduğu gibi bu gelişmeler **Merkantilist** devlet yönetimi içerisinde teknik idarelerin⁹⁰ oluşması ile de paralellik oluşturmaktadır. Bu nedenle merkantilizmin esas **devlet idaresi** ve **ekonomi politikası** olup bu yaklaşımda devletle ekonominin birlikte büyüyerek güçlenmesini sağlayan sebepler ve yöntemler üzerinde durulmuştur⁹¹.

Görüldüğü gibi Avrupa’da ve özellikle Kıta Avrupası’nda idare ve bürokrasi hukuk devletinden ve sanayi devriminden önce oluşmuştur. Bu bağlamda mutlak devletler güçlerini topladıkları ve merkeziyet kazandıkları ölçüde yürütme içerisinde özel bir yapılanma olan uzman bürokratlardan oluşan idareler aracılığıyla ekonomiye sistematik bir biçimde ve programlı olarak müdahale etmiştir⁹². Ancak ortada henüz demokratik bir hukuk devleti bulunmadığından o dönemdeki müdahaleleri bu günkü

⁸⁸ A.e., s. 138.

⁸⁹ Eserde **Polizeiwissenschaft** ve **Verwaltungswissenschaft** aynı grupta ve anlamda kullanılmıştır. Henning, **Handbuch der Wirtschafts-** (Cilt 1), s. 767-768. **Verwaltungswissenschaft (Science Administrative)** ülkemizde de yaygın olarak kullanılan idari bilimler ile aynı anlamda gelmekle beraber **Polizeiwissenschaft** kavramı ülkemizde yaygın kullanılmamaktadır. **Polizei** genel olarak bilindiği gibi polis – zabıta anlamıyla kullanılsa da, bu kavramın kökeni devlet, yönetim veya devlet yönetimi anlamında olan Latince **politia** kelimesinden gelmektedir. Almanca **polizei** ile benzer anlamda olan İngilizce **policy**, ayrıca düzenleyici ve denetleyici kurumların yapmış oldukları regülasyon faaliyetini ifade eden bir kavramı olmaktadır.

⁹⁰ Yine bu mutlak devlet döneminde, diğer görevler yanında merkantilist politikaları da uygulayan bürokratlardan oluşan teknik anlamda idare, **iyi polis/yönetim (gute Polizei/Verwaltung)** olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Jan Ziekow, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, München, Verlag C. H. Beck, 2007, s. 12; Henning, **Handbuch der Wirtschafts-** (Cilt 1), s. 769.

⁹¹ Ziekow, **a.g.e.**, s. 11-12; Savaş, **a.g.e.**, s. 138-139.

⁹² Devletin ekonomiye sistematik ve programlı müdahalesi konusunda kapsamlı birçok eser bulunmaktadır. Bu eserlerden sadece örnek olarak verilebilecek bir tanesi; Heinrich Gottlob von Justi’nin (1705-1771), “Ökonomischer Prinzipien bei der Verwaltung des Staates” isimli eseridir. Eserin “Devletlerin İdaresinde Ekonomik İlkeler” olarak Türkçe’ye çevrilebilecek ismi bile bazı şeyleri ortaya koymaktadır. Alıntı yapılan eser için bkz. Henning, **Handbuch der Wirtschafts-** (Cilt 1), s. 770.

ekonomik idare hukuku ilke ve kurallarıyla karşılaştırmak mümkün değildir. Birinci Dünya Savaşı'na kadar Avrupa'da hem hukuk devleti yerleşerek yaygınlaşmış hem de sanayi devrimi sonrasında kapsamlı ulusal hizmetler doğrudan devlet eliyle yürütülmüştür.

b. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Sonrası Dönem

Kapsamlı ulusal hizmetler⁹³ devlet eliyle yürütüldüğü için, Avrupa'da düzenleyici ve denetleyici kurumların ilk örnekleri daha çok rekabeti düzenlemek ve tekelleşmeleri önlemek amacıyla kurulmuştur. İkinci Dünya Savaşına kadar rekabeti düzenleyen kurumlar sadece Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Meksika ve bazı İskandinav ülkeleri gibi sınırlı sayıdaki ülkeler⁹⁴ tarafından oluşturulmuş ve faal haldeydi. İlk olarak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra savaşta yenilmiş olan Almanya⁹⁵ ve Japonya gibi ülkelerde, devletlerin otoriterleşmesini önlemek ve serbest piyasa ekonomisinin gelişmesini sağlamak için, savaşı kazanan ülkelerin baskısı ile yaygınlaşan, rekabet hukuku uygulayan ve rekabeti düzenleyen kurumlar kurulmuştur. Rekabeti düzenleyen kurumların Avrupa'da yaygınlaşmasında, 1992 Maastricht Anlaşması ile Avrupa Birliği ismini alan ve ülkemizin de aday ülke konumunda olduğu ülkeler topluluğunun yoğun etkisi bulunmaktadır. Avrupa Birliği özellikle Amerikan Hukuku içindeki **rekabeti düzenleyen ve denetleyen kurumlar** sistemini bünyesine almıştır⁹⁶.

⁹³ Avrupa ve Türkiye uygulamasında, devlet tekelleri ve devlet şirketleri, başka bir ifadeyle KİT'ler eskiden beri ekonomi içerisinde faaliyet göstererek ekonomiyi yönlendirme, kontrol etme ve standartları belirleme konusunda aktif olarak görev yapmışlardır. Zira bu şirketler ağırlıklı olarak ticari kurallara göre hareket etseler de, bunların asıl amaç ve hedefleri tüm toplumun refahını artırmak ve kamusal yararı sağlamak için ekonomik faaliyette bulunmaktır. Bkz. Franz Wirl, **Die Theorie der öffentlichen Firmen: Rahmenbedingungen für effiziente Versorgungsunternehmen**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, s. 29-30; Ziekow, **a.g.e.**, s. 60-61.

⁹⁴ Robert Pitofsky, Harvey J. Goldschmid, Diane P. Wood, **Trade Regulation Cases and Materials**, 5. bs., New York, Foundation Press, 2003, s. 15-16.

⁹⁵ İkinci Dünya Savaşı'nın sonundan itibaren Almanya'da İttifak Devletlerinin teşviki (ve zorlaması) ile kartel önleyici ve kartelleri dağıtıcı yasalar tartışılmaya başlanmıştır. Birçok taslaktan sonra 27.07.1957 tarihinde Alman Rekabet Yasası (**Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**) yürürlüğe girmiştir. Bkz. Adalbert Erler v.d., "Wettbewerb/Wettbewerbsrecht", **Handwörterbuch Zur Deutschen Rechtsgeschichte**, 5 C., Berlin, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., C:V, 1998, s.1327.

⁹⁶ Pitofsky, Goldschmid, Wood, **a.g.e.**, s. 17-21.

Kıta Avrupası'nda düzenleyici ve denetleyici kurumların yaygınlaşmasına neden olarak (ister yenilen ülke olarak mecburen -Almanya-⁹⁷, ister serbest bir tercihe dayanarak -Fransa-) ABD'den örnek alınması yanında, esas olarak özelleştirme hareketinin başlaması ile ekonomide devletçi politikaların yerini serbest piyasa ekonomisine bırakması ileri sürülmektedir. Başka bir ifadeyle düzenleyici ve denetleyici kurumların sayısının artması ile özelleştirme yoğunluğu arasında paralellik kurulmaktadır. Böylece özelleştirilerek devletin girişimcilikten el çektiği alanlarda yerini devlet aygıtı içinde olan gözetip, düzenleyen ve denetleyen kurumlara bırakmıştır⁹⁸.

Her bir Avrupa ülkesindeki özelleştirme hareketinin altında siyasal iktidar programları bulunmakta olduğundan, bu yaygın özelleştirmeler söz konusu ülkelerde farklı dönemlerde gerçekleşmiştir. Örneğin Fransa'da 1981-1982 seçimleri sonrasında iktidara gelen Mitterand yaygın devletleştirme programını uygularken, aynı yıllarda İngiltere'de Thatcher hükümeti ise Fransa'nın tam tersine yaygın özelleştirme programını uygulamaktaydı⁹⁹. Süreç içerisindeki değişim bakımından her bir Avrupa ülkesi (ve Türkiye) ayrı bir tarihsel araştırmayı gerektirmektedir.

Tarihsel gelişime genel hatlarıyla bakıldığında, temel ve basit bir saptama olarak rekabeti düzenleyen ve denetleyen kurumlar ile diğer ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında kuruluş tarihleri bakımından bir ayırım yapılabilir. Avrupa'da rekabeti düzenleyen ve denetleyen kurumların İkinci Dünya Savaşı'nın hemen sonrasında, 1950'li yıllarda yaygınlaştığı¹⁰⁰, diğer ekonomik konulardaki düzenleyici ve denetleyici kurumların ise daha sonra yaygınlaştığı belirtilebilir.

Üniter devlet sistemine sahip Kıta Avrupası ülkelerinde düzenleyici ve denetleyici kurumların ilk tatbiki sırasında geleneksel siyasi yapı ve idare hukuku alışkanları nedeniyle bu kurumlara karşı çıkmıştır¹⁰¹. Örneğin İtalya'da yasama

⁹⁷ A.e., s. 15-16.

⁹⁸ Tan, "<Regülasyon>", s. 10; Ziekow, a.g.e., s. 60-61. Liberalleşme hareketi ile ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi arasındaki ilişki bakımından ileri sürülen iktisat teorileri için bkz. Oliver Helge Franz, **Regulierung, Liberalisierung und Unabhängigkeit des Reguliers**, Aachen, Shaker Verlag, 2003, s. 80-110.

⁹⁹ Wirl, a.g.e., s. 21.

¹⁰⁰ Adalbert Erler v.d., a.g.e., s.1326-1328.

¹⁰¹ Avrupa genelinde de düzenleyici ve denetleyici kurumların yapısal nitelikleri ve işlevleri bakımından erkler ayrımı ile devlet bütünlüğü konularında ciddi sıkıntı yarattığı ileri sürülmüştür. Bkz. Tan, "<Regülasyon>", s. 33-34.

meclisi bu kurumlara sınırlı yetki ve özerklik tanıma yoluna gitmiştir¹⁰². Görüşümüze göre bu tür güvensizlikler devletin ekonomiye müdahalesinin özerk kurumlar eliyle yürütülmesine olan güvensizliklerden kaynaklanmaktadır. Yoksa Avrupa devletlerinde liberal ekonomik yaklaşım görece yeni benimsenmiş olsa da devletin ekonomiye müdahalesi yeni bir olgu değildir. Avrupa'nın ekonomiyi şekillendirmede **Merkantilizme** uzanan bir geçmişi bulunmaktadır.

Avrupa ülkeleri değişik dönemlerde bu kurumları kendi hukuk bünyelerine eklemişlerdir. Bu ülkelerin idari teşkilatlanmalarındaki ve geleneklerindeki farklılıklar nedeniyle her ülkenin düzenleyici ve denetleyici kurum uygulamasında bazı farklılıklar bulunabilmektedir¹⁰³. Ülkeler bazında farklılıklara rağmen bu kurumların temel özelliği faaliyetlerinin ve karar almalarının özerk bir biçimde yerine getirilmesidir.

3. Amerika ve Avrupa'daki Gelişimin Karşılaştırılması

Amerika ile Avrupa'da yaşanan gelişim süreci birlikte değerlendirildiğinde, Avrupa'da **Merkantilist** ekonomik yaklaşım nedeniyle ile ekonomiye planlı ve programlı olarak müdahale etme geleneği vardır¹⁰⁴. 19. yy.ın başından itibaren devlet politikalarında ve yönetiminde liberal anlayış hâkim olmuş ve devletin ekonomiye müdahalesi azalmıştır¹⁰⁵. Tam bu ara dönemde 1789 yılında kurulan Amerika daha baştan itibaren ekonomik liberalizm anlayışını benimsemiştir. Sanayi devrimi sonrasında yeni teknolojik buluş ve sektörlerle ekonomi sürekli bir gelişim çizgisinde olmuştur. Ekonomi, Amerika yanında İngiltere ve Fransa gibi Avrupa ülkelerinde de güçlenmiştir. Liberal ekonomik anlayışa sahip Avrupa devletleri saf bir liberalizm yerine sosyal devlet anlayışıyla ekonomiye tekrar ancak bu defa ölçülü bir şekilde müdahale etmişlerdir¹⁰⁶. Sosyal kelimesinin sosyalizmi anımsattığı düşüncesiyle

¹⁰² A.e., s. 33.

¹⁰³ Meltem Kutlu Gürsel, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi", **Sempozyum-Danıştay ve İdari Yargı Günü 137. Yıl**, Danıştay Yayın No: 72, Ankara, Danıştay Matbaası, 2005, s. 41.

¹⁰⁴ Jarass v.d. , a.g.e., s. 1-2.

¹⁰⁵ A.y.

¹⁰⁶ Devlet müdahalesini ve devletin kamu harcamalarının arttırmasını inceleyen İngiliz iktisatçı John Maynard Keynes Amerika'da ve Avrupa'da belirli dönemlerde kabul görmüştür. Liberal bir anlayışa sahip demokratik hukuk devletleri Keynes'in bilimsel önermeleri ile liberalizmi bırakmadan ekonomiye belirli ölçülerde müdahale etmişlerdir. Bkz. Jarass v.d. , a.g.e., s. 4-5.

Amerika sosyal devlet yerine refah (sosyal yardım) devleti ilkesi ışığında ekonomiye yine liberal devlet ve ekonomi anlayışını terk etmeden müdahale etmiştir¹⁰⁷.

Yukarıda kısaca değindiğimiz gibi Avrupa ülkelerinde geçiş sırası ile:

- 1- Merkantilist yaklaşım doğrultusunda mutlak devlet,
- 2- Bireyselliğe dayanan saf liberal devlet (üniter devlet),
- 3- Sosyal devlet¹⁰⁸ adı altında ekonomik ve sosyal olaylara müdahale eden

ılımlı liberal devlet yönünde olmuştur.

Amerika’da ise geçiş sırası ile:

- 1- Güçlü komünal tabanı olan yarı-liberal devlet¹⁰⁹ (güçsüz federal devlet),
- 2- Bireyselliğe dayanan saf liberal devlet (güçlü federal devlet¹¹⁰),
- 3- Refah – sosyal yardım devleti (**welfare state**) adı altında ekonomik ve sosyal olaylara müdahale eden ılımlı liberal devlet yönünde olmuştur¹¹¹.

Karşılaştırma suretiyle somutlaştırılan değişimde esas nokta hem Amerika hem de Avrupa açısından ekonomik ve sosyal konulara müdahale etmek isteyen devletlerin bu işi idareler, kapsamlı bürokrasi eliyle yürütmesidir.

¹⁰⁷ Ackerman, **Transformations**, s. 255.

¹⁰⁸ Bu kavramın Amerikan devlet ve hukuk sisteminde karşılığı refah – sosyal yardım devletidir (**welfare state**). Amerikalılar bu kavramın kökeninin Kıta Avrupasından geldiğini kabul etmekle birlikte, kavramın uygulamasının Amerika’da farklı olduğunu ortaya koymaktadırlar. Bu bakımdan Amerikan tarzı sosyal devlet Kıta Avrupası’ndaki gibi beşikten mezara kadar üniversal koruma (**universal security**) sağlamamakta, ancak kapsamlı sosyal yardım ve destek programlarını içermektedir. Bkz. Shapiro v.d., **a.g.e.**, s. 569.

¹⁰⁹ Amerika’da ilk kuruluşundan bu yana bireycilik, çıkarıcılık, yerellik, klasik liberalizm, lassaiz-faire, serbest piyasa, devletsizlik, ihtiyarilik gibi ilkelerin kişi-hukuk ilişkilerinde mutlak ilkeler olmadığı, ihtiyaç duyuldukça ve yeri geldikçe bu ilkelere kuvvetli istisnaların getirildiği ileri sürülmüştür. Bkz. Novak, “Social Control of Capitalism”, b.a. ve ayrıca s. 404.

¹¹⁰ Bu aşamada saf liberal devlet anlayışında değişme olmadan federal devlet, ulusal aktif devlet haline dönüşmüş ve federe devletler üzerinde hâkimiyet sağlamıştır.

¹¹¹ Amerikadaki bu geçiş kolay olmamış özellikle ekonomik konularda görev yapan idarelerin işlevleri ve faaliyetleri ne kapsamda olacak, mahkemeler bu kapsamda ortaya çıkan işlemleri ne yoğunlukta denetleyecek sorularına farklı dönemlerde farklı cevaplar verilmiştir ve bu konuda değişik hukuk teorileri ileri sürülmüştür. **New Deal** programının coşkusu altında ve biraz da 1929 ekonomik bunalımının korkusuyla bir dönem tabiri caizse Avrupa’daki mutlak devlete benzer bir şekilde **idari mutlakçılık (Administrative absolutism)** yaklaşımı güçlenmiştir. İdarelerin her zaman tarafsız ve hatasız olduğunu, çıkar gütmeyeceğini savunan **idari mutlakçılık** anlayışının temel hakları ve hürriyetleri tehdit ettiği ve demokratik devlet yapısını zorladığı görülünce kademeli olarak daha kısıtlı düzenleyici ve denetleyici kurum ve daha etkin mahkemelere doğru geçilmiştir. **İdari mutlakçılık (Administrative absolutism)** kavramı için bkz. Marver H. Bernstein, **Regulating of Business by Independent Commission**, Princeton – New Jersey, Princeton University Press, 1955, s. 52, 76, 209.

Amerika ile Avrupa uygulaması arasındaki farkı şu şekilde resmetmek doğru olacaktır: Avrupa ılımlı liberal devlete doğru giderken, geçmişten gelen **Merkantilist kökenleri sebebiyle** merkezi idare kanalıyla ekonomiye müdahale ve ekonomiyi düzenleme konusunda Amerika'ya göre daha önce hareket etmeye başlamıştır. Ancak Avrupa bu müdahaleyi adım adım yapmıştır. Amerika liberal refleksleri güçlü bir ülke olarak atılacak adımlar konusunda uzun süre tereddüt etmiş, ancak 19. yy.ın son çeyreğinde görülen ekonomik patlama ve sonrasındaki 1929 ekonomik bunalımı gibi karşılaşılan şartlar sonucunda kısa sayılabilecek bir süre içerisinde rotasını ılımlı liberal devlete doğru çevirerek, başta rekabetin düzenlenmesi olmak üzere ekonominin devletçe kurulan kurumlar eliyle düzenlenmesinde Avrupa'nın önüne geçmiştir. Özetle Amerika sorunun etrafında dolaşan Avrupa'dan bir adım ileri giderek, ekonomiyi **doğrudan ekonomik kolluk faaliyeti çerçevesinde** düzenlemiş ve denetlemiştir.

Avrupa'da önce bürokrasi – idare oluşturulmuş daha sonra devlet, içerisindeki idarelerle birlikte hukuk devleti anlayışı altında demokratikleşmiştir. Amerika'da ise tam tersi olarak önce devlet (dönemin şartlarına göre) demokratik biçimde kurulmuş sonra, bu demokratik devlet yapısı içerisinde bürokrasi – idare oluşturulmuştur. Amerika'da bu değişim sürecinde **common law** içerisinde doğan **rule of law** (hukukun üstünlüğü) ilkesi dönüşüm geçirerek Kıta Avrupası'ndaki hukuk devleti ilkesi manasında kullanılmaya başlanmıştır¹¹². Anlatılan değişim Amerikan ekonomisi üzerinde o kadar etkili olmuştur ki, bu değişim programlarını eleştirenler yapılan değişiklikleri sosyalist devletlerdeki **merkezi planlama** olarak değerlendirmişlerdir¹¹³.

Günümüzde endüstrileşmiş demokratik devletlerde (**laissez-faire** tarzı) liberal ekonomik sistem uygulanmamakta; ekonomi, serbest piyasa ile devlet tarafından ortaklaşa ve karma bir şekilde organize edilmektedir. Serbest piyasa ile devletin bu ortaklığı ve karışması her bir ülkeye göre değiştiğinden belirgin bir tarifi yapılamamaktadır¹¹⁴. Bu konuda denge noktası zamana, ülkeye, ekonomik koşullara,

¹¹² Galambos, **a.g.e.**, s. 41.

¹¹³ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 4.

¹¹⁴ Uwe Andersen v.d., **Der Staat in der Wirtschaft der Bundesrepublik**, Opladen, Leske Verlag – Budrich GmbH, 1985, s. 3.

sosyal koşullara ve diğer etkenlere bağlı olarak değişmektedir. Ancak kesin olan bir şey var; artık ne sadece devletin ne de sadece serbest piyasanın ekonomi üzerinde hâkim olduğudur.

Amerikan Hukuku ile Avrupa Hukuku arasında gözlemlenebilen farklılık Avrupa Hukukunun **ekonomik kamu hukuku – ekonomik idare hukuku**¹¹⁵ adı altında devlet ekonomi ilişkisini ve devletin ekonomiye müdahalesini sistematik bir şekilde incelemesi ve tahlil etmesidir¹¹⁶. İkinci bölümde detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere, örneğin Alman hukukunda devletin ekonomi üzerindeki noktasal gözetim-kontrol (ekonomik kolluk), düzenleme ve denetleme yoluyla gözetim-kontrol (**Die Regulierungsaufsicht**) ve klasik ekonomik gözetim-kontrol (**Die Wirtschaftsaufsicht**) olarak ikiye ayrılmaktadır¹¹⁷.

Avrupa’da ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar ekonomik kamu hukuku içerisinde önemli ve güncel bir alternatif olarak yer almakta ve incelenmektedir¹¹⁸. Amerika’da ise ekonomik düzenleme ve denetleme yanında, sübvansiyon, kamu harcamaları, vergi politikaları, kamu ihaleleri gibi yöntemlerle

¹¹⁵ Ekonomik idare hukuku (**Wirtschaftsverwaltungsrecht**) ekonomik olgular üzerinde somutlaşmış bir anayasa hukuku ve idare hukuku karma hukuk alanı olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Rolf Stober, “Zur Entwicklung des Wirtschaftsrechts”, **DZW**, C. 6, S. 4, 1996, s. 133. Keza ülkemizde de TAN, ekonomik idare hukuku kavramı ile anayasa hukuku ve idare hukuku bağlamında devletin ekonomiye müdahalesinin incelendiğini belirtmektedir. Bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 23.

¹¹⁶ Değinilen eleştiri Amerikan idare hukukçusu SCHWARTZ tarafından, Amerikan idare hukukunun geneli için yapılmaktadır. SCHWARTZ Amerikan idare hukukunun Kıta Avrupası’ndan farklı olarak bir sistem içerisinde değil ancak plansız bir biçimde geliştiğini ve Avrupa idare hukukunda olduğu gibi öğreti tarafından sistematik bir şekilde incelenmediğini belirtmektedir. Bkz. Bernard Schwartz, “The Code and Public Law”, **The Code Napoleon And The Common-Law World**, Bernard Schwartz (ed.), tekrar bsk., New York, Greenwood Press, 1975, s. 256-257.

¹¹⁷ Ziekow, **a.g.e.**, s. 60-61.

¹¹⁸ Başta Almanya (**ekonomik kamu hukuku/kamusal ekonomi hukuku – öffentliches Wirtschaftsrecht**) ve Fransa (**ekonomik kamu hukuku – droit public économique**) olmak üzere Avrupa ülkelerinde ekonomik kamu hukukunun sübvansiyon hukuku, rekabet hukuku, özelleştirme hukuku, kamu ihaleleri hukuku, ticaret hukuku, telekomünikasyon ve enerji hukuku gibi hukuk dalları örnekleri üzerinden demokratik hukuk devletinın ekonomi üzerindeki müdahalesi incelenmekte ve tahlil edilmektedir. Bu nedenle ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar eskiden beri ekonomiye müdahale eden (**Merkantilist politikalar**), müdahale alışkanlıkları devam eden Avrupa ülkelerinde ciddi ve güncel bir alternatif olmuştur; Fransız kaynaklar için bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 21-24; Alman kaynaklar için bkz. Ziekow, **a.g.e.**, s. 14-17; Friedrich Johannes Hörnicke, **Product Sewardships als Konkurrenz zu staatlicher und internationaler Regulierung? Gesellschaftliche Selbstregulierung durch die Gütesiegel Fairtrade, Bio, FSC und MSC**, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2012, s. 19.

ekonomiye müdahaleler gerçekleştirilmekle birlikte, Avrupa'daki gibi ekonomik kamu hukuku şeklinde sistematik ve bütüncül bir bilimsel yaklaşım bulunmamaktadır.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi ile diğer ekonomik müdahaleler arasındaki ilişkiye ikinci bölümde detaylı olarak değinilecektir.

4. Türkiye’de Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Ortaya Çıkışı ve Yayılması

Osmanlı’da kamu hizmetinin konusunu oluşturabilecek hizmetlerin neredeyse büyük çoğunluğu kişilerce kurulan vakıflarla karşılanmakta ve vakıflar devletçe korunmaktaydı¹¹⁹. Vakıf kurumu giderek zayıflayarak toplumsal ihtiyaçlara cevap verememiş, yabancı sermaye ise bir süre sonra ayrıcalıklı bir hukuki statü ile bazı kamu hizmetlerini yürütmeye başlamıştır¹²⁰. Osmanlı Devleti’nin sona erdiği dönemde toplumda Avrupa ve Amerika’da görüldüğü gibi yeterli bir sermaye birikimi oluşmamıştır.

Cumhuriyet’in kuruluş aşamasına isabet eden 1929 büyük ekonomik bunalımı döneminde ve sonrasında özel kesimin elinde sermaye birikimi olmadığından, ülkede liberal ekonomi politikası yerine karma müdahaleci bir ekonomi politikası¹²¹ mecburen uygulamaya konulmuştur. Böyle bir değişiklik akılcı ve mecburidir; çünkü o dönemde yaşanan büyük ekonomik bunalım ülkelerin (örn. Almanya) politik ve sosyal yapısını bile değiştirmiştir.

Zaman içerisinde özel kesimde sermaye birikimi sağlanmış olması nedeniyle Türkiye 1980’lerde karma ekonomik sisteminden liberal ekonomik sisteme geçmiştir¹²². Bu dönemden itibaren özelleştirmeler de hız kazanmıştır. Fakat bu geçiş kolay olmamış, bu sistemin kendiliğinden barındırdığı olumsuzluklar yanında serbest piyasa ekonomisinin tamamen kuralsızlaşması nedeniyle var olan sıkıntılar daha da

¹¹⁹ Aydın Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, *İÜHFM*, C.56, S.1-4, 1998, s. 97.

¹²⁰ *A.e.*, s. 97-98.

¹²¹ Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku* (2015), s. 2; Gülan, “Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 98.

¹²² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası açık bir biçimde ekonomik sistem tercihinde bulunmamaktadır. Fakat 1980’li yıllardan itibaren gelmiş geçmiş bütün hükümetlerin hükümet programlarına, çıkan yasaların içeriğine ve gerekçelerine, başbakanların ve bakanların basın açıklamalarına, kısaca genel eğilime bakıldığında Türkiye’nin ekonomik sisteminin serbest piyasa ekonomisine dayanan bir liberal ekonomi olduğu, devletin ise ılımlı bir liberal devlet olduğu görülmektedir.

artmış, bu sürecin tepe noktası 2000’li yıllarda yaşanan ekonomik kriz ve bankacılık krizi olmuştur¹²³. Neticede ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar Dünya Bankası ve IMF gibi uluslararası mali kuruluşların kısmen tavsiye kısmen de baskısı¹²⁴ ile Türk hukukuna girmiştir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların nitelik ve işlevlerinin her ülkenin kendi yapısına göre değiştiği genel olarak kabul edilmektedir¹²⁵. Bu nedenle ülkemizle ilgili tarihsel süreçten ve gelişmelerden de kısaca bahsetmek gerekmektedir.

DURAN, hukuk sistemimize eklenmiş olan düzenleyici ve denetleyici kurumlarla karşılaştırma yapmak maksadıyla, Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü ile Sigorta Denetim Kurulu örneklerini vererek özerk kurumların sayısı az olmakla beraber eskiden beri Türk idari teşkilatında bulunduğunu belirtmektedir¹²⁶.

Ancak günümüzde Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü¹²⁷ ile Sigorta Denetleme Kurulu’nun (Sigorta Denetim Kurulu’nun) yapıları değiştirilerek ya doğrudan bakanlığa ya da müsteşarlığa bağlı hale getirilmiştir. Örneğin Sigorta Denetim Kuruluna bakıldığında şöyle bir değişim tespit edilmektedir. 12 Eylül 1962 tarihli ve 11204 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sigorta Murakabe Tüzüğü, 14 Haziran 2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Sigorta Murakabe Kurulu Tüzüğü’nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük” başlıklı bir tüzükle yürürlükten kaldırılmıştır. Mevcut durumda 21 Ağustos 2009 tarih ve 27326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulu Yönetmeliği” başlıklı yönetmelik yürürlükte bulunmaktadır. Bu yönetmelikle önceden tüzükle özerkliği sağlanmış olan bu kurul, yönetmeliğin “kurulun hukuki yapısı” başlıklı 6. maddesine göre doğrudan müsteşara bağlanmış bulunmaktadır. Kurulun artık özerkliğini yitirdiği ve müsteşarlık nezdindeki bir birime dönüştürüldüğü söylenebilir.

Ülkemizde yeni bir düzenleyici ve denetleyici kurumun kurulması veya

¹²³ Berkarda, “Regülasyon”, s. 4.

¹²⁴ Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 10.

¹²⁵ Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, s. 382.

¹²⁶ Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 3.

¹²⁷ En son mevcut durumda 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 28. maddesi uyarınca Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü Sağlık Bakanlığı’nın bağlı kuruluşudur.

mevcut bir kuruma yeni yetkiler verilmesi durumlarında daha önceden bakanlıklar ile çeşitli kurumlara verilen yetkilerin alınarak düzenleyici ve denetleyici kuruma verilmesi şeklinde devri söz konusu olabilmektedir.

Örneğin mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 10. maddesine göre bankalara bankacılık işlemi yapma ve mevduat kabul etme izni verilmesi BDDK’nın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu’nun iznine tabi olduğuna dair hüküm, 4491 sayılı Yasa ile bu yetkinin BDDK’ya verilerek Bakanlar Kurulu’nun izin verme yetkisinin ortadan kaldırılması şeklinde değiştirilmiştir. Bazen de yürürlükte olan bir yasada belirli bir takım yetkilerin bir bakanlığa verildiği durumlarda, ilgili bakanlık ifadesinin belirli bir düzenleyici ve denetleyici kurum olarak anlaşılacağı şeklinde yasal düzenleme de bulunmaktadır¹²⁸.

Benzer değişimler eski adı Telekomünikasyon Kurumu yeni adı Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu’nda da yaşanmıştır. Öncelikle Cumhuriyetin ilk yıllarından beri faaliyet gösteren (hatta Osmanlı döneminde de kökleri bulunan) PTT (Posta Telgraf Telefon), 1995 yılında T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü (Posta ve Telgraf) ve Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Telefon) olarak ikiye ayrılmıştır. Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin hisselerinin yarısından fazlası özel sektöre satılarak özelleştirilmiştir¹²⁹. Özelleştirme sonrasında Telekomünikasyon Kurumu kurulmuş ve daha sonra bu kurumun ismi Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumuna dönüşmüştür.

Bazen de düzenleyici ve denetleyici kurumların bir konuyu ilk defa düzenlediği, o alanın ilk defa idare hukuku sınırları içerisine girdiği de görülmektedir. Tıpkı diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi rekabetin korunması ile görevli RK’nın kurulmasıyla, bu konu ilk defa¹³⁰ hukukumuzda uygulanmaktadır.

¹²⁸ Tan, “<Regülasyon>”, s. 35.

¹²⁹ İlginç bir biçimde Türk Telekomünikasyon A.Ş. internet sitesinde tarihçe bölümünde “1840 yılından bu yana Türk Telekom olarak faaliyette bulunduğu” belirtilmektedir.

¹³⁰ Günümüzde Avrupa’da rekabet hukuku **haksız rekabet (unlauteren Wettbewerb)** ile **rekabet kısıtlamalarına karşı koruma (Schutz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-rekabetin düzenlenmesi ve denetlenmesi)** gibi iki ana bölümde değerlendirilmektedir. Bununla birlikte Avrupa’da uzun bir süre sadece haksız rekabet kurumu uygulamada yer almıştır. Bu nedenle de haksız rekabet konusunun Avrupa’da marka ve ticari unvan hukukuyla birlikte eskiden beri oldukça gelişmiş olduğu söylenebilir. Rekabeti doğrudan düzenleyen ve denetleyen kurumlar daha önce de belirtildiği gibi Almanya ve Fransa’da ancak 1950’li yıllarda kurulmuştur. Bkz. Erler v.d., a.g.e., s.1326-1328. İngiltere’de rekabetin devlet eliyle doğrudan doğruya düzenlenmesi ve denetlenmesi 1948 yılında yürürlüğe giren Kartel ve Kısıtlayıcı Faaliyetler Yasası (**Monopolies and Restrictive Practices Act**) ile başlamıştır. İngiltere öğretisinde bu tür düzenleme ve denetleme

ULUSOY 2000’li yılların hemen öncesindeki dönemde ülkemizde RTÜK, RK ve SPK olmak üzere üç adet düzenleyici ve denetleyici kurum bulunduğunu belirtmekte; ancak SPK’yı, o dönemde yürürlükte olan yasada kurul üyelerinin görev süreleri boyunca belirli durumların haricinde görevlerinden alınmalarını engelleyecek bir hüküm olmadığından, isabetli bir biçimde “düzenleyici ve denetleyici kurum benzeri” olarak nitelendirmektedir¹³¹. Sonradan Aralık 1999’da 4487 sayılı Yasa ile mülga Sermaye Piyasası Yasası’nda yapılan değişiklik sonucunda SPK da tipik bir düzenleyici ve denetleyici kurum haline gelmiştir.

Türkiye’de özelleştirmelerin hız kazanması düzenleyici ve denetleyici kurumlara duyulan ihtiyacı arttırmış¹³², 2001 krizi sonrasında bu tür idarelerin sayıları ciddi bir biçimde artmıştır. Belirtilen değişim üzerinde ikinci bölümde ayrıntılı olarak durulmuştur.

B. Türkiye’de Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Anayasal Dayanağı ve İdari Teşkilat İçinde Yeri

1. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Anayasal Dayanağı

Türk öğretisinde düzenleyici ve denetleyici kurumların anayasal dayanağının bulunmadığını savunan görüşler¹³³ yer aldığı gibi bu kurumların anayasal dayanağının

öngören yasalar **modern rekabet yasaları** olarak adlandırılmaktadır. Bkz. J. H. Agnew, **Competition Law**, London, Allen & Ulwin, 1985, s. 2. AGNEW Amerika’da modern rekabet hukukunun diğer bütün ülkelerden daha önce uygulanmaya başladığını belirtmektedir. Bkz. Agnew, **a.g.e.**, s. 192.

¹³¹ Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s. 9-11.

¹³² Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, s. 382.

¹³³ DURAN anayasal dayanak konusunda Anayasa’nın 123. maddesi hükümlerini alıntılararak, maddede geçen ilkeler ile Türkiye’de devlet idaresi, mahalli idareler ve kamu kurumları olarak üç adet idare tipinin olduğunu belirtmektedir. Yazar, madde 123 ve devamında hükümlerdeki belirtmeyi **numerus clausus** bir sayım olarak düşünmektedir. Bununla beraber yazar aynı eserinde yine de, düzenleyici ve denetleyici kurumlara, anayasanın bu konudaki hükümlerinin geniş anlamından faydalanarak anayasal dayanak bulunabileceğine de değinmektedir. Bu bağlamda DURAN Anayasa’nın 130. ve 167. maddelerini anayasal dayanak olarak görmektedir. Bkz. Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 8-10. Ancak DURAN’ın daha eski bir eserine bakıldığında, **numerus clausus** ilkesini sadece merkezi idare ve mahalli idareler ile sınırladığını ve kamu kurumları bakımından aynı sınırlamanın yapılmadığı görülmektedir. Bkz. Duran, **İdare Hukuku**, s. 54-55. GİRİTLİ – BİLGİN - AKGÜNER, Anayasaya göre Türk idare sisteminin merkezi yönetim ve yerinden yönetim esasına göre şekillendiği, kamu kurumlarının ise ancak yasayla kurulabileceği, yeni bir idare kurulacaksa merkezi idare, yerel idareler ya da üzerlerinde vesayet denetimi tesis edilmiş kamu kurumu olmaları gerektiği, bu bakımdan bağımsız hareket etmelerine

bulunduğunu belirten görüşler de yer almaktadır¹³⁴. Ancak her iki yönede görüşte düzenleyici ve denetleyici kurumlar anayasal bulunmaktadır. Dolayısıyla öğretideki asıl tartışma konusu bu kurumların anayasal dayanağının olup olmadığı değil, Anayasa’da yer almasının gerekip gerekmediğidir.

Bir kurumun ismen Anayasa’da yer alması onun anayasal dayanağının olduğunu göstermekle birlikte, anayasal dayanak kavramından bir kurumun isminin mutlaka Anayasa’da yer alma olması zorunluluğu anlaşılmamalıdır. Yukarıda irdelenen ayrım neticesinde düzenleyici ve denetleyici kurumların mutlaka Anayasa’da yer alması zorunlu görülmemekte olup; sadece anayasal dayanağın bulunmasını yeterli görmekteyiz.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların anayasal dayanağını ve meşruiyetini bu kurumların; kuruluşları, görevleri ve merkezi idarenin vesayet denetimi bakımından aramak gerekmektedir.

a. Kuruluşları Bakımından Anayasal Dayanak

Anayasa’nın “idarenin esasları” üst başlığı altında yer alan 123. maddesinin 1. fıkrasında idarenin kuruluş ve görevleriyle bütün olup yasayla düzenleneceği, 2. fıkrasında ise idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı kuralları yer almaktadır. Bahsedilen anayasal esaslar değerlendirildiğinde bir idarenin merkezi idare içinde yer alması veya yerinden yönetim idareleri arasında yer alması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Yine Anayasa’nın “idarenin kuruluşu” üst başlığı içerisinde 126. maddesinde merkezi idare, 127. maddesinde ise mahalli idarelerden bahsedilmektedir. “İdarenin kuruluşu” başlığı altında hizmet yönünden yerinden yönetim idarelerinin yer almaması

imkân olmadığından bu kurumlara anayasal dayanak bulmanın zor olduğunu savunmaktadırlar. Bkz. Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, s. 384.

¹³⁴ Tan, “<Regülasyon>”, s. 37. TAN düzenleyici ve denetleyici kurumlar hakkında açıkça anayasal hüküm bulunmamasının bu kurumların kuruluş ve görevleri bakımından meşruluk sorunu yaratmadığını belirtmekte; ancak böyle bir anayasal hükmün olması halinde bu tür kurumların ayrı bir güç kazanacağını Fransız kaynaklardan alıntılanmaktadır. Bununla beraber yazar, 1992 yılında Fransa’da Anayasa Komisyonu’nun, bu kuruluşları anayasa içine alarak bunları yapısal ve nitelik bakımından dondurma yerine esnekliğe izin vermek amacıyla gelişimlerine izin veren mevcut yapıyı korumanın doğru olduğuna karar verdiğini belirtmiştir. Neticede Fransız Anayasası’na düzenleyici ve denetleyici kurumlar alınmamıştır.

mahalli idarelerden başka yerinden yönetim idareleri olmayacağı anlamına gelmez.

Esasen Anayasa’da hizmet yönünden yerinden yönetim idareleri için belirlenmiş genel bir anayasal kural bulunmamakta, yalnızca Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları (madde 130-132), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, radyo ve televizyon kuruluşları ve kamuyla ilişkili haber ajansları (madde 133), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (madde 134), kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (madde 135), Diyanet İşleri Başkanlığı (madde 136) gibi hizmet yönünden yerinden yönetim idarelerine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Bu madde sistematüğinden yorumla iki tür sonuç çıkarılabilir: Dar yorumla çıkacak sonuç, yalnızca merkezi idare, yerel idareler (mahalli idareler) ile Anayasa’da sayılan belirli tipteki idarelerin ve kurumların hukuken varlığının kabul görüldüğü sonucudur. İkinci sonuç ise özellikle 123., 126. ve 127. maddedeki hükümlerin kapsayıcı ve genel ilkeleri ışığı altında, Türk idare hukukunda merkezi yönetim ile yerinden yönetim şeklinde iki yönetim biçimi bulunduğu kabul edilerek, yerinden yönetimin ise mahalli idareler ile diğer yerinden yönetim idareleri şeklinde iki alt gruba ayrıldığı sonucudur. İkinci sonucun devamında ayrıca, hizmet yönünden yerinden yönetim idarelerinden Anayasa’da açıkça belirtilmiş olanlar hariç kuruluş ve görevleri yönünden yasamanın geniş bir takdir alanının bulunduğu kabulü gerekecektir.

Görüldüğü gibi birinci sonuç anayasal hükümlerin dar yorumlanması, ikinci sonuç ise aynı hükümlerin geniş yorumlanmasıyla ortaya çıkmaktadır. Görüşümüz Anayasa gibi yürürlük tarihinden çok sonraki olayları kapsamaması gereken bir üst-normun günün ekonomik ve toplumsal gereklerine uygun olarak geniş yorumlanmasının daha doğru olduğu ve düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluşları bakımından açıkça Anayasada yer almasının zorunlu olmadığı yolundadır.

Gelişen, değişen her türlü sosyal ve ekonomik olayları kapsadığı farz edilen anayasaların sayma yoluyla yeni idarelerin kurulmalarını sınırladığı düşünülemez. Bütün bu açıklamalar ışığında düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluşları açısından anayasal dayanaklarının bulunduğu kabul edilmelidir.

b. Görevleri Bakımından Anayasal Dayanak

Türk Anayasası'nın ikinci kısmında, "kişi hakları ve ödevleri", "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" ile "siyasi haklar ve ödevler" olarak gruplanan temel hak ve hürriyetler, devlete birçok konuda görev ve sorumluluk vermektedir. Anayasa'da yürürlüğe girmesinden bu yana kişi hak ve hürriyetleri konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır¹³⁵. Bu bağlamda temel hak ve hürriyetler güçlendirilmiş ve bu hakların sınırlandırılma şartları ağırlaştırılmış böylelikle devletin temel hak ve hürriyetler konusunda görev ve sorumluluklarının kapsamı da artmıştır.

Devletin temel hak ve hürriyetler konusunda görev ve sorumluluklarının genişlemesi sonucu, bu görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinde merkezi idarenin sürekli hiyerarşik denetimi altında olan idareler yerine, merkezi idarenin denetiminden ve siyasi iradenin müdahalelerinden göreceli olarak uzak olan düzenleyici ve denetleyici kurumların yetkilendirilmesi demokratik hukuk devletinin yaygın bir tercihi olarak gözükmektedir.

Ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumların görevlerine ilişkin olarak anayasal dayanaklarını 48. madde ve 167. madde olmak üzere iki farklı maddede bulabiliriz.

Anayasa'nın 48. maddesinin 1. fıkrasında herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu, özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu belirtilmiştir. Teşebbüs kurma ve sözleşme hürriyetinin özel sektör tarafından yürütülen faaliyetlerin anayasal garantisi olduğu açıktır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise devletin, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı belirtilerek 1. fıkra da yer alan temel hak ve hürriyetin sınırları çizilmiştir. 2. fıkra da yer alan kısıtlamalar oldukça geniş kısıtlamalar olup, idare hukukuna ilişkin kısıtlamalar yanında özel hukuka ilişkin kısıtlamalara da izin vermektedir. Bu bağlamda anılan 2. fıkraya dayanılarak idare hukuku içerisinde, düzenleyici ve

¹³⁵ Göze çarpan değişiklikler; 4121 sayılı ve 26.07.1995 tarihli Kanunla (1982 Anayasası'nın başlangıç kısmı değiştirilerek darbe etkisi olan sözler çıkarılmıştır) ve 4709 sayılı 17.10.2001 tarihli Kanunla (Anayasa'nın yine başlangıç bölümü olmak üzere, temel hak ve hürriyetler kısmındaki 13,14, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 31, 33, 34, 36, 38, 40, 41, 46, 49, 51, 55, 65, 66, 67, 69 ve 74. maddelerinde yapılan değişiklikler) yapılmıştır.

denetleyici kurumların görevleri belirlenebileceği gibi, KİT'ler kurulup faaliyette bulunabilecek, mevcut hükümet ekonomik planlamalar yapabilecek, merkezi idare, mahalli idareler veya kamu kurumları özel teşebbüslere yasa dairesinde müdahale edebilecektir.

Anayasa'nın 167. maddesinin 1. fıkrasında ise daha özel olarak devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın anılan maddesi, devlete piyasaların düzenli işlemlerini sağlama ve piyasalarda oluşacak tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenmesini sağlama konusunda görev yüklemektedir. Madde bu görevin yerine getirilmesi bakımından merkezden yönetimi, yerinden yönetimi veya belirli bir kurum türünü mecbur tutmamaktadır. Ekonomik bakımdan piyasaların gözetimi ve rekabetin önlenmesi görevinin düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından yerine getirilmesinde anayasal dayanak olarak 167. maddenin 1. fıkrası gösterilebilir.

c. Merkezi İdarenin Vesayet Denetimi Bakımından

Anayasa'da merkezi ve hiyerarşik denetimden bahsedilmemekle beraber; vesayet yetkisinin mahalli idareler üzerindeki özel bir şekli 127. maddede, “mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi sağlanması” amacı doğrultusunda sahip olduğu denetim ve gözetim yetkisi olarak öngörülmüştür.

Anayasa'nın 127. madde devamındaki vakıfların kuracağı yükseköğretim kurumlarının devletin gözetim ve denetimi (130/2), üniversite ve bağlı birimlerin devletin gözetim ve denetimi altında olması (130/5), üniversiteler üzerindeki gözetim ve denetim hakkının kullanma usulleri (130/9), kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki idari ve mali denetime ilişkin kuralların yasayla belirlenmesi (135/5) gibi konularda ayrıca vesayet denetimi¹³⁶ yer almamaktadır.

¹³⁶ ULUSOY vesayet denetiminin yalnızca mahalli idareler için geçerli olan özel bir denetim türü olduğunu, merkezi idarenin diğer yerinden kuruluşları üzerinde sahip olduğu yetkinin ise vesayet

Vesayet denetiminden bu kadar sınırlı yer ve şekilde değinilmiş olmasının iki sonucu bulunmaktadır. Bu sonuçlardan birincisi vesayet denetiminin yalnızca Anayasa’da belirtilen hallerde geçerli olduğu ve vesayet denetiminden bahsedilmeyen yerlerde ise merkezi idarenin hiyerarşik denetiminin olması gerektiğidir. Diğer bir sonuç ise Anayasa’da vesayet denetiminin yalnızca mahalli idarelere ilişkin maddede yer alması karşısında; diğer idarelerin merkezi idare ile olan denetim ilişkisinde yasa koyucunun takdir ettiği ve lüzumlu gördüğü usulde ve kapsamda denetim öngörülebileceğidir. Kanaatimiz ikinci sonucun daha doğru ve anayasal gereklere uygun olduğudur.

2. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların İdari Teşkilat İçindeki Yeri

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar Türk idare hukuku içerisinde yeni bir idare tipini oluşturmakta, bu kurullar yabancı bir hukuk sisteminden (Amerikan Hukukundan) alındığı için daha önceki idare örneklerine benzememekte, bu nedenle bu kurumların klasik idare hukuku ve idari teşkilat içerisindeki yeri konusunda bazı tereddütler bulunmaktadır¹³⁷.

Türk hukukunda düzenleyici ve denetleyici kurumların devlet tüzel kişiliğinden ayrı hukuki tüzel kişiliği ve kendilerine has bütçeleri bulunmakta¹³⁸, verdikleri zararlardan dolayı devlet tüzel kişiliğinden ayrı olarak sorumlu tutulabilmekte, yapısal ve işlevsel özerklikleri bulunmaktadır¹³⁹.

denetiminden ayrı “genel bir gözetim yetkisi” olarak düşünülebileceğini vurgulamaktadır. Bkz. Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s. 14.

¹³⁷ Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 3; Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s. 11-16.

¹³⁸ 5018 sayılı 24.12.2003 tarihli “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu” ile birlikte devlet bütçesi, merkezi yönetim bütçeleri, sosyal güvenlik kurumu bütçeleri ve mahalli idare bütçeleri olarak üç ana gruba ayrılmış, merkezi yönetim bütçeleri ise kendi içinde genel bütçe, özel bütçe ve düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi olarak tekrar üçe ayrılmıştır. Yasa ayrıca, bu isimlerden başka bir isimle bütçe türü ve tipi yaratılmasını yasaklamıştır (5018 sayılı Yasa 12. madde). 5018 sayılı Yasa öncesinde 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu sadece genel bütçeyi düzenlemekte, diğer bütçeler ise diğer yasalar tarafından düzenlenmekteydi; bu husus uygulamada ciddi çelişkilere ve karmaşaya sebep olmaktaydı. 5018 sayılı Yasa hem bütçe türlerini ve tiplerini sınırlandırmakta hem de bütçelerle ilgili olarak genel hükümler içermekte, diğer yasaların ancak bu hükme aykırı olmayan hükümleri geçerli olmaktadır (5018 sayılı Yasa 81. madde (f) fıkrası). 5018 sayılı Yasaya ekli III sayılı cetvel uyarınca düzenleyici ve denetleyici kurum bütçeleri genel bütçeden ayrı fakat merkezi yönetim bütçesi içinde yer almaktadır.

¹³⁹ A.y.

Bu özellikler Türk uygulamasında düzenleyici ve denetleyici kurumların yerinden yönetim idareleri kategorisi içinde yer aldığını göstermektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların yerinden yönetim idaresi olarak kabulü halinde ise yerinden yönetim idareleri içerisinde nasıl yerleştirileceği sorunu gündeme gelmektedir¹⁴⁰.

Bu tür kurumların “merkezi idarenin vesayet denetiminin zayıflığı” ile “düzenleme ve denetleme işlevinin kendine has özellikleri” bakımından farklılıklarının altını çizerek, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında ayrı bir grup olarak yer aldığının kabul edilmesi gerekmektedir¹⁴¹.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların idari teşkilat içindeki yerini sorunlu olarak gören DURAN genel olarak kamu kurumlarının (hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının) kuruluş sebeplerini, devletin görevleri arasında bulunan bir görevi, faaliyeti veya hizmeti doğrudan görmek istemeyip bunları kendisi dışında oluşturulacak bir kamu tüzel kişiliği vasıtasıyla yerine getirmek şeklinde vurgulayarak açıklamıştır¹⁴².

DURAN ve ULUSOY’un bu tespitlerinden hareketle düzenleyici ve denetleyici kurumların Anayasa’nın 123. maddesinde öngörüldüğü şekilde kuruluş ve görevleri bakımından yerinden yönetim şekli içine girdiği, ancak bu kurumların mahalli idare olmayıp, kamu kurumları (hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları) içerisinde, sahip oldukları kendilerine has özellikler nedeniyle ayrı bir alt grup oluşturması gerektiği düşünülmektedir.

3. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların İdarenin Bütünlüğü Kuralı Açısından Değerlendirilmesi

İdare, ister üniter ister federal devletlerde olsun parçalı bir yapıdan

¹⁴⁰ A.y.

¹⁴¹ ULUSOY, düzenleyici ve denetleyici kurumların hizmet yönünden yerinden yönetim idareleri arasında ayrı bir grupta yer almasını özellikle, düzenleyici ve denetleyici kurumların işlevlerinde yarı yargısal ve yasama benzeri yetkiler tanınmasına, yine bu tür kurumların işleyişinde ve işlemlerinin tesisinde merkezi idarenin müdahalesinin minimum derecede olmasına ve yine bu tür kurumların başındaki kurulların üyelerinin görev süreleri dolmadan merkezi idare veya siyasal iktidar tarafından görevlerinden alınamamasına bağlamaktadır. Bu tespitlerde bulunan ULUSOY, düzenleyici ve denetleyici kurumların Türk idare teşkilatı içinde, güneş sistemindeki yörüngelere benzeterek, en dış yörüngedeki idareler olarak belirlemektedir. Bkz. A.e., s. 13.

¹⁴² Duran, *İdare Hukuku*, s. 188.

oluşmaktadır. İdarenin bütünlüğü ilkesi böyle bir parçalı organizasyon yapısı içerisinde, yönetimde keşmekeşliği önlemeyi amaçlamaktadır¹⁴³. Başka bir ifadeyle idarenin bütünlüğü ilkesi idarenin blok halinde yapılandığını ifade etmez, zaten parçalı bir yapıda olan idarenin bir bütün olarak devamını amaçlar.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların idarenin bütünlüğü ilkesi bakımından değerlendirilmesine yönelik olarak YAYLA düzenleyici ve denetleyici kurumlar için kullanılan bağımsız ifadesinin aşırılığından hareketle, idarenin bütünlüğü ile devletin bütünlüğünün de sağlandığı, Anayasa'nın 123. maddesinin idarenin bütünlüğü açısından açık olduğu, merkezi idarenin denetiminden tamamen ayrılmış bir devlet örgütü ve idarenin kurulmasının mümkün olmadığı görüşündedir¹⁴⁴.

TAN idarenin bütünlüğü ilkesinin yer aldığı Anayasanın 123. maddesini düzenleyici ve denetleyici kurumlar bakımından değerlendirirken, mahkeme kararlarında bağımsız ve özerk kurumların idarenin bütünlüğü içerisinde görüldüğünü vurgulamıştır¹⁴⁵. Bununla beraber TAN, düzenleyici ve denetleyici kurumlarla bakanlık veya başbakanlık arasında bir "ilişki" bulunmasını olumlu karşılamamakta ancak açık bir eleştiri de getirmemektedir¹⁴⁶.

ULUSOY ise yasalarla merkezi idareye kamu yararı veya kamu hizmeti gereğince bazı yetkilerin verilmesi halinde idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanacağı görüşünde olup bu bağlamda düzenleyici ve denetleyici kurumların ilgili kuruluş yasalarında bunların "ilişkili" olacakları bakanlıkların belirtilmiş olması ile idarenin bütünlüğünün sağlandığı, zira bu ilişkili olma durumunun düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde zayıf da olsa bazı yetkileri gündeme getireceği görüşündedir¹⁴⁷.

Biz de ULUSOY'un görüşlerine katılıyoruz. Öncelikli olarak bu tür kurumların bir bakanlıkla ilişkili olması bu kurumların idarenin bütünlüğü ilkesine uygunluğunu sağlamaktadır. Bundan başka bu kurumların da 5018 sayılı Kamu Mali

¹⁴³ "Uzun lafın kisası devlet birçok parçaya bölünmüştür." Bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 194-195.

¹⁴⁴ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, Eylül 2009, s. 268.

¹⁴⁵ Tan, "<Regülasyon>", s. 36.

¹⁴⁶ **A.e.**, s. 15-16, 37.

¹⁴⁷ Yazar ilişkili olan bakanlıkların düzenleyici ve denetleyici kurumun işlemlerine karşı (idari) yargıda iptal davası açma yetkisi verdiğini de savunmaktadır. Ayrıca ilişkili olma durumuyla yürütmenin siyasi katı ve Bakanlığın sahip olduğu siyasi sorumluluğun düzenleyici ve denetleyici kurumlar bakımından da gerçekleşmesi sağlanmaktadır. Ulusoy, "Bağımsız İdari Kurumlar", s. 15-16.

Yönetimi Ve Kontrol Kanunu hükümlerine tabi olmaları neticesinde mali denetimin kapsamının artması, Anayasa uyarınca hükümetin ekonominin genel işleyişinden ve düzeninden sorumlu olması, düzenleyici ve denetleyici kurumların demokratik meşruiyetinin ilişkili olduğu bakanlık karşısında eksik olması gibi özellikler de idarenin bütünlüğü ilkesine uyulmasını sağlamaktadır.

C. Türkiye’de Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özerkliği

1. İdari İşlemler Tesis Edilirken Merkezi İdarenin Etkilerinden Uzak Olma ve Bağımsızlık-Özerklik Tartışması

Türk öğretisinde¹⁴⁸ düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsızlık ve özerkliği tartışmalıdır, bu hususta farklı görüşler bulunmaktadır. Bu kurumlar kurumsal, mali ve işlevsel ayrıma tabi tutulmadan hem bağımsız hem de özerk olarak nitelendirildiği¹⁴⁹ gibi; kurumsal, işlevsel veya karar alma yönlerinden ayrıma tabi tutularak her bir ayrım bakımından bağımsız veya özerk olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁰. Bu kurumların ya tamamen özerk¹⁵¹ ya da tamamen bağımsız¹⁵² olarak nitelendirildiği de görülmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsız olduğunu savunanlar da, sınırsız veya kayıtsız bir bağımsızlığın bulunmadığını belirtmektedirler¹⁵³.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların karar almada yansızlığının sağlanması, öncelikle karar verecek olan kurulların üyelerinin görevde bulundukları süre içinde sınırlı sebepler haricinde görevden alınamamaları ile yürütmenin ve

¹⁴⁸ Alman öğretisinde düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsızlığı – özerkliği ile onların parlamenter kontrolden (yasama ile yürütmenin siyasal katı olan Bakanlar Kurulundan) **tamamen** değil ancak **belirli ölçülerde** bağımsız – özerk oldukları anlaşılmaktadır. Amerikan idare hukukunda yer alan **independent regulatory agencies** (düzenleyici ve denetleyici kurum) kavramındaki **independent** kavramının bağımsız değil, özerk anlamda kullanıldığı da ayrıca vurgulanmaktadır. Bkz. Franz, **a.g.e.**, s. 138.

¹⁴⁹ GİRİTLİ-BİLGİN-AKGÜNER dışsal ve içsel bağımsızlık/özerklik gibi bir ayrım yapmalarına rağmen bu ayrımın farklı bir bağımsızlık veya özerklik derecesi tespitinde bulunmamaktadırlar. Bkz. Giritli, Bilgin, Akgüner, **İdare Hukuku**, s. 382-383.

¹⁵⁰ TAN düzenleyici ve denetleyici kurumları yapısal ve işlevsel olarak ayırdıktan sonra **özerk kurum, tarafsız ve bağımsız kurul** tespitinde bulunmaktadır, Tan, “<Regülasyon>”, s. 14.

¹⁵¹ Karacan, “Özerk Kurumlar”, s. 3-5.

¹⁵² Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s. 3.

¹⁵³ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 268; Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s. 16.

hükümetin bu kurulların alacakları kararları geçersiz hale getirecek, geciktirecek bir hukuki imkâna sahip olmamasıyla mümkün olur¹⁵⁴. Bu durumda dahi kurul üyelerini atayan makam, yasada belirtilen sınırlı sebeplerle üyeleri görevden alma yetkisini elinde bulundurmaktadır. Ayrıca genelde atama yapan makam yasal nitelikleri taşıyan kişileri atamakta serbesttir. Uygulamada siyasi iktidarın kurullarla olan ilişkilerde belirleyici olduğu belirtilmektedir¹⁵⁵.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsızlığı noktasında önem arz eden diğer bir konu mali denetimdir. Türk devlet ve idari teşkilatı içerisinde düzenleyici ve denetleyici kurumlar da dâhil olmak üzere idarelerin mali denetimi merkezi yönetimde yer alan müfettiş ve denetmenlerce yapılmakta ve bu konuda her idarenin yasasında farklı düzenlemeler bulunmakta iken 2006 yılında 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, bu denetim Sayıştay tarafından yürütülmeye başlanmış¹⁵⁶ ve devlet içindeki mali denetim konusunda uygulanmak üzere bütün idare ve kamu kurumları için geçerli hükümler getirilmiştir¹⁵⁷. Böylelikle eskiden düzenleyici ve denetleyici kurumlara yönelik gerçekleştirilen göreceli zayıf mali denetim güçlendirilmiştir.

Kıta Avrupası ülkelerindeki uygulamalar ile Amerikan uygulaması karşılaştırıldığında Amerika'da düzenleyici ve denetleyici kurumların özerkliğinin¹⁵⁸ daha kuvvetli olduğu, Kıta Avrupası'nda ise daha zayıf olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin Almanya'da bu tür kurumların merkezi idare ile bağı Amerika'ya göre daha kuvvetli olduğu, bunların doğrudan bakanlıklar içerisinde yer aldığı ve bu yüzden politik makamlar tarafından etkilenme olasılığının daha yüksek olduğu belirtilmektedir¹⁵⁹.

Ülkemizde düzenleyici ve denetleyici kurumlar özerklik dereceleri

¹⁵⁴ A.e., s. 5.

¹⁵⁵ Seriya Sezen, "Türkiye'de Düzenleyici Kurulları Kimler, Nasıl Yönetiyor?", *AİD*, C.38, S.4, Aralık 2005, s. 112.

¹⁵⁶ Selami Er, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Dış Denetimi ve 5018 Sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler", *Sayıştay Dergisi*, S. 68, Ocak-Mart 2008, s. 33.

¹⁵⁷ A.e., s. 37-38.

¹⁵⁸ Amerikan hukukunda **independent** hem bağımsız anlamını hem de özerk – otonom anlamını taşımaktadır. Düzenleyici ve denetleyici kurumlardaki (**independent regulatory agencies**) **independent** kavramının ise bağımsız anlamından çok otonom – özerk anlamını taşıdığı da ileri sürülmektedir. Bkz. Franz, *a.g.e.*, s. 138.

¹⁵⁹ Erich Kaufert, *Theorie der Öffentlichen Regulierung*, München, Verlag Franz Vahlen, 1981, 176-177.

bakımından, zayıf özerkliğe sahip Kıta Avrupası örneklerinden çok, güçlü özerkliğe sahip Amerikan örneğine benzemektedir.

2. Anayasa’da 6771 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler Sonrasında Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özerkliği

Anayasa’da 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Yasa ile başta yürütme bölümünde olmak üzere bir takım değişiklikler yapılmış, yapılan değişiklikler 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandumla kabul edilmiştir.

Anayasa’nın 104. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı devletin başı olup Anayasa’nın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetmekle görevlendirilmiştir. Anayasa’da 6771 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı’na devletin başı olma yanında yürütme yetkisi de verilerek Anayasa’nın Bakanlar Kurulu’na, Başbakana, güvenoyuna, görev ve siyasi sorumluluğa, bakanlıkların kurulmasına ve bakanlıklara ve tüzüğe ilişkin 109 ila 115. maddeleri kaldırılmıştır. Daha önceden Bakanlar Kurulu hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden birlikte sorumlu olup ayrıca her bakan Başbakana karşı sorumlu iken, değişiklik sonrasında bakanların Cumhurbaşkanı’na karşı sorumlu oldukları belirtilmiştir. Anayasa değişikliği ile kanun hükmünde kararname ile tüzüğe ilişkin maddeler kaldırılarak yerine yürütme ile ilgili konularda çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi getirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Anayasa’da yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler konusunda düzenleme yapılamaz. Ayrıca Anayasa değişikliği ile yeni getirilen md. 104/17’deki; yasayla açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yasa arasında farklı hükümlerin bulunması halinde yasanın uygulanacağı ve sonradan aynı konuda yasa çıkarılması halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği düzenlemelerinden çıkarılan sonuç normlar hiyerarşisi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasaların altında yer aldığıdır. Anayasa md. 123/3’de İdare ile ilgili olarak değişiklik dikkat çekicidir. Maddenin eski haline göre kamu tüzelkişiliği yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulurken, yeni haline göre yasayla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmaktadır.

Yukarıda kısaca özetlenen değişikliklerle doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı güvenoyu almaya gerek kalmaksızın milletvekili seçilme yeterliliğine sahip kişiler arasından sadece kendisine karşı sorumlu olacak bakanları serbestçe seçerek hükümeti oluşturmaktadır. Cumhurbaşkanı yürütme yetkisini kararnameler çıkarak kullanmaktadır. Neticede Cumhurbaşkanı, Amerikan Başkan'ına benzer bir şekilde asıl ve birinci elden yetki sahibi olarak hiyerarşik bir kontrolle yürütme erkinin başında yer almaktadır.

Gerçekleşen Anayasa değişikliğinden önce de düzenleyici ve denetleyici kurumların özerkliği önemli olmakla birlikte değişiklik sonrasında Devletin başı ve yürütme erkinin tek yetkilisi Cumhurbaşkanı karşısında özerkliğin önemi daha da artmıştır. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'da yer alan sosyal ve ekonomik hak ve ödevleri konu edinebilmesi¹⁶⁰ sonucunda ekonomik piyasaların bu kurumların sahip olduğu özerkliğin getirmiş olduğu garanti ve güvene ihtiyacı daha da artacaktır.

Anayasa değişikliği sonrasında düzenleyici ve denetleyici kurumların özerkliğinin değişip değişmeyeceği üzerinde de durulabilir. Burada en belirleyici etken değişiklik sonrasında uyum yasalarının nasıl çıkarılacağıdır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yasalar değiştirilemediğinden, toplu uyum yasaları ile düzenleyici ve denetleyici kurumlara ilişkin yasalarda yapılacak değişikliklerde bu kurumların

¹⁶⁰ Anayasa'nın 104. maddesinin ilgili bölümü "...Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez..." şeklindedir. Maddenin alıntılanan hükmündeki ifadeden Anayasa'nın ikinci kısmı altında birinci bölümün temel hakları, ikinci bölümün kişi haklarını ve dördüncü bölümün ise siyasi hakları konu edindiği sonucu çıkarılmaktadır. Başka bir ifadeyle temel haklar ayrı haklar, kişi, sosyal/ekonomik ve siyasi haklar ise ayrı haklar olarak gösterilmektedir. Hâlbuki ikinci kısmın ismi temel haklar ve ödevler olup kişi hakları, sosyal ve ekonomik haklar ile siyasi hakların hepsi temel hak ve ödevlerdendir. İkinci kısmın birinci bölümü kişi, sosyal/ekonomik ve siyasal hakların tamamına ilişkin genel prensip ve kuralları (12 ila 16. maddeler) içermektedir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler; kişi, sosyal/ekonomik ve siyasi haklar bakımından ayırım yapılmadan ancak Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak yasa ile sınırlandırılabilir. **Kanaatimiz Anayasa'nın 13. maddesinin amir hükmü karşısında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri sosyal ve ekonomik hak ve ödevler de dâhil olmak üzere hiçbir temel hak ve hürriyetleri konu edilemez.** Aksi takdirde ailenin korunması ve çocuk hakları, eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi, kıyılardan yararlanma, devletleştirme ve özelleştirme, kamulaştırma, çalışma ve sözleşme hürriyetleri, sendika kurma kurma, sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması, sosyal güvenlik hakkı gibi (sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin) temel hak ve hürriyetlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle sınırlandırılması ve düzenlenmesi mümkün hale gelecektir ki bu durum çağdaş ve demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemez.

özerkliğinin vurgulanmasına devam edilmelidir.

3. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özerkliğinin Yargısal Denetimin Kapsamını Etkileyip Etkilemediği Sorunu

Düzenleyici ve denetleyici kurumların özerkliğinin bu kurumların işlemlerinin yargısal denetimin kapsamı üzerinde etkili olup olmadığı hususun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öğretide bu tür kurumların bağımsızlığı vurgulanırken, federe devletlerin “yer yönünden federalizmi” düzenleyici ve denetleyici kurumların ise “hizmet yönünden federalizmi” temsil ettikleri, bu nedenle bu kurumların kendi hizmet alanlarında düzenleme ve denetleme faaliyetlerini tek başına yaptıkları, yasama, yürütme ve yargısal özellikleri bünyesinde barındırdıkları vurgulamaktadır¹⁶¹. ULUSOY’un bu görüşüne katılmıyoruz. Federalizm, federal devlet katmanı ile federe devlet katmanının anayasa üzerinde yetki paylaştığı bir sistemdir. Federal Anayasa’da federal devlete açıkça sayma yoluyla verilenler dışındaki bütün konularda yasama, yürütme ve yargılama işlevini yerine getirme federe devletlere aittir. Federal Anayasa’da açıkça federal devlete verilen konularda ise federal devlet yasama, yürütme ve yargı işlevini görmektedir. Bu nedenle federal devlet gibi federe devletler de kendi bünyelerinde ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumları oluşturmuşlardır. Yukarıda da değinildiği gibi Amerika’daki düzenleyici ve denetleyici kurumlar federal yürütme (veya federe yürütmeler) içerisinde adem-i merkeziyet idareleridir. Hâlbuki ULUSOY’un ileri sürdüğü gibi düzenleyici ve denetleyici kurumların hizmet yönünden bir federalizm oluşturduğunu ve yasama, yürütme ve yargı işlevlerini – yetkilerini kendi bünyelerinde topladıklarını ileri sürmek, bu kurumların işlemlerinin yargısal denetime kapalı olduğu veya denetimin sadece şekli denetimi içerecek şekilde oldukça kısıtlı olduğu gibi yanlış sonuçlara götürmektedir.

Bu bağlamda düzenleyici ve denetleyici kurumların yargısal denetimine ilişkin tespitlerde bulunulmadan önce, düzenleyici ve denetleyici kurumların

¹⁶¹ Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s. 3.

özerkliğine vurgu yapıldığı görülmektedir¹⁶². Ayrıca bu kurumların yargısal denetimi incelenirken sadece yapısal konulara değinildiği, işlevsel idareye ilişkin konulara ve yargısal denetimde kullanılacak olan denetim ölçüt ve ilkelere değinilmediği görülmektedir¹⁶³.

Bir idarenin özerk olması veya merkezi idare içinde yer alması o idarenin işlemlerinin yargısal denetiminin kapsamını doğrudan etkilememektedir ve etkilememelidir. Zira bir idarenin özerklik derecesi onun yürütme erki, siyasal iktidar ve bir oranda yasama erki ile olan ilişkisi bakımından önemli olup yargısal denetim bakımından belirleyici değildir.

Hizmet yönünden yerinden yönetim idareleri (örneğin düzenleyici ve denetleyici kurum) ile merkezi idare arasındaki denetim, mali ve diğer ilişkileri ifade eden özerklik kavramından yola çıkarak, o idarenin işlemlerinin yargısal denetiminin ne ölçüde ve kapsamda olması gerektiğini belirlemek idari yargılamanın teori ve pratiğine uygun düşmemektedir. İdari işlemlerin yargısal denetiminin kapsamını ve derinliğini belirleyen bir kısım ilkeler ve ölçütler bulunmaktadır, ancak görüşümüze göre idarelerin özerklikleri bu ilkeler ve ölçütler arasında yer almamaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların özerkliği bu kurumların en önemli özelliklerinden biri olup özerkliklerinin amacı bu kurumların faaliyetleri sırasında yürütmeden (ve siyasal iktidardan) gelebilecek etki ve müdahaleleri mümkün olduğunca azaltmaktır. Üstelik bir önceki bölümde izah edildiği üzere düzenleyici ve denetleyici kurumların özerkliği 6771 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa değişikliği

¹⁶² AŞÇIOĞLU ÖZ bu kurumların “kararları üzerinde hiçbir makam ve merciin etkisinin” olmadığını belirterek yargısal denetim konusuna değinmektedir. Bkz. Gamze Aşçıoğlu Öz, “Rekabet Hukuku ve Politikası, Rekabet Kurumu”, **Sempozyum-Danıştay ve İdari Yargı Günü 137. Yıl**, Danıştay Yayın No: 72, Ankara, Danıştay Matbaası, 2005, s. 108-109. KUTLU GÜRSEL de yargısal denetim üzerinde dururken bu kurumların tarafsızlığına vurgu yapmaktadır. Bkz. Kutlu Gürsel, **a.g.e.**, s. 69-70. Keza Danıştay kökenli Anayasa Mahkemesi üyesi DİNÇER de bu kurumların işlemlerinde sebep ve maksat denetimi yapılmaması gerektiğini belirtmeden önce kurumların bağımsızlığını hatırlatmaktadır. Bkz. Güven Dinçer, “Hukuk Devletin Yargı ve Yasama Boyutu”, **Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ekim 2000, s. 18.

¹⁶³ YILDIRIM Danıştay’da düzenlenen bir sempozyumda düzenleyici ve denetleyici kurumların yargısal denetimine ilişkin sunmuş olduğu bildirinin neredeyse tamamında bu kurumların kuruluşuna, tüzel kişiliğine, terminolojiye, özerkliğine ve diğer yapısal idareye ilişkin konulara değinmiş; ancak işlevsel idareye ilişkin konulara veya yargısal denetim ölçütlerine ve ilkelerine değinmemiştir. Bkz. Turan Yıldırım, “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayını No: 59, 2000, b.a.

karşısında daha da önem kazanmıştır. Ancak bu özerklik yargısal denetim bakımından bir kısıtlama getirmemektedir.

İptal davasına konu olan idari işlemler, idarelerin yürüttükleri idari işlev neticesinde meydana gelmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar da bu genel kuraldan ayıksı değildir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinin yargısal denetiminin kapsamını ortaya koyabilmek için ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi ile yargısal denetimde kullanılacak ölçütlerin ve ilkelerin incelenmesi gerekmektedir. Devam eden iki bölümde bu konular üzerinde durulacaktır.



İKİNCİ BÖLÜM

EKONOMİK DÜZENLEME VE DENETLEME İŞLEVİ

A. Düzenlemenin (Regülasyonun) Karşılaştırmalı Hukuk Kapsamında Anlamı

Ekonomik düzenleme ve denetlemenin anlam ve kapsamına değinmeden önce düzenleme işlevinin dinamik bir nitelik taşıdığını, bu işlevin kapsamının ve yoğunluğunun zaman içerisinde değiştiğini¹ belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle tıpkı birinci bölümde yer alan teşkilata ilişkin açıklamalarda olduğu gibi, ikinci bölümde yer alan işleve ilişkin açıklamalarda da gerekli olduğu ölçüde tarihsel gelişim ele alınmaya çalışılacaktır.

1. Düzenlemenin Genel Olarak Anlamı

Düzenlemenin kelime anlamı üzerinde durmak gerekmektedir. Düzenleme “hüküm, kural ve kaide” şeklinde ayrı, “yasama, tanzim ve tertip etme işlem ve eylemleri” şeklinde ayrı olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır².

Düzenleme kavramı bu bağlamda öncelikle anayasalarda yer almaktadır. Anayasalarda yer aldığı haliyle düzenleme, devletin önce yasa koymasını daha sonra yürürlüğe giren bu yasaların uygulanmasıyla, belirlenen sosyal ve ekonomik olaylarda devletin o konu üzerinde durmasını, faaliyet göstermesini veya o konuyu şekillendirmesini ifade etmektedir. Nitekim Anayasamızın muhtelif maddelerinde **düzenleme** kavramı **kanunla düzenlenir** şeklinde ifade edilmektedir. Yine Amerikan Anayasası’nda da düzenleme ifadesi kullanılmaktadır³. Bu haliyle düzenleme hukukun

¹ Özerk düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş ve faaliyetleri itibariyle en eski örnekleri Amerikan idare hukukunda görülmesine ve yüzyıldan fazla bir süre geçmesine rağmen bu kurumlar halen faaliyetlerine devam etmektedir. Yüz yılı aşan bu süreç içerisinde bu kurumlar teşkilat bakımından olduğu kadar işlevsel anlamda da dönemin ihtiyaçlarına ve yaşanan tecrübelerle göre değişim göstermiştir. Bkz. Shapiro, **Who Guards**, s. 78-106.

² Lütfi Duran, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?”, **İHİD**, C.4, S.1-3, 1983, s. 34.

³ Düzenleyici ve denetleyici kurumların Amerikan hukukunda anayasal dayanağı olarak gösterilen Amerikan Anayasası’nın 1. maddenin 8. fıkrası hükmünde düzenleme ifadesi “Diğer ülkelerle, federe devletler arasında ve Amerikan yerlileri ile ticareti düzenlemek” şeklinde yer almaktadır.

her alanında kullanılmaktadır. Ekonomi ve ticaret ile ilgili⁴ olması nedeniyle devletin yasalar çıkararak, kişiler arasındaki borç ilişkilerini (Borçlar Yasası), sermaye şirketlerinin kurulma ve çalışma yöntemlerini (Ticaret Yasası), mülkiyet hakkının temel nitelikleri ile kullanım usul ve esaslarını (Medeni Yasa – eşya hukuku) belirlemesi düzenleme kavramına girmektedir.

Düzenlemenin asıl karşılığı ise ekonomik idare hukukunda yer almaktadır. **Geniş anlamda** düzenleme ekonomik idare hukukunda, devletin ekonomiye müdahalesinde ekonomik kolluk faaliyetini yürütmek, devlet şirketleri ve devlet tekelleri⁵ kurmak, sübvansiyon yardımları yapmak, para politikaları gütmek, uzun ve orta vadeli sektör planlamaları yapmak, vergi indirimleri yapmak gibi çok çeşitli ve birbirinden farklı uygulamaları içine alan genel bir kavramdır.

Ekonomik düzenleme **dar anlamında** ise ekonomik kolluğu ifade etmek için kullanılmaktadır. Ekonomik kolluk faaliyeti (**dar anlamıyla** ekonomik düzenleme)⁶, ekonomi ve ticaret içerisinde yer alan kişiler üzerinde yasak ve izinleri konu edinen emirlerle yürütülmektedir. Dar anlamda düzenlemenin kendine özgü bir uygulaması olan ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde ise belirli bir sektörle ya da rekabetin düzenlenmesi gibi belirli bir konuyla ilgili olarak, bütüncül kurallar konular ve konulan kurallar uygulanır. Alman hukukunda da yalın bir şekilde tanımlandığı gibi düzenleme özel kesim kişilerinin davranışlarının emir, yasak ve standartlarla devlet

⁴ TANDOĞAN, “ekonomik hukuk düzeninin büyük kısmı Borçlar Kanunu aracılığıyla” oluşturulmaktadır derken, esasında Borçlar Yasasının düzenleme yönünü vurgulamıştır. Bkz. Haluk Tandoğan, “Yürürlüğe Girişinin Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **BATİDER**, C. 8, S. 4, 1976, s. 1.

⁵ 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin tanımlar başlıklı 2. maddesinde; iktisadi devlet teşekkülü “sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan” KİT, kamu iktisadi kuruluşu ise “sermayesinin tamamı devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan” KİT olarak tanımlanmıştır. Tez kapsamında **devlet şirketi** iktisadi devlet teşekkülü, **devlet tekeli** kamu iktisadi kuruluşu ise anlamında kullanılmıştır.

⁶ ÖZAY düzenleme kavramını kolluk faaliyetini tanımlarken kullanmaktadır: “İdare Hukukunun “Kamu Hizmeti” ile birlikte iki “ana başlığı”ndan birini oluşturan “İdari Kolluk”, malumları olduğu üzere, genelde gerçek ve tüzel kişilerin yürüttükleri çeşitli (=ticari ve gayri ticari) etkinliklerin “maddi kamu düzeni”nin korunması amacıyla ve “kanun” düzeyindeki yasal dayanaklarının da bulunması koşuluyla idare tarafından “**düzenlenmesi**”dir.”. İl Han Özay, “İdari Kolluk-Adli Kolluk”, **İÜHF**, C.71, S.1, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı’ya Armağan, 2013, s. 949. (Alıntıda düzenleme ifadesine yapılan koyu vurgulama dışındaki diğer koyu vurgulamalar ihmal edilmiştir.)

tarafından yönlendirilmesidir⁷.

2. Düzenlemenin Amerikan İdare Hukukunda Anlamı

Düzenleme (ekonomik düzenleme) kavramının Amerikan idare hukuku içerisindeki anlamına değinmekte fayda olduğunu düşünmekteyiz. Düzenlemenin temel anlamı, Federal Anayasa'daki eksikliğin federal yasalarla ve idari düzenlemelerle uygulamada tamamlanarak, Amerikan Hukuk sistemi içerisinde ayrı ve kendine özgü bir idare hukuku alanı oluşturulmasına olanak vermesidir. Bu bağlamda düzenleme ile federal yürütme erki içerisinde idari işlevi oluşturulduğu gibi klasik Anglo-Sakson Hukuku'ndan uzaklaşmıştır.

a. Düzenlemenin Federal Yürütme Erki İçerisinde Bulunmakla Beraber Yürütme İşlevinden Ayrı Bir İşlev (İdari İşlev) Oluşturması Anlamı

Regülasyon geniş ve dar anlamıyla Amerikan idare hukukunda işlevsel anlamda idareyi tanımlamak amacıyla kullanılmıştır.

Amerikan federal devlet sisteminde yürütme işlevinin başlıca görevleri 1- ulusal savunmayı gerçekleştirme, 2-diğer devletlerle olan dış ilişkileri yürütme, 3-devletin iç işleyişini yürütme, 4-inceleme ve araştırmalar yapma, 5-devlet şirketleri eliyle ekonomik aktivilerde bulunma, 6- sosyal yardımları, sosyal sigortaları vb. faaliyetleri adil ve objektif biçimde yürütme (**social welfare**)⁸ ve 7- düzenleme (**regulation**) olarak yedi grup altında değerlendirilmektedir⁹.

Yürütme içerisinde gerçekleştirilen görevlerden ilk ikisi daha çok yürütmenin siyasal katının doğrudan yürüttüğü görevlerdir. Devletin iç işleyişini sürdürme ile inceleme ve araştırmalar yapma görevleri ise yürütme içerisinde idarelerce gerçekleştirilmesine karşın bu görevlerle özel kişilere yönelik icrai ve zorlayıcı

⁷ Alexander Proelss, "Das Regulierungsermessen - eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?", **AöR**, C. 136, Mohr Siebeck, 2011, s. 404.

⁸ **Social welfare – regulatory** ayrımı bazı idare hukukçularınca **benefactory – regulatory** şeklinde de yapılmakta ve **social welfare** kavramı ile **benefactory** kavramları her iki ayrımda da örtüşmektedir. Bkz. Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 1.

⁹ Schwartz, **Administrative Law**, s. 4-5.

işlemler tesis edilmez; bunlar ancak bu tür işlemlere hazırlık aşamasını oluşturabilir.

Amerika’da devletin ticari işletmelere sahip olması konusunda; devletin bu faaliyetleri özel kesime göre kamu için daha faydalı ancak daha yüksek maliyetli yaptığı düşüncesi hâkimdir. Bazı sektör ve alanlarda devletin o faaliyeti yürütmesi toplumun geneli için önem kazanmaktadır. Bu tür faaliyetleri özel kesimin yürütmesi sonucunda oluşabilecek huzursuzluk ve olumsuzluklar karşısında, kamu elinde yürütmeye oluşabilecek fazla maliyetin bir önemi olmamaktadır. Karşılaştırmalar en çok altyapı hizmetlerinde yapılmaktadır. Hatta şehiriçi içme suyu dağıtımı gibi bazı konularda bu tür bir maliyet – kamu yararı hesaplamasına bile girilmediği, doğrudan bu girişimlerin kamu eliyle yürütüldüğü belirtilmektedir¹⁰. Devlet şirketleri ekonomi içerisinde yer alarak ticari muamele ve faaliyetlerde bulunmaktadırlar.

Amerikan idare hukukunda düzenleme, devlet destekli sosyal sigortaların programların ve yardımların yürütülmesi dışındaki diğer bütün idari işlevi kapsamaktadır¹¹.

SCHWARTZ’ın bu gruplandırmasına ekonomik idare hukuku perspektifinden bakıldığında, devlet şirketleri ve devlet tekellerinin ekonomik faaliyetlerde bulunması ile sosyal yardımların dağıtılması gruplarının geniş anlamda ekonomik düzenleme içerisine girdiği görülmektedir; en sonda yer alan **regülasyon** ise **dar anlamıyla** düzenleme kavramı ile örtüşmektedir.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin, ılımlı liberal ekonomik sisteme sahip demokratik bir hukuk devletinde saf bir özel kolluk faaliyeti¹² olduğunu

¹⁰ Frank J. Goodnow, **Social Reform And The Constitution**, New York, The Macmillan Company, 1911, s. 19-20.

¹¹ Schwartz, **Administrative Law**, s. 5.

¹² Ernst Freund, **Police Power: Public Policy And Constitutional Rights**, Chicago, Callaghan & Company, 1904, s. 531-536 ve b.a; Landis, **a.g.e.**, s. 11-12; Robert A. Kagan, **Regulatory Justice: Implementing a Wage-Price Freeze**, New York, Russel Sage foundation, 1972, s. 9. Amerikan hukukunda regülasyonun diğer bir deyişle düzenleme ve denetlemenin sadece kolluk faaliyetini mi kapsadığı yoksa kolluk faaliyeti ile birlikte kamu hizmetini de mi kapsadığı konusunda isabetli tespitler Türk öğretisinde BERKARDA tarafından yapılmaktadır. Düzenleme ve denetleme işlevi kolluk denetimini aşan geniş bir düzenleme yetkisi olarak Amerikan hukukunda yer almaktaysa da, öncelikle bu faaliyetin temeli kolluk faaliyetine dayanmakta ve son değerlendirmede bu faaliyet bir kolluk faaliyeti olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca kamu hizmeti (**public service**) de alt yapı hizmetleri (**public utilities**) alt başlığı ile birlikte kolluk faaliyetinden büyük ölçüde ayrılmış bir uygulama alanı bulunmaktadır. Amerikan devlet teşkilatında idareler işlevsel açıdan kolluk faaliyeti yürüten regülasyon idareleri (**regulatory agency**) ile ağırlıklı olarak kamu hizmeti yürüten sosyal esenlik idareleri (**social welfare agency**) olarak ikiye ayrılmaktadır. Amerikan idarelerinin yaptıkları regülasyon ülkemizde eskiden beri yerine getirilen ve kullanılan düzenleme

söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla beraber Amerika’da devletin en önemli görevi çeşitli sektörlerin ve endüstri alanlarının ekonomik sağlığının korunması olarak algılandığından¹³ regülasyon daha önceki kolluk faaliyeti uygulamalarından ayrılarak belirleyici ve genel bir idari işlev anlamını da kazanmıştır. **New Deal** döneminde ekonomik kolluk yanında güçlü bir ekonomik kamu hizmeti yaklaşımı da bulunmaktaydı. Fakat Amerika’da görülen kamu hizmeti yaklaşımının, özelleştirmeler veya özel kesimi güçlendirecek diğer yaklaşımlar nedeniyle bir süre sonra geçerliliğini azalttığı¹⁴ ve altyapı hizmetlerinin diğer ekonomik kamu hizmetleri ile birlikte **regulation** çatısı altında bütünleştirildiği görülmektedir. Şu şekilde bir karşılaştırma yapılabilir: Fransız idare hukukunda kamu hizmeti hem idari işlev içerisinde yer alıp hem de idari işlevin bütününe etkileyen ve ona esas anlamını veren yaklaşım olarak değerlendirilmektedir. Amerikan idare hukukunda ise idari işlevin bütününe etkileyen ve ona esas anlamını veren faaliyet kolluk faaliyeti (**regulation**) olmaktadır.

Genel olarak bakıldığında yürütme işlevi içerisinde ama ondan ayrılmış kendine özgü olan düzenleme/**regülasyon**, Amerikan Hukuk sistemi içerisinde idari işlevin kurulmasında esas ve temel olmuştur.

b. Düzenlemenin Klasik Anglo-Sakson Hukuk Anlayışından Uzaklaşılma Anlamı

Amerika’da 1880’lerin başından itibaren, aşamalı olarak federal devlet katında idarelerin yaygınlaşması ve bu idarelerde çalışacak liyakat sistemine göre seçilen kamu görevlilerinin istihdam edilmesiyle, siyaset ile kamu yönetimi kesin çizgilerle ayrılmıştır¹⁵.

Meydana gelen bu iki ana gelişmeyle Amerika, Fransızların oluşturduğu ve Almanların da önemli katkılarının bulunduğu ayrı bir idare hukuku yapısına geçmiştir. Artık idarelerle vatandaşların aynı hukukla (ortak hukuk – **common law**) bağlı olması

yetkisinden başka bir şey değildir. Bu bakımdan Türk hukukunda özerk düzenleyici ve denetleyici kurumlar özerk kolluk kurumları olarak görülmektedir. Bkz. Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku”, b.a.; Berkarda, “Regülasyon”, b.a.

¹³ Landis, **a.g.e.**, s. 11-12; Kagan, **a.g.e.**, s. 9.

¹⁴ Novak, “Social Control of Capitalism”, s. 399-400.

¹⁵ Woodrow Wilson, “The Study of Administration”, **Political Science Quarterly**, C.2, S.2, 1887, b.a.; Shapiro, **Who Guards**, s. 60.

gerektiği iddiasıyla ayrı bir idare hukukuna karşı çıkan **Dicey** tarzı¹⁶ Anglo-Sakson hukuk düşüncesinden ayrılmaya başlanmıştır¹⁷.

Yapısal ve işlevsel anlamda idareyi kurmakta mecbur kalan Amerika, geleneksel olarak model aldığı İngiltere’de o dönemde devlet yönetimi, hukuk sistemi gibi birçok konuda tatmin edici ve örnek alınabilecek uygulamalar bulamamıştır¹⁸. Bu nedenle Amerika, idare hukuku konusunda İngiliz yaklaşımını değil, Fransız ve Alman yaklaşımını belirli yönleriyle tercih etmiştir¹⁹. Bununla birlikte kıyaslamalar daha çok ilk dönemlerde gerçekleşmiştir. Bundan başka Amerika, Kıta Avrupası örneklerini ve yaklaşımını bünyesine olduğu gibi yansıtmamıştır. Kıta Avrupası ilkeleri eskiden beri Amerikan Hukukunda yer alan ilkelere adapte edilerek bütünleştirilmeye çalışılmıştır.

Amerikan Anayasası’nda yapısal ve işlevsel anlamda idareye yer almaması nedeniyle, anayasa hukuku içerisinde eskiden beri kullanılan bazı kavramlar tekrar yorumlanarak sonradan oluşturulan idare hukukunun temellendirilmesinde kullanılmıştır. Örneğin **rule of law** idare hukuku açısından, Kıta Avrupası’nda kullanılan hukuk devleti²⁰ anlamında kullanılmaya başlanmıştır. Başka bir örnek

¹⁶ Albert V. Dicey 1835-1922 yılları arasında yaşamış, Fransız tarzı idare hukukuna hatta genel olarak idare hukukuna karşı çıkmış İngiliz bir yargıç ve anayasa hukukçusudur. Bkz. Albert V. Dicey, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, 1885; aktarılan eser için bkz. Jerry L. Mashaw, Richard A. Merrill, Peter M. Shane, **Administrative Law: The American Public Law System Cases and Materials**, 3. bs., St. Paul – Minnesota, West Publishing Co., 1992, s. 8. DICEY 1885 yılı anayasa hukuku kitabının bir bölümünü sadece idare hukuku (**droit administratif**) ile hukukun üstünlüğü/hâkimiyeti (**rule of law**) arasındaki farkları izah etmeye ayırmıştır; aktarılan eser için bkz. Ernst Freund et. al, **The Growth of Administrative Law**, St. Louis, Thomas Law Book Company, 1923, s. 9. Hâlbuki **rule of law**, Amerikan yorumunda içeriği itibarıyla klasik Anglo-Sakson anlayışından farklılaşmaktadır. Bkz. Alfred C. Aman, William T. Mayton, **Administrative Law**, 2. bs., St. Paul – Minnesota, West Group, 2001, s. 71-72; Reinhard Höhn v.d., **Das Ausländische Verwaltungsrecht Der Gegenwart: Wesen, Aufgabe und Stellung der Verwaltung in Italien, Frankreich, Großbritannien und USA**, Berlin, R. v. Decker’s Verlag, 1940, s. 67-68. **Rule of law**, Amerikan idare hukuku içerisinde, idarenin işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, idarelerin yasalarla ve diğer hukuk normalarıyla önceden belirlenen kurallar altında hareket etmesi, idarenin takdir yetksinin somutlaştırılarak sınırlandırılması, düzenin sağlanması, yasa önünde eşitliğin ve hakkaniyetin sağlanması ve doğal hukukun vurgulanması şeklinde yorumlanmakta ve gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bkz. Davis, **Law and Government**, s. 47-51. Amerikan öğretisinde **rule of law** idarelerin yetkilerinin açık bir biçimde belirlenmesinde de kullanılmaktadır. Bkz. Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 27.

¹⁷ Richard J. Pierce, Sidney A. Shapiro, Paul R. Verkuil, **Administrative Law And Process**, 5. bs., New York, The Foundation Press, 2009, s. 4. Yazarlar Anglo-Sakson hukuk sistemi içerisinde yer alan Amerikan hukukunun ilk dönemlerde bu sistem ilkelerine sıkı olarak bağlı bulunduğunu, bu bağın idare hukuku bakımından kademeli olarak kopmaya başladığını belirtmektedirler.

¹⁸ Dönemin İngiltere örneklerinin ayrıntılı olarak izahı için bkz. Cushman, **a.g.e.**, s. 499-665

¹⁹ LANDIS bu hususu yüzeysel bir benzerlik olarak belirtse de düşüncemize göre ortada sanıldığından daha kuvvetli bir benzerlik bulunmaktadır. Bkz. Landis, **a.g.e.**, s. 2-3.

²⁰ Amerikan tarzı **rule of law**, Alman idare hukukunda ortaya çıkan hukuk devleti (**Rechtsstaat**)

olarak eskiden federal devletin ve federe devletlerin yasalarının, Federal Anayasa'ya uygun olup olmadığının denetlenmesi başka bir ifadeyle **anayasa yargılaması** anlamına gelen **judicial review** ise idare hukukunun oluşumu ile giderek **idare hukuku ve idari yargılamadaki klasik iptal davası** anlamını kazanmıştır. **Regulation** ise yukarıda örneklendirilen kavramlara benzer şekilde, idari işlev anlamına kavuşmuştur.

Düzenlemenin çıkış noktası devletin bir uzvu olan idarelerin özel kişiler üzerinde gerçekleştirdikleri icrai ve zorlayıcı idari işlemlerdir. Dolayısıyla düzenleme kavramının merkezinde zorlama unsuru bulunmakta; zorlama unsuru olmayan işlev düzenleme sayılmamaktadır²¹. Bu bağlamda idareler yasaların izin verdiği ölçüde kural koyar, bu kurallara uyulup uyulmadığını denetler, bazı kişilere ruhsat, izin, lisans veya imtiyaz tanır, kurallara aykırılıkları idari yaptırımlarla cezalandırır²².

3. Kıta Avrupası'nda ve Ülkemizde Düzenlemeye Yaklaşım

Türk idare hukukunda, düzenleyici ve denetleyici kurumların yerine getirdikleri ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin (ekonomik regülasyonun) Amerikan kaynaklı olduğuna değinildikten sonra bunun geleneksel olarak ekonomik alanda yürütülen idari işlevden farklı olduğu vurgulanmakta²³ ve özellikle teknik anlamda regülasyon işlevinin işletme, yönetim bilimi, sosyoloji, politika bilimi ve hukuk disiplinlerini bir bütün olarak içerdğine değinilmektedir²⁴.

Yine aynı görüşe göre düzenleyici ve denetleyici kurumları diğer idarelerden ayıran ve ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi altında kullanılan **sui generis** yetkiler, özel kişilere emir ve talimat verebilme, görevlerine ilişkin olarak rapor, bildiri, uyarı gibi yollarla basın ve medya aracılığıyla bilgilendirme ve özel bu kişileri bu yolla harekete geçirme olarak örneklendirilmektedir²⁵.

Yukarıda ortaya konan tespitlere tam olarak katılmıyoruz. Öncelikle düzenleme/regülasyon işlevinin farklı bilim alanlarının da kullanıldığı bir faaliyet

ilkesinin yerine geçmektedir.

²¹ Cushman, **a.g.e.**, s. 3.

²² Schwartz, **Administrative Law**, s. 5

²³ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 5-25.

²⁴ **A.e.**, s. 22.

²⁵ **A.e.**, s. 23.

alanı olduğu iddiası doğru olmakla beraber bu disiplinler arası özellik, idare hukukunun bütünü için geçerlidir²⁶. Yalnızca bu özellik düzenleme ve denetleme işlevini, diğer idari işlevden ayırmamaktadır.

Ayrıca devlet, üretim ve tedarik faaliyetleri ile değil de, ekonomik kolluk faaliyeti ile serbest piyasa ekonomisine müdahale ederken bu müdahalede kendine özgü (**sui generis**) bazı yetkilerin kullanılması mümkündür. Yine özel kişilere emir ve talimat verebilme, rapor, bildiri, uyarı yayınlama, basın ve medya aracılığıyla bilgilendirme²⁷, yönlendirme²⁸ olarak örneklendirilen yetkiler eskiden beri Türk idare hukukunda yer almaktadır²⁹. Bu bakımdan düzenleyici ve denetleyici kurumların bireyler ve müteşebbisler üzerindeki etkisi, sadece idari işlemler (düzenleyici işlemler ve bireysel işlemler) ve idari eylemlerden daha genel bir tavrı kapsamaktadır. Yine bu durum da düzenleyici ve denetleyici kurumlara özgü değildir³⁰. Her idarenin elinde böyle bir etkileme gücü bulunmaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların özel taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözme işlevi hem Amerika³¹ hem de ülkemizde³² istisnai bir uygulamadır. Bunun yanında Amerikan idare hukukunda düzenleyici ve denetleyici kurumlarca yürütülen hakemlik etme, toplu sözleşmeleri yönetme, anlaştırma, özel sektörü manevi unsurlar kullanarak veya ikna ederek rızai olarak yönlendirme gibi uygulamalar, ekonomik düzenleme ve denetleme faaliyetinin (ekonomik regülasyonun) yetersizliklerine karşı, ona bir alternatif olarak ileri sürülmektedir³³. Yukarıda bahsedildiği gibi ekonomik düzenlemenin özü özel kesimdeki gerçek ve tüzel kişilere, idari işlemler eliyle yönelmiş olan cebri güçtür.

²⁶ Konu hakkında detaylı tespitler için bkz. Atay, **İdare Hukuku**, s. 51-52.

²⁷ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 23.

²⁸ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 26.

²⁹ DURAN 1982 tarihli İdare Hukuku Ders kitabında idarenin faaliyetlerini, 1- kolluk faaliyetleri, 2- kamu hizmetleri, 3- özendirme ve destekleme işlemleri, 4- öngörme ve alternatif bildirme ödevi ve 5- özyönetim işleri olarak beş başlık altında toplamaktadır. Bkz. Duran, **İdare Hukuku**, s. 247.

³⁰ Kaldı ki Amerikan idare hukukunda da düzenleyici ve denetleyici kurumlar dışındaki çoğu idarenin, işlemi geciktirme, soruşturma yapma ve ilgilileri tedirgin etme, ilgililer için pahalıya mal olacak veya onları toplum içerisinde zor durumda bırakacak tahkikatlarda bulunma gibi hareket tarzları gözlemlenmektedir. Bkz. Charles Reich, "The New Property", **Yale L. J.**, C.73, S.5, 1964, s. 750.

³¹ Schwartz, **Administrative Law**, s. 13-14.

³² Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 253-254.

³³ Ekonomik düzenleme ve denetlemenin özel sektör şirketlerini zorlayıcı işlemler ve emirler yoluyla kontrol etmek olduğu açık biçimde vurgulanmaktadır. Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 14, 207.

Yeni yöntemlerle idare etme ise sadece ekonomik düzenleme ve denetleme alanında değil, idarenin genelinde yaygınlaşmaktadır. Dünya genelindeki gelişmelere paralel olarak, devlet yönetiminde insan haklarının ve ekonomik hakların ön plana çıkması nedeniyle, işlemlerin muhatabı olacak (gerçek ve tüzel) kişilerle işlem öncesi ilişki kurma, şeffaflık ve yönetim³⁴ gibi idare faaliyetleri de Türk idare hukukunda genel anlamda gündeme gelmektedir.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin, yapısal ve işlevsel bakımdan genel idare hukukundan ve diğer idare hukuku uygulamalarından tamamen farklı olduğu yolundaki görüş, bu kurumların işlemlerinin yargısal denetiminin kapsamında da idare hukukunun genelinden farklı olması gerektiği sonucuna götürmektedir. Hâlbuki ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi kendine özgü olmakla birlikte Türk idare hukukunun ve idari yargılamasının bir parçasıdır.

Alman hukukunda belirtildiği gibi, düzenleme geniş kapsamında devletin ekonomiyi yönlendirme ve tanzim etme yetkisinin nasıl ve ne ölçüde olmasıyla ilişkilidir. Dar anlamda düzenleme ise devletin belirli bir ekonomik sektör veya rekabet üzerindeki idari işlemlerle yapılan ekonomik zorlamayla ilişkilidir³⁵.

Alman öğretisine göre devletçe istenilen ekonomik ve ticari hedefler şu şekilde özetlenebilir: 1- Etkili bir ekonomi için gerekli ön koşulları sağlamak; bunun için 1a- ekonomik özgürlüğün garanti edilmesi, 1b- ekonomik eşitliğin garanti edilmesi, 1c- ekonomik alt yapının gerçekleştirilmesi, 1d- özel sektörün kendi başına işlemesine izin verilmesi gerekmektedir. Ayrıca ekonomide 2- istenmeyen hususların ortadan kaldırılması ve önlenmesi, 3- istenen hususların oluşturulması ve korunması gerektiği gibi 4- ekonominin işlevsel biçimde yürüme yeteneğinin korunması da sağlanmak istenmektedir³⁶. Bütün bu hedeflere tek bir idare (örneğin düzenleyici ve denetleyici kurumlar) tarafından değil ekonomik idare hukuku bağlamında bütün

³⁴ Konuyla ilgili genel bir bakış açısı için bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku** (2015), s. 5-8.

³⁵ Rolf Stober, Sven Eisenmenger, **Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht: Gewerbe- und Regulierungsrecht, Produkt- und Subventionsrecht**, 2 C., 15. bs., Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 2011, C: II, s. 175; Matthias Ruffert, "Grundfragen der Wirtschaftsregulierung", **Besonderes Verwaltungsrecht: Öffentliches Wirtschaftsrecht**, Dirk Ehlers, Michael Fehling, Hermann Pünder (ed.), 3 C., 3. bs., München, C. F. Müller Verlag, 2012, C:I, s. 707-709.

³⁶ Dirk Ehlers, "Wirtschaft als Gegenstand des öffentlichen Rechts", **Besonderes Verwaltungsrecht: Öffentliches Wirtschaftsrecht**, Dirk Ehlers, Michael Fehling, Hermann Pünder (ed.), 3 C., 3. bs., München, C. F. Müller Verlag, 2012, C:I, s. 10-15.

idarelerin faaliyetlerini, görev ve sorumluluklarını tam olarak yerine getirmesi sonucunda ulaşılabilecektir.

Alman öğretisinde aksi görüş olarak, yukarıda belirtilen hedeflerin tamamına ulaşma görevinin yalnızca düzenleme ve denetleme işlevine verildiği belirtilerek bu hedeflere klasik ekonomik kolluk ve kamu hizmeti ile ulaşılamayacağı dolaylı olarak ileri sürülmektedir³⁷. Belirtilen görüş tarafımızca isabetli bulunmamaktadır. Böylesine kapsamlı hedeflere ulaşılması tek bir kurumun/idarenin (örneğin düzenleyici ve denetleyici kurumların) sorumluluğuna bırakılamaz. Aşağıda incelendiği gibi devletin ekonomiye farklı müdahale yöntemlerinin sağlayacağı katkılarla olabilir.

Alman idare hukuku öğretisinde ekonomik idare hukukunun, genel idare hukukunun modernleşmesinde motor güç olduğu ifade edilmektedir³⁸. Yine Alman öğretisinde ekonomik idare hukuku ile genel idare hukuku arasındaki ilişkinin tek yönlü olmadığına vurgu yapılmaktadır³⁹. Bu nedenle ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin de idari işlemlerin nitelikleri ve usulü ile idari yargılama gibi birçok konuda genel idare hukuku konusundan yararlanmak zorunda olduğu açıktır.

Ekonomik regülasyon ya da ekonomik düzenleme ve denetlemenin eskiden beri devlet tarafından yerine getirilen düzenleme işlevinin özel bir uygulaması olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

³⁷ Winfried Kluth, “Organisation der Wirtschaftsverwaltung”, **Besonderes Verwaltungsrecht: Öffentliches Wirtschaftsrecht**, Dirk Ehlers, Michael Fehling, Hermann Pünder (ed.), 3 C., 3. bs., München, C. F. Müller Verlag, 2012, C:I, s. 320; Hans J. Wolff, Otto Bachof, Rolf Stober, **Verwaltungsrecht: Ein Studienbuch**, 3 C., 5. bs., München, Verlag C. H. Beck, C:III, 2004, s. 631.

³⁸ Josef Ruthig, Stefan Storr, **Öffentliches Wirtschaftsrecht: Schwerpunktbereich**, 3. bs., München, C.F. Müller Verlag, 2011, s.23-25. Halbuki Alman öğretisindeki 1990’lı yıllardaki eserlerde ekonomik idare hukukunun o dönemde genel idare hukukunun ve devlet yapısının gelişmesinde motor güç **olmadığı** belirtilmekteydi. Bkz. Stober, “Zur Entwicklung”, s. 133.

³⁹ Ruthig, Storr, **Schwerpunktbereich**, s. 25.

B. Kamu Hizmeti – Kolluk Faaliyeti Ayrımında Ekonomik Düzenleme ve Denetleme İşlevinin Devletin Ekonomiye Müdahale Yöntemleri Arasındaki Yeri

1. Ekonomik İdare Hukuku Bağlamında Genel Değerlendirme

Laissez-faire tarzı dışındaki bütün serbest piyasa ekonomisi sistemlerinde devlet ekonomiyi yönlendirmekte, şekillendirmekte ve etkilemektedir. Devletin yapmış olduğu bu faaliyetlerin hepsi sonuç olarak ekonomiye müdahaledir⁴⁰.

Amerikan idare hukuku bakımından Amerika’da devletin ekonomiye müdahale yöntemlerine bakıldığında; 1- ekonomiyi destekleme ve teşvik etme ile kamu alımları yapma, 2- ekonomiyi düzenleme, 3- tüketiciyi koruma, sağlık yardımı, sosyal güvenlik, konut desteği vb. sayısız örnekle ortaya konan ekonomik ve sosyal fırsat eşitliği sağlama, 4- ekonomik yönetim (4a- para politikası ve mali politika, ödemeler dengesi, 4b- devlet şirketleri kanalıyla ekonomik yönetim, 4c- doğal kaynakların yönetimi) şeklinde dört grup altında sayılmaktadır⁴¹.

Almanya örneğinde de gruplandırmalar yazarlara göre değişmekle beraber bunların daha sistematik olduğu görülmektedir. Kıta Avrupası tarzı ekonomik kamu hukuku genelinde devletin ekonomiye müdahalesi, 1- genel ekonomi planlamaları, 2- ekonomik yönlendirmeler, 3- ekonomik yardım ve destekler⁴², 4- devlet şirketleri eliyle doğrudan ekonomik faaliyetlerde bulunması⁴³ ve 5- ekonomik kolluk – noktasal

⁴⁰ TAN da ülkemizde serbest piyasa ekonomisine geçilmesine rağmen devletin yeni bir müdahaleci yapılanma oluşturduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 23-24.

⁴¹ Shapiro v.d., **a.g.e.**, s. 528-616. Bundan başka gruplandırmalar da yapılmaktadır: 1- Düzenleme ve denetleme, 2- devlet şirketleri ve devlet tekelleri (**public ownership**), 3- imtiyaz yolu ile denetleme, 4- ekonomik teşvikler. Bkz. Berg, Tschirhart, **a.g.e.**, s. 480-522. 1- Düzenleme ve denetleme, 2- devlet tekelleri ve devlet şirketleri, 3- vergilendirme. Bkz. Posner, **Regulation**, s. 117-118. Daha eski eserlerde bu ayrım sadece ekonomik kolluk faaliyeti ile ulusal ekonomik planlama şeklinde daha genel olarak yapılmaktadır. Bkz. Clark, **a.g.e.**, s. 465-471.

⁴² Jörg-Dieter Oberrath, **Öffentliches Wirtschaftsrecht: Eine Einführung in das Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsverfassungsrecht**, Stuttgart, Schäffer-Poeschel Verlag, 1999, s. 141, 184-199; Utz Schliesky, **Öffentliches Wirtschaftsrecht: Deutsche und europäische Grundlagen**, 3. bs., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008, s. 123-127, 130-132.

⁴³ Oberrath, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, s. 141, 184-205.

ekonomik gözetim-kontrol (Die **Wirtschaftsaufsicht/Die Wirtschaftsüberwachung**)⁴⁴ şeklinde gerçekleşmektedir⁴⁵.

Alman hukukunda yapılan gruplandırma üzerinden gidilirse, devlet ekonomi planlamaları ile uzun ve orta vadeli hedefler belirleyerek bu hedeflere ulaşmak için çeşitli ilkeler ortaya koyar⁴⁶. Ekonomik yönlendirmeler ise belirli ekonomik ve ticari işlemler ile tek bir ekonomik sektörü aşan genel ve kapsamlı yönlendirmeleri ifade etmektedir. Bunlar daha çok genel ekonomik duruma ilişkin politikalarda, finansal politikalarda ve para politikalarında görülmektedir⁴⁷. Ekonomik yardım ve destekler devletin sübvansiyon ve çeşitli ekonomik desteklerle ekonomiye müdahalesidir⁴⁸. Devlet şirketleri veya devlet tekelleri ile devlet ekonomik hayat içerisinde, ticari faaliyetlerde bulunur, temel alt yapı ihtiyaçlarını karşılar ve tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üretir⁴⁹.

Görüldüğü gibi ilk üç ekonomik müdahale yöntemi genel veya bütünsel müdahale yöntemleri ile maddi yardım ve teşvik yönteminden oluşmaktadır. Dördüncü müdahale yöntemi ise devletin şirket veya benzeri tüzelkişilikler vasıtasıyla ekonomi içerisinde doğrudan yer alarak çoğunlukla ekonominin kurallarına göre hareket ettiği bir yöntemdir.

Beşinci sırada belirtilen ekonomik gözetim – kontrolde (Die **Wirtschaftsaufsicht/Die Wirtschaftsüberwachung**), genel planlama veya yönlendirmeden farklı olarak, ekonomi noktasal ve doğrudan kontrol şeklinde kolluk faaliyeti ile denetlenmektedir⁵⁰. Belirtilen kolluk faaliyetinde devlet ekonomiye ilişkin

⁴⁴ Schliesky, **a.g.e.**, s. 121-122.

⁴⁵ Bu ayrım başka şekillerde de yapılmaktadır. Örneğin ekonomik kamu hukuku kapsamında devletin düzenleme işlevi (**Ordnungsfunktion**), (yasak ve izinlerle) koruma işlevi (**Schutzfunktion durch Gebote und Verbote**), ekonomik büyümenin kontrolü işlevi (**Wachstumssteuerungsfunktion**), makroekonomik dengeleme işlevi (**Globalsteuerungsfunktion gegen makroökonomischen Instabilitäten**), yeniden dağıtım işlevi (**Umverteilungsfunktion**), mal ve hizmet üretme işlevi (**Produktionsfunktion**) ve talep yaratma işlevi (**Nachfragefunktion**) gibi örnekleri verilen işlevlerle ekonomiye müdahale ettiğinden bahsedilmektedir. Bkz. Andersen v.d., **a.g.e.**, s. 4-5.

⁴⁶ Oberrath, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, s. 184-185; Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 263-292.

⁴⁷ Oberrath, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, s. 185.

⁴⁸ **A.e.**, s. 185-199.

⁴⁹ Ruthig, Storr, **Schwerpunktbereich**, s. 335-339.

⁵⁰ Schliesky, **a.g.e.**, s. 121-122.

hukuk normları koymaya ve bu yöndeki tedbirlere riayet edilip edilmediğini kontrol etmektedir⁵¹.

Türk hukukunda da idari işlev, ekonomik idare hukuku bakımından alt gruplara ayrılmıştır. Devletin ekonomiye müdahale şekilleri, planlama, teşvik ve tedbirler⁵², ekonomik (endüstriyel ve ticari) kamu hizmetleri⁵³, ekonomik kolluk⁵⁴ olarak sayılmaktadır. Farklı hukuk sistemlerinde birbirine benzer şekilde yapılan gruplandırmalar arasında, ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi bakımından ön plana çıkan gruplar ekonomik kamu hizmeti ile ekonomik kolluk faaliyetidir.

Türk idare hukuku öğretisinde baskın görüş düzenleme ve denetleme işlevinin kolluk faaliyeti olduğu ve bu özel kolluk faaliyetinin amacının ekonomik kamu düzeninin sağlanması olduğudur⁵⁵. Düzenleme ve denetleme işlevinin kamu hizmeti ile ilişkilendirildiği görüşlerde de kolluk faaliyeti gündeme gelmektedir. Nitekim bu işlevin kamu hizmeti denetimi olduğunu savunan görüşte bu işlevin çıkış noktasının ekonomik kolluk faaliyeti olduğu kabul edilmektedir⁵⁶. Bu işlevin kamu

⁵¹ Schliesky, a.g.e., s. 121-122; Rolf Stober, **Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht: Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts**, 2 C., 17. bs., Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 2011, C: I, s. 204-206.

⁵² Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 263-292, 342-366.

⁵³ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Ankara, TODAİE Yayınları No: 210, 1984, s. 175-200.

⁵⁴ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 292-341; Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (1984)**, s. 126-175. TAN ekonomik idare (kamu) hukuku kapsamında yürütülen faaliyetleri bir eserinde kolluk faaliyeti ile endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri olarak, diğer bir eserinde ise ekonomik kolluk faaliyeti, planlama ile teşvik ve tedbirler olarak saymaktadır. Kanatımız Alman hukukunda da görüldüğü üzere sayılan grupların hepsinin de ekonomik idare hukuku kapsamında yürütülen faaliyet çeşitleri olduğudur. TAN 1975 yıllı bir makalesinde devletin KİT'ler aracılığıyla yerine getirdiği "endüstriyel ve ticari nitelikteki" kamu hizmetlerini ekonomik kamu hizmeti olarak adlandırmaktadır. Bkz. Tan, "Ekonomik Kararların Yargısal Denetimi", s. 34. Devlet şirketleri ve devlet tekelinin faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi bakımından ayrıca bkz. Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı", **İHİD**, C.9, S.1-3, 1988, s. 152-154.

⁵⁵ İl Han Özay, "Hukuk-Ekonomi İlişisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008: Ekonomi ve Hukuk**, Ankara, 2008, C:IV, s. 22-24; Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 292-296; Turgut Tan "Bağımsız İdari Otoriteler", **Perşembe Konferansları**, No: 4, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000, s. 15; Günday, "Yargısal Denetim", s. 61-62; Melikşah Yasin, **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 187-219; Zehreddin Aslan, Kahraman Berk, **Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi**, İstanbul, Alfa Yayınları, 2000, s. 24; Berkarda, "Regülasyon", s. 5; Nusret İlker Çolak, **Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu vve ABD Örneği**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 21-50; Aydın Akgül, **(Danıştay Kararları Işığında) Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, İstanbul, Beta Basım, 2008, s. 115-156; Ahmet Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2005, s. 86-89.

⁵⁶ Taner Ayanoğlu, "Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru", **İHİD**, C.13, S.1-3, 2000, s. 69; Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, İstanbul, Ülke Kitapları,

hizmeti olarak ifade edildiği görüşte de ister istemez kolluk faaliyeti gündeme gelmektedir⁵⁷.

Danıştay içtihatlarında ekonomik kolluk teriminin yaygın olarak kullanıldığı söylenemez. Bu terim 13. Daire'nin RK'nın işlemine karşı açılan bir davada verilen kararında, Tetkik Hâkimi düşüncesi kısmında ekonomik kolluk yetkisi şeklinde kullanılmıştır⁵⁸. Ekonomik kolluğun Danıştay ve idare mahkemeleri kararlarında daha yaygın bir şekilde kullanılması gerektiğini düşünmekteyiz.

2. Amerikan Hukukunda Ekonomik Kolluk Faaliyeti ve Ekonomik Kamu Hizmeti

Amerika'da ilk başlarda **common law**'a dayanan, hukuki düzenlemelerin yerel düzeyde kuvvetli ancak ulusal çapta zayıf olarak yapıldığı hukuk sistemi bulunmaktadır⁵⁹. Yine Amerikan Hukuk sistemi içerisinde Avrupa'daki aydınlanma hareketinden de ilham alarak, gerek 1789 öncesinde Virginia Haklar Beyannamesi gerek 1789 sonrasında Birleşik Devletler (İnsan) Haklar(ı) Beyannamesi gibi hukuki/anayasal belgelerde görüldüğü üzere bireylerin herhangi bir koşul veya şarta bağlı olmadan eşit ve özgür oldukları, yaşam, mülkiyet, özel hayatın gizliliği, insan onurunu koruma gibi haklara sahip oldukları kabul edilmiştir. Böyle bir liberal düşünce, Amerika'nın ilk dönemlerinde yaşayan bir bireyi içinde bulunduğu sosyal

2004, s. 16.

⁵⁷ DURAN bir makalesinde düzenleme ve denetleme işlevinin kamu hizmeti özelliği taşıdığını, bununla beraber idarelerin bu işlevde bir edimde bulunmadıkları hukuki tasarrufta bulunduklarını belirterek kolluk faaliyetini dolaylı olarak göstermiştir. Bkz. Duran, "Bağımsız İdari Otoriteler", s. 5.

⁵⁸ Dan. 13. D., 24.06.2008 tarih ve E:2006/4230 K:2008/5036 sayılı karar (KBB).

⁵⁹ İlk dönemlerde Amerika'da ekonomiye ve ticarete devlet eliyle müdahale daha çok federe devletler ve federe devletler içerisinde özellikle mahalli idareler tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda ekonomik ve ticari konular federe devlet yasama meclisleri (**state legislators**) tarafından yürürlüğe konan yasalar yanında, belediye başkanları (**mayors**), belediye meclisleri (**common councils**), mahalli idare yöneticileri ve diğer görevlileri (**town and county officers**) tarafından alınan genel kararlar, kişilere veya şirketlere yönelik yasak ve emirleri içeren somut kararlar (**bylaws, ordinances, statutes and common law restrictions**) yoluyla yerel biçimde düzenlenmekteydi. Bu şekilde oluşturulan hukuk sistemi bütünüyle common law sınırları içerisinde kalmakta ve bu sistem içerisinde hukuku esas belirleyen makam ise mahkemeler olmaktadır. Bkz. William J. Novak, **The People's Welfare**, Chapel Hill – North Carolina, The University of North Carolina, 1996, s. 1. Böylelikle belde ve yöre halkının oylarıyla belirlemiş olduğu devlet uzuvları tarafından oluşturulan ortak hukuk (**common law**) kuralları sisteminde, yönetilenle yöneten arasındaki bu yakın ilişkiden dolayı özel hukuk kamu hukuku ayrımı yapılmamaktaydı; **A.e.**, s. 237.

çevre, mahalli idare, şehir, federe devlet ve en sonunda federal devlet yönetiminden ve bu çevreler içerisindeki diğer bireylerden korumaktaydı. Fakat endüstri devrimi ve bununla bağlantılı olarak dönüşen ekonomik ve ticari yapı böyle bir korumayı zayıflatmıştır.

Ekonomik girişimcilerin kapital gücü ve hacmi 19.yy ortalarından itibaren iletişim (ilk olarak telgraf) ve ulaşım (ilk olarak demiryolu⁶⁰) imkânlarının daha önce görülmemiş bir şekilde gelişmesiyle büyük boyutta artmıştır⁶¹. Ayrıca bu girişimcilerin nitelikleri değişerek daha profesyonel, daha organize, daha kurumsal (**more corporate**)⁶² ve daha bürokratik⁶³ olmuştur. Yeni ortaya çıkan bu şirketler, normalde devletin yaptığı toplum içerisinde **planlama ve kaynakları dağıtma** faaliyetini yürüterek hem tacir olmayan normal vatandaşların hem de aynı sektör içerisindeki diğer gerçek veya tüzel kişi tacirlerin durumlarını, hak ve menfaatlerini etkilemeye başlamıştır⁶⁴.

Özel kesimde yer alan şirketler ve tröstlerin büyümesi ve gücünün artması yukarıda belirtildiği gibi hak ve menfaatler dengesinde bozulmalara sebep olmuştur. Ortaya çıkan bu dengesizlikler Amerika’da idare hukuku oluşmadan önceki sistemde bulunan klasik common law davaları ve **ex-post** ceza davaları yolları ile önlenememiştir⁶⁵. Hemen belirtelim ki Amerikan Hukuk sisteminde idare hukuku belirtilen bu ihtiyaçlar nedeniyle doğmuştur.

⁶⁰ Demiryolu sektörü ilk dev ekonomik sektörlerinden biri olmuştur. 1860’larda federal hükümette elli bin kamu görevlisi çalışırken, demiryolu sektörü bu rakamın defalarca üstünde kişiyi istihdam etmekteydi. Bkz. Thomas K. McCraw, **Prophets of Regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn**, Cambridge – Massachusetts, Harvard University Press, 1984, s. 4. Kısacası yakın zamanımızda televizyon ve internet hayatımızı nasıl etkilemişse, demiryolu da o dönemde yaşamış insanları o ölçüde etkilemiştir.

⁶¹ Alfred D. Chandler, Takashi Hikino, **Scale and Scope: The Dynamics of Industrial Capitalism**, 7. bs., Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 2004, s. 397.

⁶² Novak, “Social Control of Capitalism”, s. 379.

⁶³ Ekonomik girişimcilerin/şirketlerin 1850-1920 tarihleri arasında adım adım geçirdiği bu değişim iktisatçı CHANDLER tarafından daha açık bir şekilde ortaya konulmaktadır. Bu süreçte küçük geleneksel girişimcilik, kendi içerisinde çok bölümlü girişimlere dönüşmüş; çok bölümlü girişimlerde hiyerarşik bir çalışan yapılanması oluşturulmuş, bahsedilen modern şirketler içerisinde son derece profesyonel ve teknik kişiler çalışmaya başlamış, ekonomik muamelelerin ve faaliyetlerin belirli bir seviyenin üstüne çıkmasıyla birlikte şirket içerisinde ve diğer şirketlerle olan ilişkilerde piyasa koordinasyonu yerine idari koordinasyon etkili olmaya başlamış ve şirketler/girişimler içerisindeki bürokratik yapı büyük bir güç kaynağı olmaya başlamıştır. Bkz. Alfred D. Chandler, **The Visible Hand The Managerial Revolution in American Business**, 16. bs., The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts, 2002, s. 1-4.

⁶⁴ Charles Reich, “The Law Of The Planned Society”, **Yale L. J.**, C.75, S.8, 1966, s. 1230-1231.

⁶⁵ Novak, “Social Control of Capitalism”, s. 394.

Amerikan uygulamasında devletin de doğrudan yürütebileceği, yapabileceği veya gerçekleştirebileceği ekonomi ve alt yapı faaliyetleri, mümkün olduğunca özel girişimciler eliyle yürütölmeye çalışılmıştır⁶⁶. Bu politika nedeniyle Amerikan idare hukukunda idari işlev ilk başlarda, kamu hizmeti – kolluk faaliyeti ikilisinden oluşurken zaman içerisinde idari işlev içerisinde kamu hizmeti zayıflamış, kolluk faaliyeti kuvvetlenmiştir.

Açıklanan nedenlerle, Fransız idare hukukundaki merkezi idare kavramı, Amerikan Hukuk öğretisinde **merkezi kolluk gücü** olarak değerlendirilmektedir⁶⁷. Görüldüğü gibi Amerika’da işlevsel idare, kolluk kavramı üzerinden açıklanmaktadır. Böyle bir bakış açısı Amerika’da bireysel özgürlükler ve serbest girişim anlayışının etkin olmasıyla açıklanabilir. Esas olan özel kesimin faaliyetleridir ve bu faaliyete müdahale eden her türlü idari etkinlik için genel olarak kolluk kavramı ön plana çıkmaktadır.

Ekonomik kolluk faaliyetinin Amerikan idare hukuku içerisinde önemli bir yer teşkil etmesi bu hukukta ekonomik kamu hizmetinin hiç bulunmadığı anlamına gelmez. Ekonomik ve sosyal hayat içerisindeki şartların değişmesi durumunda kolluk faaliyetinden kamu hizmetine geçilebilmektedir. Bu bağlamda Amerika’da ülke çapındaki faaliyetlerden hangisinin kamu hizmeti olup olmadığı konusunda tespit Amerikan Federal Yasama Meclisine aittir.

Örneğin Amerika’da demiryolu sektöründe ekonomik düzenleme ve denetleme faaliyetinden kamu hizmetine doğru geçiş olmuştur. Daha ilk başlardan itibaren Amerika’da demiryolu sektörü bütünüyle özel kesim tarafından yürütölüp bu sektör ICC tarafından düzenlenmekte ve denetlenmekte iken İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra demiryolu şirketleri sürekli zararlar nedeniyle iflas etmeye başlamıştır. Demiryolu şirketlerinin bu şekilde sıkıntıya düşmesi üzerine federal yasama harekete geçerek 1970 yılında (Demiryolu Yolcusu Hizmeti Yasası olarak

⁶⁶ Reich, “Planned Society”, s. 1231.

⁶⁷ American Political Science Review isimli süreli yayının eser incelemeleri başlıklı bölümünde, Fransız hukukçular **Roger Bonnard** ve **Maurice Houriou** tarafından yazılan aynı başlıklı **Précis Élémentaire de Droit Administratif** eserleri incelenirken, Fransız idare hukuku için idari işlevin aynı zamanda yürütme erkinin bir parçası olan merkezi kolluk gücü tarafından üstlenildiği yolunda açıklamalarda bulunmaktadır. Bkz. William B. Munro, A. C. Hanford, “Book Review” **American Political Science R.**, C.20, S.2, 1926, s. 430.

tercüme edilebilecek) **Rail Passenger Service Act** adlı yasayı yürürlüğe koymuştur. Bu yasa uyarınca farklı bölgelerde faaliyet gösteren demiryolu şirketleri yeni kurulacak olan **National Railroad Passenger Service Corporation** (Ulusal Demiryolu Yolcusu Hizmeti Şirketi) altında birleştirmiş ve devlet, şirketlerin borçlarını üstlenerek bunları kısmen satın almıştır.

Şirketin kârlılık esası altında çalışması öngörülmekle beraber, bahsi geçen yasanın amacına ilişkin maddede yer alan hükümler dikkat çekicidir⁶⁸. Yasanın amacına bakıldığında demiryolu yolcu taşımacılığının bir hizmet olduğuna dikkat çekilmekte, bu hizmetin modern ve etkili bir şekilde yerine getirilmesinde kamu kolaylığı ve ihtiyacı olduğu belirtilerek ortada kamu yararının bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Ayrıca yolculuk yapan vatandaşlara farklı ulaşım imkânları arasından seçim yapma özgürlüğü getirilmesine vurgu yapılmaktadır. Özel kesimce yürütülen bir hizmet çıkarılan bir yasayla kamu yararı ilkesi altında kamu hizmeti olarak tanımlanmış, özel kesim şirketleri devletleştirilmiş ve bu hizmetin devlet şirketi aracılığıyla yerine getirilmesi onu **ekonomik kamu hizmeti** haline getirmiştir.

Süreç içerisinde demiryolu yolcu taşıma hizmetinin ekonomik kamu hizmeti şeklinde yürütülmesine destek artmış ve bu nedenle şirket içerisinde kamu payı arttırılmıştır. Bu durum şirket yönetimine de yansımıştır. Daha önceden yönetim kurulu üyelerinden çoğunluğunu Amerikan başkanı Senato'nun onayı ile atayıp geri kalan üyeleri özel kesimdeki demiryolu şirketleri atarken, en son halinde yönetim kurulu üyelerinin tamamını Amerikan başkanı atamaktadır.

Amerika'da devlet ekonomi ilişkisinde düzenleyici ve denetleyici kurumlar ağırlığını korurken, ayrıca vergilendirme, kamu ihaleleri ve kamu harcamaları, sübvansiyonlar, devletleştirme, kamu şirketleri gibi diğer alternatif yöntemler de

⁶⁸ “Kongre modern ve etkili bir şehirlerarası demiryolu yolcu taşıma hizmetinin, dengeli bir ulaşım sisteminde önemli bir payının olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle kamu kolaylığı ve ihtiyacı (**public convenience and necessity**), ülkenin muhtelif yerleri ve kalabalık şehirleri arasında yapılacak konforlu ve hızlı ulaşımı sağlamak için böyle bir hizmetin devamlı olmasını ve gelişmesini zorunlu kılmaktadır. Demiryolu yolcu taşımacılığı hizmeti ile şehirlerarası yolların yoğunlu ve havalimanları ile havayollarının kalabalıklığı azalacağı gibi, Amerika'da seyahat eden yolculara kendisine en uygun düşen ulaşım şeklini seçme imkânı da mümkün olan ölçüde verilmiş olacaktır. Ortaya konan bütün bu hedeflere ulaşmak için temel ulusal demiryolu yolcu taşıma sistemi ile modern ve etkili şehirlerarası demiryolu yolcu taşıma hizmetini gerçekleştirecek ulusal demiryolu yolcu taşıma şirketinin kurulmasını gerektirmiştir.” **Rail Passenger Service Act of 1970, Title I, Section 101.**

tartışılmakta ve uygulanmaktadır⁶⁹.

3. Türk ve Alman İdare Hukukunda Ekonomik Kolluk Faaliyeti ve Ekonomik Kamu Hizmeti Ayrımı

a. Genel Olarak Kolluk Faaliyeti – Kamu Hizmeti Ayrımı

Diğer faaliyet türleri de bulunmakla birlikte kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti birlikte idari işlev içerisinde en önemli unsurlardır. İdari işlev, idarenin farklı görev, ödev ve işlemlerinin idari usul ve idari yetki bütünlüğü içerisinde yerine getirilmesi anlamına gelmekte olup idarenin genel olarak faaliyetlerini kapsamaktadır⁷⁰.

Kolluk idare hukukunda üç anlamda kullanılmaktadır. Birincisi kolluk bir idare/makam tarafından sivil kişilerin faaliyetleri üzerinde külfet getiren ve haklarını düzenleyen veya kısıtlayan her türlü hukuk normlarının bütünüdür ifade etmektedir. İkincisinde bu amaçla yapılan hukuki tasarruflar anlamındadır. Kolluğun son anlamı ise bu normları uygulamakla görevlendirilmiş olan teşkilat anlamındadır⁷¹. Kamu hizmetinin ise teşkilat ve işlev/faaliyet anlamı bulunmaktadır⁷². Görüldüğü gibi kolluk, kamu hizmetinden farklı olarak, ayrıca norm, hukuk kuralı anlamına da gelmektedir.

İşlevsel açıdan bakıldığında **kamu hizmeti**, “toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyet”⁷³, **kolluk faaliyeti** ise “kamu düzeninin sağlanması, korunması ve –bozulduğunda– geri getirilmesi amacıyla,

⁶⁹ Farber, Sherry, **a.g.e.**, s. 490-495; Posner, **Regulation**, s. 117-118; Shapiro, **Who Guards**, s. 62; Berg, Tschirhart, **a.g.e.**, s. 480-522.

⁷⁰ “... İdare işlevi, İdarenin tüm faaliyetlerinin, tutum ve davranışlarının ortak konusunu ve hâkim niteliğini belirleyen ve varlık nedenini teşkil eden genel bir kavramdır.” Bkz. Duran, **İdare Hukuku**, s. 6; ayrıca bkz. Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık Ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 22-23.

⁷¹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3 C., İstanbul, İsmail Akgün Hak Kitabevi, C:III, 1966, s. 1474-1475.

⁷² Kamu hizmeti kavramının işlevsel ve yapısal anlamları için bkz. Süheyp Derbil, “Kamu Hizmeti Nedir?”, **AÜHFD**, C.7, S.3-4, 1950, s. 28-30; Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, s. 147-148.

⁷³ **A.e.**, s. 148; Anayasa Mahkemesi kararlarında kamu hizmeti, “Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler...” şeklinde tanımlanmaktadır; akt. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 551.

bireylerin toplum içindeki tutum ve davranışlarının düzenlenmesi, gözetilip izlenmesi ve aykırı eylem ve durumların –gerektiğinde kuvvet de kullanılarak– önlenmesi, engellenmesi kaldırılması”na yönelik bir faaliyet⁷⁴ olarak tanımlanmaktadır.

Türk idare hukukunda idari işlev, kamu yararının somutlaşması amacıyla yerine getirilen kamu hizmeti üzerinden açıklanmaktadır⁷⁵. Kamu hizmeti bu anlamıyla oldukça genel ve kapsayıcı bir anlam taşımakla birlikte, idari işlev içerisinde kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti ayrımının ne ölçüde yapılması gerektiği tartışılmaktadır.

Öğretide ONAR kamu hizmetinin idare hukukunun asıl konusu olduğunu ifade etmiş⁷⁶, kolluk faaliyetini ise hem idare kudretinin bir görünümü olarak, hem de bir idari usul olarak açıklamıştır⁷⁷. ONAR’ın öncülük ettiği⁷⁸ kamu hizmeti anlayışında, kamu hizmeti idari işlevi karşılayacak şekilde geniş değerlendirilmekte ve kolluk faaliyeti ise kamu hizmetinden bir ölçüde ayrıştırılarak, iktidar gücünün bir yansıması ve bir idari usul olarak ele alınmaktadır⁷⁹.

ONAR’dan sonra kamu hizmeti ile kolluk faaliyeti arasında belirgin bir ayrımın yapıldığı ve aralarında farkların ortaya konulduğu da görülmektedir⁸⁰. Nitekim öncelikle DURAN ve GİRİTLİ-BİLGİN’in ortaya koyduğu, **aynı çatı altında kamu hizmeti – kolluk faaliyeti** ayrımı Türk idare hukuku anlayışını etkilemiştir. Günümüzde genel idare hukuku eserlerinde kamu hizmeti ile kolluk faaliyeti ayrımı “idarenin işleyişi”⁸¹, “idarenin görevleri”⁸², “idarenin etkinlikleri”⁸³,

⁷⁴ Duran, **İdare Hukuku**, s. 250.

⁷⁵ Atay, **İdare Hukuku**, s. 26.

⁷⁶ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3 C., İstanbul, İsmail Akgün Hak Kitabevi, C:I, 1966, s. 13-49.

⁷⁷ Onar, **İdare Hukuku (Cilt 3)**, s. 1467-1510.

⁷⁸ Gülan, “Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 97.

⁷⁹ Sıddık Sami Onar yanında, Mustafa Şeref Özkan, Süheyy Derbil, Tahsin Bekir Balta da kamu hizmetini kapsayıcı bir üst başlık olarak görmektedirler, açıklamalar için bkz. Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, 2004, (Doktora Tezi İnternet Paylaşımı), s. 92-93. http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kamu_hizmeti.pdf (erişim tarihi 21.10.2013)

⁸⁰ Duran, **İdare Hukuku**, s. 244-245.

⁸¹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku: Genel Esaslar**, 10. bs., 2 C., Ankara, Turhan Kitabevi, C:I, 2014, s. 565-715.

⁸² Duran, **İdare Hukuku**, s. 243-278; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2011, s. 160-162.

⁸³ Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, s. 813-870.

“idari faaliyetin konusu”⁸⁴, veya “idarenin faaliyetleri”⁸⁵ gibi üst başlıklar altında yapılmaktadır.

Kamu hizmeti merkezli görüşün daha sonraki savuncuları da yukarıda belirtilen ayrıma uymakta ve kolluk faaliyetini genel anlamda bir kamu hizmeti saymakla birlikte, hukuki rejimi itibariyle kamu hizmetinden ayrı ve özel olarak incelemektedir⁸⁶.

Bunun yanında nasıl kamu hizmeti merkezli görüşte, kolluk faaliyeti – kolluk ayrımı kaçınılmaz olarak yapılıyorsa; kamu hizmeti – kolluk faaliyetini kesin bir biçimde ayıran görüşte de kamu hizmetinin kolluk faaliyeti üzerindeki kapsayıcılığı vurgulanmaktadır⁸⁷. Böyle bir değerlendirme düzenleyici ve denetleyici kurumlar örneği bakımından da yapılmaktadır⁸⁸.

Tarihsel açıdan bakıldığında kamu hizmetine göre daha eski olan⁸⁹ kolluk faaliyeti idari işlevin merkezinde, çekirdeğinde yer almakta, kamu hizmetleri de kolluk faaliyetini çevrelemekte ve onu tamamlamaktadır. Merkezde yer alan kolluk faaliyeti ile (onu saran) kamu hizmeti bir bütün olarak idari işlevi oluşturmaktadır. Kamu hizmetinin bu ikili ilişki bakımından önemi, daha eski bir kavram olan kolluk faaliyetini geliştirerek dönüştürmesidir. Bu dönüşümün kolluk faaliyetinin etkinliğini kaybetmeden daha insancıl ve daha demokratik hale gelmesi ve ayrıca hukuk devleti çerçevesine girmesi yönünde gerçekleştiği söylenebilir.

⁸⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 551-590.

⁸⁵ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 22-101; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, 2. bs., 2 C., Bursa, Ekin Kitabevi, C:II, 2009, s. 249-250.

⁸⁶ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Alfa, 2002, s. 225; “Kolluğu özelliği nedeniyle çok sıkı kural ve usullerle bağlanmış bir kamu hizmeti saymak gerekir.” Bkz. Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, s. 152; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 569-570. KARAHANOGULLARI, kamu hizmeti – kolluk faaliyeti ayrımı yapmakla birlikte kolluk faaliyetini kendine özgü usullerle yürütülen bir kamu hizmeti olarak gören ÖZAY’ı bir eserinde eleştirmiştir. Bkz. Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s. 93-94. Bununla beraber KARAHANOGULLARI da başka bir eserinde kolluk faaliyetinin, kamu hizmetinden özel ve ayrı bir hukuksal rejime bağlı olduğunu belirtmektedir. Bkz. Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması**, s. 22.

⁸⁷ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 65.

⁸⁸ Düzenleyici ve denetleyici kurumlar işlevlerini ilgilileri izleme ve denetleme ile gerçekleştirirler. Bu kurumların görev ve yetkileri kamu hizmeti olmakla birlikte, edim niteliğini değil hukuki tasarruf niteliği taşımaktadır. Bkz. Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 5.

⁸⁹ Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, s. 37-38, 813. **Kolluk** bir Alman idare hukukçusu tarafından **tüm idarenin anası** olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Bill Drews, **Preußisches Polizeirecht Allgemeiner Teil: Ein Leitfaden für Verwaltungsbeamte**, 2 C. 3. bs., Berlin, Verlag Heyman, 1931, C:I., s. 3.

İster kamu hizmeti yaklaşımı savunulsun ister kamu hizmeti kolluk faaliyeti belirgin bir şekilde ayrılsın, kolluk faaliyeti kamu hizmetinden hukuki nitelik, hukuki araç ve hukuki rejim açısından farklılaşmaktadır.

Öncelikle kolluk faaliyetinin **hukuki niteliği** farklıdır. Bu farklar dört başlık altında toplanmıştır: 1- Kolluk faaliyeti mutlaka idare tarafından yerine getirilir, 2- idare kolluk faaliyetini kullanmayı bırakamaz, 3- kolluk faaliyeti sadece tek yanlı idari işlemlerce yapılır, idari sözleşmelere konu edilemez ve 4- kolluk yetkisi, kamu hizmetini kolaylaştırmak veya iyileştirmek için kullanılamaz⁹⁰. Ayrıca kolluk faaliyeti kullanılan **hukuki araç** bakımından da farklılaşmaktadır. Kolluk faaliyetlerinin hukuki aracı emir ve yasaklarla zorlama iken⁹¹, kamu hizmetlerinin hukuki aracı ise genel ve ortak ihtiyaçları sağlama yönündeki edimler ve hizmetlerdir⁹². Son olarak kolluk faaliyetleri etkilediği temel hak ve hürriyetler bakımından kamu hizmetine göre daha sıkı bir **hukuki rejime** bağlanmaktadır⁹³.

Alman idare hukukunda da, idarenin faaliyetleri ve işlevleri ikili biçimde sınıflandırılmaktadır. İdari işlev, müdahale eden idare (**Eingriffsverwaltung**⁹⁴) ve hizmet eden – edimde bulunan idare (**Leistungsverwaltung**) olarak iki ana gruba ayrılmaktadır⁹⁵. Aynı ayrım Fransız idare hukukunda da yapılmakta ve idarenin faaliyette/edimde bulunma (**prestation, gestion**) ve kayıtlama/düzenleme (**réglementation, régulation**) şeklinde iki tür idari işlevinin bulunduğu ortaya konulmaktadır⁹⁶. Fransız hukukunda ayrım daha çok endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerine ilişkin konularda⁹⁷, diğer bir ifadeyle ekonomik düzenleme ve denetleme

⁹⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 570.

⁹¹ Lütfi Duran, “Peştemallık Ve Ulûfe Ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, **AİD**, C.20, S.1, 1987, s. 12.

⁹² Duran, **İdare Hukuku**, s. 245.

⁹³ Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması**, s. 22.

⁹⁴ **Eingriff** hukuk kavramı olarak başkasının haklarına ve özel alanına müdahale anlamına gelmektedir. Bkz. Gerhard Wahrig v.d., **Wahrig: Wörterbuch der deutschen Sprache**, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2012, s. 279.

⁹⁵ Wilfried Erbguth, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Baden-Baden, Nomos, 2005, s. 66-66; Bu iki gruba **diğer idari faaliyetler** ve **idari teşkilatlanma faaliyeti** şeklinde iki grubun da eklendiği görülmektedir. Bkz. Hartmut Maurer, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 16. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2006, s. 122-132.

⁹⁶ Konunun Fransız ve Türk kaynaklardan alıntılarla ayrıntılı bir şekilde değerlendirmesi için bkz. Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s. 89-92.

⁹⁷ Ali Ulusoy, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Alfa, 2002, s. 301.

işlevini ilgilendiren konularda yapılmaktadır.

Alman ve Fransız öğretisindeki bu ikili ayrım Türk öğretisinde kabul gören görüşlerle örtüşmektedir. İdari işlevlerden bir grupta edimde bulunma (**Leistung, prestation/gestion**) faaliyeti yer alırken diğerinde müdahale etme veya düzenleme (**Eingriff, réglementation/régulation**) faaliyeti yer almaktadır.

Ortaya konulan bu özellikler genel kamu hizmeti ile kolluk faaliyeti arasındaki farklılıklara ilişkindir. Ekonomik kolluk faaliyeti ile bunun özel bir uygulaması olan ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin kendine has özellikleri ve bu bağlamda kamu hizmetinden ayrılması bölümün devamında incelenecektir.

b. Düzenleme ve Denetleme İşlevinin Özelleştirmeler Sonrası Hukuk Sistemine Girmesi ve KİT'lerin Faaliyetleri ile İlişkisi

Avrupa'da ve ülkemizde uzun bir süre devletlerin ekonomiye müdahalesi devletlerce sermayesi karşılanıp kurulan şirketlerin veya işletmelerin yürüttüğü ekonomik ve ticari faaliyetlerle yapılmaktaydı.

Siyasal iktidarın devlet şirketleri ve devlet tekellerini kurarken, şirket ana sözleşmesini hazırlayacağı, yeri geldiğinde hukuk normları ile genel prensipleri belirleyeceği ve sadece ulusal çıkarlar veya genelin yararı gerektirirse veya parasal olarak büyük kaynaklar kullanılacaksa bu kurumların ticari işlemlerine ve eylemlerine karışacağı hem Amerikan hem de Alman hukukunda genel bir prensip olarak vurgulanmaktadır⁹⁸.

Buna mukabil uygulamada siyasal iktidar sadece genel prensipleri belirlemekle yetinmemiş, kamu yararı meselelerini her konuda ileri sürmek yoluyla bütün ticari kararlara müdahale etmiştir. Üstelik hükümetler bu tür taleplerini yazılı olarak değil, yönetim kurulu üyelerine şifahen yapmış, yönetim kurulu üyeleri veya şirket yöneticileri de bu tür müdahalelere karşı çıkamamıştır. Çoğunlukla yazılı yollar kullanılmadığından olumsuz bir durumla karşılaşılması halinde açıklanan yönlendirmelerin siyasal ve hukuki takibatı da yapılamamıştır⁹⁹.

⁹⁸ WirI, **a.g.e.**, s. 353-357; Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 40; H. W. R. Wade, **Administrative Law**, 3. bs, Oxford, Clarendon Press, 1971, s. 39.

⁹⁹ WirI, **a.g.e.**, s. 353-357; Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 40; Wade, **a.g.e.**, s. 39. Türkiye'deki uygulama da "Görüldüğü gibi, Kamu İktisadi Teşebbüslerinin başarılı olabilmesi, karlılık ve verimlilik

Belirtilen bu olumsuzluklar nedeniyle, Kıta Avrupası genelinde fakat ülkelere göre farklılıklar gösteren¹⁰⁰ yaygın bir özelleştirmeler dönemi yaşanmıştır. Bu ülkelerde özelleştirmeler sonrasında devlet şirketleri ve devlet tekellerinin, sayısı ve hacmi azalmış¹⁰¹, düzenleme ve denetleme işlevi hukuk sistemlerine girmiştir¹⁰².

Yukarıda açıklanan değişimin idari işlev bakımından önemi, devlet şirketleri ve devlet tekelleri ile yapılan kamu hizmeti ağırlıklı ekonomiye müdahale yönteminden; yeni tür idareler (düzenleyici ve denetleyici kurumlar) ile yapılan saf özel kolluk faaliyeti ile ekonomiye müdahale yöntemine dönüşümdür¹⁰³.

Devlet şirketleri ve devlet tekellerince yürütülen ekonomik kamu hizmetlerinden, düzenleyici ve denetleyici kurumlarca yürütülen ekonomik kolluk faaliyetlerine dönüşüm kesintisiz olmamıştır. Geçiş döneminde, devlet – ekonomi ilişkisinde bahsi edilen değişim haklı olarak, “kamu hizmeti alanının daraltılması”¹⁰⁴ amacına yönelik olarak “piyasa mekanizmalarının işleyişini engelleyecek kamusal düzenlemelerin kaldırılması ya da azaltılması”¹⁰⁵ olarak değerlendirilmiştir.

Günümüzde devlet **idare aygıtıyla donatılmış modern hukuk devleti** olup devlet ile ekonomi birbirinden ayrılmayacak ölçüde iç içe geçmiştir. Bu nedenle

ilkesine göre çalışabilmesi için yapısal hiçbir güvence bulunmamakta, buna karşılık bu kurumlar etkinlik alanları nedeniyle her türlü politik ve çoğu kez «gayrimeşru» baskıya açık bulunmaktadır” ifadeleriyle eleştirilmektedir. Bkz. İl Han Özay, “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Dramı”, **İHİD**, C.5, S.1-3, 1984, s. 106, b.a.

¹⁰⁰ Edgar Grande, “Vom produzierenden zum regulierenden Staat: Möglichkeiten und Grenzen von Regulierung und Privatisierung”, **Privatisierung und staatliche Regulierung: Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk**, Klaus König, Angelika Benz (ed.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 1997, s. 577.

¹⁰¹ A.e., b.a; Ruthig, Storr, **Schwerpunktbereich**, s.15.

¹⁰² Stober, **Wirtschaftsverwaltungsrecht**, s. 205; Jörg-Dieter Oberrath, **Öffentliches Recht: Verfassungsrecht, Europarecht, Allg. Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht mit Grundlagen des öffentlichen Wirtschaftsrechts**, 4. bs., München, Verlag Franz Vahlen, 2012, s. 174-175; benzer görüş için ayrıca bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 220-221.

¹⁰³ “Bir anlamıyla özelleştirme bazı faaliyetlerden idarenin tamamen çekilmesi ve sadece kolluk denetimi yaparak rekabet şartlarını sağlaması, faaliyetlerin özel girişim özgürlüğü kapsamında bırakılmasını içermektedir. Bu yönüyle özelleştirme, kamu hizmetinin o alanda sona ermesi yollarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.” Bkz. Gülan, “Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 100-101.

¹⁰⁴ A.e., s. 99. GÜLAN daha sonraki bir tebliğinde ise kamu yararı ilkesi üzerinden giderek kamu hukukunun daralma veya genişleme şeklinde ikili yol ayrımında olduğunu isabetli bir şekilde ortaya koymuştur. Bkz. Aydın Gülan, “Conseil D’etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayını No: 59, 2000, s. 24.

¹⁰⁵ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 220-221.

devletin idareler eliyle ekonomiye müdahale etmesi zorunludur¹⁰⁶. Türk öğretisinde “serbest piyasa ekonomisi uygulamasının yaygınlaştığından söz edilirken, ekonomik alana ilişkin hukuksal düzenlemelerin çokluğu ve çeşitliliği de dikkat çekiyor”¹⁰⁷ saptaması da aslında belirtilen duruma işaret etmektedir. Bu bağlamda değişim döneminde ortaya çıkan ve öğretilerde değinilen denetim boşluğu ancak geçici bir durum olarak düşünülmelidir.

Öğretilerde yaygın özelleştirmeler sırasında ve sonrasında gerçekleşen hukuki düzenlemelerin yoğunluğunun azalması için de deregülasyonun kullanıldığı¹⁰⁸, üstelik bu konuda Amerikan idare hukukunda 1970’lerde gerçekleşen deregülasyon örneğinin verildiği görülmektedir¹⁰⁹. Ekonomik kamu hizmetlerinin azalması görüşümüze göre deregülasyon olarak adlandırılmamalıdır. Deregülasyon idari işlevin türünde bir değişiklik olmadan, kolluk normlarının yoğunluğunun azaltılmasını ifade etmektedir. Bu bağlamda deregülasyon ile yasa koyucunun takdir ve tercihine bağlı olarak, düzenleyici ve denetleyici kurumlara verilen kolluk yetkileri zayıflamaktadır. Özelleştirme ile ekonomik kamu hizmetleri kaldırılarak yerine ekonomik kolluk faaliyetine geçilmektedir. Neticede özelleştirme ile işlevin türü değişirken, deregülasyon ile işlevin türü değil o işlevin etkinliği, kapsamı değişmektedir.

Ekonomik kamu hizmetleri ile ekonomik kolluk faaliyetleri arasındaki değişim bir kum saatine benzetilebilir. Kum saatinde olduğu gibi kamu hizmetleri belirli bir süreç boyunca daralarak en dar boyutuna varmış daha sonra düzenleme ve denetleme işlevi altında yürütülen ekonomik kolluk faaliyetine doğru geçilmiş ve bu aşamadan sonra ekonomik kolluk faaliyetlerinde genişleme olmuştur. Alman öğretisinde de bazı ekonomik alanlarda ve alt yapı hizmetlerinde devletin mutlaka

¹⁰⁶ Alman öğretisindeki benzer görüşler için bkz. Eberhart Schmidt-Aßmann, “Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Reformbedarf und Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, **Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts**, Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhart Schmidt-Aßmann, Gunnar Folke Schuppert (ed.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993, s. 63-64; Jörn Axel Kämmerer, “Privatisierung”, **Besonderes Verwaltungsrecht: Öffentliches Wirtschaftsrecht**, Dirk Ehlers, Michael Fehling, Hermann Pünder (ed.), 3 C., 3. bs., München, C. F. Müller Verlag, 2012, C:I, s. 427-428.

¹⁰⁷ Turgut Tan, “Anayasal Ekonomik Düzen”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.7, 1990, s. 161.

¹⁰⁸ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 221; Michael Ronellenfitsch, “Rechtliche Probleme der Privatisierung und Regulierung aus der Sicht der Rechtswissenschaften”, **Privatisierung und staatliche Regulierung: Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk**, Klaus König, Angelika Benz (ed.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 1997, s. 128.

¹⁰⁹ A.y.

edimde bulunması gerekmediği, alternatif olarak bu alanlar üzerinde düzenleme ve denetlemeler yapılabileceği ileri sürülmektedir¹¹⁰.

Devletin ekonomiye müdahalesinde ekonomik kamu hizmetlerinden ekonomik düzenleme ve denetleme işlevine (ekonomik kolluk faaliyetine) geçişin hukuki sonuçları aşağıda maddeler halinde özetlenebilir:

1- Devlet şirketlerinde ve devlet tekellerinde mal ve hizmetlerin üretilmesi, satılması, dağıtılması gibi faaliyetler bu kuruluşlar veya bu kuruluşların sahip olduğu işletmeler tarafından yapılmaktadır¹¹¹. Böyle bir faaliyet, içerisinde hem kamu hukuku işlem ve eylemlerini hem de özel hukuk kapsamındaki hukuki muameleleri barındırmaktadır. Bu bağlamda kamusal kontrol ile özel hukuk işlemleri ile yapılan ekonomik kontrol bir aradadır.

2- Ancak **ticaret ve ekonominin içerisinde** faaliyet gösterildiği için kamusal kontrol en alt düzeyde, buna karşılık ekonomik ve ticari araçlarla kontrol en yüksek düzeydedir. Türk hukukunda 233 sayılı KHK'nin lafzının¹¹² da etkisiyle KİT'lerin günlük işleyişinde ve bireylerle olan ilişkilerinde özel hukuk kurallarına, bu kurumların üstlendiği kamu hizmetlerinin düzenlenmesi ve yürütülmesi bakımından ise idare hukuku kurallarına bağlı olduğu hususunda bir şüphe olmamakla beraber, uygulamada bu ayrımın açık ve belirgin bir şekilde yapılmasının kolay olmadığı ileri sürülmektedir¹¹³.

¹¹⁰ Peter Badura, **Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung**, 3. bs., Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, s. 148.

¹¹¹ Devlet şirketleri ve devlet tekelleri üretici ve/veya alıcı-satıcı olduğu için doğrudan bir fiyat koymakta ve tarife belirlemekte, sektörün içerisinde olduğundan rekabeti doğrudan ayarlamakta, ayrıca çalıştığı sektörün standartlarını ve şartlarını kendi üretimi ile en azından bir asgari kalite olarak belirlemektedir. Bkz. Cushman, **a.g.e.**, s. 9.

¹¹² Ülkemizde devlet şirketlerinin ve devlet tekellerinin işlemleri yasada yer alan istisnalar haricinde ağırlıklı olarak özel hukuk alanında yer almaktadır. 233 sayılı KHK'nin 3. maddesinde yeni bir KİT'in kurulmasında ekonomik ihtiyaçların gözetileceği, 4. maddesinde her bir KİT'in tüzel kişiliğinin olacağı, KİT'lerin 233 sayılı KHK'de belirtilen istisnalar haricinde özel hukuk hükümlerine tabi olacakları ve bunların sorumluluğunun sermayeleri ile sınırlı olacakları belirtilmiştir. Her ne kadar 233 sayılı KHK'nin 3. maddesinde sadece devlet şirketleri olan iktisadi devlet teşekküllerinin anonim şirket şeklinde kurulabileceği veya anonim şirkete dönüştürülebileceği belirtilse de anonim şirket statüsünde bulunmayan diğer KİT'lerin de ekonomi içerisinde ticari işletmeler kurup işleterek ekonomik ve ticari hayatın kuralları içerisinde hareket ettiği bir gerçektir.

¹¹³ Konuyla ilgili diğer açıklamalar ve Uyuşmazlık Mahkemesi ile Danıştay kararları için bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 218-220.

3- Yaygın özelleştirmeler sonrasında ekonomik kamu hizmeti alanının daralarak, yerine ekonomik kolluk faaliyetine yönelik düzenleme ve denetleme işlevinin gelmesinin bir sonucu da ekonomi alanında kamusal faaliyetler ile özel sektör faaliyetlerinin daha belirgin biçimde ayrışmasıdır¹¹⁴.

Bir önceki maddede izah edildiği gibi devlet şirketleri ve devlet tekelleri prensip olarak ekonomik ve ticari faaliyetlerini özel hukuk hükümlerine göre gerçekleştirmektedirler. Kamu hukukunun ve idare hukukunun alanı bu kurumlar bakımından çoğunlukla kurumun içerisindeki faaliyetlere hasredilmiştir.

Özelleştirmeler sonucunda ekonomik ve ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesi özel kesime bırakılmış, ancak var olan veya yeni kurulan idarelerle bu özel kesim faaliyetleri kontrol edilmeye ve denetlenmeye başlanmıştır. Kolluk faaliyeti olan bu kontrol ve denetimle idareler artık daha fazla idari işlem tesis etmeye başlamış; idari işlemlerdeki bu artış aynı zamanda, iptal davasını da yaygınlaştırmıştır. Açıklanan değişim nedeniyle idare hukukunun daralması ile değil tam aksine genişlemesi ile karşılaşmıştır.

4- Sosyal devlet ilkesi yaygın özelleştirmeleri engelleyici bir ilke değildir¹¹⁵. Özelleştirmeler sonrasında kamu hizmetinin yerine gelen kolluk faaliyeti (düzenleme ve denetleme işlevi) sosyal devlet ilkesinin içeriğini değiştirmekle beraber onu ortadan kaldırmamıştır. Bu bağlamda devlet, sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek adına koyduğu hukuk normlarıyla çeşitli hedefler belirlemekte ve bunlara ulaşmaya çalışmaktadır¹¹⁶. Zira sosyal devlet bütün kişilerin ekonomik, kültürel ve sosyal anlamda en azından belirli bir asgari standartta yaşamalarına imkân veren ve bunun için gayret gösteren, sosyal adaleti sağlamayı çalışan devlet demektir¹¹⁷. Bahsedilen sosyal devletin bir hukuk devleti olarak en önemli aracı ise teknik anlamıyla hukuktur. Böylelikle eşit, adil ve önceden yazılı olarak belirlenmiş kurallarla ve bu kuralların hukuk içerisinde uygulanmasıyla yeni hedeflere ulaşılmaya çalışılır¹¹⁸.

¹¹⁴ Gregor Kirchhof, “Rechtsfolgen der Privatisierung: Jede Privatisierung lockert, löst öffentlich-rechtliche Bindungen”, *AöR*, C.132, Mohr Siebeck, 2007, s. 218.

¹¹⁵ Wolff, Bachof, Stober, *Verwaltungsrecht (Cilt 3)*, s. 630.

¹¹⁶ Schmidt-Aßmann, “Zur Reform”, s. 41-45.

¹¹⁷ Ali Ülkü Azrak, “Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasasının Sistemi”, *İÜHFM*, C.27, S.1-4, 1961, s. 209.

¹¹⁸ Peter Badura, “Das Recht als gesellschaftliches Gestaltungsmittel”, *Vorträge gehalten anlässlich der Hessischen Hochschulwoche für Staatswissenschaftliche Fortbildung*, C.68, 1970 b.a. ve

5- Her ne kadar yaygın özelleştirmeler dönemi devletin ekonomiden geri çekilmesi¹¹⁹ olarak adlandırılmışsa da, devlet ekonomiye bu sefer daha etkili bir şekilde müdahale etmeye yönelmiştir. Önceden **ekonominin içerisinde**, ticari uygulamalarla gerçekleştirilen yönlendirme ve şekillendirme, şimdi dışarıdan **ekonominin içerisine** doğru kamu hukukuna dayanan idari işlemlerle yapılmaktadır.

6- Almanya’da yaygın özelleştirme faaliyetlerinden sonra, devlet ve ekonomi ilişkisi bakımından; devletin **yerine getirme sorumluluğu (Erfüllungsverantwortung des Staates)** ile **garanti etme sorumluluğu (Gewährleistungsverantwortung des Staates)** şeklinde iki tür sorumluluğunun bulunduğu belirtilmekte ve bu ayrımın Anglo-Sakson hukukundaki **sağlayan devlet (Providing State)** ve **düzenleyen devlet (Regulatory State)** ayrımı ile örtüştüğü ileri sürülmektedir¹²⁰.

7- Devletin özel hukuk alanında ticari esaslara göre hareket eden bir şirket veya bir kuruluş olmadan özel sektördeki şirketlerin muamele ve faaliyetlerine doğrudan kamu yararı adına karışması, kolluk faaliyeti açısından yoğunlaşmış kontrolü ortaya çıkarmaktadır¹²¹.

8- Ekonomik kamu hizmetinden ekonomik kolluk faaliyetine doğru dönüşüm, özel hukuk ve kamu hukuku ikilemini kamu hukuku lehine güçlendirmiş ve idari işlemlerin rejimindeki dağınıklığı¹²² ortadan kaldırmıştır. Bunun sonucunda ekonominin içindeki kişiler (ister tüketici ister girişimci olsun) kolluk idarelerince yapılan hukuka aykırı bir işlemle karşılaştıkları düşüncesindeyseler görevli ve yetkili idare mahkemelerinde dava açarak kendilerini daha etkili bir biçimde savunabileceklerdir.

9- Yaygın özelleştirmelerin gerçekleşmiş olması, ekonomik kamu hizmetlerinin sona ermesi anlamına da gelmez. Çünkü Devlet belirli ölçüde aynı sektör

özellikle s. 106.

¹¹⁹ Stober, **Wirtschaftsverwaltungsrecht**, s. 205.

¹²⁰ Reinhard Ruge, **Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State: Zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU**, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, s. 172-187, 250-261.

¹²¹ Clark, **a.g.e.**, s. 405.

¹²² Ekonomik konularda tesis edilen işlemlerden doğacak uyuşmazlıkların nerede görülmesi gerektiğine ilişkin öğretide ve mahkeme içtihatlarında zaman zaman farklı değerlendirmeler yapılabilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tan, “Ekonomik Kararların Yargısal Denetimi”, s. 35-39.

içerisinde devlet şirketleri kurarak ticari faaliyetlerde bulunması ve ekonomik kamu hizmetlerini sürdürmesi mümkündür. Ayrıca ihtiyaç duyulması halinde devlet tekelinin de kurulması olanak dâhilindedir.

C. Düzenleme ve Denetleme İşlevi Kapsamında Yürütülen Ekonomik Kolluk Faaliyeti ve Bu Faaliyetin Temel Özellikleri

1. Genel Olarak Ekonomik Kolluk Faaliyeti

a. Kamu Düzeni ve Ekonomik Kamu Düzeni

Kamu düzeni ile kişilerin toplum içerisinde güvenli, huzurlu ve sağlıklı bir şekilde yaşamlarının sağlanması amaçlanmaktadır. Kamu düzeninin bu amacını gerçekleştirmek için yürütülecek olan ve kişiler üzerinde etkili emirler ve zorlamalardan oluşan kolluk faaliyeti ile idareye hem yetkiler verilmekte hem de onun bu yetkileri kullanması belirli açılardan sınırlandırılmaktadır.

Kamu düzeni klasik olarak kamu güvenliği, kamu esenliği – dirliği ve kamu sağlığı olarak üç unsurdan oluşmaktadır¹²³. Bu üç unsura genel ahlakın korunması unsuru¹²⁴ ile kamusal estetik, insan onuru ve bireylerin kendine karşı korunması gibi bazı unsurlar da eklenmektedir¹²⁵. Bunun yanında kamu düzeninin klasik unsurlarına başka unsurların eklenmemesi gerektiği, aksi takdirde bu durumun belirsizlik yaratabileceği, oluşan belirsizliğin temel hak ve hürriyetleri zayıflatarak, toplumun ve kişilerin devletçe biçimlendirilmesini kolaylaştıracağı da savunulmaktadır¹²⁶.

Alman idare hukukunda ise kolluk faaliyetinin, özel bir kamu yararını gerçekleştirmek için yerine getirildiği öne sürülmektedir. Bu özel kamu yararı sıklıkla kamu düzeni (**öffentliche Ordnung**) şeklinde belirtilmekte bazen bu kavram yanında kamu güvenliğinin (**öffentliche Sicherheit**) de kullanıldığı görülmektedir¹²⁷. Alman

¹²³ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 36-41; Günday, **İdare Hukuku**, s. 292-293.

¹²⁴ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 645; Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, s. 818-820; Atay, **İdare Hukuku**, s. 642-651; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 572.

¹²⁵ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 474-476; Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, 2 C., Ankara, Yetkin Yayınları, C: I, 2012, s. 539-542.

¹²⁶ Turan Yıldırım v.d., **İdare Hukuku**, 2 C., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, C:II, 2010, s. 134-135.

¹²⁷ Elmar Giemulla, Nikolaus Jaworsky, Rolf Müller-Uri, **Verwaltungsrecht: Ein Basisbuch**, 7. bs.,

hukukunda kamu düzeni genel olarak isimlendirilmekte, çoğunlukla alt unsurlar ile açıklanmamaktadır.

Ekonomik gelişmeler ve devletin ekonomiye müdahalesindeki artış, kamu düzeninde ekonominin etkisini arttırmakta ve bu kavramın gözden geçirilmesine yönelik ihtiyacı doğurmaktadır. Burada kilit önem taşıyan husus kamu düzeninden ayrı değerlendirilebilecek bir ekonomik kamu düzeni kavramının oluşup oluşmadığıdır¹²⁸.

Ekonomik kamu düzenine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin bir görüş sadece, özel kamu düzeninde genel kamu düzeninden farklı bir düzenin olduğunu ileri sürmekte ancak belirli bir örnekleme yapmamaktadır¹²⁹. Diğer bir görüş ise ekonomik kamu düzenini, genel kamu düzenine ek olan dördüncü bir unsur olarak değerlendirmektedir. Bu dördüncü unsur “ekonomik istikrar”¹³⁰ veya “toplumun ekonomik bunalımlardan uzak tutulması”¹³¹ olarak adlandırılmaktadır. Bazıları ise her iki kamu düzeni arasında bir genel özel ilişkisi bulunduğunu, genel kamu düzeninin ekonomik kamu düzenini kapsadığını ileri sürmektedir¹³². Bir bakışa göre ekonomik kamu düzeni, girişim ve sözleşme hürriyetine yönelik sınırlamalar anlamına gelmektedir¹³³. Ayrıca ekonomik konuların kamu düzeninin esenlik/dirlik unsuru içerisinde değerlendirildiği de görülmektedir¹³⁴.

Kamu düzeni, kolluk faaliyeti ile sağlanmaya çalışılan **özel bir kamu yararı** olarak tanımlanmaktadır¹³⁵. Ekonomik kamu düzeni ise genel anlamda kamu düzenine göre özel bir kolluk faaliyeti alanıdır¹³⁶. Dolayısıyla ekonomik kamu düzenine ilişkin

Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 2004, s. 342-346; Stober, **Wirtschaftsverwaltungsrecht**, s. 19-20.

¹²⁸ Turan Yıldırım, “Türkiye’de Devletin Ekonomiye Müdahalesi Örneği Olarak İhracat Rejimi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1989, s. 35.

¹²⁹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 297.

¹³⁰ Çolak, **a.g.e.**, s. 27-28.

¹³¹ YILDIRIM ayrıca ekonomik kolluk faaliyetinin varlığı için kamu düzeninin geliştirilmiş olmasına gerek olmadığını, kamu düzeninin ekonomik konuları da kapsayacak genişlikte bir kavram olduğunu, kolluğun genel ve özel diye ayrıldığını, ekonomik kolluğun ise özel kolluk ayrımı içerisinde yer aldığını ileri sürmektedir. Bkz. Yıldırım, “İhracat Rejimi”, s. 33.

¹³² Aslan, Berk, **a.g.e.**, s. 51.

¹³³ “19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, belirgin olarak da 20. yüzyılda klasik kamu düzenine, ekonomik ve sosyal ilişkiler alanına ilişkin ve genellikle ekonomik kamu düzeni olarak adlandırılan yeni bir kamu düzeni anlayışı eklenmiştir.” Bkz. Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, İstanbul, On İki Levha, 2011, s. 149.

¹³⁴ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 56.

¹³⁵ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 250.

¹³⁶ Turgut Tan, “Ekonomik Düzen ve Anayasa”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı 9-13 Ocak 2001**, Türkiye Barolar Birliği Yayın No: 12, Ankara, 2001, s. 872.

olarak yapılabilecek ilk tespit, ekonomik kamu düzeninin kamu düzenine göre, kamu düzeninin ise kamu yararına göre özel bir kavram olduğudur.

Düzenleme ve denetleme işlevinin de anayasal dayanağı olan Anayasa'nın 167. maddesinin 1. fıkrasında piyasaların **sağlıklı** ve **düzenli** işlemesinin sağlanması ve geliştirilmesi amaç olarak belirlenmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa'da düzenli ve sağlıklı işlemeye atıf yapılmakta ve **ekonomik düzen** ve **ekonomik sağlık** amaçlanmaktadır. Ekonomik kamu düzeni unsurlarının, klasik kamu düzeni unsurları ile de örtüştüğünü düşünmekteyiz. Bu durumda ekonomik kamu düzeni unsurları **ekonomik düzen** üst başlığı altında **ekonomik güvenlik** ve **ekonomik dirlik/esenlik** ile **ekonomik sağlıktan** oluşmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken Anayasa'nın, ekonomik sağlığı, ekonomik düzenden ayırarak piyasanın sağlıklı işlemesine ayrı vurgu yapmasıdır. Ekonomik kamu düzeni unsurlarının bu şekilde belirlenmesiyle klasik kamu düzeni unsurlarından uzaklaşmamakta ve ayrıca ekonomik kamu düzeni kendine özgü anlamına kavuşmaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların yasal amaçlarına bakıldığında da belirtilen unsurların ortaya konularak somutlaştığı görülmektedir. Bu kurumlara kuruluş yasalarında belirtilen ilgili piyasanın veya piyasadaki faaliyetlerin güvenilir/güvenli¹³⁷, mali açıdan güçlü/ekonomik¹³⁸, şeffaf¹³⁹, etkin¹⁴⁰, eşitlikçi¹⁴¹, istikrarlı¹⁴², adil¹⁴³ ve rekabetçi/rekabete dayalı¹⁴⁴ bir şekilde sürmesini sağlamak görevi verilmiştir. RK ile SPK'ya yasalarında ayrıca tasarruf sahiplerinin/yatırımcıların hak ve menfaatlerinin koruması görevi de verilmiştir. Öte yandan RK'ya ise rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı ve bozucu bütün faaliyetlerin

¹³⁷ 6362 sayılı Yasa madde 1; 5015 sayılı Yasa madde 1; 5307 sayılı Yasa madde 1; 5411 sayılı Yasa madde 1.

¹³⁸ 5015 sayılı Yasa madde 1; 5307 sayılı Yasa madde 1; 4646 sayılı Yasa madde 1; 6446 sayılı Yasa madde 1.

¹³⁹ 6362 sayılı Yasa madde 1. 5015 sayılı Yasa madde 1; 4646 sayılı Yasa madde 1; 5307 sayılı Yasa madde 1.

¹⁴⁰ 6362 sayılı Yasa madde 1; 5411 sayılı Yasa madde 1.

¹⁴¹ 5015 sayılı Yasa madde 1; 5307 sayılı Yasa madde 1.

¹⁴² 6362 sayılı Yasa madde 1; 5015 sayılı Yasa madde 1; 4646 sayılı Yasa madde 1; 5307 sayılı Yasa madde 1; 5411 sayılı Yasa madde 1; 6446 sayılı Yasa madde 1.

¹⁴³ 6362 sayılı Yasa madde 1.

¹⁴⁴ 6362 sayılı Yasa madde 1; 5015 sayılı Yasa madde 1; 4646 sayılı Yasa madde 1; 6446 sayılı Yasa madde 1.

önlenmesi görevi verilmiştir¹⁴⁵.

Ekonomik kamu düzeni ile **ekonomik düzen** arasında da ilişki kurulmaktadır. Örneğin bir görüşte ekonomik kamu düzeni, özel kesime müdahale gerektiren sınırlamaların tümünü kapsayan ve Anayasa’da öngörülen ekonomik düzen olarak değerlendirilmektedir¹⁴⁶. Başka bir görüşte ise açık bir biçimde ekonomik kamu düzeni yerine ekonomik düzen kavramının kullanılması gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁴⁷. Görüşümüze göre ekonomik kamu düzeni ile ekonomik düzen birbirinin aynı veya birbiriyle ikame edilecek kavramlar değildir; ekonomik düzen, ekonomik kamu düzenini de içine alan daha genel bir kavramdır¹⁴⁸. Ekonomik düzenin içerisinde sadece ekonomik kolluk faaliyeti değil, (kamu hizmeti, kolluk, planlama, teşvik gibi) devletin idareler eliyle ekonomiye bütün müdahale yöntemleri, ayrıca kullanıldığı yere bağlı olarak borçlar hukuku, eşya hukuku ve ticaret hukuku da¹⁴⁹ girmektedir. Üstelik bu çerçeve hukuk kuralları yanında bütün sosyal kurallar değerlendirilerek genişletildiğinde ekonomik düzen, devlet ile birlikte ekonominin içindeki her bir kişiyi/birimi içine alan kamu ve özel kesimin ortak düzenini de ifade etmektedir.

Özet olarak ekonomik kamu düzeni, devletin ekonomiye müdahale yöntemleri arasında bir yer teşkil eden ekonomik kolluk faaliyetinin amacını oluşturmaktadır. Düzenleme ve denetleme faaliyeti ise ekonomik kolluk faaliyeti içerisinde kendine has bir alan teşkil etmektedir. Ekonomik düzen ise kullanıldığı yere bağlı olarak değişmekle birlikte, ekonomik kamu düzenini de kapsayarak onu aşan bir kavramdır.

b. Ekonomik Kolluk Faaliyeti

Ekonomik kolluk faaliyeti, başta Almanya ve Fransa olmak üzere eskiden

¹⁴⁵ 4054 sayılı Yasa madde 1.

¹⁴⁶ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (1984)**, s. 130-131; Akgül, **a.g.e.**, s. 117.

¹⁴⁷ Ali Ulusoy, “Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008: Ekonomi ve Hukuk**, Ankara, 2008, C:IV, s. 26.

¹⁴⁸ Esasında ULUSOY da ekonomik düzenin bir üst başlık olduğunu belirtmekte sadece ekonomik kamu düzeni kavramını kabul etmemektedir. Bkz. **A.e.**, s. 27-29.

¹⁴⁹ Benzer bir görüş bir için bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 295.

beri Kıta Avrupası ülkelerinde belirli ölçülerde uygulanmış gelmiştir. Özellikle Alman yaklaşımında bulunan “vatandaş ile devletin ekonomik çıkarının sürekli ortak olmayacağı bazen çıkar çatışmalarının da bulunduğu düşüncesi”¹⁵⁰ ve bu düşünceden doğan sıkı kontrol anlayışı nedeniyle, devlet eskiden beri ekonomik alanda işyerleri, firmalar, ticaret şirketleri, zanaat atölyeleri ve diğer yerler üzerinde gözetleme ve denetleme faaliyetinde bulunmaktadır¹⁵¹. Bu tür bir faaliyet ekonomik alanda gerçekleştirilen bir kolluk faaliyetidir.

Türk idare hukuku öğretisinde ise eskiden beri kolluktan sadece emniyet teşkilatının anlaşılması gerektiği, farklı konulardaki kolluk teşkilatı ve faaliyetinin çeşitli idareler arasında dağıldığı belirtilmektedir¹⁵². Ekonomik kamu düzeninin sağlanması ve korunması bu bağlamda özel teşebbüslerin ulusal ekonomik ve sosyal amaçlara uygun olarak faaliyet göstermelerinin sağlanması amacıyla çeşitli idarelerce alınan tedbirler ekonomik kolluk faaliyetidir¹⁵³. Düzenleyici ve denetleyici kurumların da bahsedilen şartlar altında kolluk ile yetkilendirilmiş idareler olduklarını ifade etmek yerinde olacaktır.

Ekonomik kolluk faaliyetinin uygulandığı alanda asıl görev ekonomik kolluğu uygulama yetkisine sahip idareye ait olmakta, genel kolluk faaliyeti ise ikincil bir hukuk alanı olarak, ekonomik kolluk faaliyetini sadece desteklemek ve tamamlamak için kullanılmaktadır (**Subsidiarität des Polizeirechts**)¹⁵⁴. Bahse konu ikincillik ilkesi şu şekilde somutlaştırılabilir. İdare hukukumuzda eskiden beri belirtildiği üzere belirli bir idare görevlerini yürütmek için yeterli derecede cebri güce sahip değilse, bu cebri güç genel kolluk kuvvetleri tarafından sağlanmaktadır¹⁵⁵. Ancak yukarıda belirtildiği gibi ekonomik kolluk faaliyetinin temel esprisi ekonomik

¹⁵⁰ Savaş, **a.g.e.**, s. 164.

¹⁵¹ Stober, Eisenmenger, **a.g.e.**, s. 1-173; Oberrath, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, s. 245-323; Josef Ruthig, Stefan Storr, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, 4. bs., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2005, s. 75-190, 227-364; Schliesky, **a.g.e.**, s. 207-281; Ziekow, **a.g.e.**, s. 20-27; Werner Frotscher, Urs Kramer, **Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht: Eine systematische Einführung anhand von Grundfällen**, 4. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2004, s. 120-282.

¹⁵² Onar, **İdare Hukuku (Cilt 3)**, s. 1468-1469.

¹⁵³ Tan, “Ekonomik Düzen”, 167. YILDIRIM da ekonomik kolluğun anayasada belirtilen ekonomik düzenin sağlanmasını amaçlayan özel girişim özgürlüğüne müdahale getiren kısıtlamaların tümünü kapsadığını ifade etmektedir. Bkz. Yıldırım, “İhracat Rejimi”, s. 36.

¹⁵⁴ Stober, **Wirtschaftsverwaltungsrecht**, s. 19.

¹⁵⁵ Onar, **İdare Hukuku (Cilt 3)**, s. 1478.

kamu düzeninin **ekonomik cebirle**¹⁵⁶ sağlanması ve korunması olduğundan, genel kolluk sadece dışarıdan destekleyici bir yardımda bulunmaktadır¹⁵⁷.

Ekonomik kolluk faaliyeti, özelleştirmeler sonrasında daha başka anlam kazanmıştır. Kamu hizmeti önemini sürdürmekle birlikte, bazı ekonomik alan ve piyasalarda devletin güvenli, sağlıklı, istikrarlı ve eşitliğe dayalı bir ortam sağlama yükümlülüğü ortaya çıkmıştır. Devlet bu yükümlülük karşısında, ekonomik kolluk faaliyeti çerçevesinde, ekonomi içerisindeki girişimcilerden belirli faaliyetlerden uzak durup belirli faaliyetlerde bulunmasına yönelik düzenlemeler yapmaktadır.

Neticede düzenleyici ve denetleyici kurumlar yetkili oldukları alanda, kişi veya grupların faaliyetlerini genel kurallar koyarak düzenler, bireysel işlemler tesis eder, kurallara aykırı eylem, işlem ve durumları önlemeye ve kaldırmaya çalışır, aksi yönde davrananlara yaptırım uygular, o alanı ve alandaki ilgileri izler, denetler, bilgi alır. Bu tür işlevleri yerine getiren düzenleyici ve denetleyici kurumlar, diğer idarelerde olduğu gibi doğrudan bir edim sunmaz, hukuki tasarruflar meydana getirir¹⁵⁸.

2. Düzenleme ve Denetleme İşlevinin Diğer Ekonomik Kolluk Faaliyetinden Farklılıkları

Bir önceki bölümde Kıta Avrupası'nda yaygın özelleştirmeler sonucunda ortaya çıkan ekonomik kamu hizmetinden ekonomik kolluk faaliyetine doğru değişimin sonuçları üzerinde durulmuştu. Bu başlıkta ise düzenleme ve denetleme işlevinin diğer ekonomik kolluk faaliyetlerinden farklı yönlerine ve benzerliklerine değinilecektir. Bu belirlemeler sırasında ağırlıklı olarak işlevsel özellikler üzerinde durulmaya çalışılacak, bazı durumlarda ise yapısal özelliklere değinilecektir.

¹⁵⁶ Ekonomik kolluk faaliyetinde ve düzenleme ve denetleme işlevinde 04.06.1937 tarih ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nda belirttiği şekilde silah ve fiziksel cebir araçları kullanılmamaktadır.

¹⁵⁷ Emniyet Teşkilatı Yasası'nın 3. maddesinde kolluk genel kolluk ve özel kolluk olarak ikiye ayrılmakta ve özel kolluk, genel kolluk dışında kalan ve kendi özel yasalarına göre kurulup, özel görevleri yerine getiren kolluk (kuvveti) olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca özel kolluğa sadece kendi yasasının uygulanacağı Emniyet Teşkilatı Yasası'nın uygulanmayacağı belirtilmiştir.

¹⁵⁸ Duran, "Bağımsız İdari Otoriteler", s. 5.

Ekonomik düzenleme ve denetle işlevi ile ekonomik kolluk faaliyetinin farklılıklarına geçmeden önce düzenleme ve denetleme işlevinin ne olmadığı üzerinde kısaca durulması gerekmektedir:

1- Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi idarenin denetlenmesine¹⁵⁹ yönelik bir faaliyet olmayıp yapısal (düzenleyici ve denetleyici kurumlar) ve işlevsel (düzenleme ve denetleme işlevi) anlamda bir idaredir. Düzenleme ve denetleme işlevi, yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği gibi Kıta Avrupası'nda eskiden beri var olan ve Anglo-Sakson hukuk sistemine sonradan giren **idare etmenin**, Amerika'daki karşılığı olmaktadır.

2- Düzenleme ve denetleme işlevinde ekonominin planlanması, ekonominin büyümesine yönelik faaliyetler ile ekonomik teşvik ve destekler yer almamaktadır. Bu görev ve sorumluluk siyasi meşruiyeti de olan hükümete aittir. Amerika'da **New Deal** programı öncesinde ve sırasında düzenleme ve denetleme işlevinin ekonomik planlama ve geliştirmeyi de kapsadığı yönünde bir yaklaşım bulunmakla beraber daha sonra bundan vazgeçilmiştir¹⁶⁰.

Türk öğretisinde de düzenleyici ve denetleyici kurumların planlama, organizasyon, teşvik etme, kamu hizmeti gibi oldukça geniş bir görev yelpazesine sahip olduğu ileri sürülmüştür¹⁶¹. Ancak bu görüşe katılmıyoruz. Düzenleme ve denetleme işlevinin çekirdeği ve ona anlamını yükleyen yönü, ekonomik kolluk faaliyeti olmasıdır. Ekonomik düzenleme ve denetleme ile ekonomi süjelerinin davranışları yasak ve izinlerle yönlendirilmektedir¹⁶². Bu nedenle ekonomik

¹⁵⁹ 2000 yılı öncesinde bazı makalelerde ve monografilerde, düzenleyici ve denetleyici kurumların yerine getirdiği işlev, idarenin denetlenmesi olarak değerlendirilmiştir. Bu eserlerde Amerika ve Fransa'daki bankacılık, rekabet, sermaye piyasası, enerji vb. alanlarda gerçekleştirilen örneklerine değinerek bu faaliyetin idarenin denetlenmesi amacını taşıdığı belirtilmiştir. Sosyal düzenleme ve denetleme işlevinin bir ölçüde bu şekilde bir yönü olabilir; ancak eserlerde örnekendirildiği gibi ekonomik düzenleme ve denetlemenin böyle bir özelliği bulunmamaktadır. Bkz. Tekin Akıllıoğlu, "Yönetmelik Yargı Ve Denetimin Etkinliği", **AİD**, C. 23, S. 2, 1990, s. 7; Selçuk Soybay, "Bağımsız İdari Otoriteler Eliyle İdarenin Denetimi", **İHİD**, C.16, S.1, 1995, b.a. ve özellikle 54-54; Akıncı, **a.g.e.**, b.a. AKINCI eserinde, düzenleyici ve denetleyici kurumlar yanında ombudsmanlık (kamu denetçiliği) kurumunu da incelemektedir. Kamu denetçiliği, düzenleyici ve denetleyici kurumlardan yapısal ve işlevsel anlamda tamamen farklı bir kurum olup onun amacı tam olarak idarenin (mahkeme yoluna başvurulmadan önce vatandaşların tercihlerine bağlı olarak, onların şikâyeti üzerine) denetlenmesidir.

¹⁶⁰ Cushman, **a.g.e.**, s. 727-728, 733-741.

¹⁶¹ Ayanoğlu, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁶² Ruthig, Storr, **Schwerpunktbereich**, s. 15.

düzenleme ve denetleme ile ekonomiye değil, onun içerisinde yer alan şirket ve şahıs tacirlerin eylemlerine, davranışlarına ve durumlarına yön verme amaçlanmaktadır.

Hâlbuki ekonomik planlama veya teşvik gibi müdahale araçlarında maddi avantajlar veya diğer kolaylıklar sağlanır. Ekonomik kolluk faaliyeti ile planlama ve teşvik gibi diğer idari faaliyetler birbirinden farklı uzmanlık, çalışma psikolojisi ve idari iklimi gerektirmektedir. Önemli olan bir kuruma veya idareye bütün bu farklı görevleri ve sorumlulukları yüklemek değil, verilen belirli sayıdaki görevlerin tam olarak yerine getirilmesinin sağlanmasıdır.

3- Belirtilmesi gereken diğer bir nokta düzenleme ve denetleme işlevinin bir yargılama faaliyeti, düzenleyici ve denetleyici kurumların ise mahkeme olmadığıdır. Amerikan Hukuk öğretisinde özellikle 1940'lara kadarki eserlerde, düzenleyici ve denetleyici kurumlar da dâhil olmak üzere idarelerin mahkemelerle karşılaştırıldığı görülmektedir¹⁶³. Bunun altında iki sebep yatmaktadır. Bunlardan birincisi 19.yy.a kadar Amerikan yürütmesinin asayişin sağlanması, dış saldırılardan korunma, ulusal sınırların genişletilmesi gibi oldukça dar bir çerçeve içerisinde gerçekleştirilmesidir. Diğer bir sebep ise, Anglo-Sakson hukuk anlayışında devlet ile kişilerin aynı hukuka tabi olması ilkesi neticesinde, gerçek ve tüzel kişilerin hak ve menfaatlerini değiştiren, kısıtlayan ve kaldıran bütün devlet faaliyetlerinin genel mahkemelerde görülmesi gereken bir hukuki uyumsuzluk olarak değerlendirilmesidir¹⁶⁴. Özellikle kişilerin temel hak ve hürriyetlerini değiştiren bireysel işlemler (**adjudication**) bu şekilde değerlendirilmektedir¹⁶⁵. Amerikan Hukuk öğretisinde daha çok 1940'ların öncesinde karşılaşılan idari işlev – yargılama işlevi yakınlaştırılmasına artık rastlanmamaktadır; günümüzde düzenleyici ve denetleyici kurumların mahkeme olmadığı, bunların yürüttüğü işlevin de yargılama olmadığı açık bir biçimde belirtilmektedir¹⁶⁶. Yargısal benzeri (**quasi-judicial**) nitelendirmesinde ise sadece bireysel işlemlerin usulüne gönderme yapılmaktadır.

¹⁶³ Landis, **a.g.e.**, s. 6-46.

¹⁶⁴ John Dickinson, **Administrative Justice And The Supremacy Of Law In The United States**, New York, Russel & Russel, 1957, s. 3-8.

¹⁶⁵ Shapiro v.d., **a.g.e.**, s. 551.

¹⁶⁶ Verkuil, "Independent Agencies", s. 261-262; Richard J. Pierce, **Administrative Law**, 2. bs., New York, Foundation Press, 2012, s. 1; Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 1; Schwartz, **Administrative Law**, s. 10-14; Gary Lawson, **Federal Administrative Law**, 2. bs., St. Paul Minnesota, West Group, 2001, s. 1-9; Mashaw, Merrill, Shane, **a.g.e.**, s. 11; Mikasen v.d., **a.g.e.**, s. 54.

Alman idare hukuku içerisinde de düzenleme ve denetleme işlevi gibi kapsamlı ve detaylı usullü işlemler çerçevesinde gerçekleştirilen faaliyetin, yargısal faaliyet olarak tanımlanmaması gerektiği, çünkü idari usul kuralları ile tesis edilen işlemlerde idarenin tarafsız olma yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilmektedir. Tarafsızlık mahkemelerden beklenen bir özelliktir¹⁶⁷.

4- Öğretide düzenleyici ve denetleyici kurumların diğer idarelere göre ayrıcalıklı konumda oldukları ve bu yapısal ayrıcalığın düzenleme ve denetleme işlevini de ayrıcalıklı bir yere taşıdığı ileri sürülmektedir¹⁶⁸. Bu görüş, düzenleyici ve denetleyici kurumların hukuk normlarını kurucu iktidar gibi yaratmaları, geniş düzenleyici işlem yapma yetkilerinin olması, verdikleri kararlar diğer kurum ve idareleri de etkiledikleri, AİHM kararlarında mahkeme olarak kabul edilmeleri gerekçeleri ile desteklenmektedir¹⁶⁹.

Bu görüşe aşağıdaki nedenlerle katılmıyoruz.

Öncelikli olarak düzenleyici ve denetleyici kurumların kendi alanlarındaki hukuk normlarını kurucu iktidarmış gibi yaratmaları ile geniş düzenleyici işlem yetkisine sahip olmaları bağlantılı konulardır. İdarenin düzenleme yetkisinin özerk olup olmadığı veya sınırlarının nasıl olması gerektiği eskiden beri tartışılmaktadır¹⁷⁰. Bu nedenle düzenleyici ve denetleyici kurumların ne ölçüde ve ne sınırdaki düzenleyici işlemler tesis edebilecekleri konusu yeni bir hukuki sorun değildir.

İkinci olarak bu kurumların verdikleri kararların ayrıcalıklı olduğu görüşüne değinilmelidir. Bu tür kurumlar tıpkı diğer idareler gibi kendilerine yasalarla vermiş olan görev, yetki ve sorumluluk çerçevesinde hareket etmek zorundadırlar. Yasaların verdiği görevleri yürütme sorumluluğunu taşıdıklarından, yerine getirilen işlev ayrıcalıklı bir işlev değildir¹⁷¹.

¹⁶⁷ Peter J. Tettinger, Volker Wahrendorf, **Verwaltungsprozeßrecht**, 3. bs., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005, s. 12.

¹⁶⁸ Öğretide bu görüş için bkz. Murat Usta, **Bağımsız İdari Otorite Sistemi İçerisinde Rekabet Kurulu ve Rekabet Uygulamaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 43-46.

¹⁶⁹ A.e., s. 43-45.

¹⁷⁰ Konunun tarihsel geçmişiyle birlikte Fransız idare hukuku ve Türk idare hukuku bakımından değerlendirmesi için bkz. K. Burak Öztürk, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, b.a; daha eski olmakla birlikte konunun özet olarak toparlandığı bir eser için bkz. Duran, “Düzenleme Yetkisi”, b.a.

¹⁷¹ İdare hukuku ülkemiz de dâhil olmak üzere bütün ülkelerde konusu, kapsamı ve nitelikleri itibarıyla giderek genişlemektedir. Dolayısıyla idare hukukunun genel ilke ve esasları yanında her bir özel idare hukuku konusunun kendine özgü uygulama alanı bulmaktadır.

Son iddia ise bu kurumların AİHM kararları doğrultusunda mahkeme olarak kabul edilmeleridir. AİHM sadece düzenleyici ve denetleyici kurumları değil idari yaptırım veya disiplin cezası uygulayan her idareyi, sadece bu işlemleri bağlamında mahkeme olarak görmektedir¹⁷². Bu durum da ayrıcalıklı bir statü yaratmamaktadır.

Neticede düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile düzenleme ve denetleme işlevinde ayrıcalıklı bir statü veya durum bulunmamaktadır. Düşüncemize göre düzenleme ve denetleme işlevinde idarenin takdir yetkisinin geniş olduğundan bahsedilebilir; geniş bir takdir yetkisi, idarenin yetkisi ile birlikte sorumluluğu da genişlettiğinden, ona ayrıcalıklı bir konum sağlamaz. Bununla birlikte takdir yetkisinin yargısal denetimin kapsamını ne oranda etkilediği bir sonraki bölümde değerlendirilecektir.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin nitelikleri üzerinden gidilerek diğer ekonomik kolluk faaliyeti ile aralarındaki farklar aşağıdaki şekilde özetlenecektir:

1- Düzenleme ve denetleme işlevinin ilk özelliği özerk bir biçimde yerine getirilmesidir. Kaynak ülke Amerika’da¹⁷³ düzenleme ve denetleme işlevinin özerk bir biçimde yerine getirilmesinin gerekçesi olarak bu işlevin politik etkilerden arındırılmış bir şekilde yürütülmesi gösterilmektedir.

Başlangıçta politik etkilerden arındırılma gibi hedefler ortaya konulmasına rağmen, uygulamada bu kurumların da politik etkilerden uzak kalmadığı görülmektedir. Amerika’da 1960’lardan itibaren bu kurumların tam anlamıyla bağımsız olmadıkları, yürütme ile aralarında ciddi bağların bulunduğu ve **kurumun karar organı olan kurulun** bu politik bağı sağladığı ortaya çıkmıştır¹⁷⁴.

Aynı gerçekliği ülkemizde de görmekteyiz. Bu bağlamda SEZEN muhtelif düzenleyici ve denetleyici kurumların kurul üyeleri ile (isimlerini gizleyerek) yapmış olduğu mülakatlardan ve çeşitli anketlerden sonra makalesinde benzer bir durumu tespit etmiştir¹⁷⁵. Belirtilen açıklamalar ışığında ekonomik düzenleme ve denetleme

¹⁷² Aşçıoğlu Öz, **a.g.e.**, s. 112-113; Kutlu Gürsel, **a.g.e.**, s. 69-70.

¹⁷³ Verkuil, “Independent Agencies”, s.279; Lawson, **a.g.e.**, s. 46-90; Mashaw, Merrill, Shane, **a.g.e.**, s. 6-9.

¹⁷⁴ Cary, **a.g.e.**, s. 66, 139.

¹⁷⁵ Sezen, **a.g.e.**, b.a.

işlevinin politik yönleri olan bir işlev olduğu ortaya çıkmaktadır. Alman idare hukukunda da benzer biçimde; düzenleyici ve denetleyici kurumların zaman içerisinde ilgilendikleri sektörün çıkarlarını benimsedikleri, özellikle kurul üyeleri ve başkanların politik çıkar gözettikleri, kurumlarda çalışan kamu görevlilerinin ise regülasyon işlevi sırasında şahsi çıkarlarını ön plana aldıklarına ilişkin tespitler yapılmıştır¹⁷⁶.

Yukarıda ortaya konulan durum sonucunda ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin özerkliğini **politik etkilere arındırılmış** ifadesi yerine **üzerindeki politik etkiler azaltılmış** ifadesiyle açıklamanın daha isabetli olduğu düşünülmektedir.

2- Genel kolluk ile (düzenleme ve denetleme işlevi dışındaki) ekonomik kolluk faaliyetleri esas olup düzenleme ve denetleme işlevi ise istisnadır. Düzenleme ve denetleme işlevi belirli ve sınırlı ekonomik alan ve sektörleri konu edinmektedir. Belirli bir aşamadan sonra ekonomik alan ve sektörlerde değişim ve zorunlu ihtiyaç olmadığı veya bu kurumları gerektirecek yeni bir ekonomik piyasa türü ortaya çıkmadığı sürece yeni bir düzenleyici ve denetleyici kurum kurulmamaktadır.

Amerika’da (özerk biçimde yürütülen) ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi öncelikle demiryolu sektörünün kontrol altına alınmasından başlayarak süreç içerisinde belirli alanlara doğru genişlemiştir¹⁷⁷. Amerikan Hukuk sisteminde düzenleme ve denetleme işlevi; rekabet ve ticaret uygulamaları, taşımacılık ve ulaşım, kapsamlı alt yapı alt yapı hizmetleri ve iletişim gibi ekonomik konularda yerine getirilmektedir¹⁷⁸. Daha yakın bir dönemde çevrenin korunması konusunda da düzenleyici ve denetleyici kurum kurulmuştur. Bundan sonra düzenleme ve denetleme işlevinin yayılması durmuştur.

Kıta Avrupası ülkelerinde ise düzenleme ve denetleme işlevinin belirli alan ve sektörlerde yerine getirilmesi özelliği daha barizdir. Düzenleme ve denetleme işlevi yukarıda ayrıntılı olarak bahsedildiği gibi özelleştirmeler sonrasında boşluk oluşan sektör ve alanlarda idari faaliyetin yürütülmesi için hukuk sistemine girmiş ve belirli

¹⁷⁶ Franz, **a.g.e.**, s. 111.

¹⁷⁷ Clark, **a.g.e.**, s. 178.

¹⁷⁸ Shapiro v.d., **a.g.e.**, s. 551-568.

bir aşamadan sonra bu işlevin yayılması durmuştur. Aynı husus ülkemiz için de geçerlidir.

Yukarıda belirtilen sınırlılık, düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyet konularının çeşitliliği bakımından da geçerlidir. Her bir düzenleyici ve denetleyici kurum kendisine yetki ve sorumluluk verilmiş olan belirli ve sınırlı alanlarda devam eden maddelerde değinildiği gibi etkin bir ekonomik kolluk faaliyetinde bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle bu kurumların faaliyet konularının çeşitliliği fazla olmamakla birlikte bu faaliyetlerin yürütülmesi kuvvetlendirilmiş ve etkinleştirilmiştir.

3- Düzenleme ve denetleme işlevini diğer ekonomik kolluk faaliyetlerinden ayıran başka bir unsur yine kural olarak işlemlerin tek bir kurum içerisinde bütüncül biçimde, uzmanlık kademelerinde hazırlanması ve tesis edilmesidir. Öncelikli olarak diğer kolluklarda düzenleyici işlem ile bireysel işlemleri tesis eden makamlar farklı olabilmekte iken¹⁷⁹ düzenleme ve denetleme işlevinde görevli olan kurum her ikisini de tesis edebilmektedir. Bundan başka düzenleyici ve denetleyici kurumlarda genel kural olarak, idari işlemler kurum içerisinde başlamakta ve kurumun usulü çerçevesinde gelişerek (kurulun kararı ile) kurum tarafından tesis edilmektedir. Etkili kararlar almak için getirilen bu özelliğin olumsuz yanı kapalılık ve gizlilik olup bu olumsuzlukların azalması için idari usul kurallarının güçlendirilmesi gerekmektedir. İdari usule ilişkin öneriler aşağıda şekil – usul unsuru incelenirken ortaya konulmuştur.

4- Düzenleyici ve denetleyici kurumlar dışındaki idareler kamu hizmeti ve kolluk faaliyetini birlikte uygulamakta ayrıca yeri geldiğinde etkili idari eylemlerde de bulunmaktadırlar. Örneğin belediyeler veya valilikler yasanın çizmiş olduğu çerçevede kamu hizmetini doğrudan yerine getirmekte, kolluk faaliyetini gerçekleştirmekte ve bu bağlamda idari işlemler kadar idari eylemler de yapmaktadır.

Buna karşılık düzenleme ve denetleme işlevinde, saf bir ekonomik kolluk faaliyeti bulunmaktadır. Şüphesiz düzenleyici ve denetleyici kurumlar da idari eylemler gerçekleştirebilirler. Ancak bunların idari eylemleri görevleri bakımından asli değildir.

Neticede düzenleme ve denetleme işlevi ile yasa tarafından yetki ve

¹⁷⁹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 299.

sorumluluk verilen belirli ve sınırlı alanlarda, saf kolluk faaliyeti bütüncül, teknik ve etkin bir şekilde yürütülmektedir. Düzenleme ve denetleme işlevi bu haliyle, genel kolluk faaliyetine göre özel olan ekonomik kolluk faaliyetinin de özel bir halini oluşturmaktadır.

3. Ekonomik Düzenleme ve Denetlemenin Kolluk Faaliyetini Aşıp Aşmadığı Tartışması

Öğretide ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin, kolluk yönü vurgulanmakla birlikte bu işlevin kolluk faaliyetini aşan bir faaliyet olduğu ileri sürülmüştür. Bununla beraber bu işlevde kolluk faaliyetini hangi açıdan aştığı konusunda ortak bir görüş bulunmamaktadır. Görüşümüz ekonomik düzenleme ve denetlemede kolluk faaliyetini aşma gibi bir sonuca varılamayacağıdır. Aşağıda kolluk faaliyetinin aşıldığı sonucuna varan görüşlere yönelik eleştiriler getirilecektir.

a. Virtüel Kamu Hizmeti Görüşü

Kolluk faaliyetini aşan denetim ifadesi virtüel kamu hizmeti kavramı açıklanırken kullanılmıştır¹⁸⁰. Özel kesim tarafından yürütülen bazı faaliyetlerin halkın günlük ortak ihtiyaçlarını karşılaması ve bunların yollar, rıhtımlar, akarsular ve atmosfer gibi kamu emlakı¹⁸¹ ile özel bir ilişkisi bulunması nedeniyle uygulamada kamu hizmetine dönüşebilecekleri kabul edilmektedir¹⁸².

Özel kesim elindeki bir hizmetin virtüel kamu hizmeti olarak tespit edilmesi durumunda, normalde özel hukuka ilişkin olan bu faaliyet bundan sonra kamu (idare) hukukuna ilişkin hale gelecektir¹⁸³. Bu tür faaliyetler üzerindeki denetimin, **kolluk denetimini aşan bir içerik denetimini**, uyulması gereken tüm hususları kapsayan, borçlar yükleyen, giderek personelin atanmasında bile idarenin yetkili olması sonucunu doğuran, hiyerarşiye yaklaşan bir denetimi gerektirdiği ileri

¹⁸⁰ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 228; Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.8, 1991, s. 236-237.

¹⁸¹ Kamu mallarından normalin üzerinde faydalanarak izin yoluyla gerçekleştirilen faaliyet, kolluk faaliyetini aşan bir şekilde, içten denetlenmektedir. Bkz. **A.e.**

¹⁸² Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 228.

¹⁸³ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.329-330.

sürülmektedir¹⁸⁴.

Kolluk faaliyetini aşan denetim açıklanırken virtüel kamu hizmet ile özel girişim arasındaki farka dikkat çekilerek, birinci türdeki faaliyetlerin kamu hizmetinin ilkelerine tabi olması gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁵. Genel ve ortak ihtiyaçların giderilmesine yönelik faaliyetlerde idareler bu hizmetleri görmekle ödevli kılınmıştır. Bu durumlarda hizmet yürütücünün kişisel çıkarı değil, kamu yararı belirleyicidir¹⁸⁶. İdarenin hem kamu hizmetlerinde hem virtüel kamu hizmetlerinde, özel çıkarlar ile bunların sahibi özel kişilerden üstün bir konumda olması gerekmektedir¹⁸⁷.

Bununla birlikte virtüel kamu hizmeti kavramı Fransız Danıştay'ının eski tarihli iki kararı dışında kullanılmamıştır¹⁸⁸. Zira bu yaklaşımla idareye kolluk denetimi yerine, özel faaliyetleri sınırsız olarak kamu hizmeti olarak nitelendirme ve kamu hizmeti yaratma yetkisi verildiği belirtilmektedir¹⁸⁹. Niteliği gereği kamu hizmeti olmadığından, bir faaliyetin kamu hizmeti olduğunu belirleyen yasa koyucunun iradesidir¹⁹⁰. Türk Danıştay'ının ise virtüel kamu hizmeti anlayışını daha çok özel öğretim kurumlarında ve dolmuş/minibüs işletmelerinde ve bu konuda verilen ruhsatlara ilişkin durumlarda benimsediği ifade edilmektedir¹⁹¹.

b. Kamu Hizmeti Denetimi Görüşü

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin kolluk faaliyetinden farklı bir denetim olduğu, bu denetimle doğrudan kamu hizmetinin denetlendiği de ileri sürülmektedir¹⁹². Bu görüşe göre düzenleyici ve denetleyici kurumlarca yerine getirilen denetim kolluk faaliyetine göre daha içselleştirilmiş olup, ekonomik ve ticari faaliyetlerin her noktasının irdelendiği, yeri geldiğinde özel sektör şirketlerinin

¹⁸⁴ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 228. Başka bir anlatımla tarife belirleme, faaliyet saatleri belirleme, belirli hizmetleri yerine getirme, sürekliliği sağlama, kullanıcılara eşit muamele etme gibi yükümlülükler getirilmektedir. Bkz. Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.329.

¹⁸⁵ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 229.

¹⁸⁶ A.y.

¹⁸⁷ ÖZAY bunu **imperium** olarak adlandırmaktadır. Bkz. Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 229-230.

¹⁸⁸ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.329.

¹⁸⁹ A.e., s.330.

¹⁹⁰ Turgut Tan, "Kamu Hizmeti, Kriz Ve Yeniden Tanımlama", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargı**, 3 C., Ankara, Danıştay Matbaası, 1991, C:I, s. 330.

¹⁹¹ Tan, "Kamu Hizmeti Yaklaşımı", s. 237.

¹⁹² Ulusoy, **Kamu Hizmeti**, s. 16; daha eski bir görüş için bkz. Ayanoğlu, **a.g.e.**, s. 69.

mallarının kalitesine veya çalışanlarının donanımına da müdahale edildiği bir kamu hizmeti denetimi gerçekleştirilmektedir¹⁹³. Yine bu görüşe göre ekonomik kolluk faaliyetinde, düzenleme ve denetleme işlevinden farklı olarak sadece “kamu düzeninin korunmasına yönelik dışsal bir denetim” uygulanmaktadır. Dışsal denetim ile içsel denetim arasındaki (dolayısıyla kamu hizmeti denetimi ile diğer ekonomik kolluk faaliyeti arasındaki) fark restoranlar üzerinde gerçekleştirilen kolluk denetimi örneği ile izah edilmeye çalışılmaktadır¹⁹⁴.

Belirtilen görüş aşağıdaki gerekçelerle eleştirilebilir:

Yukarıda da belirtildiği gibi özelleştirmeler öncesinde devlet şirketleri ve devlet tekelleri, ekonomik ve ticari hizmetleri bizzat yürüterek ekonomik kamu hizmetlerini sağlarken aynı zamanda hizmet kapsamında üretilen malların kalitesi, çalışanların donanımı ve hizmet yerine getirilirken uyulması gereken ilke ve kurallar gibi o sektörün her noktasını belirlemektedirler. Fakat özelleştirmelerden sonra özelleştirilen sektörün eskisi gibi tamamen idare tarafından doğrudan belirlenmesi ve şekillendirilmesi öncelikle özelleştirmelerin mantığına aykırıdır.

Kamu hizmeti denetimi görüşüne göre; kamu hizmeti denetimi ile ekonomik kolluk denetimi arasında ortaya konan içsel denetim ve dışsal denetim farkı, içsel denetimin “daha geniş ve içeriksel”¹⁹⁵ olmasına dayandırılmaktadır. Böylelikle düzenleme ve denetleme işlevinde içsel denetim, ekonomik kollukta ise dışsal denetim yapılmaktadır. Kanaatimize göre böyle bir ayırım yapılamaz, düzenleme ve denetleme işlevinde de diğer ekonomik kolluk faaliyetlerinde de içeriksel denetim yapılmaktadır. Zira ekonomik kolluk denetiminde idare tesis etmiş olduğu işlemler yoluyla kişilerin ticari faaliyetlerine ve muamelelerine müdahale etmektedir. Böyle bir müdahale olmadan kolluk faaliyeti yürütülemez. Dolayısıyla bu görüşte ortaya konulmaya çalışılan fark olsa olsa kolluk denetiminin yoğunluğuna ilişkin olabilir. Kolluk denetimindeki yoğunluk ise göreceli olup üzerinde kolluk denetimi yapılacak konuya ve dönemin şartlarına göre büyük değişkenlik göstermektedir.

¹⁹³ Ulusoy, **Kamu Hizmeti**, s. 15-16, 31-32.

¹⁹⁴ ULUSOY düzenleme ve denetleme ile diğer ekonomik kolluk faaliyetleri arasındaki farkı ortaya koymak için restoranların denetimini örnek vermektedir. Ekonomik kolluk kapsamında yapılan denetimlerde restoranların yemeklerde kullanılacak yağın seçimine veya sunulan yemeklerin çeşitlerine müdahale edilmediğine dikkat çekilmektedir. Bkz. **A.e.**, s. 15-16.

¹⁹⁵ **A.e.**, s. 31.

Kaldı ki ekonomik kolluk da en azından faaliyetin kapsamı ve detaylanması bakımından düzenleme ve denetleme işlevine benzemektedir. Yukarıda yapılan alıntıda gıda ve restoran örneği verildiği için gıda konusu üzerinden örnekler verilebilir. Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın 2000/4 sayılı Türk Gıda Kodeksi Et Ürünleri Tebliğinde¹⁹⁶ salam, sucuk, pastırma gibi bazı et ürünleri sadece genel olarak tanımlanmışken, 2012/74 sayılı Türk Gıda Kodeksi Et Ve Et Ürünleri Tebliğinde¹⁹⁷ hem döner gibi birçok et ürünlerinin tebliğ kapsamına girdiği hem de daha önceki tebliğdeki et ürünlerine ilişkin düzenlemelerin daha detaylı hale geldiği görülmektedir¹⁹⁸. Ayrıca 2012/74 sayılı tebliğde bir yenilik olarak idari yaptırım yetkisi için 5996 sayılı Yasa'nın uygulanacağı belirtilmiş böylelikle tebliğ idari yaptırımla etkili bir uygulama gücüne kavuşmuştur. Bahsedilen kolluk yoğunlaşması ve kurallardaki ayrıntının artması¹⁹⁹ değişimin somut bir örneğidir. Bununla beraber işlevin özerk biçimde yerine getirilmesi, işlemlerin bütüncül bir şekilde tesis edilmesi, düzenleyici işlem ile bireysel işlemi aynı makamın tesis etmesi gibi özellikler, ekonomik düzenleme ve denetleme işlevini diğer ekonomik kolluk faaliyetinden ayırmaya devam etmektedir.

Ayrıca daha önceden yaygın olan KİT'lerin denetimi ile de karşılaştırma yapılabilir. Öğretide KİT'ler üzerinde yapılan denetimin hiyerarşik denetim olmadığı, hatta vesayet denetimi de olmaması gerektiği, bunlar üzerinde denetimin özel idari kolluk – hizmet kolluğu şeklinde yapılması gerektiği ileri sürülmektedir²⁰⁰. Görüldüğü gibi KİT'lerin denetimi için bile kolluk denetiminin yeterli ve gerekli olduğu

¹⁹⁶ 10/2/2000 tarihli ve 23960 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Gıda Kodeksi Et Ürünleri Tebliği (Tebliğ No: 2000/4).

¹⁹⁷ 05/12/2012 tarihli ve 28488 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Gıda Kodeksi Et ve Et Ürünleri Tebliği (Tebliğ No: 2012/74). Bu tebliğ ana esas tebliğ olarak kalmaya devam etmekte ve zaman içerisinde bu tebliğde değişiklikler yapılmaktadır. Örneğin 2015 yılındaki bir değişiklikle 2012/74 sayılı tebliğe "kıyma kavurma" ürün çeşidi de girmiştir.

¹⁹⁸ 2012/74 sayılı tebliğde döner ayrıntılı bir biçimde tanımlanmış ve yaprak döner, karma döner ve kıyma döner olarak üç kalite grubuna ayrılmıştır. Böylelikle eskiden yaprak döner adı altında diğer döner ürününü satma, o alandaki/sektördeki ticari ahlak ve gelenekler uyarınca müşteri kaybını veya ticari itibarın zedelenmesini, bundan başka hukuki ve cezai sorumluluğu doğurabilecekken; artık öncelikle idari yaptırıma konu bir hareket olacak ve idare hukukunu ilgilendirecektir.

¹⁹⁹ Örneğin 11.06.2010 tarih ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda Ve Yem Kanunu'nun tanımlar başlıklı 3. maddesinde 84 kavramın tanımlaması yapılmıştır. Keza 2012/74 nolu Türk Gıda Kodeksi Et ve Et Ürünleri Tebliği detaylı olarak et ürünlerindeki tuz, pH, nem, toplam et proteini, baharat gibi maddelerin asgari ve azami oranlarını belirlemiştir.

²⁰⁰ Özay, "Kamu İktisadi Teşebbüsleri", s. 99-100.

savunulmuşken, idare ile hiçbir organik bağı olmayan, kendi sermayesi ile faaliyette bulunan özel sektör girişimcilerine yönelik yapılan düzenleme ve denetleme faaliyetinin içeriksel bir denetim olarak değerlendirilerek bu faaliyetin kolluk faaliyetinden ayrıştırılmasını doğru bulmamaktayız.

Görüşümüz düzenleme ve denetleme işlevinin kamu hizmeti denetimi olarak nitelendirilemeyeceği, kendine özgü nitelikleri göz ardı edilmeden ekonomik kolluk faaliyeti ilkelerine tabi olarak yürütülmesi gerektiği yönündedir.

4. Düzenleme ve Denetleme İşlevinin Temel Özellikleri

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi süreç içerisinde yeni ihtiyaçların doğması nedeniyle genel kolluk ve ekonomik kolluk faaliyetinden farklı özellikler kazanmış bir faaliyettir. Bununla birlikte düzenleme ve denetleme işlevi birçok özelliğini genel kolluk faaliyetinden almaktadır.

a. Sınırlanan Anayasal Hak ve Hürriyetler

Genel kolluk ile düzenleme ve denetleme işlevi arasındaki farklılık bu işlevler kapsamında tesis edilen işlemlerce sınırlanan temel hak ve hürriyetler yönünden olmaktadır²⁰¹.

Alman öğretisi ve uygulamasında ekonomik kamu hukukuna dayanak olan anayasal temel hak ve hürriyetler bakımından özellikle çalışma özgürlüğü (Alm. Any. madde 12), mülkiyet hakkının korunması (Alm. Any. 14), birlik ve dernek kurma özgürlüğü (Alm. Any. madde 9/3) ve sözleşme ve serbest ticaret özgürlüğü (Alm. Any. madde 2/1) üzerinde ayrıntılı ve önemle durulmaktadır²⁰². Benzer yaklaşım mülkiyet hakkı, çalışma hürriyeti ve sözleşme hürriyeti gibi anayasal hak ve özgürlük bağlamında Türk hukukunda da görülmektedir²⁰³.

Genel kolluk faaliyetlerinde ise kişi dokunulmazlığı (yaşam ve vücut

²⁰¹ Anayasal ekonomik hakların değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 36-68. Alman öğretisindeki inceleme için bkz. Stober, **Wirtschaftsverwaltungsrecht**, s. 129-177.

²⁰² Ziekow, **a.g.e.**, s. 20-27; Oberrath, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, s. 45-80.

²⁰³ TAN 48. maddede yer alan çalışma ve sözleşme hürriyetini, özel girişim özgürlüğü ile sözleşme sözleşme özgürlüğü olarak ikiye ayırmaktadır. Bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 36-63.

bütünlüğü hakkı) (Anayasa md. 17), kişi hürriyeti ve güvenliği (Anayasa md. 19), konut dokunulmazlığı (Anayasa md. 21) veya yerleşme ve seyahat hürriyeti (Anayasa md. 23) gibi haklarda kısıtlanma söz konusu olmaktadır.

Sayılan hakların devlet tarafından sınırlandırılması, Anayasa’da farklı kapsam ve içerikte belirlenmiştir. Anayasa’nın 17., 19., 21. ve 23. maddelerindeki genel kolluğu ilgilendiren haklar somut şartlar altında sınırlandırılabilirken, 35. ve 48. maddedeki mülkiyet hakkı ile çalışma ve sözleşme hürriyetinin sınırlandırılması daha muğlak ve geniş şartlara bağlanmıştır.

Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan kişi dokunulmazlığı “meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri” gibi hallerde kısıtlanabilmektedir.

Buna karşılık ekonomik kolluk faaliyetinin konusuna giren ve 48. maddede yer alan çalışma ve sözleşme hürriyetinin kısıtlanmasına ilişkin şartlar “Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” hükmüyle oldukça geniş biçimde belirlenmektedir. Üstelik hükümde yer alan temel hak ve hürriyet kısıtlamaları, ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygunluk gibi daha soyut ve geniş yorumlanmaya müsait gerekçelere dayandırılmıştır. Bunun dışında Anayasa’nın 167. maddesinin 1. fıkrasındaki hüküm de düzenleme ve denetleme işlevine anayasal dayanak olduğu ölçüde, Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan sınırlama sebeplerine eklenmekte ve sınırlama için somut bir durum ve sebep ortaya koymaktadır.

Anayasal hakların düzenleniş biçiminden hareket edildiğinde idarenin düzenleme ve denetleme işlevini de kapsayan ekonomik kolluk faaliyetinde, genel kolluk faaliyetine göre daha geniş bir takdir yetkisinin ve hareket alanının olduğu görülmektedir. Bu durum Kıta Avrupası hukuk öğretisinde açık biçimde belirtilmektedir. Bu bağlamda ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde devletin ekonomiye müdahalesi ile en başta anayasal ilkelerle korunan ekonomik özgürlüğün

bağdaştırıldığı, bu işlevin **düalist** bir nitelik taşıdığı ileri sürülmektedir²⁰⁴. Bu düalist yaklaşım esasında bütün gelişmiş ve gelişmekte olan hukuk devletlerinde görülmektedir. Amerika’da belirtilen ekonomik özgürlükler ile ekonomik kamu yararı arasında bir denge noktasının kurulması gerektiği yönündeki açıklamalar²⁰⁵, bu gerçeğin başka bir açıdan ifadesidir.

b. Hukuk Devleti İlkesi

Sağlıklı bir ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde ekonomik düzenleme hedefleri ile ekonominin verimli bir şekilde devam etmesi gibi esasında birbirini ile çelişen iki amaç arasında denge bulunmasına yönelik arayış yer almaktadır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların elinde bulunan en etkili silah olan, ruhsat işlemleri yoluyla, hukuken bir faaliyetin veya organizasyonun yasaklanması, bahsedilen iki hedef arasındaki çelişkiyi arttırmakta ve dengeye ulaşılmasını bir ölçüde zorlaştırmaktadır.

Ekonomik kolluk faaliyetinin gereğinden fazla yoğunlukta ve etkide kullanılmasına yönelik endişeler sadece Amerika’da değil, Avrupa’da da eski dönemlerden beri bulunmaktadır. Örneğin 1850-1900 yılları arasındaki tarihsel dönemde Prusya (Alman)²⁰⁶ bürokrasisi içerisinde ekonomi de dâhil olmak üzere bütün sosyal konularda devletin ayrıntılı, kapsamlı ve etkili düzenlemeler yapması gerektiği ve bu yolla ekonomiye müdahale edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu müdahale anlayışında devlet oldukça etkin bir müdahalede bulunup, özellikle etkili ve kârlı çalışmayan özel sektör şirketlerinin icrai idari işlem tehdidi ile uyarılıp daha etkili ve başarılı üretim yapması için zorlayıcı tedbirlerin alındığı görülmektedir²⁰⁷.

²⁰⁴ Ruthig, Storr, **Wirtschaftsrecht (2005)**, s. 367.

²⁰⁵ Kagan, **a.g.e.**, s. 10-13.

²⁰⁶ Almanya ekonomik gelişmesini tamamlayamadığı için, 19. yy başlarında Merkantilist/Kameralist devlet sisteminden, tam anlamıyla serbest piyasa ekonomisine doğru geçememiştir. Bu ülkede o dönemde kolluk faaliyeti kamunun/genelin düzenini koruma işlevinin ötesinde sosyal ve ekonomik esenliği sağlamak için kullanılmıştır. Üstelik böyle bir zorlayıcı uygulama sadece idare içerisinde değil, yasama ve yargı erkelerinin işlevlerinde bariz bir biçimde görülmektedir. Polis devletinde kolluk faaliyeti devletin ve idarenin bütün iç işleyişine hâkim olma yanında, kamusal selametin en üst seviyelere çıkarılması için gerçek ve tüzel kişilere yönelik tüm düzenleme otoritesi ve babacan otoritede kullanılmaktadır. Bkz. Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 342-343.

²⁰⁷ Henry Jacoby, **The Bureaucratization Of The World**, Eveline L. Kaner (çev.), Berkeley – California, University of California Press, 1973, s. 33-34.

Toplumun ekonomik alanı da kapsayacak şekilde bütün yönleriyle beraber refaha doğru ulaşmasını hedefleyen devletin, o dönemde polis devleti olarak adlandırıldığını da unutmamak gerekmektedir.

Tespit ve görüşümüze göre 1850-1900 dönemi içerisinde Prusya (Alman) Devleti'nce vatandaşları üzerinde gerçekleştirilen hem siyasal ve düşünsel anlamda hem de ekonomik anlamda yoğun denetim ve kontrol uygulama deneyimleri, Alman kamu hukuku ve idare hukukunda hukuk devleti (**Rechtsstaat**) ilkesinin bu kadar merkezi bir yere oturmasını sağlamıştır.

Konu sadece basit bir liberal ekonomik yaklaşım değildir. Alman kamu hukuku ve idare hukuku öğretisinde hukuk devleti ilkesinin, hukuk biliminin merkezine alınmasının ve bu ilkenin her on senede bir tekrar gözden geçirilmesinin altında yatan sebeplerden biri de iyi amaçlarla fakat ayarsız ve kontrolsüz yürütülen ekonomik düzenleme işlevinin sınırlandırılması endişesidir.

Eğer devlet ekonomik kolluk yetkilerini aşırı biçimde kullanır ve şirketlerin de kolluk faaliyeti kapsamında karşılaştıkları maliyetleri ürün ve hizmet fiyatlarına yansıtmaları engellenirse bu sefer bu maliyetleri karşılayamayan şirketlerin piyasadan ve ticaretten çekilmeleri sonucu doğabilecektir. Böyle bir sonuç ise o sektörde ve alanda çalışanların da zararına olacak ve ekonomik olumsuzlukların yanında işsizlik gibi sosyal olumsuzluklar da görülebilecektir²⁰⁸.

Vatandaş ile devlet arasındaki hukuki ilişkiler, hukuk normlarında soyut ve genel olarak belirlenmiştir. Bu hukukun günlük somut olaylara uygulanabilmesi için idari işlemlerin (Alman idare hukukunda vurgulandığı üzere özellikle bireysel işlemlerin) esnekliğine ihtiyaç duyulmaktadır²⁰⁹. Bununla beraber idari işlemler otoriter bir devlet (**Obrigkeitsstaat**) buyruğu değil, sosyal hukuk devleti içerisinde ve idarenin etkililiğine bir zarar gelmeden, hukuki güvenliğin ve belirliliğin sağlanmasındaki araçlardır²¹⁰.

²⁰⁸ Kagan, **a.g.e.**, s. 11.

²⁰⁹ Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 149.

²¹⁰ Hans J. Wolff, Otto Bachof, Rolf Stober, **Verwaltungsrecht: Ein Studienbuch**, 3 C., 6. bs. München, Verlag C. H. Beck, C:II, 2000, s. 13-14; Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 149.

c. Kolluk Usulleri

Kolluk usulleri veya başka bir ifadeyle kolluk rejimleri²¹¹ olarak öğretide farklı usuller/rejimler sayılmaktadır. TAN sadece bildirim ve izin usulünü²¹², GÖZLER serbesti, bildirim ve izin usulünü²¹³, ASLAN-BERK bildirim, izin ve yasak²¹⁴ usulünü incelemektedir. YAYLA ise serbesti, bildirim, izin ve yasak olarak bütün kolluk usullerini saymaktadır²¹⁵.

Serbesti esasında belirli bir sosyal veya ekonomik alan üzerinde düzenleme olmamasını değil, sadece ilgililerin izin alma veya bildirimde bulunma mecburiyetlerinin olmamasını göstermektedir. Yoksa kişiler kuralları ihlal etmeleri halinde cezai²¹⁶ yaptırımlarla veya hukuki sonuçlarla karşılaşabilirler.

Ekonomik düzenleme ve denetleme, serbestliğe karşı bir önlem olarak doğduğu için bu işlevde serbestlik usulü görülmemektedir. Ekonomik düzenleme ve denetleme, Amerikan ekonomik sisteminde görülen ve serbestiden kaynaklanan olumsuz yönlerini azaltmak için geliştirilmiştir. Kıta Avrupası'nda ise ekonomik düzenleme ve denetleme, kapsamlı özelleştirmeler sonucunda ortaya çıkabilecek olan denetim boşluklarının doldurulması amacıyla uygulamaya konulmuştur. Her iki örnekteki ortak özellik ekonomik faaliyetlerin tam bir serbesti içerisinde yürütülmesine duyulan güvensizliktir.

Yukarıda da belirtildiği gibi ekonomik düzenleme ve denetlemede, ekonomik davranış ve faaliyetlere ilişkin olarak ayrıntılı kurallar belirlenmiştir. Bu kurallara tabi olarak faaliyette bulunmak için ise ilgililerin önceden ruhsat/izin alması gerekmektedir. Düzenleme ve denetlemenin gerçek iklimini yansıtan usul izin usulüdür. Bununla birlikte bazı konularda (RK'nın veya TAPDK²¹⁷'nin konusu gibi)

²¹¹ YAYLA kolluk faaliyeti usullerini, kolluk rejimleri olarak isimlendirmektedir. Bkz. Yayla, **İdare Hukuku**, s. 54-58.

²¹² Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 664-665.

²¹³ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 548-552.

²¹⁴ Aslan, Berk, **a.g.e.**, s. 11.

²¹⁵ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 54-58.

²¹⁶ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 548-549.

²¹⁷ 24.12.2017 tarih ve 30280 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 4733 sayılı Yasa'nın ismi Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun iken Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun olarak değiştirilmiş, TAPDK kapatılarak kurumun bütün eşyaları ile borç ve alacakları Gıda Tarım ve

izin usulü ile yasak usulünün karma olarak uygulandığı da görülmektedir. Ayrıca yine bazı konularda (SPK'ya yapılması gerekli bildirimler de olduğu gibi) bildirim usulünün uygulandığı da görülmektedir.

Belirli bir düzenleme ve denetleme işlevinde hangi kolluk usulünün uygulandığının yargısal denetimde işlemin esasına ilişkin kısmında önemi bulunmaktadır. Bu bağlamda, düzenleme ve denetleme işlevine ilişkin bir konuda izin usulü yanında yasak usulü de bulunmaktaysa o zaman yargısal denetimde kullanılan ve aşağıda üçüncü bölümde ayrıntılı olarak üzerinde durulacak ölçülülük gibi ilke ve kuralların daha derinlemesine uygulanması gerektiği düşünülmektedir. Başka bir ifadeyle yasak rejiminin baskınlığı ne kadar çok artarsa, yargısal denetimin kapsamının da o derecede artması gerekmektedir.

d. Düzenleme ve Denetleme İşlevinde Tesis Edilen İşlemler

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, yasanın görev verdiği ve sorumluluk yüklediği alanlarda düzenleme ve denetleme işlevini yerine getirmek için istatistik ve bilgi toplama, bunları işleme, sektör şirketlerine veya bazı durumlarda sektördeki tüketicilere bilgi verme gibi bazı hazırlık işlemleri tesis etmektedirler²¹⁸. Bununla beraber iptal davasına sadece kesin ve yürütülmesi gerekli işlemlerin konu olması nedeniyle bu tür hazırlık işlemleri idari yargılamanın dışında tutmaktadır. Dolayısıyla

Hayvancılık Bakanlığı'na, taşınmazları Hazine'ye devredilerek, kurul üyeleri dışındaki bütün personeli Bakanlık'taki denk kadrolara atanmıştır. Kapatılmış olan TAPDK'nın bütün ve alkol piyasalarına ilişkin düzenleme ve denetleme görev ve yetkileri Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir. Adı geçen piyasaların düzenlenmesi ve denetlenmesinden asıl olarak Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı yetkilidir. Yasa değişikliği öncesi ve sonrasında düzenleme işlevine ilişkin benzer yetki ve görevlerin verildiği görülmektedir. Yasa'da öngörülmüş olan idari yaptırım sistemi de değişmemiştir. Daha önceden yaptırım uygulama yetkisi, mahalli mülki amirler ile Kurum arasında paylaşılmış iken değişiklik sonrası mahalli mülki amirler ile Bakanlık arasında paylaşılmıştır.

²¹⁸ DURAN da benzer görüşler ileri sürmektedir:

“Regülasyon işlevi ile işlemler tesis eden ve çeşitli faaliyetlerde bulunan düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinin yargısal denetime açık olması hukuk devleti ilkesi bakımından bir mecburiyettir. Bu tür kurumların işlemlerini idari yargıya taşıyabilmek ve iptal davası konusu yapabilmek için, tıpkı diğer idari işlemlerde olduğu gibi işlemin icrai ve kesin olmasına bakılır. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar kendi içinde veya dışarıya bilgilendirme, tavsiye, öneri, bilgi toplama gibi işlemleri, icrai işlemlere bir hazırlık olduğundan dava konusu yapılamaz.”

Bkz. Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 7.

düzenleme ve denetleme işlevinde tesis edilen işlemlerinin yargısal denetimi ve bu denetimin kapsamı bakımından kolluk tedbirleri ile idari yaptırımlar ön plana çıkmaktadır.

Genel kolluk faaliyetinde, kolluk tedbirleri ile idari yaptırımlar arasında önleyici olma – bastırıcı olma ile kamu düzeninin bozulmasından önce uygulanma – bozulmasından sonra uygulanma bakımlarından farklılıklar bulunduğu belirtilmektedir²¹⁹.

Genel kolluk faaliyetinde kolluk tedbirleri ile idari yaptırımlar arasında ayrımın kolay olmadığı²²⁰, bazı işlem örneklerinin kolluk tedbiri olarak da idari yaptırım olarak da değerlendirilebileceği²²¹ ileri sürülmektedir. İdari yaptırımların, birincisi bir idare tarafından tesis edilen, tek yanlı kamu gücü kullanılan idari işlem olması ikincisi ise yasal veya idari düzenlemelerin ihlali sonucunda bir yaptırım/ceza içermesi şeklinde iki şartı bulunmaktadır²²². Ortaya konulan idari yaptırım şartları açısından değerlendirildiğinde idari yaptırımların uygulanması için kolluk usulünün dışına çıkmış olması, diğer bir ifadeyle bir ihlalin bulunması gerekmektedir.

Düzenleme ve denetleme işlevinin kendine has özellikleri de kolluk tedbirleri ile idari yaptırımlar arasındaki ayrımı ortadan kaldırmaktadır.

Bunun birinci sebebi ekonomik düzenleme ve denetlemede bastırıcı ve önleyici müdahalenin tek bir kurum tarafından, kurumun yetkisi ve faaliyeti içerisinde yapılmasıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi bu özellik düzenleme ve denetleme işlevinin ayırt edici bir özelliğidir.

İkinci sebep bu işlevde idari yaptırımlar yanında kolluk tedbirlerinin de sadece idari işlemlerle yürütülmesidir²²³. Genel kolluk tedbirlerinin aksine düzenleme

²¹⁹ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 552-553. Oğurlu idari yaptırımların temel özelliklerini belirli bir kişiyi hedef alma, cezalandırıcılık ve önleyicilik ile yargıç kararına gerek duyulmadan re'sen uygulanabilme olarak tespit etmektedir. Bu tanıma göre kolluk tedbiri ile idari yaptırım arasında fark bulunmamaktadır. Bkz. Yücel Oğurlu, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2002, s. 40-41.

²²⁰ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 671. Öğretide genel kolluk bakımından kolluk tedbirinin, tedbirin yöneldiği kişinin hoşuna gitmemesi yönünden, idari yaptırımlara benzediği üzerinde durulmaktadır. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 552.

²²¹ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 673.

²²² A.e., s. 671-672.

²²³ Kolluk eylemleri adından da anlaşıldığı gibi ilgili idare görevlileri tarafından kolluk faaliyeti kapsamında bulunan eylemler ve gerçekleştirilen maddi fiillerdir. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 555-566.

ve denetleme işlevinde kolluk tedbirleri idari eylemlerle yürütülmemektedir. İdari yaptırımlarda da öncelikli şartının idari işlem olması nedeniyle idari yaptırımların idari eylem şeklinde olması mümkün değildir.

Üçüncü sebep ister kolluk tedbiri olsun ister idari yaptırım olsun bu alanda esas olan caydırıcılığın ekonomik tehdit, cebir ve zorlayıcılık olmasıdır. Ekonomik kolluk tedbirleri ile ekonomik idari yaptırımların, ateşli silah kullanımını da içeren icra yolları gibi veya ondan daha etkili olmasının nedeni bu tür işlemler sonucunda²²⁴ etkili bir ekonomik zarar ve kaybın gerçekleşmesidir. Örneğin bu kurumlar tarafından tesis edilen tarife – ücret belirleme işlemi idari tedbir olarak da idari yaptırım olarak da değerlendirilebilir.

Dördüncü sebep ekonomik idari yaptırımların salt cezalandırma amacı gütmeyeceğidir. Nitekim bireyler açısından ceza sonucu doğuran işlemler tesis ederken idarenin güttüğü amaç ancak ekonomik kamu düzeninin korunmasıdır²²⁵. Neticede ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi bakımından idari yaptırımların idari tedbirleri kapsayarak içine aldığı belirtilmek yanlış olmayacaktır.

Kolluk tedbirleri ile idari yaptırımlar arasındaki farklılık uygulanan işlem türleri bakımından da giderek azalmaktadır. Genel kollukta bireysel işlemlerle tesis edilen idari tedbirleri emir/ihtar, yasaklama/faaliyetten men etme, erteleme, kapatma, izin verme veya vermeme, alındı belgesi verme olarak örneklendirilmektedir²²⁶.

Verilen işlem örnekleri üzerinden gidilirse şu şekilde sonuçlara ulaşılabilir: Erteleme ve alındı belgesi verme işlemleri ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde fazla yaygın olmayan bildirim usulüne özgü işlem örnekleridir. Emir veya ihtar ise yaptırım tehdidi içermediği sürece yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığından genel kural olarak iptal davası konu olamaz²²⁷. Dolayısıyla menfaat ihlali teşkil etme konusunda ayırt edici nokta yaptırım olmaktadır. Ekonomik düzenleme ve denetlemede yasaklama ve faaliyetten men etme işlemleri ise verilecek

²²⁴ Amerika’da da belirtildiği gibi ekonomik düzenleme ve denetlemede iznin kaldırılması, idari yaptırım uygulanması, bir faaliyetin yasaklanması gibi hukuki işlemler etkili bir silah olarak kullanılmaktadır. Bkz. Kagan, **a.g.e.**, s. 10-11.

²²⁵ Emrah Uran, **Türkiye’deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi**, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 375.

²²⁶ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 562-566.

²²⁷ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 735-737.

olan ruhsatlarla bağlantılıdır. Ruhsat alan şirket faaliyet gösterirken yasada öngörülen ve ruhsatı veren düzenleyici ve denetleyici kurumun belirleyeceği kurallara tabi olmaktadır²²⁸. Yine ruhsat verme veya vermeme işlemleri ise ruhsat alan ile ruhsat veren arasındaki yakın hukuki ilişkinin başlangıcını ifade etmektedir.

Kabahatler Yasası'nda 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğin etkisiyle idari yaptırımlarla idari tedbirler arasındaki ayrım büyük ölçüde kalkmıştır. Kabahatler Yasası'nın 16. maddesinde idari yaptırımlar, idari para cezaları ile idari tedbirler olarak ikiye ayrılmıştır. Nitekim Danıştay da farklı kurumlara ilişkin kararlarında düzenleyici ve denetleyici kurumların idari para cezası ve idari tedbir işlemlerini idari yaptırımlar içerisinde ve Kabahatler Kanunu kapsamında değerlendirmiştir²²⁹.

Gerek ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin kendi özellikleri gerekse de Kabahatler Yasası'ndaki değişiklikler nedeniyle ekonomik kolluk tedbiri veya ekonomik idari yaptırım ayrımı büyük ölçüde azaldığından, böyle bir ayrıma gitmeden genel olarak düzenleyici ve denetleyici kurumların iptal davasına konu olabilecek işlemleri, tarife-ücret belirleme veya kontrol etme, bir ticari faaliyeti yasaklama, ruhsat verme ve ruhsat şartlarını ilgisi aleyhine değiştirme, idari para cezası tespit etme gibi icrai olan bireysel işlemler ile bu kurumların düzenleyici işlemleridir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların tesis etmiş oldukları idari yaptırımların yargısal denetiminde ceza hukukunun temel ilkelerinin kullanılması da gündeme gelmektedir. Danıştay, düzenleyici ve denetleyici kurumların cezalandırma unsuru taşıyan işlemlerinin yargısal denetiminde savunma hakkı, yasallık, lehe kanunun geçmişe yürümesi, masumiyet karinesi ve şüpheden sanığın yararlanması

²²⁸ Düzenleyici ve denetleyici kurumlarda idari yaptırımlar idare ile kurulan hukuki ilişkinin uzantısı olarak ortaya çıkan yaptırımlar (ruhsat iptalları), idari para cezaları, kendine özgü idari yaptırımlar olarak sayılmaktadır. Kendine özgü idari yaptırımlara örnek olarak RK'nın nispi para cezası işlemi, BDDK'nın fona devir kararı, RTÜK'ün yayının geçici olarak durdurulması ve SPK'nın gerekli her türlü tedbiri alma işlemi verilmektedir. Bkz. Uran, **a.g.e.**, s. 159-160, 359-383.

²²⁹ Farklı kurumlara ilişkin kararlar bulunmaktadır. Dan. 13. D., 20.05.2009 tarih ve E:2007/5970 K:2009/5492 sayılı karar (KBB); Dan. 13. D., 23.10.2009 tarih ve E:2007/9328 K:2009/9333 sayılı karar (KBB); Dan. 13. D., 03.09.2015 tarih ve E:2015/960 K:2015/2876 sayılı karar; Dan. 13. D., 23.12.2016 tarih ve E:2016/3493 K:2016/4367 sayılı karar (DBB); Dan. 13. D., 17.02.2017 tarih ve E:2015/5730 K:2017/392 sayılı karar (DBB); Dan. 13. D., 10.12.2015 tarih ve E:2013/3010 K:2015/4507 sayılı karar (DBB); Dan. 13. D., 06.11.2012 tarih ve E:2011/186 K:2012/2741 sayılı karar (DBB); Dan. 13. D., 01.11.2013 tarih ve E:2010/2490 K:2013/2706 sayılı karar (DBB).

kuralı gibi ceza hukuku temel ilkelerinin idare hukukuna uygun olduğu ölçüde uygulanması gerektiğini isabetli olarak karara bağlamıştır²³⁰.

Ceza hukukunun temel ilkelerinin düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinin yargısal denetiminde uygulanması bakımından idare hukukuna uygunlukla ilgili şu tespitler yapılabilir. Öncelikle bu ilkelerin yargısal denetimde uygulanabilmesi için her bir ilkenin işlemin hangi unsuruna veya unsurlarına ilişkin denetimde kullanılması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin zamanaşımı ve lehe olan yasanın uygulanması ilkeleri yetki unsurunda, savunma hakkı ilkesi şekil – usul unsurunda, şüpheden sanık yararlanır ilkesi sebep unsurunda veya failin kusuru ve ekonomik durumunun gözetilmesi ilkesi konu unsurunda kullanılabilir. Bundan başka ceza hukuku temel ilkelerini idare hukukunda eskiden beri yer alan ilkelere, kurallara ve uygulamalara yardımcı ilkeler olarak değerlendirmek gerekmektedir. Sonraki bölümde yargısal denetim çeşitli alt başlıklarda incelenirken ceza hukuku temel ilkelerine ihtiyaç duyulduğu ölçüde değinilecektir.

²³⁰ Dan. 13. D., 23.12.2016 tarih ve E:2016/3493 K:2016/4367 sayılı karar (DBB).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN İŞLEMLERİNİN İPTAL DAVASINDA YARGISAL DENETİMİ

A. İptal Davasının Konu Bakımından Özellikleri

Kıta Avrupası genelinde idari rejim¹ uygulaması yaygın olmakla beraber Almanya, İtalya, Hollanda, Lüksemburg ve Finlandiya gibi bazı ülkelerde idareye karşı açılan tazminat davalarının hukuk mahkemelerinin önünde, idari işlemlerin iptaline ilişkin açılan davaların ise ayrı bir yargı kolunda, idare mahkemelerinde, görüldüğü karma sistem uygulanmaktadır². Sistemler arasında farklılıklara karşın idari rejime kısmen veya tamamen sahip olan ülkeler arasındaki ortak nokta; **idarenin üstün buyurma gücünü kullanarak ve kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla, özel kesimdeki gerçek ve tüzel kişilere yönelik olarak tesis etmiş olduğu düzenleyici veya bireysel işlemlerin iptalinin görüldüğü davaların** ayrı bir kolu içerisinde, hukuk yargılaması kurallarından belirli ölçüde³ ayrılmış bir yargılama usulü ve sistemi ile karara bağlanmasıdır. İptal davası Kıta Avrupası'nda genel olarak asıl ve rakipsiz bir dava türü olarak görülmektedir⁴.

Aşağıda karşılaştırmalı hukuktan da faydalanılarak idari yargılamanın en özel ve önemli dava türü olan iptal davasının önemli özelliklerine kısaca değinilecektir. Böylelikle iptal davası ile ilgili olarak yargısal denetimin kapsamı bakımından değerlendirmelerin yapılması kolaylaşacaktır.

¹ GÖZÜBÜYÜK-TAN, idari rejimde “idare ve idari faaliyet için özel hukuktan ayrı, kendi kendine yeten ilke ve kurallardan oluşan bağımsız bir hukuk (idare hukuku) ve bu hukuku uygulayarak uyuşmazlıkları çözerek [d. çözecek] ayrı bir yargı düzeni (idari yargı) bulun...”duğunu ifade etmektedir. Bkz. Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 10.

² Atay, **İdare Hukuku**, s. 34.

³ Örneğin İYUK'un 31. maddesi ile Alman İdare Mahkemeleri (Yargılama Usulü) Yasası'nın (**Verwaltungsgerichtsordnung**) 173. maddesi ilgili ülkelerdeki Hukuk Muhakemeleri Yasası hükümlerine atıf yapmaktadır.

⁴ Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin, 2000, s. 25-34.

1. İptal Davası Hukuk Yargılamasından Ayrı Bir Yargılamayı Gerektirmektedir

Kıta Avrupası hukukunda iptal davası idari yargı içerisinde görüldüğü için **iptal davasının hukuk yargılamasından ayrılmış bir yargı** olduğu üzerinde pek fazla durulmamaktadır⁵. Yine de Kıta Avrupası'nda idari rejimin ortaya çıkmasıyla birlikte idari yargılamanın hukuk yargılamasından ayrılmakla oluşmuş bir hukuk alanı olduğu bir gerçektir.

Oysa geleneksel Anglo-Sakson hukuk sisteminde idarenin eylem ve işlemlerine karşı talep edilen haksız fiil konulu davaların (ülkemizde tam yargı davaları) karşılığının bulunduğu, bununla beraber idarenin idari işlemlerinin iptalinin görüldüğü bir dava tipinin (iptal davası) karşılığının bulunmadığı açık biçimde vurgulanmaktadır⁶.

Geleneksel İngiliz Anglo-Sakson hukuk uygulamasında mahkemeler kraliyet mahkemesi, uygulanan hukuk kraliyet hukuku olduğundan ve hâkimler de İngiliz tahtına hizmet etmek üzere görevlendirildiklerinden, Başbakan'ından, en alttaki memurlara kadar bütün devlet görevlilerinin vatandaşlarla aynı mahkemede yargılanmalarında bir sakınca görülmemiştir⁷.

Amerikan Hukukunun ilk dönemlerinde İngiliz hukukundan bir esinlenme olarak, her bir vatandaşın haklarının genel hukuk mahkemeleri önünde muhakeme edilmesi ve değerlendirilmesi, devletin vatandaşlarla aynı kurallara bağlı olması ve idarenin kişilerin hak ve durumlarını etkileyen işlemleri karşısında kişilerin genel mahkemeler önünde dava açabilmesi anlayışı hâkim bulunmaktaydı⁸.

⁵ Bununla birlikte ülkemizde idari yargılama ile hukuk yargılaması arasında karşılaştırmalar yapılarak farklar tespit edilmeye çalışılmaktadır. İdari yargılama ile hukuk yargılamasının farkı üç şekilde ifade edilebilir: Bunlardan birisi idari yargılamanın tarafı olan idarenin kamu gücünü kullanması; ikincisi idari yargılamada kamu gücü ve kamusal ayrıcalıkları da denetlendiğinden bu yargılamanın içeriğinin ve kapsamının adli yargıya göre farklı olması; üçüncüsü ise idari yargı kararlarının kamusal alanda ve ("Devlet olarak algılanan") idare üzerinde etkisini göstermesidir. Bkz. Nuri Yaşar, **İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s. 17-18.

⁶ E. C. S. Wade, A. W. Bradley, **Constitutional and Administrative Law**, 11. bs., London, Longman, 1993, s. 607.

⁷ Dickinson, **a.g.e.**, s. 34-35.

⁸ **A.e.**, s. 35.

Amerikan idare hukukuna bakıldığında ise idare hukukunun merkezinde **iptal davasının – idari yargılamanın**⁹ önemli ve ayrı bir alan oluşturduğu görülmektedir. Anglo-Sakson hukuk yargılamasında iptal davası yerine geçecek **writ of certiorari, prohibition** ve **mandamus** gibi bazı engelleyeci, ortadan kaldırıcı, etkisiz hale getirici dava ve mahkeme kararı türleri bulunmasına¹⁰ rağmen bunlar Amerikan hukuk sisteminde yeterli görülmeyerek hukuk yargılamasından ayrı¹¹ idari yargılama kuralları oluşturulmuştur. Böylelikle bir federal mahkeme önüne idari dava (iptal davası) geldiği zaman Federal Hukuk Muhakemesi Yasası değil öncelikle Federal İdari Usul Yasası (**APA**) uygulanmaktadır.

Amerikan hukuk sistemine özgü bazı özellikler de iptal davasında yürütülen yargılamanın hukuk yargılamasından ayrılmasını zorunlu kılmaktadır:

Bunlardan birincisi Amerikan özel hukuk yargılamasında tarafların özellikle davacının kendi taleplerini ortaya koymak, bunları mahkeme aracılığıyla icra etmek bakımından inisiyatifine çok yetki ve imkân bırakılmasıdır¹². 1946 yılında yürürlüğe giren **APA**’nın sadece idari usul kurallarını değil, aynı zamanda idari yargılamaya ilişkin ayrıntılı yargılama usulü kurallarını içermesinin nedeni bu durumdur.

⁹ **İdari yargılama** kavramı Amerikan hukuk öğretisinde ilk defa 1886 yılında GOODNOW’ın bir makalesinde dile getirilmiştir. Makalede idare hukukunun kamu hukuku içerisinde Anayasa hukukunca bırakılan boşlukları günlük faaliyetlere kadar dolduran bir hukuk olduğu vurgulandıktan sonra, kamu hukukunun günlük hayata uygulanabilmesi ve esnek hareket edilebilmesi için idareye takdir yetkisi verildiğinden bahsedilmektedir. İdarenin hareket alanı içerisinde, belirli durumlarda takdir yetkisini de kullanarak yaptığı tespitler ve kararlar hukuken idari işlem olarak adlandırılmaktadır. Kendilerine yönelmiş olan idari işlemlerle, bireyler kamu yararı adına menfaatlerinden fedakârlık etmek zorunda kalırlar. Böyle bir fedakârlık idare ile vatandaş karşı karşıya getirir. İdari işlemlerde bulunabilecek hukuka aykırılıklar ise kişilerin kendilerine yönelmiş olan işlemler hakkında bağımsız mahkemelere başvurmasını mecbur kılmaktadır. İşte devletin bir uzvu olan idarelerin kamu gücünü kullanarak ve kamu yararına yönelik olarak idare hukuku içerisinde tesis etmiş oldukları işlemlerin bağımsız mahkemelerde dava yoluyla çözümlenmesi, ister hukuk mahkemeleri isterse de ayrı bir yargı kolu içerisinde gerçekleşsin **idari yargılama (administrative jurisdiction)** olarak ifade edilmektedir. İdare içerisinde gerçekleştirilen iç denetimler veya genel mahkemeler içerisinde kamu görevlilerine yönelik ceza yargılaması veya idareye yönelik hukuk yargılaması (tazminat davaları) da idari yargılamanın eksikliğini dolduramamaktadır. Bkz. Frank J. Goodnow, “The Executive and the Courts”, **Political Science Quarterly**, C.1, S.4, 1886, s. 534-535, 538-539.

¹⁰ Wade, Bradley, **a.g.e.**, s. 607.

¹¹ Amerika’da idari işlemlerin yargısal denetiminde, hukuk muhakeme yöntemlerinden bazılarının uygun olmadığı hususu açık biçimde vurgulanmaktadır. Bkz. Joel W. Friedman, Jonathan M. Lenders, Michael G. Collins, **The Law of Civil Procedure**, St. Paul – Minnesota, West Group, 2002, s. 26; Mikasen v.d., **a.g.e.**, s. 34.

¹² Landis, **a.g.e.**, s. 34-35.

İptal davasını hukuk yargılamasından ayıran diğer bir özellik ise Amerikan yargılamasında yer alan jüri olgusudur. Amerikan hukuk sisteminde, diğer Anglo-Sakson hukuk sistemlerinden de farklı olarak, ceza ve hukuk bütün ilk derece yargılamalarında jüri sistemi esastır¹³. Amerikan hukuk sisteminde jürilerin asli görevi, davada görülen kanıtları değerlendirerek hâkimce hazırlanan sorulara karşı evet – hayır şeklindeki verecekleri cevaplar ile davacının davasında haklı olup olmadığına, sanığın suçlu olup olmadığına, davalının haksız fiil sorumluluğunun olup olmadığına, davalının borçlu olup olmadığına karar vermektir¹⁴.

Amerikan yargısının ilk derece aşamasında etkili olan jüri kullanımı, devletin bir uzvu olan idarelerin kamu gücünü kullanarak tesis ettikleri işlemlerin iptalinin görüldüğü davalar olan, iptal davasına gelince değişmekte ve jüri sistemi uygulanmamaktadır.

Sonuç olarak Amerikan sistemi de dahil olmak üzere, idarenin iptal davası yoluyla yargısal denetiminde hukuk yargılamasından ayrılmış bir yargılama türünün oluşması bütün çağdaş, demokratik hukuk devletlerinde uygulanması zorunlu duruma gelmektedir.

Bununla birlikte hukuk yargılamasından ayrılmış olmadan anlaşılması gereken davaların mutlaka ayrı bir yargı kolunda veya idare mahkemelerinde görülmesi değildir. Bazı idarelerin işlemlerine karşı açılacak iptal davalarında görevli mahkeme yasa koyucu tarafından hukuk mahkemeleri olarak da belirlenebilmektedir. Bu halde o mahkemenin gördüğü hukuk davası değil iptal davasıdır.

En son belirtilen bu özellik iptal davalarının normalde ayrı bir yargı kolunda görüldüğü Kıta Avrupası ülkelerinde daha belirgin bir şekilde gözükmemektedir. Örneğin İtalyan¹⁵ ve Türk hukukunda (düzenleyici ve denetleyici kurum olan) RK kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açılmaktadır. Fransa’da ise RK kararlarını denetleme görevi önce idari yargıya verilmişken sonradan liberal eğilimli hükümet tarafından hukuk mahkemesine verilmiştir¹⁶. Keza Alman RK’sının işlemlerine karşı açılacak

¹³ Robert E. Keeton, **Keeton on Judging in the American Legal System**, Lexis Law Publishing, 1999, s. 195.

¹⁴ Friedman, Lenders, Collins, **a.g.e.**, s. 657-658,674; Keeton, **a.g.e.**, s. 183.

¹⁵ Turgut Tan, “Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya örnekleri)”, **Rekabet Dergisi**, C.1, S.4, 2000, s. 4.

¹⁶ **A.y.**

iptal davalarında da hukuk mahkemesine gidilmekte ve burada tam kapsamlı yargılama yapılmaktadır¹⁷.

Adliye mahkemelerinde görülen bu tür davaların tipik bir iptal davası olduğu konusunda Alman uygulaması örnek olarak gösterilebilir. Alman Rekabet Yasası'nda¹⁸ Alman RK işlemlerine karşı adliye mahkemelerinde dava açılması öngörülmüş olmakla birlikte Alman öğretisinde kamu hukukundan kaynaklanan bu tür işlemlerin idari işlem olduğu, daha özelinde idari kolluk faaliyeti içerisinde değerlendirilebileceği ve bu işlemlere karşı açılan davanın ise iptal davası olduğu belirtilmektedir¹⁹. Alman RK işlemleri tesis ederken idari usul kurallarına uygun hareket etmek mecburiyetinde olup, yargı safhasında ise mahkemeler idari yargılama usulü kurallarını uygulanmaktadır. Alman Rekabet Yasası'nda belirtilen yargılama usulü kurallarının kendine özgü yönleri olmakla beraber genel idari yargılama usulü kurallarıyla paralellik içerdiği belirtilmektedir²⁰. Düzenleyici ve denetleyici kurum olan **Alman RK'sının idari işlemlerine karşı adliye mahkemelerinde dava açılmakta, ancak açılan bu davalar idari yargılama kurallarının uygulandığı bir dava olmaktadır.**

Belirli bir işlem türüne karşı açılacak olan iptal davalarının hangi yargı kolunda görüleceğine ilişkin karar verme yetkisi yasa koyucuya aittir. Yasa koyucu Alman örneğinde olduğu gibi istisna özelliğini bozmamak kaydıyla bazı idarelere karşı açılacak iptal davalarının görülmesini hukuk mahkemelerine verebilir. İdari işlemin hukuka uygun olup olmadığının denetlendiği iptal davası hangi mahkemede görülürse görülsün idari yargılamadır ve düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri de bu genel kuralın dışında değildir.

¹⁷ Michael Kling, Stefan Thomas, **Kartellrecht**, München, Verlag Franz Vahlen, 2007, s. 815-818; Fritz Rittner, Michael Kulka, **Wettbewerbs- und Kartellrecht**, 7. bs., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2008, s. 467-469; Wolfgang Gloy, Michael Loschelder, **Handbuch des Wettbewerbsrechts**, 3. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2005, s. 365.

¹⁸ Bkz. Alman Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Yasa (**Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**) md. 63-76.

¹⁹ Gloy, Loschelder, **a.g.e.**, s. 355-357, 365.

²⁰ Volker Emmerich, **Kartellrecht: Ein Studienbuch**, 11. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2008, s. 540.

2. İptal Davası Yoluyla Hukuk Devleti İlkesi Somutlaşmakta ve İdare Hukuku Sürekli Gelişmektedir

İptal davası özel olarak idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi için ortaya çıkmış ve gelişmiş bir hukuki denetim türüdür. Diğer denetim türleri (meclis denetimi, hiyerarşik ve vesayet denetimi) ile karşılaştırıldığında iptal davası, hukuka uygunluğun denetimi bakımından, en etkin ve objektif bir denetim yolu olarak görülmektedir²¹. Yukarıda da belirtildiği gibi demokratik ve hukuk devletine bağlı ülkelerde idarenin işlemlerinin mahkeme önünde yargılanması ve eğer işlemde hukuka aykırılık varsa ilgili işlemin iptal edilerek hukuk aleminden kaldırılması mümkündür. Böylece, idarenin Anayasa ve yasa sınırları içerisinde hareket etmesi sağlanır.

Hukuk devletinde idare sadece kural koymamakta aynı zamanda koyduğu kurallara da uymak zorundadır. Hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu bir ülkede kuralların dışına çıkan ve/veya hukuka aykırı davranan idarenin, aykırı davranışa konu olan işleminin bir yaptırım olarak ortadan kaldırılabilmesi gerekmektedir²². İptal davası hukuk devleti ilkesi ile davacı arasında ilişki kurmaktadır. Başka bir ifadeyle iptal davası hukuk devleti ilkesini somutlaştırmakta, sosyal ve ekonomik yaşamın içerisine sokmaktadır.

İptal davası sonunda verilen yargı içtihatları ile idare hukukunun gelişmesi mümkün olmaktadır²³. İdare hukukunun ve idari yargının içtihadi olma özelliği daha çok ilgili idare hukuku normunun yorumlanmasının tartışmalı olduğu veya yasa koyucunun bilerek veya bilmeyerek yasada boşluk bıraktığı durumlarda gündeme gelmektedir. Ancak sosyal, teknik ve ekonomik gelişmeler karşısında idare hukuku sürekli olarak değişen durumlara uyum göstermek ve gelişmek zorunda olup idari yargı duruma bağlı olarak hukuk uygulama ve hukuk yaratma yetki ve görevini de kullanmaktadır²⁴.

Açıklanan nedenle idare hukuku diğer bütün hukuk alanlarından daha fazla içtihadi nitelikte olmaktadır. Bu durum evrensel bir mecburiyeti gündeme getirmekte

²¹ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 3.

²² A.y.

²³ Thomas Würtenberger, **Verwaltungsprozessrecht: Ein Studienbuch**, 3. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2011, s. 5-6.

²⁴ A.e., s. 5.

ve eskiden beri içtihat hukukuna değil, yazılı hukuka ağırlık veren Kıta Avrupası ülkelerinde de idare hukuku içtihadi hukuk olma özelliği göstermektedir²⁵.

Böylelikle iptal davası hukuk devleti ilkesini güçlendirmek yanında, idare hukukunun gelişmesine de hizmet etmektedir. İptal davasının bu iki özelliği ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri bakımından da aynı özellik ve geçerliliği taşımaktadır.

3. Davalı İdarenin Devletin Bir Organı Olmasının İptal Davası Üzerinde Etkileri

İdarenin devletin bir uzvu olması ve kamu gücünü kullanması olgusu, iptal davasını ilgilendiren hemen her hususta karşımıza çıkmaktadır.

Öncelikle idareler ile mahkemeler arasında işlevsel araç ortaklığı bulunmaktadır. İdarelerin idari işlemleri tesis ederken dayandığı hukuk kuralları ve kullandığı mantıksal süreç ile mahkemelerin yargılama yaparken dayandığı hukuk kuralları ve kullandığı mantıksal süreç benzeşmektedir. Ayrıca iptal davası adli yargıdaki temyiz yoluna benzetilmekte ve idari usul ile idari yargılama usulü arasında paralellik kurulmaktadır.

Belirtilen özellikler yargısal denetimin kapsamını doğrudan ilgilendirdiğinden aşağıda başlıklar altında değerlendirilmiştir.

a. İdare ile Mahkemelerin İşlevsel Araç Ortaklığı

Klasik erkler ayrımı bakımından, yasamanın yasa yaptığı, yürütmenin bu yasaları uyguladığı ve yargının ise yasa hükümleri doğrultusunda uyuşmazlıkları

²⁵ Amerikan hukuku için bkz. Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 230-231; Landis, **a.g.e.**, s. 101-152; Shapiro, **Who Guards**, s. 122; John O. Haley, “Administrative Law”, **Introduction to the Law of the United States**, 2. bs., David S. Clark & Tuğrul Ansay (ed.), The Hague – The Netherlands, Kluwer Law International, 2002, s.107. Alman hukuku için bkz. Jörn Ipsen, **Allgemeine Verwaltungsrecht**, 8. bs., München, Verlag Franz Vahlen, 2012, s. 37-39; Erbguth, **a.g.e.**, s. 58; Maurer, **a.g.e.**, s. 76-78; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 5-6. Fransız hukuku için bkz. Ender Ethem Atay, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, **Sempozyum-Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl**, Danıştay Yayın No: 74, Ankara, Danıştay Matbaası, 2008, s. 24; Onur Karahanoğulları, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Ankara, 2005, (Doçentlik Tezi İnternet Paylaşımı), s. 41-47. <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/turkiyedeidariyargitarihi.pdf> (erişim tarihi 17.09.2013) Ayrıca Türk hukuku için bkz. Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, s. 16; Duran, **İdare Hukuku**, s. 28, 30-31; Günday, **İdare Hukuku**, s. 29.

çözdüğü genel geçer bir tespittir. Yürütme içerisinde yer alan idare de yasaların verdiği görev ve sorumlulukları yerine getirirken, yasa hükümlerini ekonomik ve sosyal hayatın içindeki olgulara ve olaylara uygulamakta ve idari işlemler (düzenleyici işlemler ve bireysel işlemler) tesis etmektedir. Ancak idari işlemler tesis eden idarenin durumu genel anlamda yürütme işlevinden belirli ölçüde farklılaşmaktadır.

Türk idare hukuk öğretisinde işlevsel açıdan idare ile yargının ayırt edilmesinin güç olduğuna dikkat çekilmekte²⁶ ve idari işlev ile yargı işlevi arasındaki benzerlikler izah edilerek her iki işlevde de yasaların uygulanmasının önemli bir unsur olarak yer aldığı vurgulanmaktadır²⁷. Bu durum sonucunda yargılama faaliyetinde veya idari işlevde hukuki işlemler (mahkeme kararları veya idari işlemler) oluşturulurken aynı mantık süreci²⁸ kullanılmaktadır²⁹.

Genel olarak yargılama işlevinde belirli bir olay tahlil edilerek bir saptama yapılmakta (**olay-suğra-mineure**), daha sonra mevzuatta yer alan birçok hukuk normu arasından sistematik bir değerlendirme yapılarak olaya uygun norm bulunmakta (**hukuk normu-kübra-majeure**) ve en sonunda olayda ilgili normu uygulayarak bir sonuca varılmaktadır (**sonuç-la conclusion**)³⁰.

Şüphesiz idarelerin, yasa tarafından verilen görevleri yürütme ve siyasal sorumluluğa sahip hükümet tarafından ortaya konan hedeflere ulaşma gibi sebeplerden dolayı, bu mantık sürecini mahkemelere göre daha yüzeysel yaptıkları görülmektedir³¹. Bağımsız mahkemelerin görevi de burada önem kazanmaktadır.

²⁶ Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, s. 8-9.

²⁷ A. Ülkü Azrak, “Yargı Ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme”, **İÜHFİM**, C.34, S.1-4, 1968, s. 130.

²⁸ GÜRİZ bu süreci **tasım** kavramı ile ifade etmektedir. Bkz. Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, 6. bs., Ankara, Siyasal Kitabevi, 2003, s. 35.

²⁹ Bu husus;

“Yargı fonksiyonu ile idare fonksiyonunun psikolojik bakımdan birbirinden farklı olarak faaliyet gösterdiği görüşü de, kanımızca, doğru değildir. Çünkü sadece yargısal faaliyette bulunduğu iddia edilen önerim (mantıki kıyas = syllogisme) idari faaliyette de vardır. Gerçekten de İdare, bir idari işlem yaparken, önce bu işlemin nedenini teşkil eden olayı saptar (tespit) ve sonra bu olay ile ilgili olan hukuk normunu bulup olayla normu karşılaştırarak hukuki sonuca varır, yani işlemin konusunu tayin eder...”

Şeklinde izah edilmektedir. Bkz. Azrak, “Yargı ve İdare”, s. 139.

³⁰ Onar, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 344.

³¹ “Memur ve idare bir müteşebbis vaziyetindedir... Bu vaziyetlerin ihtiyaca, hal ve zaman icaplarına, eldeki imkânlarına uygun olup olmadığı, fayda ve zararı ayrıca bir mesele teşkil eder... Hâlbuki hâkim tasarrufun ne neticesi ile ve ne fayda ve zararı ile ne de halin icaplarına uygunluğu

Kıta Avrupası ve Türk idare hukukunda sınıflandırmalara göre, eskiden beri mahkeme kararlarının açıklayıcı (izhari - déclaratif) olduğu idari işlemlerin ise genel olarak yaratıcı (inşai - constructif) olduğu, bu nedenle aralarında belirgin farklar olduğu belirtilmektedir³². Yapılan sınıflandırmadaki farklılıklar, bahse konu iki işlevin aynı araçları ve mantıksal süreçleri kullandığı gerçeğini değiştirmemektedir.

Bahsedilen bu işlevsel araç ortaklığı Amerikan hukuk sisteminde de görülmekte olup uygulamanın esas unsurları Avrupa hukuk öğretisinden alınmıştır³³. Amerikan öğretisinde idare içerisindeki karar alıcıların işlem tesis etmeden önce, yasaların ve diğer hukuk normlarını uygularken tıpkı bir mahkeme gibi muhakemede bulundukları önemle vurgulanmaktadır³⁴.

Amerikan hukuk öğretisinde bireysel idari işlemler hangi idare tarafından tesis edildiğine veya kapsamlı olup olmadığına bakılmaksızın mutlaka hukuk normunun tespit edilen olgulara uygulanması olarak izah edilmektedir³⁵.

İdare ile mahkemelerin işlevsel araç ortaklığının yargısal denetimin kapsamı bakımından da sonuçları bulunmaktadır.

Kural olarak hukuk ve ceza yargılamasında hâkimlerinin “kanunların alternatifleri arasında seçim yapma yetkisine” sahip olduğu vurgulanmaktadır³⁶. Buna karşılık idari yargıda ise hâkimin önünde, yapılacak olan yargılama sonunda hukuka uygun olup olmadığına karar vermek üzere idare tarafından tesis edilmiş idari işlem bulunmaktadır. Davalı idare, dava konusu olan işlemiyle maddi vakıaları araştırmış, belge ve bilgileri toplayarak bunları değerlendirmiş ve ayrıca yasa ve diğer hukuk normları yorumlayarak çıkardığı sonucu işlem haline getirmiştir. İdarelerin işlem tesis ederken yasayı yorumlamaları, idareler içerisindeki karar alıcı kamu görevlilerinin yaptıkları muhakeme yoluyla ortaya çıkmaktadır.

ile alâkalıdır... Onun gayesi hukuk nizamını kurmaktır.”

Bkz. A.e., s. 345.

³² A.e., s. 341, 343, 345-346. AZRAK bu görüşe karşı çıkmaktadır. Bkz. Azrak, “Yargı ve İdare”, s. 140.

³³ Kagan, a.g.e., s. 86.

³⁴ Cushman, a.g.e., s. 8; Shapiro, *Who Guards*, s. 40-41; Aman, Mayton, a.g.e., s. 129-130; Kagan, a.g.e., s. 91.

³⁵ Dickinson, a.g.e., s. 3-4.

³⁶ Azrak, “Yargı ve İdare”, s. 144.

Bu nedenle çağdaş hukuk devletlerinde idarenin işlemlerinin yargısal denetimi, idarenin işlemlerinin sonradan gözden geçirilmesi ve tetkik edilmesi şeklinde anlaşılmaktadır. Kıta Avrupası idare hukuku öğretisinde bu genel durum düşüncemize göre oldukça başarılı bir şekilde (yargısal) tetkik, doğrulama, gözden geçirme anlamına gelen **(gerichtliche) Nachprüfung**³⁷ olarak adlandırılmaktadır. Nitekim OSTER Amerikan ve Alman idare hukuklarında yargısal denetimin kapsamını karşılaştırırken, evrensel olarak “hukuk ve ceza mahkemelerinin **karar verdiklerine**, buna mukabil idare ve anayasa mahkemelerinin ise **kontrol ettiklerine**” dikkat çekmektedir³⁸. Burada sözü edilen kontrol etme olgusundan, idari yargılama yapan mahkemelerin yargılama faaliyetinin sınırlılığı ve eksikliği değil kendine özgülüğü ve farklılığı³⁹ anlaşılmaktadır. Benzer bir şekilde Amerikan öğretisinde STRAUSS ise yargısal denetim yapan mahkemenin karar verici değil, tetkik edici – hakem olduğunu vurgulamaktadır⁴⁰.

Bu tür bir kontrolde genel mantık gereği her şey sıfırdan incelenmez; işlem dosyasında belge ve bilgiler yanında idarenin işlemde ileri sürmüş olduğu gerekçe de göz önünde tutularak, var olduğu şekliyle incelenir. İdari yargılamanın dosya üzerinden inceleme şeklinde yapılması bu niteliğin bir sonucudur. Belirtilen bu özellik

³⁷ Michel Fromont, **Rechtsschutz Gegenüber Der Verwaltung In Deutschland, Frankreich Und Den Europäischen Gemeinschaften**, Saarbrücken, Carl Heymanns Verlag KG, Saarbrücker Druckerei und Verlag GmbH, 1968, s. 146-190; Axel Linneweber, **Einführung in das US-amerikanische Verwaltungsrecht**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994, s. 165; Jasper Sachs, “Regulierungsermessens und Beurteilungsspielräume – Verfassungsrechtliche Grundlagen”, **NVwZ**, C.2012, S.11, 2012, s. 650. Alman öğretisinde, Amerikan idare hukukundaki yargısal denetim de **Nachprüfung** olarak değerlendirilmektedir; Linneweber, **a.g.e.**, s. 165.

³⁸ Jan Oster, “The Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal System”, **German L. J.**, C. 9, S. 10, 2008, s. 1267.

³⁹ Konuya ilişkin dikkat çekici bir Danıştay kararı bulunmaktadır. RK tesis etmiş olduğu idari para cezasında düzenlemiş olduğu idari para cezalarında dikkate alınacak kurallara ilişkin yönetmeliği uygulamamıştır. Davacı tarafından ihlal konusu fiillerde hafifletici sebeplerin bulunduğu iddiası ve yönetmelikte de hafifletici sebeplere ilişkin hükümlerin bulunması karşısında Danıştay RK işlemini “hafifletici unsurlar hususunda değerlendirme yapılarak ve yargısal denetime imkân verecek şekilde idari para cezası oranının belirlenmesi” gerekçesi ile iptal etmiştir. RK’nın eksik inceleme yaparak hafifletici sebepleri değerlendirmemesini, Danıştay yargısal denetimin yapılmasını engelleyen bir eksiklik olarak görmekte ve işlemi bu nedenle iptal etmektedir. Bkz. Dan. 13. D., 06.05.2014 tarih ve E:2010/3090 K:2014/1719 sayılı karar (DBB). Anılan karar özellikle doğrudan alıntılanan gerekçesiyle, bu alt bölümde incelenen, iptal davasındaki yargısal denetimin gözden geçirme – tetkik faaliyeti olduğu ve iptal davasının temyiz yoluna benzediği iddialarına destek olmaktadır.

⁴⁰ Peter L. Strauss, ““Deference” Is Too Confusing – Let’s Call Them “Chevron Space” And “Skidmore Weight””, **Columbia L. R.**, C.112, S.5, 2012, s. 1143, 1150.

hem ispatı hem de karar verme muhakemesini içermektedir. İşlemden olumsuz etkilenen davacının idare karşısındaki bu zayıflığını telafi etmek için özel hukuk yargılamasında olmayan re'sen araştırma ilkesi getirilmiştir.

İdareler ile idari yargılama yapan mahkemeler arasındaki işlevsel araç ortaklığının başka bir yansıması idare hukukunun kimin tarafından oluşturulduğudur. İdare hukuku öncelikle mahkemelerde değil düzenleyici işlem ve bireysel işlem tesis ederek hukuku ilk defa uygulayan böylece hukuk alanında değişiklik yaratan idarelerce oluşturulmakta⁴¹ ve yukarıda belirtildiği gibi mahkemelerin yaptığı yargısal kontrol/gözden geçirme ile idare hukuku tamamlanmaktadır.

b. İptal Davası Temyiz Yoluna Benzetilmektedir

İptal davasının nitelik olarak temyiz davasına benzemesi farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde karşılaşılan ortak bir niteliktir. Nitekim idari rejimin doğduğu ülke olan Fransız hukukunda iptal davasının, zaman içerisinde aşamalı bir şekilde gelişerek oluştuğu ve bu dava türünün hukuk yargılamasındaki temyiz yoluna benzediği belirtilmektedir⁴².

Türk hukukunda genel olarak mahkemelerin yargılama faaliyeti iki aşamada incelenmektedir. Birinci aşamada mahkemeler maddi vakıaları tespit etmek için, tarafları dinleme, şahit dinleme, keşif yapma gibi yargılama faaliyetleri gerçekleştirmektedirler. İkinci aşamada ise yargılama dosyadaki yazılı bilgi ve belgelerden hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır⁴³. İlk derece yargılamasında her iki aşamada belirtilen faaliyet yürütülürken, temyiz aşamasında ise sadece ikinci aşamada belirtilen faaliyet yürütülmektedir.

Öğretide, iptal davasında davalı idarenin herhangi bir davalı gibi olmadığı, daha çok kendi kararı bir üst kurum tarafından tetkik edilen bir pozisyonda olduğu belirtilmektedir. Bu özelliğin ilk sonucu iptal davası bakımından idari yargılamanın daha ilk derece aşamasında bile bir temyiz yargılaması niteliği taşımasıdır⁴⁴. Ancak

⁴¹ Landis, **a.g.e.**, s. 2.

⁴² Ali Ülkü Azrak, “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, **Hukuk Kurultayı 2000**, 4 C., Ankara, Ankara Barosu, 2000, C:I, s. 332; Atay, “İptal Davasının Nitelikleri”, s. 24.

⁴³ Yılmaz, “İstinaf”, s. 209.

⁴⁴ Onar, **İdare Hukuku (Cilt 3)**, s. 1830-1831.

temyiz yoluna benzetme kabul edilmekle beraber, benzetmenin teoride kaldığı da eklenmektedir⁴⁵. Şüphesiz iptal davası ile temyiz yolu arasında benzerliklerin bulunması iptal davasında ilk derecede yargılama yapıldığı gerçeğini değiştirmemektedir.

İptal davası ile temyiz yolu arasındaki benzerlik İYUK'ta da görülmekte ve benzerlik somutlaşarak teorik yönü aşmaktadır. Bu bağlamda, İYUK'un 49. maddesinin 2. fıkrasında bozma nedenleri “görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması”, “hukuka aykırı karar verilmesi” ve “usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması” şeklinde üç bent halinde sayılmıştır⁴⁶.

Öğretide İYUK'da yer alan bozma nedenleri ile iptal davasında belirtilen iptal nedenleri arasında benzerlik kurulmaktadır. Bozma nedenlerinden görev ve yetki dışında bir işe bakma, iptal nedenlerinden **yetkiye**, usul hükümlerinde hata veya eksiklikler **şekle**, hukuka aykırılık ise **sebepten ve konuya** benzetilmektedir. Sadece “hukukun ne olduğunu söyleyen” mahkemelerin amaç bakımından hukuka aykırı karar veremeyecekleri düşüncesi ile benzetmeye işlemin iptal nedenlerinden olan **amaç** dâhil edilmemektedir⁴⁷. İYUK'un 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendi ile 49. maddesinin 2. fıkrası bize iptal davasında hem ilk derece yargılamasında hem de temyiz aşamasında idari işlemin davanın merkezinde olduğunu göstermektedir.

İptal davası ile temyiz yargılaması arasında kurulan bağlantı Amerikan öğretisi tarafından da ortaya konulmaktadır⁴⁸. Amerikan hukuk öğretisinde iptal davasının kapsamının temyiz incelemesindeki kapsam ile aynı özellikleri gösterdiği ileri sürülmektedir. Her ikisinde de bir önceki aşamada tesis edilen hukuki işlemler yetkili makam tarafından gözden geçirilmekte ve hukuka uygun olup olmadığı

⁴⁵ Azrak, “İptal Davaları”, s. 332.

⁴⁶ İYUK'un 49. maddesinde yapılan 18.06.2014 tarihli değişiklik öncesinde temyizde bozma sebepleri yine “görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması”, “hukuka aykırı karar verilmesi” ve “usul hükümlerine uyulmamış olması” şeklinde benzer üç bentle düzenlenmişti.

⁴⁷ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 981.

⁴⁸ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 235; Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 228-229; Dickinson, **a.g.e.**, s. 10-11; Richard A. Posner, **The Federal Courts: Challenge and Reform**, 2. bs., Cambridge – Massachusetts, Harvard University Press, 1996, s. 175-176; Lawson, **a.g.e.**, s. 499; Haley, **a.g.e.**, s. 110; Stephen Breyer, “Judicial Review of Questions of Law and Policy”, **Administrative L. R.**, C. 38, S. 4, Sonbahar 1986, s. 380.

değerlendirilmektedir⁴⁹.

c. İdari İşlem Usulü İle İdari Yargılama Usulü Arasındaki Benzerlik

İptal davasında, davalı idarenin devletin bir organı olmasının diğer bir yansıması ise yargılama usulü kuralları ile idari usul kuralları arasında benzerlikler kurulabilmesidir.

Devletin yargı erkini oluşturan mahkemelerin nasıl yargılama yapacağına ilişkin kurallar, hukuk yargılaması, ceza yargılaması ve idari yargılama olmak üzere yasalarla belirlenmiştir⁵⁰. Mahkemeler ceza yargılaması, hukuk yargılaması veya idari yargılama yaparken önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde hareket ederler.

İdareler ise devletin yapısal bir parçası ve işlevsel bir uzantısı olarak günlük hayatta ve ekonomi içerisindeki kişilerin gözünde devletin somutlaşmış hali olduğundan, idarelerin işlem süreçleri keyfi, rastlantısal ve kişilere göre farklı bir şekilde yürütülemez⁵¹. İdari işlemler idarenin iç işleyişinde başlamakta, devam etmekte ve sonunda tamamlanmaktadır. Tamamlanan bu işlemler çoğunlukla kişilerin hak ve yükümlülükleri üzerinde etkili olmaktadır. Bu nedenle yasaların tanımladığı görevleri yapan idarelerin işlemlerini nasıl tesis edecekleri yasalarla ya da düzenleyici işlemlerle belirlenmiştir.

Her iki usul de devletin bir organının dışarıya yönelik ve ilgililerin hak ve yükümlülüklerini etkileyecek ve değiştirecek (etkili) kararlar/işlemler tesis ederken o organın nasıl ve hangi şartlar altında hareket edeceğini göstermektedir. Böylelikle herkese aynı kurallar uygulanmakta, makamda bulunan kişiler değişse bile usul kuralları değişmeden aynı kalmaktadır.

⁴⁹ Posner, **Federal Courts**, s. 175-176; Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 228-229.

⁵⁰ ONAR mahkemelerin, icra müdürlüklerinin ve idarelerin işleyiş usulleri arasında bağlantı kurmaktadır. Onar, **İdare Hukuku (Cilt 3)**, s. 1475 ve aynı sayfada 2 nolu dipnot.

⁵¹ Bahtiyar Akyılmaz, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 71-79.

B. Yargısal Denetimde Kullanılan Ölçütler ve Bu Ölçütlerin Düzenleyici Ve Denetleyici Kurumların İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi

Yargısal denetimin kapsamını belirleyen denetim ölçütlerinde öncelikle genel idare hukuku bakımından inceleme yapılacaktır. Bu bağlamda, sırasıyla Türk Amerikan ve Alman hukuklarında denetim ölçütleri üzerinde durulacaktır. Daha sonra konu düzenleyici ve denetleyici kurumlar açısından değerlendirilecektir.

1. Hukuk Sistemleri Bakımından Değerlendirme

a. Türk Hukukunda

Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer alan Türk idare hukukunda yargısal denetim ölçütü bakımından işlemin unsurları⁵² esas alınmaktadır. Bu durumu sadece Fransız idare hukukundan esinlenmeden ya da Türk Danıştay'ının kararlarından kaynaklanmamaktadır. Türk pozitif hukuk metni de yargısal denetim ölçütünü bu şekilde belirlemektedir.

Türk hukukunda yargısal denetim ölçütünü oluşturan idari işlemin unsurları İYUK'un⁵³ 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olarak beş başlık halinde sayılmaktadır. Öğretide şekil ile usul ayrı değerlendirerek, yasada sayılanlar yanında usulü altıncı unsur⁵⁴ olarak ekleyen görüş de bulunmaktadır.

İYUK'ta işlemin unsurları yanında başka destekleyici yasal ilkeler de bulunmaktadır. İYUK'ta yer alan yargısal denetimin sınırını belirleyen ilkeler (madde 2/2) ile mahkemenin araştırma yöntemine yönelik ilkeler (madde 20), yargısal denetim ölçütlerini desteklemekte ve bu ölçütlerin yargısal denetim sırasında kullanılmasına kolaylık sağlamaktadır.

İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında yargısal denetim sınırları belirlenmiştir.

⁵² Öğretide idari işlemin unsurlarına ayrılmasının yargısal denetimi kolaylaştıracağı belirtilmektedir. Bkz. Turan Yıldırım, **İdari Yargı**, İstanbul, Beta, 2008, s. 149.

⁵³ İdari işlemin unsurları 2577 sayılı İYUK'tan önceki yasalarda da beş adet sayılmaktadır. Bkz. Onar, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 280.

⁵⁴ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 743-744.

Buna göre yargısal denetim hukuka uygunluk denetimi ile sınırlandırılmış olup, yerindelik denetiminin yapılamayacağı kuralı getirilerek yerindelik denetimi yargısal denetimin dışına çıkarılmıştır. Ayrıca mahkemelerin kararları ile yürütmenin (idarenin) görevlerini yerine getirmesini kısıtlayacak, idari işlem ve eylem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde karar veremeyecekleri belirtilmek suretiyle yargılamanın sınırına vurgu yapılmıştır.

Mahkemenin araştırma yöntemi ise İYUK'un 20. maddesinde belirtilmiştir. Anılan maddede mahkemelerin baktıkları davalarda her türlü incelemeyi kendiliklerinden yapacakları belirtilerek, mahkemelere davanın taraflarından veya başka yerlerden gerekli görülen belgelerin gönderilmesini veya bilgilerin verilmesini isteme yetkisi verilmektedir. Bu madde Türk idare hukukunda re'sen araştırma ilkesinin⁵⁵ somutlaşmış halidir.

Fransız ve Alman öğretisinde iptal davası açısından işlemin unsurlarının; dışsal geçerlilik şartları (**Die Voraussetzungen der äußeren Gültigkeit – validité externe**) ile içsel geçerlilik şartları (**Die Voraussetzungen der inneren Gültigkeit – validité interne**) olarak iki grup içerisinde değerlendirilmesi⁵⁶ Türk hukukunu da etkilemiştir. Türk öğretisinde bu ayrım şekil ve esas yönünden hukuka uygunluk olarak da adlandırılmaktadır⁵⁷. Dışsal ve içsel geçerlilik şartları ayrımı ile şekli denetim ve esas denetimi ayrımının aynı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Yapılan ayırmada yetki ve şekil – usul unsurları şekli denetim içerisinde, sebep, konu ve maksat unsurları ise esas denetimi içerisinde toplanmaktadır⁵⁸.

b. Amerikan Hukukunda

APA ismi itibarıyla bir idari usul yasası olmasına rağmen idari usul kuralları yanında idari yargılama usulü kurallarını da içermektedir. APA'da belirtilen dava

⁵⁵ İdari yargıda re'sen araştırma ilkesi, davanın açılmasından sonuçlanmasına kadar gerek yargılama usulü kuralları gerekse de davanın esası bakımından araştırma ve incelemelerin mahkeme tarafından kendiliğinden yapılmasını anlamına gelmektedir. Bkz. Ramazan Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Ankara, Seçkin, 2000, s. 55; Zehreddin Aslan, "Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi", **İÜSBFD.**, S. 23-24, 2001, s. 54-55.

⁵⁶ Fromont, **a.g.e.**, s. 154-156; Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 383.

⁵⁷ Lütfi Duran, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)", **AİD**, C. 20, S. 4, 1987, s. 5-10.

⁵⁸ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 383.

yolu; idari işlemlerin hukuka aykırı olup olmadığının denetlendiği, idarenin hukuka uygun davranmasını amaçlayan ve işlemde hukuka aykırılığın bulunması halinde iptalinin öngörüldüğü bir yoldur. Bu dava yolu idarenin kamu gücünü kullanırken ilgililer üzerinde oluşan zararların tazmin edildiği dava yolundan tamamen farklıdır⁵⁹.

APA’nın “Yargısal Denetim” başlıklı 7. kısmının “Denetimin Kapsamı” başlıklı 706. maddesinde, yargısal denetimde kullanılacak ölçütler yer almaktadır⁶⁰. Yasaya göre mahkeme iptali istenen işlemin; (keyfilik ve takdir yetkisinin kötüye kullanılması dâhil olmak üzere) hukuka aykırı olması; anayasal haklara, yetkilere, ayrıcalık ve bağışıklıklara aykırı olması; yasal yetkinin aşılıarak tesis edilmesi veya yasal hakları kısıtlamış olması; yasada aranan usule uygun olmadan tesis edilmesi; şekli usulle tesis edilmesi halinde esaslı delillerle desteklenmemiş olması ve basit usulle tesis edilen işlemlerde ise dayanak maddi vakıaların haksız ve mesnetsiz olması hallerinde işlemi iptal edecektir.

Mahkemelerin yasal denetim ölçütlerini yeri geldiğinde kapsamlı bir şekilde kullanmakla beraber çoğunlukla ölçülü ve hatta idarelere yol gösterici hareket etmeleri, Amerikan öğretisinde mahkeme – idare ilişkisinin uyumlu ortak çalışma⁶¹ veya ortaklık⁶² olarak adlandırılmasına sebep olmuştur. Türk öğretisinde de mahkemeler ile idareler arasındaki bu ilişki benzer bir şekilde izah edilmiştir⁶³.

Amerikan hukukundaki yargısal denetim ölçütünün Türk hukukundaki pozitif düzenlemeler gibi soyut ve objektif olmakla birlikte daha ayrıntılı olduğu görülmektedir. **APA**’nın ayrıntılı olması, mahkemelerin idari yargılama yetkisini tam olarak belirleyerek mahkemelere geniş bir yorumlama ve denetim yetkisi verilmemesi bunun yanında kişilere yeterli hukuki güvencenin de sağlanması düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Genel olarak bakıldığında Amerikan idare hukukunda da, Türk idare hukuku

⁵⁹ Mashaw, Merrill, Shane, **a.g.e.**, s. 705.

⁶⁰ Belirtilen maddenin Türkçe tercümesi için ayrıca bkz. İftar Tarhanlı, “Amerikan İdari Usul Kanunu”, **İHİD**, C. 6, S. 1-3, 1985, s. 263.

⁶¹ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 23.

⁶² Rosenbloom, **a.g.e.**, s. 210-211.

⁶³ Başta Danıştay olmak üzere bütün idari yargı “hem denetçi, hem danışman ve zaman zaman da eylemli yönetici, muhakeme usulünü yönlendirici, basit ve süratli, hükümlerinin yerine getirilmesini izleyen, kollayan ve kolaylaştıran bir işbirlikçi” olarak izah edilmiştir. Bkz. Lutfi Duran, “İdarî Yargı Adlileşti...”, **İHİD**, C. 3, S. 1-3, 1982, s. 55.

bakımından yukarıda açıklanan işlemin unsurlarına dayanan denetim ölçütü ile bu ölçütün yanında yer alan destekleyici ilkeler bulunmaktadır.

APA'da İYUK'da olduğu gibi açık bir **yerindelik denetimi yasağı** hükmü bulunmamakla beraber Amerikan öğretisinde ve mahkeme kararlarında yerindelik denetimi yasağı isim verilmeden ancak içeriği ve anlamı bakımından ayrıntılı bir biçimde ortaya konulmaktadır⁶⁴.

APA'da tek maddede yer alan ölçütler, ölçütte değinilen hususlara ve ilkelere göre gruplandırılmaktadır. Buna göre **APA**'nın 706. maddesinde belirtilen denetim ölçütleri genel hatlarıyla hukuka ilişkin meseleler, maddi vakılara ilişkin meseleler ve işlem usulüne ilişkin denetim şeklinde üç gruba ayrıldığı görülmektedir⁶⁵.

Ayrıca daha detaylı gruplandırmalar da yapılmaktadır. **APA**'daki yargısal denetim ölçütleri, hukuka uygunluk, esaslı delillerle desteklenme, usul kurallarına uygunluk ve takdir yetkisinin kötüye kullanılmaması şeklinde ortaya konulmaktadır. Yasada yer alan diğer hukuka aykırılıklar (**otherwise not in accordance with law**) ve yasal yetkinin aşılması (**in excess of statutory jurisdiction**) ifadeleri de yukarıda belirtilen denetim ölçütlerini desteklemektedir⁶⁶.

Belirtilen gruplandırmalar içerisinde maddi vakılara ilişkin meseleler, hukuka ilişkin meseleler ve işlem usulü şeklindeki üçlü ayrımın gerekli ve yeterli olduğu, bu ayrımın ülkemizdeki denetim ölçütlerine benzediği düşünülmektedir. Bu bağlamda, Amerikan öğretisinde, Amerikan ve Fransız idare hukuklarında yer alan denetim ölçütleri karşılaştırılmıştır. Fransız idare hukukunda yer alan ve Türk idare hukukunda da kabul edilen ölçütlerin çoğunlukla Amerikan idare hukukunda kabul gördüğü belirtilmektedir. Amerikan idare hukukunun denetim ölçütleri bakımından bir eksik yönü, **APA**'da **amaç yönünden denetimin** başka ifadeyle yetki saptırmasının (**détournement de pouvoir**) bulunmayışı, mahkemeler ve öğretinin ise bu eksikliği açık bir biçimde doldurmayışıdır⁶⁷.

⁶⁴ Bernard Schwartz, **French Administrative Law and the Common-Law World**, y.b., Clark – New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2011, (ilk bs. 1954), s. 193; Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 502; Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 235; Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 382; Jan Oster, **a.g.e.**, s. 46; Strauss, “Chevron Space”, s. 1150.

⁶⁵ Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 126.

⁶⁶ Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 228.

⁶⁷ Schwartz, **French Administrative Law**, s. 203.

c. Alman Hukukunda

Alman idari yargılamasında idarenin işlemlerinin yargısal denetimi ile sadece bireylerin sübjektif haklarının zarar görüp görmediği denetlenmez, bu dava türüyle aynı zamanda idarenin işlemlerinin objektif açıdan kontrolü de yapılır⁶⁸. İdari işlemin objektif açıdan hukuka aykırı olup olmadığının kontrolü doğal olarak mahkemelerce **re'sen araştırma** yapılmasını gerektirmektedir⁶⁹.

Objektif nitelikli iptal davası ile basit bir uyuşmazlık çözmeden daha ilerisine gidilmektedir. Bu nedenle iptal davasında yargısal denetim sadece işlemin ilgisine şekli bir dava açma hakkı vermez, ayrıca ilgilere hukuki koruma sağlar; hukuki korumanın (ne eksik ne de fazla) tam olarak sağlanması zorunludur⁷⁰.

Alman idare hukukunda idari yargılamanın ve hukuki korumanın sınırını Türk hukukunda olduğu gibi, yerindelik denetimi yasağı oluşturmaktadır. İdareye verilmiş olan takdir yetkisinin verimsiz, etkisiz ve yanlış kullanılıp kullanılmadığına ilişkin mahkemelerce yapılan denetim yerindelik denetimi yasağı kapsamına girmektedir⁷¹. Alman öğretisinde buna örnek olarak, ekonomik kârlılık/verimlilik denetimi (**Wirtschaftlichkeitsprüfung**) veya makulluk denetimi (**Rationalitätsprüfung**) gibi denetimler gösterilmektedir⁷². Bununla beraber işlemlerin hukuki sonuçları itibarıyla elverişli (**Geeignet**), gerekli (**Erforderlich**), orantılı (**Angemessen**) olması beklenmekte olup bu hususlar yerindelik yasağı kapsamında değil takdir yetkisi denetimi kapsamında değerlendirilmemektedir⁷³.

Alman hukukunda işlemin yetki ve şekil – usul unsurları bakımından uyacakları kurallar İdari Usul Yasası'nda (**Verwaltungsverfahrensgesetz**) belirlenmiştir. Yargılama sırasında mahkemeler, idarelerin anılan usul yasasına uyup

⁶⁸ Tettinger, Wahrendorf, **a.g.e.**, s. 3-4; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 149.

⁶⁹ Tettinger, Wahrendorf, **a.g.e.**, s. 36-37; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 255-256.

⁷⁰ **A.e.**, s. 2-4.

⁷¹ MAURER idari mahkemelerin işlemin sadece hukuka uygunluğu yönünden denetim yapabileceğini, idarenin takdir yetkisi veya değerlendirme alanı bakımından denetim yapılamayacağını belirtmektedir. Bkz. Maurer, **a.g.e.**, s. 135. OSTER **hem Alman hem de Amerikan idare hukukunda**, mahkemelerin yargısal denetim sırasında kendilerini idare yerine koymaması gerektiğini belirterek, yerindelik yasağına dikkat çekmektedir. Bkz. Oster, **a.g.e.**, s. 46.

⁷² Wolff, Bachof, Stober, **Verwaltungsrecht (Cilt 2)**, s. 122.

⁷³ Erbguth, **a.g.e.**, s. 128.

uymadığını denetlemektedirler. İşlemin esasına ilişkin ölçüt ise idari yargılama usulüne ilişkin hükümleri içeren Alman İdari Mahkemeler Yasası'nın (**Verwaltungsgerichtsordnung**) 113. maddesinde **hukuka aykırılık** olarak öngörülmüştür. Alman idare hukukunda da, Fransız idare hukuku gibi yargısal denetim ölçütünde idari işlemin unsurları esas alınmakla birlikte Alman yasalarında işlem unsurları teker teker sayılmadığından öğretide çeşitli gruplandırmalar yapılmaktadır.

En temel ayrıma göre yargısal denetim, şekle ilişkin hukuka aykırılıklar ile esasa ilişkin hukuka aykırılıklar olarak ikiye ayrılmaktadır⁷⁴. Bu ayrımda şekle ilişkin aykırılıklar yetki yanında, usule ilişkin denetimi de içerecek kapsamda kullanılmaktadır.

Başka bir ayrıma göre ise yargısal denetimde şekle ve usule uyulup uyulmadığı, maddi olguların doğru tespit edilip edilmediği, anayasal temel hak ve ilkelere aykırılık olup olmadığı, işlemin esasında hukuka aykırılık olup olmadığı gözden geçirilmektedir⁷⁵.

Daha detaylı bir ayrımda ise işlemlerin yargısal denetiminde; yetkide hata, usulde hata, şekilde hata ve içerikte hata olarak dört farklı hukuka aykırılık üzerinde durulmaktadır. İçerikte hata ise işlemin maddi veya hukuki sebeplerinin tespitinde hata (sebepte hata), sebepte hatanın özel bir örneği olan değerlendirme alanında/marjında hatalı yorumlama, ulaşılan hukuki sonuçta hata (konuda hata), orantılılık ilkesine aykırılık başka bir ifadeyle amaç araç ilişkisinde hata olarak ayrılmaktadır⁷⁶.

Yapılan bu ayrımlar birlikte değerlendirildiğinde Fransız ve Türk hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda⁷⁷ da yargısal denetim ölçütünün idari işlem den hareketle belirlendiği ve içsel geçerlik şartları (esas denetimi) ile dışsal geçerlik şartları (şekli denetim) şeklinde ikiye ayrıldığı görülmektedir.

⁷⁴ Oberrath, **Öffentliches Recht**, s. 199; Steffen Detterbeck, **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht**, 6. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2008, s. 188-202; Erbguth, **a.g.e.**, s. 108-131.

⁷⁵ Oster, **a.g.e.**, s. 45-46.

⁷⁶ Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 176-179.

⁷⁷ Benzer karşılaştırmalar Alman idare hukuku ile Fransız idare hukuku arasında da yapılmıştır. Bkz. Fromont, **a.g.e.**, s. 156.

2. Açıklanan Hukuk Sistemlerinin Ortak Noktaları

Yukarıda yargısal denetim ölçütü bakımından kısaca özetlenen Türk, Amerikan ve Alman hukuk sisteminde ortak noktalar bulunduğu görülmektedir. Bu bağlamda birinci ortak nokta yargısal denetim ölçütünün idari işlemi esas almasıdır. İkinci nokta denetim ölçütünün şekli denetim ve esas denetimi olarak ikiye ayrılmasıdır. Üçüncü nokta ise yargısal denetimin kapsamını belirleyici ölçütün şekil denetimi değil esas denetimi olmasıdır.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi bakımından benzer bir ayrımın yapıldığı görülmektedir. Bu işlevi yerine getiren düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinin yargısal denetiminde de şekli denetim ve esas denetimi şeklinde ikili bir ayrım yapılmaktadır⁷⁸.

Türk öğretisinde ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi içerisinde tesis edilen işlemlerin yargısal denetiminin dar kapsamlı olduğu yönünde⁷⁹ de geniş kapsamı olduğu yönünde⁸⁰ de görüşler ileri sürülmekle birlikte ağırlık dar denetim olduğu yönündeki görüştedir. Öğretide ayrıca mahkemelerin bilimsel ve teknik konulara ilişkin işlemlerdeki yargısal denetim yetkilerini zaman içerisinde giderek daha fazla kullandıkları da vurgulanmaktadır⁸¹.

Türk öğretisinde düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinin yargısal denetiminin kapsamının dar olduğu sonucuna varılırken düzenleyici ve denetleyici kurumların teknik bakımdan uzman oldukları ileri sürülmektedir⁸². Fakat idarenin teknikliği ayrı bir ölçüt olmayıp, idari işlemin unsurlarına ilişkin olduğu oranda yargısal denetim içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi

⁷⁸ Tan, “Ekonomik Kararların Yargısal Denetimi”, s. 39; Akgül, **a.g.e.**, s. 213-219; Eğerci, **a.g.e.**, s. 289-300; ayrıca bkz. Usta, **a.g.e.**, s. 67.

⁷⁹ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 47-56; Yasin, **Sermaye Piyasası Kurulu**, s. 217-219; Akgül, **a.g.e.**, s. 115-156; Usta, **a.g.e.**, s. 67-68, 73. EĞERCİ de aynı görüşte olmakla birlikte, ilerleyen dönemlerde esasa ilişkin denetimin eskiye göre biraz daha fazla yoğunlaşabileceğini belirtmektedir. Bkz. Eğerci, **a.g.e.**, s. 297-298. GÜNDAY yargısal denetimin işlemin unsurları yönünden yapılan denetim olduğundan maksimum – minimum denetim gibi bir ayrım olmadığını belirtmekle beraber, sonuçta bazı işlemlerde takdir yetkisi nedeniyle farklılıklar olabileceğini eklemektedir. Bkz. Günday, “Yargısal Denetim”, s. 101.

⁸⁰ Nurkut İnan, Mehmet B. Piker, **Rekabet Hukuku El Kitabı**, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2007, s. 110; Aslan, Berk, **a.g.e.**, s. 11.

⁸¹ Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 7.

⁸² Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s. 8.

gereken diğer bir husus da teknikliğin idarenin genel ve temel bir özelliği olmasıdır⁸³. Sadece belirtilen teknikliğin her bir işlem türü bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda esas denetim incelenirken, tekniklik ile takdir yetkisi üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulacaktır.

Amerikan hukukunda da yargısal denetim, yukarıda belirtildiği gibi ikili bir şekilde gruplandırılan yargısal denetim ölçütleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Amerikan devlet sisteminde ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar eskiden beri var olduğu ve ekonomik alana müdahale serbest piyasa ekonomisi bakımından önem arz ettiği için, Amerikan öğretisinde bütün örnekleme ve dikkat bu kurumlar üzerinde toplanmıştır. Yine aynı nedenle Amerikan idare hukukunda serbest piyasa ekonomisine göre basit/önemsiz sayılabilecek diğer idari işlemler ise kısmen göz ardı edilmiştir. Bu durum bir eksiklik olmakla beraber düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve onların işlemleri üzerinde durulduğundan belirtilen eksikliğin yapılacak tespitler ve değerlendirmeler üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

Amerikan idari yargılamasında, yargısal denetimin kapsamında belirleyici etken işlemin esasa ilişkin unsurlarıdır. Buna göre yargısal denetimin kapsamı idarelerin teknikliği ve uzmanlığına bağlı olarak değişmektedir⁸⁴. Yine bahse konu ülke hukukunda bu durum isabetli bir şekilde idarenin takdir yetkisi ile de açıklanmaya çalışılmaktadır⁸⁵. Fakat öğretilerdeki yaklaşım ve değerlendirmelerin, Kıta Avrupası hukukunda olduğu gibi sistematik ve ayrıntılı olduğu söylenemez.

Alman hukuku da yargısal denetimin kapsamı bakımından diğer iki hukuk sisteminden farklı değildir. Alman hukukunda işlemler, unsurları itibarıyla şekli ve esas olarak iki açıdan denetlenmektedirler. Yapılan denetimin kapsamını özellikle esas denetimi farklılaştırmakta ve takdir yetkisine yönelik denetimler işlemin sebep ve konu unsurlarında toplanmaktadır.

⁸³ ATAY bu hususu idare hukukunun “disiplinler arası bir hukuk...” olduğu şeklinde ifade etmekle birlikte, vurgulanan idarenin teknikliğidir. Bkz. Atay, **İdare Hukuku**, s. 51-52.

⁸⁴ Schwartz, **Administrative Law**, s. 624-625.

⁸⁵ Amerikan öğretisinde idarenin takdir yetkisine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Kenneth C. Davis, **Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry**, 3. bsk., Urbana, University of Illinois Press, 1976, b.a.; Ernst Freund, “The Substitution of Rule for Discretion in Public Law”, **The American Political Science R.**, C. 9, S. 4, 1915, s. 666-667, 674-676; Martin Shapiro, “Administrative Discretion: The Next Stage”, **Yale L. J.**, C: 9, 1983, s. 1487-1491, 1500-1511; Charles H. Jr. Koch, “Judicial Review of Administrative Discretion”, **George Washington L. R.**, C. 54, S. 4, 1986, s. 471-511.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi ile ilgili olarak Türk hukukunda belirtilen özellikler Alman hukukunda da geçerlidir. Nitekim Alman öğretisinde ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi içerisinde tesis edilen işlemlerde idarenin (düzenleyici ve denetleyici kurumların) takdir yetkisinin geniş olduğu ve buna paralel olarak yargısal denetimin kapsamının dar olduğu ileri sürülmektedir⁸⁶.

Dolayısıyla aynı yargısal denetim ölçütlerinin kullanımıyla karşımıza, idarenin tekniklikten ve uzmanlıktan doğan takdir yetkisinin olup olmadığına göre, biri maximum denetim ve diğeri de minimum denetim (veyahut da sınırlı denetim – olağan denetim) şeklinde iki sonuç⁸⁷ çıkmaktadır. Kanaatimiz yargısal denetimin kapsamı bakımından karşılaşılan iki sonucun normal denetim ile dar denetim olarak adlandırılmasının daha isabetli olduğu yönündedir. Normal denetim ile dar denetim arasında belirleyici olan ise idarenin yargısal denetime konu işleminde takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı hususudur. İşleminde takdir yetkisi bulunmamaktaysa normal denetimin, takdir yetkisi bulunmaktaysa dar denetimin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

3. Şekli Denetim ve Esas Denetimi Ayrımı Bakımından İdarenin Takdir Yetkisi

Yukarıda belirtildiği gibi Türk hukukunda şekli denetimde işlemin yetki ve şekil – usul unsurları, esas denetiminde ise sebep, konu ve maksat unsurları

⁸⁶ Klaus Ferdinand Gärditz, “„Regulierungsermessen” und verwaltungsgerichtliche Kontrolle”, *NVwZ*, C.2009, S.16, 2009, s. 1005-1006; Markus Ludwigs, “Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht”, *JZ*, C. 64, S. 6, 2009, s. 291-294; Proelss, “Das Regulierungsermessen”, s. 411-427.

⁸⁷ ULUSOY bu iki denetimi minimum denetim ile maksimum esas denetimi olarak belirtmektedir. Bkz. Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 48, 50. Öğretide sınav ve jüri değerlendirmeleri gibi işlemlerin yargısal denetimi için “sınırlı yargısal denetim” şeklinde özel bir tanımlama yapılmaktadır. Bkz. Turgut Tan, “Sınav Ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, *AÜSBFD*, C. 51, S. 1, 1996, s. 421. ALAN denetimi asgari denetim ve normal denetim şeklinde ikili bir ayırım öngörmektedir. Bkz. Nuri Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi Ve Kanuna Aykırılık”, **İdare Hukuku Ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara, Danıştay Yayınları No: 21, 1976, s. 345-351. OYTAN denetimi asgari denetim, normal denetim ve azami kontrol olarak üçe ayırmakla birlikte azami kontrolde hukuka uygunluk denetimi yanında yerindelik denetimi de yapıldığını ileri sürmekte ve yargıca böyle bir denetim yetkisi verilmediğini savunmaktadır. Sonuçta iki farklı kapsamda yargısal denetim üzerinde durmaktadır. Bkz. Muammer Oytan, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri İle Sınırlandırılması”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargı**, 3 C., Ankara, Danıştay Matbaası, 1991, C:I, s. 149-156.

denetlenmektedir. İşlemin hangi unsurlarında idarenin takdir yetkisinin bulunduğu üzerinde durularak, takdir yetkisi bakımından şekli denetim ile esas denetimi arasında farklılığın saptanması gerekmektedir.

Öncelikle işlemin yetki ve şekil (usul) unsurlarında takdir yetkisinin olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

Kamu düzenine ilişkin olan işlemin yetki unsurunda idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır⁸⁸. İşlemin şekil-usul unsurunda idarenin takdir yetkisinin olup olmadığı ise öğretide tartışmalı olup hukukçular bu konuda ikiye ayrılmış durumdadırlar⁸⁹. Ancak kanaatimiz idarenin, şekil-usul unsuru bakımından kural olarak takdir yetkisinin bulunmadığı yönündendir.

Şekil – usul konusunda takdir yetkisinin bulunduğu görüşü daha çok yasanın bir usul belirlemediği örneklerle dayanmaktadır. Herhangi bir usul kuralı olmadan işlem tesis edilmesi mümkün olmadığından bu tür durumlarda idare çıkaracağı düzenleyici işlemlerle usulü önceden belirlemektedir. Ancak düzenleyici işlemle belirlenen idari usul, o düzenleyici işlemin şekil – usul unsurunu değil konu unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle burada idarenin takdiri yine işlemin esasına ilişkin kısımda, konu unsurunda bulunmaktadır. İdare daha sonra bir idari işlem tesis edeceği zaman düzenleyici işleminde öngörmüş olduğu usulü uygulamak zorundadır. Burada idarenin usul bakımından artık bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Bundan başka yasada idareye belirli usul türleri arasından birini tercih etme imkânı verilmesi halinde de idarenin şekil – usul unsurunda takdir yetkisi olduğu ileri sürülebilir. Örneğin Danıştay kamu ihale hukukuna ilişkin olarak ihaleyi düzenleyen idarenin kapalı teklif usulü ile pazarlık usulü arasında bir tercihte bulunmasını tercih bakımından takdir yetkisi olarak değerlendirmiştir⁹⁰. Ancak Danıştay içtihadındaki bu gerekçeden şekil – usul unsurunda idarenin takdir yetkisinin olduğu anlamı çıkmamaktadır. Danıştay kararında bahsedilen ve ihale usullerinden birini tercih edilmesine yönelik olan işlem, ihaleyi düzenleyen idarenin ihale sürecinin başında

⁸⁸ Öğretideki görüşlerin kapsamlı bir değerlendirmesi için bkz. Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, İstanbul, On İki Levha, 2011, s. 197-202.

⁸⁹ Öğretideki görüşlerin kapsamlı bir değerlendirmesi için bkz. **A.e.**, s. 204-206.

⁹⁰ Dan. 13. D., 02.03.2011 tarih ve E:2009/1028 K:2011/858 sayılı karar (DD. C.41 S.127 2011, s. 430).

tesis etmiş olduğu bir hazırlık işlemidir. Hazırlık işleminin konusu ihale usulünün belirlenmesi olduğundan bu işlemde idarenin tercihe ilişkin takdiri işlemin şekil – usul unsuruna yönelik değil, konu unsuruna yönelik bir takdirdir.

Neticede idarenin düzenleyici işlemle veya bireysel işlemle bir usul tercihi, tercihe ilişkin işlemin konu unsuruna yönelik bir takdir olarak değerlendirilmelidir. Devamındaki işlemlerde ise idarenin usul yönünden takdir yetkisi bulunmamaktadır; idare önceden belirlenmiş olan usul kurallarına uymak zorundadır.

Görüldüğü gibi yetki unsuru yanında, şekil – usul unsurunda da idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. OYTAN da aynı görüştedir⁹¹.

İşlemin esasına ilişkin unsurlardan hangisinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu konusunda Türk öğretisinde farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin ONAR, ÖZAY, ÖZYÖRÜK ve KAYA işlemin sebep ve konu unsurlarında idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmektedir⁹². GİRİTLİ ise takdir yetkisinin işlemin maksat ve sebep unsurlarında bulunduğunu ileri sürmektedir⁹³. OYTAN her üç unsur bakımından da idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmektedir⁹⁴. ARAT ÖZKAYA ise maksat unsurunda kendine özgü olmakla birlikte her üç unsurda takdir yetkisinin bulunduğunu ileri sürmektedir⁹⁵.

Yukarıda aktarıldığı gibi öğretideki ağırlıklı görüş işlemin sebep ve konu unsurlarının hepsinde idarenin takdir yetkisi olduğu yönündedir. Asıl tartışma konusu olan maksat unsurudur. Görüşümüze göre bir işlem için yasada somutlaştırılarak özel bir maksat belirlenmemişse, işlemin kamu yararına uygun olup olmadığını belirleme

⁹¹ “İdari işlemlerin yetki ve şekil yönünden denetlenmesi problem yaratmayacak kadar belirgin ve teknik bir nitelik arzettiklerinden bir yana bırakılırsa; takdir yetkisinin sebep-konu ilişkisi yönünden ve maksat (veya detournement de pouvoir=yetki saptırması) yönünden denetlenmesinde...” Bkz. Oytan, **a.g.e.**, s. 149.

⁹² Onar, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 426; Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 377; “Bir kere, Maksat unsurunda takdir yoktur. Maksat, Sebep ve Sâikle karıştırılmamalıdır.” Bkz. Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1972-1973, s. 211; Kaya, **Takdir Yetkisi**, s. 206-223.

⁹³ GİRİTLİ’den akt. Erol Dünder, “Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk Ve Fransız Danıştay İçtihatlarına Göre)”, **İdare Hukuku Ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara, Danıştay Yayınları No: 21, 1976, s. 171.

⁹⁴ Oytan, **a.g.e.**, s. 149.

⁹⁵ ARAT ÖZKAYA şekil-usulde idarenin kısıtlı bir takdir yetkisini öngörmesine rağmen idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminde sadece (ölçülülük ve yetki saptırması ilkeleri ile) esas denetimi üzerinde durmaktadır. Bkz. Nilay Arat Özkaya, **Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi: “Takdir Yetkisi” ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul, Beta, 2015, s. 99-115, 137-146.

ve değerlendirme bakımından idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca idarenin takdir yetkisinin denetimi üzerinde durulurken değinileceği gibi belirsiz hukuk kavramları yaklaşımı da maksat unsurunda idareye takdir yetkisi vermektedir. Mahkemelerin idarenin belirlemiş olduğu kamu yararına alternatif bir kamu yararı ileri sürmeleri, hukuka uygunluk denetimini aşarak yerindelik denetimine girmektedir.

İdarenin takdir yetkisi, esas denetim içerisinde yer alan sebep, konu ve maksat unsurlarında bulunmaktadır. Yargısal denetimin dar kapsamlı veya geniş kapsamlı olması, denetlenen işlemde idarenin takdir yetkisinin olup olmadığına göre değişmektedir. İdarenin takdir yetkisinin geniş olduğu işlemlerde yargısal denetim dar kapsamlı gerçekleşirken, diğer işlemlerde ise geniş kapsamlı bir denetimle karşılaşılmaktadır. Şekli denetim ile esas denetimi arasında kapsam farklılığını yaratan önemli sebep takdir yetkisinin bu belirleyiciliğidir.

4. Şekli Denetim İle Esas Denetimi Arasındaki İlişki

Örnek alınan farklı hukuk sistemlerinde ortak olarak tespit edilebilen ve yargısal denetimde şekli denetim ile esas denetimi arasındaki ilişki ilerleyen bölümlere ışık tutmak amacıyla kısaca değerlendirilecektir.

a. Tarihsel Gelişim İlişkisi

Amerikan ve Kıta Avrupası idare hukuklarına bakıldığında, yargısal denetime konu olan şekil ve esas denetiminin süreç içerisinde geliştiği görülmektedir. Şekli denetim öncelikle iptal davası veya iptal davası benzeri başvuru yollarıyla birlikte ortaya çıkmıştır. Esas denetimi ise iptal davasının gelişim sürecinde kullanılmaya başlanmıştır.

Kıta Avrupası'nda iptal davası ve bu davada işlemin unsurlarına dayanan denetim ölçütleri, Fransız hukukunda ortaya çıkarak süreç içerisinde gelişmiştir. Tarihsel olarak sıralanırsa Fransız Danıştay'ının ilk kullandığı ölçüt yetkisizliktir. Daha sonra şekil – usul sakatlığı, daha sonra ise amaç unsuruna ilişkin olan yetki saptırması hukuka aykırılık denetimine alınmıştır. En son kullanılmaya başlayan ölçüt ise yasaya aykırılık olarak da adlandırılan işlemin konu ve sebep unsurlarına ilişkin

hukuka aykırılıklardır⁹⁶. Kamu hukukunda işlemlerin şekli ile esas arasında içten bir ilişki bulunduğundan⁹⁷, yargısal denetimde gelişim süreci şekli denetim yanında esas denetimini de zorunlu kılmıştır.

Amerikan idare hukukunda ise **APA**'nın yürürlüğe girmesinden itibaren Kıta Avrupası'na benzer bir şekilde şekilci ve dar yargılama kapsamından esas da incelemeye dâhil eden nispeten geniş yargılama kapsamına doğru bir eğilim olmuştur⁹⁸. **APA** ölçüt olarak hem şekil hem de esas öngörmüş olmasına rağmen, denetimin kapsamı önce şekil ağırlıklı yapılmış 1960'lerden itibaren ise esasa doğru yoğunlaşmıştır⁹⁹. Yargısal denetimde gerçekleştirilen esas denetimine yönelik farklı yaklaşımlara yasada belirtilmiş olan yargısal denetim ölçütlerinin yorumlanması ve uygulanması yoluyla ulaşılmıştır.

b. Birbirini Tamamlama İlişkisi

Şekli denetim ile esas denetimin birbirlerini tamamlama ilişkisi çeşitli yönlerden ele alınabilir.

Öncelikle gerek Türk hukukunda gerekse de Amerikan ve Alman hukuklarında ilgili yasalar şekle ve esasa ilişkin denetimin her ikisini birden öngörmektedir. Mahkemeler iptali istenen işlemde şekle ilişkin hukuka aykırılığın yanında esasa ilişkin hukuka aykırılığın olup olmadığını da araştırmak zorundadırlar. Bu nedenle ancak her iki denetim birlikte yapıldığında yasanın aramış olduğu denetim tam olarak gerçekleşmiş olacaktır.

Bir açıdan bakıldığında, şekli denetim ile esas denetimi birlikte hukuk devleti ilkesini kuvvetlendirmektedir. Amerikan öğretisinde bir hukuk devletinde olması gereken şartlar; düzenleyici işlemlerin yaygınlaşmasıyla idarenin takdir yetkisinin somutlaştırılması, bireysel işlemlerin açık ve ikna edici gerekçelerle tesis edilmesi, önceki işlemlerin sonraki işlemlere örnek teşkil etmesi, eski işlemlerin kamuya

⁹⁶ Karahanoğulları, **İdari Yargı**, s. 44-46; Begüm İsbir, "İdari Yargıda İptal Davasının Tarihsel Gelişimi", **İÜHF**, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 963; Atay, "İptal Davasının Nitelikleri", s. 26.

⁹⁷ Azrak, "Yargı ve İdare", s. 132.

⁹⁸ Shapiro, **Who Guards**, s. 126.

⁹⁹ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 22-27; David O'Brien, "Administrative Discretion, Judicial Review, And Regulatory Politics", **Administrative Discretion and Public Policy Implementation**, Douglas H. Shumavon, H. Kenneth Hibbeln (ed.), New York, Praeger Publishers, 1986, s. 33-36.

açılarak şeffaflığın sağlanması, idari usulde temel ilke ve garantilerin konulmuş olması¹⁰⁰ olarak sayılmaktadır. Görüldüğü gibi sayılan şartlardan bazıları şekli denetime, bazıları esas denetimine ilişkin olup bazıları ise her iki kısmı da ilgilendirmektedir.

Başka bir açıdan bakıldığında ise, idari usul kuralları şekli denetim ile esas denetimini birbirine bağlamakta ve esas denetimin tam olarak gerçekleştirilmesine yardım etmektedir. İdari usul kuralları normalde şekli denetim içerisinde değerlendirilmektedir. Bununla birlikte idari usul, işlem dosyasının objektif, saydam ve eksiksiz olarak (işlemin muhatabının lehine olabilecek bilgi, belge ve değerlendirmeleri de içerecek şekilde) oluşmasını sağlayarak esas denetime de katkıda bulunmaktadır. Açıklanan bu husus Türk¹⁰¹ ve Amerikan¹⁰² öğretisinde vurgulanmaktadır. Ayrıca ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi bir ekonomik kolluk faaliyeti olduğundan, idari usulün düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinin esas denetiminde ayrı bir önemi bulunmaktadır¹⁰³.

Özetle esas denetimi olmadan şekli denetim anlamsız, şekli denetim olmadan esas denetimi ise verimsiz olmaktadır.

C. Şekli Denetim

Şekli denetim incelenirken geleneksel sıralama uyarınca öncelikle yetki unsuru ile başlanacak daha sonra şekil – usul unsuruna girilecektir. Yetki unsuruna ilişkin olarak Türk öğretisi ve Danıştay içtihatları üzerinde durulurken; şekil – usul unsurunda ise, bu unsurun ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi bakımından

¹⁰⁰ Davis, **Discretionary Justice**, s. 126.

¹⁰¹ Aydın Gülan, **Maden Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri: Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi**, İstanbul, Lamure Kitap, 2008, s. 258-259.

¹⁰² APA'nın belirlemiş olduğu temel idari usul kuralları ve yine APA'da işlem dosyası ile işlemi etkileyecek bilgi ve belgeler üzerinde çok durması süreç içerisinde, mahkemelerin esasa ilişkin denetimlerini kolaylaştırmıştır. Şöyle ki yargılama sırasında mahkeme dosyasına, sadece kısıtlı bilgi ve belgelerin girmesi halinde, o işlemin hukuka uygun olup olmadığı konusu açıklığa kavuşturulmamış olacaktır. Böyle bir durum ise esasa ilişkin denetimi ciddi biçimde zorlaştırmaktadır. Tam aksine mahkeme dosyasına bütün bilgi ve belgelerin kapsamlı delillerin kısacası o işlemle ilgili her şeyin girmesi halinde davaya bakan hâkimler esasa girerek işlemin doğru olup olmadığı konusunda daha fazla değerlendirme yapmaktadırlar. Bkz. Shapiro, **Who Guards**, s. 43-44, 53; ayrıca bkz. Kagan, **a.g.e.**, s. 15.

¹⁰³ Genel veya özel kolluğun idari usul ile olan bu bağlantısı, Türk hukukunda öteden beri vurgulanmaktadır. Bkz. Onar, **İdare Hukuku (Cilt 3)**, s. 1474-1475.

önemi nedeniyle¹⁰⁴ karşılaştırmalı hukuktan yoğun biçimde faydalanılacak ve Türk hukukundaki idari usul kurallarının mevcut durumu tartışılarak çözüm önerileri ileri sürülecektir.

1. Yetki Unsuru

a. Genel Olarak Yetki Unsuru

İşlemin unsuru olan ve yargısal denetimde önem arz eden yetki, Anayasa ve yasalar uyarınca belirli bir makamın ve kamu görevlisinin karar alma – işlem yapabilme gücünü ve ehliyetini göstermektedir¹⁰⁵. Yetki bu bağlamda bir makamın veya kamu görevlisinin hukuken göreviyle ilgili işlem yapma olanağı anlamına geldiği gibi yine idarelerin işlem yapabilme imkânını ifade etmektedir¹⁰⁶. İdare hukuku bir statü hukuku olduğundan¹⁰⁷, idarelerin görev ve sorumlulukları ile bu doğrultuda işlemlerin hangi makam tarafından ve hangi şartlarda tesis edilebileceği öncelikle Anayasa ve yasalar, sonrasında düzenleyici işlemlerle açık biçimde öngörülmesi gerekmekte ve bu yüzden bu kuralların genişletici bir yoruma tabi tutulmaması gerekmektedir.

Yetki unsuru kendi içerisinde alt unsurlara ayrılmaktadır. Buna göre yetki; yer, zaman, konu ve kişi bakımlarından¹⁰⁸ ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Yer ve zaman bakımından yetki, işlemi yapan makamın coğrafi sınırlar ve süre sınırlaması bakımından yetkisini ortaya koymaktadır¹⁰⁹. Konu bakımından yetki ise idarenin tesis ettiği veya etmeyi planladığı işlem bakımından yetkili olup olmadığını ifade etmektedir. Kişi bakımından yetki ile de idare içerisinde yetkili olan makam, kurul veya kişi belirlenmekte ve bu unsurun belirleyici noktası imza olmaktadır¹¹⁰. Yetkiyi

¹⁰⁴ Şahin, **a.g.e.**, s. 184; ve genel olarak bkz. Gülan, **Maden Hukuku**, s. 258-259.

¹⁰⁵ Duran, **İdare Hukuku**, s. 401-402; Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 378; Günday, **İdare Hukuku**, s. 134; Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 745; Atay, **İdare Hukuku**, s. 460.

¹⁰⁶ Günday, **İdare Hukuku**, 2011, s. 134; Güher Ulu, **İdari İşlemin Yetki Unsuru**, Ankara, Seçkin, 2012, s. 40.

¹⁰⁷ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 379.

¹⁰⁸ Atay, **İdare Hukuku**, s. 462-468; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 411-415; Ulu, **a.g.e.**, s. 138-176.

¹⁰⁹ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 802-803.

¹¹⁰ **A.e.**, s. 794-795 ; Ulu, **a.g.e.**, s. 140.

sadece konu, yer ve zaman olarak üç unsura ayıranlar da bulunmaktadır¹¹¹. Konu bakımından yetki unsuru ile işlemin konu unsuru arasında ilişki bulunmaktadır¹¹². Bu nedenle konu bakımından yetki unsuru; üst ile ast arasında, aynı idareler içerisindeki organlar arasında veya farklı idareler arasındaki yetki uyumsuzlukları ile sınırlıdır¹¹³.

b. Ekonomik Düzenleme ve Denetleme İşlevinde Yetki Unsuru

Öğretiye konuyla ilgili olarak bakıldığında, şekli denetimden ağırlıklı olarak idari usul yönünden denetim anlaşılmaktadır¹¹⁴. Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde idari usul konusuna ayrı bir önem verildiğinden, öğretilerde yetki unsurun fazla işlenmediği söylenebilir. Bununla birlikte yetki unsuru diğer işlemlerde olduğu kadar düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinde de önem taşımaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar bütün ülke çapında yetkilendirildiklerinden yer bakımından yetki hususunda bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Ayrıca bu kurumlarda kişi bakımından yetki ile ilgili olarak diğer idarelerden farklı bir yön bulunmamaktadır. Bu kurumların farklılığı konu bakımından yetki ile zaman bakımından yetki hususlarındadır. Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin ilk yaygınlaşmaya başladığı dönemden bu yana Danıştay, yetki unsuruna çeşitli kararlarında değinmiştir.

(1) Konu Bakımından Yetki

Danıştay bir kurumun yasa ile belirlenmiş yetkilerinin devrini öngören düzenlemeleri hukuka aykırı bulmaktadır. Örneğin özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin yapılacak olan her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisinin özel denetim şirketlerine devrini

¹¹¹ GÖZÜBÜYÜK-TAN eserlerinde isim olarak kişi unsurundan da bahsetmekle beraber kişi ve konu unsurlarını birlikte ele almaktadır. Bkz. Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)** s. 412-425, özellikle 415. YAYLA ise yetkisizlik hallerinin yer, görev ve zaman bakımından gerçekleştiğini belirtmekte açık bir kişi bakımından yetki tespiti yapmamaktadır. Bununla beraber eserde ilk önce işlemi tesis eden makamın iradesine bakılması gerektiği belirtilerek ismi verilmeden kişi bakımından yetki de vurgulanmıştır. Bkz. Yayla, **İdare Hukuku**, s. 121. aynı yaklaşım YILDIRIM'da da görülmektedir. Bkz. Yıldırım, **İdari Yargı**, s. 151-152.

¹¹² Ulu, **a.g.e.**, s. 160.

¹¹³ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 415-425; Günday, **İdare Hukuku**, s. 136-137.

¹¹⁴ Eğerci, **a.g.e.**, s. 289-291; Akgül, **a.g.e.**, s. 213-214.

öngören EPDK yönetmeliğinin, denetimin devrine ilişkin hükümlerinin iptali için açılan davada; Danıştay söz konusu devre yönelik düzenleme hükümlerini, Anayasanın 128. maddesinin 1. fıkrası uyarınca genel idare esaslarına göre yürütülecek kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği kuralına yer verildiğini, denetim görevinin EPDK'ya verildiğini, ilgili yasada bu denetim yetkisinin devredilebileceğine ilişkin herhangi bir kuralın da bulunmadığını gerekçe göstererek iptal etmiştir¹¹⁵. Danıştay belirtilen kararında yetki devrini hukuka aykırı bulurken Anayasa hükümleri ile yasallık ilkesine dayanmaktadır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların çıkarmış olduğu düzenleyici işlemlerle sektör üzerinde denetim yetkisini (kolluk yetkisini) özel sektör denetim firmalarına devretmesinin düzenleme ve denetleme işlevi bakımından başka bir hukuka aykırılık gerekçesi ise özelleştirmeler sonucunda ekonomik kamu hizmetinden düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından yürütülen ekonomik kolluk faaliyetine geçilmesi sonrasında, konunun tamamen idari işlevin dışına çıkması sonucunu doğurmasıdır. Ayrıca yetki devrini yapan düzenleyici ve denetleyici kurum denetim yapan idare olmaktan çıkmakta ve denetleyeni denetleyen durumuna geçmektedir.

Konu bakımından yetkisizlik halleri farklı tüzel kişilikler arasında gerçekleşebileceği gibi, aynı tüzel kişilik içerisindeki farklı hiyerarşik makamlar arasında da gerçekleşebilir¹¹⁶. Ortaya konan bu yetkisizlik örneklerini ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin kendine has özellikleri ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir.

i. Farklı İdareler Arasında Yetki Uyuşmazlıkları

Ekonomik düzenlemede, düzenleyici ve denetleyici kurumlara ve onun icra organı olan kurullara geniş yetkiler verildiğinden zaman zaman diğer idarelerle aralarında yetki paylaşımı konusunda uyuşmazlıklar meydana gelmektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlarla diğer idare ve kurumlar arasındaki

¹¹⁵ Dan. 13. D., 22.05.2009 tarih E:2007/4056 K:2009/5656 sayılı karar (KBB).

¹¹⁶ Öğretide bu durum “astın üst yerine karar alması”, “üstün ast yerine karar alması”, “ayrı kuruluşlar arasında” yetkisizlik ve “aynı kuruluşun organları arasında” yetkisizlik olarak örneklendirilmektedir. Bkz. Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 415-425.

yetki konusundaki uyuşmazlıkların önemli kısmı RK ile başka idareler arasında veya diğer düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında gerçekleşmektedir. Bu durumun altında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'la RK'ye geniş yetki verilmesi yanında rekabetin ve rekabetin korunmasının bütün sektörleri ilgilendiren bir konu olması yatmaktadır. Öncelikle RK ile diğer idareler arasında yetki unsuruna değinilen Danıştay içtihatları açıklanacak, ondan sonra düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasındaki yetki ilişkisi incelenecektir.

Tiftik ihracatçısı bir şirketin; ürünlerini Tiftik Birlik'e satan üreticilere Devlet tarafından doğrudan gelir desteği ödemesi yapılırken, kendi şirketlerine satış yapan üreticilerin bu destekten yararlandırılmamasının piyasadaki rekabeti engellediğini ileri sürerek RK'ye şikâyetle bulunmuştur. RK şikâyet başvurusunu şikâyetin 4054 sayılı Yasa kapsamında bulunmaması gerekçesi ile reddetmiş, bunun üzerine şikâyetçi tarafından RK işleminin iptali istemiyle dava açılmıştır. Danıştay, şikâyet edilen hususun Bakanlar Kurulu'na alınan tiftik keçisi yetiştiriciliğinin teşvik edilmesini ve tiftik üretiminin artırılmasını amaçlayan kararlar ve bu kararların uygulanmasına ilişkin ilgili idarenin düzenlemelerinden doğduğunu belirtip, 4054 sayılı Yasa'nın 27. maddesinin Rekabet Kurulu'na idari işlem ya da düzenlemeleri geçersiz kılabilme veya iptal edebilme yönünde bir yetki tanımadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir¹¹⁷.

Daha eski bir olayda ise Eti Holding AŞ'nin (şimdiki adıyla Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün) kendi işletmelerine, yurtdışına ve yurtiçi özel kesime farklı fiyatlarla bor madeni satışı yaparak hâkim durumu kötüye kullandığına yönelik yapılan şikâyetler sonrasında, RK 2840 sayılı Yasa'ya dayanan yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklanan ve 4054 sayılı Yasa'nın kapsamı dışında kalan faaliyetler bakımından soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda işlem tesis etmiştir. Danıştay bu ret işleminin iptali istemiyle açılan davayı 2840 sayılı Yasa uyarınca Eti Holding AŞ'nin ülkenin bor pazarındaki etkinliğinin artırılması ve bu madenin en iyi şekilde değerlendirilmesi amacıyla yasal tekele sahip olduğu gerekçesiyle reddetmiştir¹¹⁸.

TESK'in ekmek fiyat tarifesiyle ilgili yayımladığı genelge neticesinde

¹¹⁷ Dan. 13. D., 10.10.2005 tarih ve E:2005/1747 K:2005/4933 sayılı karar (KBB).

¹¹⁸ Dan. 10. D., 05.02.2003 tarih ve E:2001/306 K:2003/424 sayılı karar, akt. Gülan, **Maden Hukuku**, s. 176-177.

RK'nın tesis etmiş olduğu idari para cezasına karşı açılan davada, Danıştay söz konusu tarife ile tavan fiyatla birlikte taban fiyatın da tespit ve ilan edildiği, taban fiyat belirlenmesi yoluyla pazardaki aksaklıkların giderilmesinin açıkça rekabete aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenle kararın hukuka uygun olduğuna karar vermiştir¹¹⁹.

Başka bir kararda ise RK, İstanbul Kuyumcular Odası yöneticilerinin Oda'nın ismini bir baskı ve etkileme aracı olarak kullanmak gibi muhtelif davranışlar ve yönlendirmelerle altın fiyatını piyasa dışında değiştirdiği iddialarıyla Oda'ya karşı açılan soruşturma sonunda para cezası tesis etmiştir. Bu işlemin iptali için açılan davada Danıştay RK'nın kendini yetkili görerek işlem tesis etmesini hukuka aykırı bulmamıştır¹²⁰.

RK ile diğer idareler arasında doğabilecek yetki uyuşmazlıklarına ilişkin başka bir örnek idareler arasında hazırlanacak sözleşme ve protokollerdir. Bu durum özellikle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında veya bunlarla diğer idareler arasında hazırlanan sözleşme ve protokollerde görülmektedir. Örneğin İl Veteriner Hekimleri Odası ile İl Eczacı Odası arasında hazırlanan veteriner ilaçlarının minimum satış fiyatının belirlenmesine ilişkin protokol nedeniyle açılan soruşturma sonucunda RK protokolü imzalayarak yürürlüğe koyan odalara karşı para cezası tesis etmiştir. İşlemin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, RK'yi yetkili görmüş ve dava konusu işlemi hukuka uygun bularak davayı reddetmiştir¹²¹.

Yukarıda alıntılanan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ilişkin üç karardan ayrı yönde kararlar da bulunmaktadır. Türk Eczacıları Birliğinin

¹¹⁹ Dan. 13. D., 28.12.2007 tarih ve E:2006/4598 K:2007/9522 sayılı karar (KBB).

¹²⁰ Dan. 13. D., 18.02.2011 tarih ve E:2008/2271 K:2011/681 sayılı karar (KBB).

¹²¹ Dan. 13. D., 20.05.2009 tarih ve E:2007/2206 K:2009/5446 sayılı karar (DBB). Kurumlar arasında imzalanan protokolün tüm ülke çapında uygulanan bir protokol olması, sözleşmeden ziyade düzenleyici işlem niteliğini taşıması halinde o zaman RK kendini yetkili görmemektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu ile Türk Eczacıları Birliği arasında imzalanan ve sosyal güvenlik ödeme sistemine girmek için tüm eczacılarca uyulması mecburi olan "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol" ile getirilen sıralı dağıtım sisteminin rekabete aykırı olduğu iddiasıyla RK'ya yapılan şikâyet üzerine, RK 12-59/1571-572 sayılı işlemi ile 4054 sayılı Yasa çerçevesinde herhangi bir işlem tesis edilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. RK işlemine gerekçe olarak Danıştay'da söz konusu protokolün iptali talebiyle dava açılmasını, açılan davanın ise protokolün mevzuata ve hukuka uygun olduğu gerekçesiyle reddedilmesini ve RK'nın işlem tesis etme yetkisinin bulunmamasını göstermiştir. RK'nın internet sitesindeki karar arama bölümünde yapılan araştırmalardan anılan RK işlemine karşı dava açıldığı yönünde bir bilgiye rastlanılmamaktadır. RK kararı ve karar arama için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr>.

resmi/özel kurum ve kuruluşlara ilaç satışlarında indirim oranını belirlemeye yönelik karar ve uygulamaları nedeniyle RK tarafından tesis edilen idari para cezası işlemine karşı açılan davada Danıştay, Birliğin dava konusu işlemin tesis edilmesine neden olan karar ve uygulamalarının 6643 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin j- bendine dayandığı, bunlardaki hukuka uygunluğa ilişkin saptamanın iptal davasında incelenmesi gerektiği, RK'nın bu konuda yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir¹²².

Danıştay İDDK'nın da RK'nın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yönelik yetkisi ile ilgili bir kararı bulunmaktadır. İDDK kararında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendilerine yasa tarafından verilen görevleri dışında, yasal yetkiye dayanmadan tesis ettikleri işlem ve gerçekleştirdikleri uygulamaları bakımından gerekli soruşturmaları yapmanın ve gerektiğinde soruşturma sonucunda işlem tesis etmenin RK'nın yetkisine girdiğini belirtmiştir¹²³.

Belirtilen kararlar birlikte değerlendirilirse şu şekilde sonuçlar çıkarılabilir. Düşüncemize göre idarelere yönelik şikâyetlerde, RK'nın yetkili olup olmadığını belirleme konusunda ayırıcı olan husus şikâyet edilen idarenin niteliği değil, şikâyetin o alanda yetkili olan idarenin idari işleminden kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Tiftik ihracatçısına ilişkin kararında Danıştay, RK'ya şikâyet edilen hususun idarece alınan kararlar ve bu kararların uygulanmasına ilişkin idarenin düzenlemelerinden doğduğunu belirterek, ortada bir idari işlemin ve idari faaliyetin olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur.

Tiftik ihracatçısına ilişkin kararın kapsamına merkezi idarenin, mahalli idarelerin ve kamu kurumlarının girdiği söylenebilir. Bununla birlikte kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının işlem ve uygulamalarında RK'nın yetkisi bulunabilmektedir. Meslek kuruluşlarına ilişkin alıntılanan Danıştay kararlarının ortak noktası yine meslek kuruluşlarının işlem ve uygulamalarında yasanın çizmiş olduğu sınırları aşıp aşmadığıdır. Bu bakımdan, İDDK kararın da belirtildiği gibi, her bir

¹²² Dan. 13. D., 05.01.2010 tarih ve E:2007/2748 K:2010/8 sayılı karar (KBB).

¹²³ Dava RK'nın TMMOB'a bağlı Şehir Plancıları Odası'nın asgari ücret tarifesine ilişkin yönetmeliği'nin iptali istemiyle açılmıştır. Danıştay 13. Dairesi davayı ehliyet yönünden reddetmiş, İDDK ise rekabet konusunda görevli RK'nın söz konusu yönetmeliğe karşı iptal davası açmasında menfaatinin bulunduğuna karar vermiştir. İDDK, kararının gerekçesinde yukarıda özetlendiği şekilde RK'nın kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarına ilişkin yetkisine de değinmiştir. Dan. İDDK, 12.12.2012 tarih ve E:2008/655 K:2012/2752 sayılı karar (Karar alıntısı için bkz. RK 13.10.2016 tarih ve 16-33/561-242 sayılı kararı).

olayda meslek kuruluşlarının işlem ve faaliyetlerinde yasal yetkilerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Danıştay 13. Dairesi ve İDDK'nın içtihatları bakımından RK'nın yetkisinin gündeme gelebileceği diğer bir kamu kurumu grubu ise KİT'lerdir. Yukarıda belirtilen Eti Holding A.Ş. kararında, RK yasal tekel hakkını gerekçe göstererek kendisini yetkisiz görmüş ve bu nedenle soruşturma açmama yolunda işlem tesis etmiş Danıştay da bu işlemi hukuka uygun bularak davayı reddetmiştir. RK kararını hukuka uygun bulan Danıştay içtihadının isabetsiz olduğunu düşünmekteyiz. Eti Holding A.Ş.'nin yasal tekel olarak (bor madeninin aranması ve işletilmesi hususunda) ekonomik kamu hizmeti yürüttüğü bir gerçek olmakla birlikte, dava konusu olayda olduğu gibi farklı fiyat politikası yürütme öncelikle rekabeti ilgilendiren ticari bir faaliyettir. Olayda soruşturma açılarak RK'ca işin esasına girilmesi ve farklı müşterilere yönelik farklı fiyat politikasının yasal gereklilikten mi kaynaklandığının incelenmesi gerekirdi.

Öğretide özellikle RK ile diğer düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında yetki karmaşası yaşanabileceği eskiden beri belirtilmektedir¹²⁴. RK yasa uyarınca bütün sektörler üzerinde sadece belirli bir konuda (rekabet konusunda) yetkili iken, diğer ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar belirli bir sektör üzerinde kapsayıcı olarak yetkilidirler.

Kurumlar arasındaki yetki karmaşası zaman içerisinde yasal değişikliklerle kısmen çözülmeye çalışılmıştır. Bu konuda çeşitli örnekler verilebilir:

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca toplam aktiflerinin bankacılık sektörü içerisindeki payı % 20'yi geçmeyen banka devir ve birleşmelerinde BDDK ve RK'den izin alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu oranı aşan devir ve birleşmelerde her iki kurumdan da izin alınması zorunludur.

4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Yasa'nın 8. maddesinde RK'nın bu piyasadaki birleşme ve devralmalar öncesindeki izin yetkisi ile EPDK'nın piyasada faaliyet gösteren şirketler bakımından hisse ve yönetim değişiklikleri öncesindeki izin yetkisi birbirinden ayrı tutulmuştur.

EPDK'nın görev alanına giren elektrik, doğal gaz, petrol ve sıvılaştırılmış

¹²⁴ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 101-119.

petrol gazları piyasalarına ilişkin yasalara rekabet açısından bakıldığında, sadece 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu’nun 7. maddesinin a-1 bendinde “7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen rekabet özgürlüğü, hakim durumun kötüye kullanılmaması, birleşme ve devir almaya ilişkin hususlar, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişilere de uygulanır” denilerek doğal gaz piyasasında rekabete ilişkin olarak 4054 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. EPDK’nın görev alanına giren diğer enerji piyasalarına ilişkin yasalarda bu şekilde bir 4054 sayılı Yasa atfı bulunmamaktadır. Bununla birlikte EPDK’nın teşkilat ve görevlerine ilişkin 4628 sayılı Yasa’nın 8. maddesi sadece 4054 sayılı Yasa’nın 7. maddesi kapsamına giren birleşme ve devralamalar bakımından bütün enerji sektörlerini bağlamaktadır. Neticede Doğal Gaz Piyasası Yasası bu enerji sektöründe birleşme ve devralma yanında rekabet özgürlüğü ve hakim durumun kötüye kullanılması konularında da RK’yi yetkilendirmektedir. Diğer enerji piyasalarında ise RK sadece 4054 sayılı Yasa’nın 7. maddesi kapsamına giren birleşme ve devralamalar bakımından yetkilidir.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 20. maddesinde bu piyasadaki birleşme ve devirler bakımından RTÜK’ten izin alınması mecburiyeti getirilmiş, ayrıca RK ile SPK’nın yasaları uyarınca alınması gerekli diğer izinler saklı tutulmuştur.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 6. ve 7. maddeleri uyarınca telekomünikasyon piyasasındaki rekabete ilişkin verilecek kararlar öncesinde RK ile BTK’nın birbirlerinden görüş almaları gerekmektedir. Keza yine 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu’nun 4. maddesinin m) bendi ve 18. maddesinin 2. fıkrası uyarınca posta piyasasında alınacak kararlar bakımından RK ile BTK’nın birbirlerinden görüş alması gerekmektedir.

Yukarıda verilen örnekler birlikte değerlendirildiğinde işlemin yetki unsurunu ilgilendiren iki durumla karşılaşılmaktadır. Bunlardan birisi belirli bir piyasa içerisindeki devir ve birleşmeler öncesinde mevzuatın öngördüğü şartların gerçekleşmesi halinde her iki düzenleyici ve denetleyici kurumdan da izin alınması gerekmektedir. İki kurumun izin verme yetkisi birbirinden bağımsız olup tesis edilecek işlemler arasında bir zincir işlem ilişkisi bulunmadığı gibi, bir kurumun izin vermesi

diğer kuruma da izin verme mecburiyeti doğurmamaktadır.

İkinci durum ise işlem tesis etmeden önce bir kurumun diğer kurumun görüşünü almasıdır. Belirtilen yasal hükümlerden de görüldüğü gibi düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında zorunlu danışma ilişkisi bulunmaktadır. Özellikle Fransız Danıştay’ında ve öğretisinde zorunlu görüş alma, işlemin yetki unsuruna dâhil edilmektedir. Bu görüş Türk öğretisinde taraftar bulmamış, ONAR’dan itibaren zorunlu görüş unsuru şekil – usul içerisinde değerlendirilmiştir¹²⁵. Ancak bir telefon şirketinin hâkim durumu kötüye kullandığı iddiasıyla RK’ye yapılan şikâyetin reddine yönelik işleme karşı açılan davada Danıştay RK’ca mevcut iddialara ilişkin olarak TK’nın güncel görüşünün alınmamış olmasını bir iptal sebebi olarak görmüştür¹²⁶. İptal sebebi açık biçimde yetkisizlik olarak saptanmamakla beraber, söz konusu kararda RK ve TK’nın yetkilerine ilişkin ayrıntılı gerekçelerin bulunması bizi iptal sebebinin yetki unsurundaki hukuka aykırılık olduğu sonucuna götürmektedir.

ii. Aynı İdare İçerisinde Yetki Uyuşmazlıkları

Düzenleyici ve denetleyici kurumlarda genel prensip dışarıya karşı icrai ve etkili işlemleri tesis etmeye **kurulun** yetkili olmasıdır. Danıştay kurumun görev alanına giren konularda kurum içerisindeki diğer kademelerin değil münhasıran kurulun yetkili olduğu hususunu kararlarında vurgulamaktadır. Örneğin düzenleyici ve denetleyici kurumlarda icrai işlem tesis etme yetkisi kurul başkanına değil kurula verildiğinden, kurul başkanının icrai işlem tesis etmesi konu bakımından yetkisizlik (yetki tecavüzü) oluşturmakta ve bu şekilde tesis edilen işlem iptal edilmektedir¹²⁷.

Kurum içerisindeki bir birimin, kurul başkanının veya kurul üyelerinin tek başına icrai işlemler tesis etmesi ise istisnadır. Bu konuda istisna EPDK’da görülmektedir. EPDK çıkarmış olduğu Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde taşıma,

¹²⁵ Konuya ilişkin olarak Fransız ve Türk hukukundaki görüşlerin özet değerlendirmesi için bkz. Ulu, **a.g.e.**, s. 145-150.

¹²⁶ Dan. 13. D., 08.05.2012 tarih ve E:2008/14245 K:2012/960 sayılı karar (KBB).

¹²⁷ Dava bir şirketin rekabeti önleyici durumun kaldırılması yolundaki RK’ye yapmış olduğu başvurunun, kurum başkanlığınca reddedilmesine ilişkindir. 13. Daire bu konuda karar vermeye, kurulun yetkili olduğu gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir. Bu karar, Danıştay’ın yasa ile verilen yetkinin ancak yetkili olan makamca kullanılabileceğine ilişkin açık bir karardır. Bkz. Dan. 13. D., 10.10.2005 tarih ve E:2005/1565 K:2005/4938 sayılı karar (KBB).

bayilik ve serbest kullanıcı lisansının verilmesi ile başvuruların reddi ve iptal işlemlerinin Petrol Piyasası Daire Başkanlığı'nca¹²⁸ sonuçlandırılacağına ilişkin düzenleme yapmıştır. EPDK aynı Yönetmeliğinde 19.10.2016 tarihinde değişiklik yaparak bu sefer bütün lisans türleri bakımından Kurul'un, lisansların verilmesi, lisans başvurularının reddi, lisansların tadilleri, lisansların süre uzatımı ile iptalleri işlemlerine ilişkin yetkilerini Başkanlığa veya Petrol Piyasası Dairesi Başkanlığına devredebileceği öngörülmüştür. Neticede Yönetmeliğin her iki halinin de EPDK Yasası ile düzenleyici ve denetleyici kurumların genel prensiplerine aykırı olduğunu düşünüyoruz¹²⁹.

(2) Zaman Bakımından Yetki

Zaman bakımından yetki ile idarenin yetkisi süre ile sınırlandırılmaktadır. Bu süre; idari makamda bulunan görevlinin görev süresine ilişkin olabileceği gibi, yetkinin görevli tarafından kullanılma süresine ilişkin de olabilir¹³⁰. İdari yaptırımlarla güçlendirilmiş kolluk faaliyeti olarak değerlendirilen ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde, özellikle işlemin yetki unsuru bakımından, yasallık ilkesinin mutlaka gözetilmesi gerekmektedir.

Zaman bakımından yetkisizlikte en çok karşılaşılan hususlar **zamanaşımı** ile **lehe olan yasanın** uygulanmasıdır. Doğru tespitlerin yapılabilmesi için öncelikle düzenleyici ve denetleyici kurumlarca tesis edilen idari yaptırımlarda zamanaşımı ve lehe olan yasanın uygulanması konularında hangi yasanın uygulanacağını belirlemek gerekmektedir.

İdari para cezalarına ilişkin zamanaşımı 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'ndan önce kurumların kuruluş ve görevlerine ilişkin yasalarda dağınık olarak düzenlenmiş bulunmaktaydı. Örneğin zamanaşımı 4054 sayılı

¹²⁸ Doğrudan yetkisizliğe ilişkin olmamakla birlikte bir kararda EPDK içerisindeki Petrol Piyasası Daire Başkanlığı'nın bu yönetmeliğe dayanarak tesis ettiği işleme karşı doğrudan Danıştay'da açılan davada, 13. Daire davayı bu işlemin kurul işlemi olmadığı gerekçesiyle görevden reddederek karar vermek üzere Ankara İdare Mahkemesi'ne göndermiştir. İlgili yasa o dönemde kurul işlemlerine karşı ilk derece davaların doğrudan Danıştay'da açılmasını öngörmekteydi. Bkz. Dan. 13. D., 13.06.2011 tarih ve E:2011/1550 K:2011/2828 sayılı karar (KBB).

¹²⁹ Konuya ilişkin eleştirilerimiz Giriş Bölümünde Terminoloji ve Kavramsal Çevre alt başlığının en son dipnotunda bulunmaktadır.

¹³⁰ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 408.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 19. maddesinde, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 11. maddesinde, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenmiştir. Bazı düzenleyici ve denetleyici kurumların tesis edeceği idari para cezaları için zamanaşımının öngörülmüş, bazıları içinse öngörülmemiş olması bu kurumlar bakımından bütünlükten uzak ve uygulamada tereddüde neden olan bir durum oluşturmaktaydı. Ayrıca Kabahatler Yasasında dava açılacak mahkeme olarak sadece sulh ceza mahkemelerinin belirlenmiş olması da, idari para cezalarını tamamen idari yargının dışına çıkarmıştı.

Belirtilen bu hususlardan dolayı öncelikle 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Yasa ile Kabahatler Yasası'nda değişiklikler yapılarak Yasa'nın kapsamı ve yasadaki başvuru yolu gibi temel konularda yeniden düzenleme yapılmıştır. Bu değişikliklere ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddiaları da yerinde görülmeyle reddedilmiştir¹³¹. 2006 yılındaki yasal değişikliklerden sonra ayrıca 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. 5728 sayılı Yasa¹³² ile çeşitli uyum değişiklikleri yanında 4054 sayılı Rekabet Korunması Hakkında Kanun'da, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 4628 sayılı o dönemki ismiyle Elektrik Piyasası Kanundaki zamanaşımı hükümleri kaldırılarak Kabahatler Yasasına tabi kılınmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi kabahatlerin TCK'dan ayrılarak Kabahatler Yasası'nda düzenlenmesi ve daha sonra Kabahatler Yasası'nda değişikliklerin yapılmasıyla, idari yaptırım hukuku ceza hukukundan ayrılmış ve idare hukuku içerisinde yerini almıştır. Danıştay 13. Dairesi de 2008 yılı sonrası içtihatlarında,

¹³¹ Anayasa Mahkemesi, 05.04.2007 tarih ve E:2007/35 K:2007/36 sayılı karar; Anayasa Mahkemesi, 11.06.2009 tarih ve E:2007/115 K:2009/80 sayılı karar.

¹³² Yasanın genel gerekçesinin ilgili bölümünde, ekonomik hayata ilişkin düzenlemelerde sık bir şekilde idarî nitelikte ceza yaptırımlarına yer verildiği; daha önce yürürlüğe konulmuş olan yasalarda kazuistik hükümlere yer verildiği; kazuistik düzenlemeler arasında da bir sistem birliğinin bulunmadığı; bu nedenle, idarî nitelikteki yaptırımlar bakımından Kabahatler Yasasının genel bir yasa olarak kabul edildiği; Kabahatler Yasasında bu yaptırımlar açısından yasallık ilkesinin, **zaman bakımından uygulamanın** ve sorumluluk esaslarının, **zamanaşımının**, idarî yaptırımların hukukî niteliği, çeşitleri ve sonuçlarının sistematik şekilde düzenlendiği; Kabahatler Yasasında idarî yaptırımlarla ilgili olarak belirlenen genel hükümler nedeniyle, bu hükümlerin özel yasalarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanması gerektiği gerekçeleri yer almaktadır. Bkz. TBMM Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu 1/335 sayılı Raporu, s. 9 (Kalın harflerle vurgulama tarafımıza aittir).

yukarıda belirtilen idari para cezalarına ilişkin yasal değişiklikleri de göz önünde bulundurarak, düzenleyici ve denetleyici kurumların idari para cezalarına ilişkin işlemlerinin Kabahatler Yasası'na tabi olduğunu belirtmiştir¹³³.

Böylelikle düzenleyici ve denetleyici kurumlar da dâhil olmak üzere bütün idarelerin tesis edeceği idari para cezalarında zaman bakımından yetkiye ilişkin olarak Kabahatler Yasasının 20. ve 21. maddesindeki zamanaşımı hükümleri ile 5. maddesindeki¹³⁴ lehe olan yasanın uygulanması hükümlerinin uygulanması gerekmektedir¹³⁵. Ayrıca idare hukukunda yetki kamu düzenine ilişkin olduğundan¹³⁶ mahkemelerin idari yaptırımlara ilişkin olan davalarda kendiliğinden gerek zamanaşımı hususunda gerekse de lehe olan yasanın uygulanması hususunda hukukia aykırılığın olup olmadığını denetlemesi gerekmektedir.

i. Zamanaşımı

Zamanaşımı konusu ceza hukukundan kaynaklanmaktadır. Ayrıca zamanaşımı vergi hukukunda da öteden beri uygulanmaktadır. Bu nedenle ceza ve

¹³³ Kararlar EPDK'nın tesis ettiği idari para cezalarına ilişkin olmakla birlikte, kararlarda belirtilen ilkeler yasalarında açık biçimde Kabahatler Yasası'nın uygulanmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmadıkça diğer düzenleyici ve denetleyici kurumlara da uygulanmalıdır. Dan. 13. D., 20.05.2009 tarih ve E:2007/5970 K:2009/5492 sayılı karar (KBB); Dan. 13. D., 23.10.2009 tarih ve E:2007/9328 K:2009/9333 sayılı karar (KBB). "...5728 sayılı Kanun'un gerek genel, gerekse madde gerekçesinde, bu değişikliklerin nedeni, "İdari yaptırım kararlarının tebliği, kesinleşmesi, takip ve tahsili ile zamanaşımı konuları Kabahatler Kanununun genel hükümler kısmında ayrıntılı olarak düzenlendiğinden buna ilişkin düzenlemelere madde metninde yer verilmemiştir." denilerek açıklanmıştır." Bkz. Dan. 13. D., 03.09.2015 tarih ve E:2015/960 K:2015/2876 sayılı karar.

¹³⁴ Bu konuda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun zaman bakımından uygulama başlıklı 5. maddesinde yapılan atıf uyarınca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulama başlıklı 7. maddesinde belirtilen hükümler uygulanmaktadır. TCK'nın 7. maddesinin ilk iki fıkrası şu şekildedir:

"(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşse infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur."

¹³⁵ "5326 sayılı Kanun'un 5. maddesinin yollama yaptığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesinin 2. fıkrasında ise; suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanunun uygulanacağı ve infaz olunacağı kurala bağlanmıştır." Bkz. Dan. 13. D., 23.10.2009 tarih ve E:2007/9328 K:2009/9333 sayılı karar (KBB).

¹³⁶ Ulu, **a.g.e.**, s. 191-193.

vergi hukuklarında zamanaşımı konusuna kısaca değinmek gerekmektedir.

Ceza hukukunda zamanaşımı yasada belirtilen sürenin geçmesi ile birlikte devletin davaya devam etmekten veya cezalandırmaktan vazgeçmesidir¹³⁷. Zamanaşımı, ceza hukukunda dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı olarak ikiye ayrılmaktadır¹³⁸. Dava zamanaşımı devlet ile sanık arasındaki ceza ilişkisini düşürmekte¹³⁹ ve bu nedenle kamu davasının ya hiç açılmaması veya açılmışsa davaya devam olunmaması sonuçları doğmaktadır¹⁴⁰. Ceza zamanaşımında ise yasada belirlenmiş olan sürenin dolması ile cezanın infaz edilme imkânı ortadan kalkmaktadır¹⁴¹.

Vergi hukukunda zamanaşımı, yasada belirtilen sürelerin geçmesinden sonra ödenmesi gereken vergi borcunu devletin isteme ve tahsil etme yetkisini kaldıran bir durumdur. Vergi hukukunda tahakkuk zamanaşımı (tarh zamanaşımı¹⁴²) ve tahsil zamanaşımı olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁴³. Tahakkuk zamanaşımı sonucunda ilgili idare artık vergi incelemesi yapamayıp, idarenin tarh ve tebliğ etme yetkisi kalkmaktadır¹⁴⁴. Tahsil zamanaşımının dolması sonucunda ise kamunun vergiyi tahsil etme yetkisi ortadan kalkmaktadır¹⁴⁵.

İdari para cezası bakımından ise zamanaşımı Kabahatler Yasası'nın 20. maddesinde soruşturma zamanaşımı, 21. maddesinde ise yerine getirme zamanaşımı şeklinde ceza hukukunda ve vergi hukukunda olduğu gibi iki çeşit düzenlenmiştir. Soruşturma zamanaşımının dolması ile kişi hakkında para cezası düzenlenemez, yerine getirme zamanaşımının dolması ile ise para cezası yerine getirilemez yani tahsil edilemez. Danıştay yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri sonrasında Kabahatler Yasası'nın 20. maddesindeki soruşturma zamanaşımı¹⁴⁶, 21. maddesindeki yerine

¹³⁷ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3. bs., İstanbul, Beta, 2005, s. 636.

¹³⁸ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Seçkin, 2009, s. 682-683, 698-699.

¹³⁹ **A.e.**, s. 678, 682.

¹⁴⁰ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 637.

¹⁴¹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 637.

¹⁴² Öğretide tarh zamanaşımı olarak adlandırılma için bkz. Nihal Saban, **Vergi Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2005, s. 140; Ali Uysal, Nurettin Eroğlu, **Açıklamalı Ve Örnekli Vergi Usul Kanunu**, 4. bs., Ankara, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 879.

¹⁴³ Öncel, Kumrulu, Çağan, **a.g.e.**, s. 132-133, 138-139.

¹⁴⁴ **A.e.**, s. 136.

¹⁴⁵ **A.e.**, s. 139.

¹⁴⁶ Dan. 13. D., 17.02.2017 tarih ve E:2015/5730 K:2017/392 sayılı karar (DBB).

getirme zamanaşımının¹⁴⁷ dolup dolmadığını incelemektedir.

Zamanaşımı ile ilgili olarak yasa koyucu sürelerin hesaplanmasında durma ve kesilme sebepleri öngörebilir. Örneğin dava ve ceza zamanaşımını durduran ve kesen sebepler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda öngörülmüştür. Ceza hukukunda dava ve ceza zamanaşımının hesaplanmasında durma ve kesilmesi hallerinin dikkate alınması gerekmektedir. Durma sebepleri bulunduğu zamanaşımı süresi durmakta ve bu sebeplerin ortadan kalkması ile birlikte süre işlemeye kaldığı yerden devam etmektedir. Kesilme sebepleri bulunduğu ise sebebin gerçekleştiği günden itibaren zamanaşımı süresi baştan işlemeye başlamaktadır¹⁴⁸.

Keza vergi hukukunda tahakkuk zamanaşımı bakımından durma sebepleri bulunmakta, ancak kesilme sebepleri bulunmamaktadır¹⁴⁹, tahsil zamanaşımı bakımından ise hem kesilme hem de durma sebepleri bulunmaktadır¹⁵⁰.

İdari para cezaları bakımından Kabahatler Yasası'nda sadece yerine getirme zamanaşımı bakımından durma sebebi¹⁵¹ öngörülmüş olup soruşturma zamanaşımı bakımından durma veya kesilme sebepleri öngörülmemiştir.

Ceza ve vergi zamanaşımı konusuna yasal düzenlemelere ve yukarıda özetlenen öğreti görüşlerine bakıldığında her ikisinde de özellikle zamanaşımı süreleri ile sürelerin durma ve kesilme sebepleri bakımından yasallık ilkesinin uygulandığı, fail veya mükellef aleyhine olacak şekilde yorumlamaların yapılmadığı görülmektedir. **Aynı kural ve ilkelerin idari para cezası bakımından uygulanması gerekmektedir. Eğer yasada zamanaşımı süresi için durma veya kesilme sebepleri belirtilmemişse bu süreler durmaz veya kesilmez.**

Danıştay 13. Dairesi'nin idari para cezasına karşı açılan davada zamanaşımını değerlendirdiği bir kararı bulunmaktadır. Bir şirketin 1998 yılında yapmış olduğu rekabete aykırı eylemler nedeniyle RK tarafından tesis edilen idari para cezası, 13. Dairenin daha önceki bir kararıyla işlemin şekil – usul unsurunda hukuka aykırılık

¹⁴⁷ Dan. 13. D., 15.03.2016 tarih ve E:2016/253 K:2016/694 sayılı karar (DBB).

¹⁴⁸ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 641, 644.

¹⁴⁹ Öncel, Kumrulu, Çağan, **a.g.e.**, s. 138.

¹⁵⁰ **A.e.**, s. 139-140.

¹⁵¹ Kabahatler Yasası'nın 21. maddesinin 5. fıkrasında yasa hükmü gereği olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı işlemeyeceği öngörülerek, yerine getirme zamanaşımı süresi için bir durma sebebi yer almaktadır.

bulunduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. İşlemin iptali üzerine RK bu defa usulüne uygun olarak yeni bir işlem tesis etmiştir. İkinci işleme karşı açılan davada aynı Daire, 5728 sayılı Yasa değişikliği ile birlikte Rekabet Yasası'ndaki soruşturma zamanaşımının kesilme hallerini de içeren zamanaşımı maddesinin yürürlükten kaldırıldığını ve bu nedenle Kabahatler Yasasının uygulanacağını belirledikten sonra "Danıştay'ın bu konuya ilişkin olarak yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere, zamanaşımı süresi geçirilmeden verilmiş bir idarî yaptırımın, idarî yargı yerince aynı konuda yeniden işlem tesisini gerektirecek biçimde iptali üzerine verilen idarî yaptırımlarda, zamanaşımı süresinin işletilme olanağı bulunmamaktadır" gerekçesiyle davayı reddetmiştir¹⁵².

Danıştay'ın zamanaşımına ilişkin anılan kararını isabetli bulmamaktayız. Zira zamanaşımı süresinin işletilmesini sadece yasada açıkça belirtilecek olan kesilme ve durma sebepleri engellemektedir. Bu nedenle yasada zamanaşımı süresi için durma ve kesilme sebepleri öngörülmemişse idarelerin bu sürelerin işlemesine engel olma yetkisi bulunmamaktadır.

Dava konusu olay bakımından Rekabet Yasası'nda önceden soruşturma zamanaşımının kesilmesi düzenlenmişken, müteakip Kabahatler Yasası'nda soruşturma zamanaşımı için bir kesilme sebebi öngörülmemiştir. Öncelikli olarak Kabahatler Yasası'nın 5. maddesi uyarınca yasa değişikliği halinde failin lehine olan hükmün uygulanması gerekmektedir¹⁵³. Bu durumda sonraki yasa değişikliği davacının lehinedir¹⁵⁴ ve soruşturma zamanaşımı sürelerinin kesilmemesi gerekmektedir.

Danıştay kararında ayrıca olaya Kabahatler Yasası'nın uygulanacağı belirtildikten sonra Kabahatler Yasası'nda yer almayan kesilme durumu olaya uygulanarak dava reddedilmiştir. Yasada yer almayan zamanaşımının kesilmesine ilişkin bu gerekçe kanaatimize göre yasallık ilkesine aykırıdır. Yasallık ilkesi sadece ceza hukukunda değil uygun olduğu ölçüde idare hukukunda da uygulanan bir

¹⁵² Dan. 13. D., 01.11.2011 tarih ve E:2008/13699 K:2011/4828 sayılı karar (DD S. 130 s. 221).

¹⁵³ Dan. 13. D., 23.10.2009 tarih ve E:2007/9328 K:2009/9333 sayılı karar (DBB).

¹⁵⁴ Ceza hukukunda "...her iki yasa ayrı ayrı uygulanarak lehte olan bulunmalıdır" görüşü için bkz. Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 104.

ilkedir¹⁵⁵. Özellikle idari yaptırımlarda yasallık ilkesi Kabahatler Yasası'nın 4. maddesinde yer almaktadır¹⁵⁶. Ayrıca zamanaşımı işlemde yetki unsuruna ilişkin olması nedeniyle, buna ilişkin yasa hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği kabul görmektedir¹⁵⁷.

Kaldı ki, bahse konu 13. Daire kararında, “yerleşmiş kararların” hangi daireye ait olduğu ve esas – karar numaraları belirtilmemiştir. Danıştay içtihatları incelendiğinde burada bahse konu kararın Danıştay 8. Dairesi'nin bir kararı olduğu görülmektedir¹⁵⁸. Ancak bu karar memur disiplin hukukuna ilişkin eski bir karardır. Memur disiplin hukuku ile ekonomik düzenleme ve denetleme hukuku zamanaşımının uygulaması bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Dava konusu idari para cezasında Kabahatler Yasası'nın hükmü uyarınca soruşturma zamanaşımı dolmuştur. Bu nedenle idarenin yaptırım işlemi tesis etmeye zaman bakımından yetkisi bulunmamaktadır.

ii. Lehe Olan Yasanın Uygulanması

Yasanın zaman bakımından uygulanmasına dolayısıyla zaman bakımından yetkiye ilişkin diğer bir husus lehe olan yasa hükmünün uygulanmasıdır. Failin lehine olan yasa değişikliği ile yasa koyucu ilgili idarenin yaptırım uygulama yetkisini ortadan kaldırmakta veya azaltmaktadır. Yasanın suç sayılan eylemler nedeniyle suçun işlendiği tarih için belirlenen cezanın uygulanması, hem hukukun genel ilkesi hem de Anayasa'nın 38. maddesinde ifadesini bulan "kimse suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaz" şeklindeki kuralın bir gereğidir. Bu ilke yasa değişikliği ile yaptırımların sadece ağırlaşması halinde değil hafiflemesi halinde de uygulanır. Lehe olan hükmün uygulanması ilkesi, uyarı yaptırımı¹⁵⁹ veya ihalelere katılmaktan yasaklama¹⁶⁰ gibi farklı işlemler yanında

¹⁵⁵ Yasallık ilkesinin idari yaptırımlarda nasıl uygulanacağına ilişkin olarak. Bkz. Oğurlu, **İdari Yaptırımlar**, s. 57-74.

¹⁵⁶ Kabahatler Yasası'nın 4. maddesinde yasallık ilkesinin uygulaması, “hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir” ve “kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir” hükümleriyle açıkça ortaya konulmuştur.

¹⁵⁷ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 403; Ulu, **a.g.e.**, s. 189-191.

¹⁵⁸ Dan. 8. D., 07.10.1996 tarih ve E:1996/3070 K:1996/2443 sayılı karar (KBB).

¹⁵⁹ Dan. 13. D., 22.06.2011 tarih ve E:2010/367 K:2011/3019 sayılı karar (DBB).

¹⁶⁰ Dan. 13. D., 25.12.2012 tarih ve E:2011/4274 K:2012/4033 sayılı karar (DBB).

özellikle idari para cezalarında uygulanmaktadır¹⁶¹.

Danıştay kararlarında bu ilke; ceza verilmesinin dayanağı olan kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekeceği¹⁶², dayanak olan kuralda lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerektiği¹⁶³, suçun işlendiği zaman ile karar zamanında yasa değişikliği olmuşsa fail bakımından lehe olan hükmün uygulanacağı¹⁶⁴, (idari para cezası bakımından) yasa değişikliği sonrasında biri ağır biri hafif olmak üzere iki farklı miktar ortaya çıktığı ve bu nedenle daha az olanın uygulanması gerektiği¹⁶⁵, yapılan yargılama sırasında ilgili fiilin idari yaptırıma konu olmaktan çıkması halinde yaptırım işleminin hukuka aykırı hale geleceği¹⁶⁶ şeklinde açıklanmaktadır. Keza idari para cezasına ilişkin yasadaki alt ve üst sınırların her sene yeniden değerlendirme oranları uygulanmak suretiyle arttırılması durumlarında ise idarenin karar verdiği tarihin değil fiilin işlendiği tarihin esas alınması gerekmektedir¹⁶⁷.

Kararlara bakıldığında lehe olan hükmün uygulanması ilkesi neticesinde yaptırımın tamamen ortadan kalktığı durumlar ile daha hafif yaptırımın yürürlüğe girdiği durumlar şeklinde farklı sonuçlarla karşılaşılmaktadır. Her iki durumda da idari para cezasının muhatabının lehine olan sonuç uygulanmaktadır.

(3) İçtihatlarda Yetkinin Farklı Anlamlarda Kullanımı

Yukarıda belirtildiği gibi yetki unsuru bazı durumlarda işlemin esasını ilgilendiren sebep ve konu unsuruna yaklaşmakla birlikte yetki işlemin yapıcısına,

¹⁶¹ Dan. 13. D., 08.02.2006 tarih ve E:2005/7409 K:2006/889 sayılı karar (KBB); Dan. 13. D., 25.12.2012 tarih ve E:2011/4274 K:2012/4033 sayılı karar (DBB); Dan. 13. D., 19.10.2009 tarih ve E:2007/1055 K:2009/9212 sayılı karar (KBB); Dan. 13. D., 05.01.2010 tarih ve E:2007/4442 K:2010/10 sayılı karar (KBB); Dan. 13. D., 20.05.2009 tarih ve E:2007/5970 K:2009/5492 sayılı karar (KBB); Dan. 13. D., 06.06.2012 tarih ve E:2011/1747 K:2012/1514 sayılı karar (KBB).

¹⁶² Dan. 13. D., 22.06.2011 tarih ve E:2010/367 K:2011/3019 sayılı karar (DBB); Dan. 13. D., 08.02.2006 tarih ve E:2005/7409 K:2006/889 sayılı karar (KBB); Dan. 13. D., 20.05.2009 tarih ve E:2007/5970 K:2009/5492 sayılı karar (KBB).

¹⁶³ Dan. 13. D., 25.12.2012 tarih ve E:2011/4274 K:2012/4033 sayılı karar (DBB).

¹⁶⁴ Dan. 13. D., 19.10.2009 tarih ve E:2007/1055 K:2009/9212 sayılı karar (KBB).

¹⁶⁵ Dan. 13. D., 05.01.2010 tarih ve E:2007/4442 K:2010/10 sayılı karar (KBB).

¹⁶⁶ Dan. 13. D., 06.06.2012 tarih ve E:2011/1747 K:2012/1514 sayılı karar (KBB).

¹⁶⁷ Dan. 13. D., 19.02.2007 tarih ve E:2006/830 K:2007/8736 sayılı karar (DBB).

sebeup işlemleri yapmaya sevk eden nedenlere, konu ise işlemin içeriğine ilişkindir¹⁶⁸. Bu nedenle konu bakımından yetki, aynı idareler içerisindeki organlar arasında veya farklı idareler arasındaki yetki uyumsuzlukları ile sınırlandırılmaktadır¹⁶⁹. Yetki ve esas arasındaki sınırlar bu şekilde çizilmektedir. Bununla birlikte yetki Danıştay kararlarında işlemin esasına ilişkin unsurlarını açıklamak için kullanılmaktadır.

Yetkiyi Danıştay, bazen işlemin unsurlarından öte iptal davasında genel olarak hukuku aykırılığı izah etmek için kullanılmaktadır. Nitekim bir kararında Danıştay “idarelerin görev alanı dâhilinde bulunan uygulamalarıyla ilgili işlemlerinde, yetkilerini aşıp aşmadığının denetimi hususunda, Anayasa’nın 125. maddesi ve 2577 sayılı İYUK’un 2. maddesi uyarınca idari yargı yerlerinde dava açılabilirliği de kuşkusuz bulunmaktadır” gerekçesiyle¹⁷⁰ yetkiyi bu yönde kullanmıştır. Böyle bir kullanım Fransız idare hukukundaki iptal davasına da adını veren **yetki aşımına** benzemektedir.

RTÜK’ün uydu platform işletmecisi olan bir yayın kuruluşu hakkında, sahip olduğu platform üzerindeki bir takım kanalları yayın buketinden çıkarmaya yönelik tesis etmiş olduğu işleme karşı açılan davada verilen karar da bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Danıştay kararında konu unsuru bakımından hukuka aykırılığı yetki kavramıyla inceleyerek işlemleri hukuka aykırı bulmuş ve davayı reddeden yerel mahkemenin kararını bozmuştur¹⁷¹.

BTK işlemine karşı açılan davada ise Danıştay bu kuruma verilen yetkinin sektördeki faaliyetlerin tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirilmesini sağlamak ve rekabetin tesisi konusunda tarifelerin azami üst sınırlarını tespit etmek olmasına karşın, kurumun alt sınırın belirlenmesi şeklinde tarifeye onay verilmesini hukuka aykırı bulmuştur¹⁷². Bu kararda da yetki daha geniş anlamıyla, yetki aşımını anlatmak için kullanılmıştır.

RTÜK’ün tesis etmiş olduğu para cezasının kamuoyuna duyurulması

¹⁶⁸ Ulu, **a.g.e.**, s. 106-107.

¹⁶⁹ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 415-425; Günay, **İdare Hukuku**, s. 136-137.

¹⁷⁰ Dan. 13. D., 15.06.2005 tarih ve E:2005/1040, K:2005/3107 sayılı karar (KBB).

¹⁷¹ Dan. 13. D., 13.10.2008 tarih ve E:2007/9565 K:2008/6764 sayılı karar (KBB). Görüşümüz işlemlerde konu unsuru bakımından hukuka aykırılığın bulunduğu yönündedir. Bu nedenle anılan karar aşağıda esas denetimi bakımından da incelenmektedir.

¹⁷² Dan. 13. D., 01.03.2011 tarih ve E:2008/3934 K:2011/855 sayılı karar (DD. S. 127).

işlemine karşı açılan davada Danıştay ilgili yasanın idareye, para cezasını kamuoyuna duyurma şeklinde bir yetki vermediğinden, kendisine verilen yetkisini aşar bir şekilde tesis ettiği işlemi hukuka aykırı bulmuştur¹⁷³.

Yetki bazen de işlemin şekil – usul unsurlarıyla ilgili olarak kullanılmaktadır. RK'ya yapılan bir şikayet başvurusunun reddine ilişkin işleme karşı İYUK'un 11. maddesi uyarınca yapılan itiraz sonrasında, RK konuyu tekrar görüşüp önaraştırma açılmasına karar vermiş ve önaraştırma sonucunda soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde işlem tesis etmiştir. Soruşturma açılmaması yolundaki işlemin iptali için açılan davada, Danıştay 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 42. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm karşısında, şikayetçilerin İYUK'un 11. maddesinde öngörülen idari başvuru yolunun kapalı olduğuna bu nedenle RK'nın kendisine yapılan itiraza yönelik olarak yeniden inceleme yapma yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir¹⁷⁴. 4054 sayılı Yasa'nın bu şekilde yorumlanacağı varsayılsa¹⁷⁵ bile dava konusu işlemde Danıştay'ın belirlemiş olduğu gibi yetki unsuru yönünden değil, usul unsuru yönünden hukuka aykırılık bulunmaktadır. Daire bu kararda da yetkiyi geniş anlamıyla kullanmaktadır.

Bazı durumlarda ise hukuka aykırılığın yetki unsurunda mı yoksa şekil – usul unsurunda mı olduğu konusu tartışmalıdır. Örneğin Danıştay, kurul kararları ile ilgili

¹⁷³ Dan. 13. D., 21.05.2009 tarih ve E:2008/4483 K:2009/5592 sayılı karar (DBB).

¹⁷⁴ Dan. 13. D., 10.10.2005 tarih ve E:2005/4545 K:2005/4937 sayılı karar (KBB). 13. Dairenin kararı sonradan İDDK tarafından bozulmuştur. İDDK, RK'nın başvuruyu usulden reddetmek yerine işin esasına girerek bir karar vermesi gerektiği gerekçesiyle 13. Daire kararını bozarken tıpkı 13. Daire gibi yetki kavramını kullanmaktadır. Dan. İDDK, 08.04.2010 tarih ve E:2006/2169 K:2010/562 sayılı karar (KBB).

¹⁷⁵ Görüşümüz 4054 sayılı Yasa'nın 42/2. maddesinin, İYUK 11. maddede öngörülen idari başvuru yoluna kapatmadığı yönündedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 42/2 ve 55. maddeleri, İYUK'un 11. maddesi uyarınca yapılacak olan üst makama başvuru yolunu engellememektedir. 4054 sayılı Yasa'nın 42/2. maddesi, İYUK'un 2/1. maddesinin a bendinde belirtilen menfaat şartını "doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu belgeleyen herkes" ifadesiyle genişletmekte ve daha geniş bir ilgili grubuna dava açma hakkı tanımaktadır. Dava tarihindeki haliyle 4054 sayılı Yasa'nın 55. maddesi ise kurulun tesis etmiş olduğu işlemlere karşı Danıştay'da dava açılmasını öngörmektedir. 4054 sayılı Yasa'nın belirtilen maddeleri üst makama başvuru yolunu ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca 4054 sayılı Yasa'nın RK'ya herhangi bir kısıtlamaya gidilmeden re'sen önaraştırma yapma veya soruşturma başlatma yetkisi vermesi ve Yasa'nın tekrar şikayette bulunmayı yasaklayan bir hüküm taşımaması karşısında; RK'ya yapılan itiraz başvurusunun, yeni şikayet veya ihbar olarak da değerlendirilmesi mümkündür. Genel olarak idare hukukunda, idarenin işlem tesis etmek için re'sen harekete geçmek imkanı bulunmaktadır. Bkz. A. Ülkü Azrak, **Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1964, s. 172; Akyılmaz, a.g.e., s. 122-124.

toplantı ve karar yeter sayılarını şekil – usul unsuru içerisinde ele almaktadır¹⁷⁶. Öğretide ise bazıları bu tür hukuka aykırılıkları yetki unsuru içerisinde¹⁷⁷ bazıları ise şekil – usul içerisinde değerlendirmektedir¹⁷⁸.

(4) Yetki Unsuru Bakımından Genel Değerlendirme

Yetki unsuru Fransız idare hukukunda ilk ileri sürülen işlem unsuru ve iptal sebebidir. Üstelik aynı hukukta iptal davasına **yetki aşımı davası** şeklinde isim verilmiştir. Bu nedenle yetki unsuru üzerinde en çok durulan unsurdur¹⁷⁹. Fransız ve Türk idare hukukuna bakıldığında yetki unsurunun diğer unsurlara göre en ayrıntılı tasnif edilen unsur olduğu görülmekte ve yetki de kendi içerisinde alt unsurlara ayrılmaktadır. Yetki unsuruna ilişkin içtihatlar yüzyıldan fazla süre içerisinde olgunlaşmış ve ihtiyaca göre güncellenmiştir.

Ekonomik düzenleme ve denetleme konusundaki içtihatların göreceli olarak yeni olduğu, çoğu konuda genel idare hukukundaki yetkiye ilişkin kararlardan faydalandığı, bununla beraber bu konudaki içtihatlarda bazı noktalarda eksiklikler olduğu görülmektedir. Ekonomik düzenleme ve denetleme konusundaki yetki unsuruna ilişkin içtihatların artması ve boşlukların azalması, işlemin diğer unsurları bakımından yapılan denetime de katkıda bulunacaktır.

2. Şekil – Usul Unsuru

a. Şekil ve Usul Kavramları

Şekil, “biçim, ... bir hukuki işlemin veya belirtilen bir iradenin dış görünüşü”¹⁸⁰, usul ise “yöntem, yol yordam, bir işin yapılma süreci, ... izlenecek yol,

¹⁷⁶ Dan. 13. D., 22.11.2006 tarih ve E:2006/883 K:2006/4435 (KBB).

¹⁷⁷ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 795-800; Ulu, **a.g.e.**, s. 155-156.

¹⁷⁸ Onar, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 312; Atay, **İdare Hukuku**, s. 493-496. GÖZÜBÜYÜK-TAN ise bu türdeki hukuka aykırılıkları yetki unsurunda bozukluk sayılan şekil ve usul bozuklukları olarak adlandırmaktadır. Bkz. Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 449-452.

¹⁷⁹ SCHWARTZ da Amerikan idare hukuku ile Fransız idare hukukunu karşılaştırırken, Amerikan Hukukundaki iptal davasında yetki unsurunun önemine dikkat çekmektedir. Bkz. Schwartz, **Administrative Law**, s. 200-201.

¹⁸⁰ Yılmaz, **Sözlük**, s. 1148.

prosedür”¹⁸¹ anlamına gelmektedir. İYUK’da işlemin unsurları yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olarak belirtilmiştir. Ancak maddenin devamında veya Yasa’nın diğer maddelerinde idari usule¹⁸² ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır.

Yasal durum nedeniyle, öğretide baskın olarak şekil ile usul tek bir başlık altında ve işlemin şekil unsuru içerisinde incelenmektedir¹⁸³. Ayrıca şekil ve usul birbirinden ayrılarak, usul işlemin diğer unsurları yanında altıncı bir unsur olarak da sayılmaktadır¹⁸⁴.

Şekil ve idari usulün bir arada değerlendirildiği Danıştay kararlarına rastlanılmaktadır. Örneğin RK işlemine karşı açılan bir davada Danıştay işlemin şekil unsuru üzerinde yargısal denetim yaparken, “şekil ve usule aykırılık halinin işlem üzerindeki hukuki etkisinin ve önceden uyulması öngörülen şekil koşullarının konuluş amacının da gözönünde bulundurulması gerek”tiğini belirlemiştir¹⁸⁵. Danıştay 6. Dairesi’nin farklı yöndeki kararlarına ilişkin Danıştay İBK kararında ise yasada öngörülmüş olan usul ve şekil yöntemlerine sıkı sıkıya bağlı kalınması gerektiğine ve bu usullere uyulmamış olmasının hukuka aykırılık teşkil edeceği belirtilerek¹⁸⁶ şekil ve usul bir arada değerlendirilmektedir.

Danıştay içtihatları da göz önüne alındığında idari usulün, yasada sayılan işlemin beş unsuruna ek bir unsur olarak sayılmasını doğru bulmuyor ve öğretideki baskın görüş gibi, usulün şekil unsuru ile aynı başlık altında değerlendirilebileceğini düşünüyoruz. Ancak baskın görüş içerisindeki bazı yazarlar tarafından¹⁸⁷ ileri sürüldüğü gibi idari makamın iradesinin cisimleşmiş hali olan şekil ile de iradenin oluşmasında başından sonuna kadarki usulünün (yol ve yönteminin) aynı olduğu görüşünü paylaşmıyoruz. Şekil ve usul kavramlarının birlikte kullanılmaları bunların

¹⁸¹ A.e., s. 1275.

¹⁸² Danıştay idari usulü “idarenin kamu gücünü kullanarak, bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce ilgililerin bir takım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini tam olarak korumalarını sağlayan kurallar bütünü” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Dan. 10. D., 25.09.2002 tarih ve E:2001/2814 K:2002/3262 sayılı karar (DBB); Dan. 13. D., 19.04.2005 tarih ve E:2005/161 K:2005/2120 sayılı karar (KBB).

¹⁸³ Onar, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 308; Azrak, **İdari Usul**, s. 5; Özay, **Günlükte Yönetim**, s. 412; Günday, **İdare Hukuku**, s. 144; Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 67; Atay, **İdare Hukuku**, s. 488; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 419.

¹⁸⁴ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 743-744.

¹⁸⁵ Dan. 10. D., 15.01.2001 tarih ve E:2000/1220 K:2001/55 sayılı karar (KBB).

¹⁸⁶ Dan. İBK, 20.05.1982 tarih ve E:1981/1-4 K:1982/2 sayılı karar (KBB).

¹⁸⁷ Günday, **İdare Hukuku**, s. 144; Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 66-67; Atay, **İdare Hukuku**, s. 488.

aynı veya eş anlamda olmalarından kaynaklanmamaktadır.

Şekil unsuru dar anlamıyla yazılı olarak cisimleşen idari işlemi, geniş anlamıyla¹⁸⁸ ise işlem süreci içerisinde toplanan çeşitli bilgi, bulgu ve hukuki olgulara ilişkin yazılı delillerle tekemmül eden¹⁸⁹ işlem dosyasını (işleme ilişkin bütün ekleri) ifade etmektedir. Bahse konu yazılı belgelerin arasında çoğunlukla idarenin hazırlık işlemi, bildirici işlemleri gibi icrai olmayan işlemleri de yer almaktadır¹⁹⁰. Bu açıdan bakıldığında idari işlem, hem karar sürecinin (idari usulün)¹⁹¹ hem de karar süreci içerisinde oluşan işlem dosyasının (geniş anlamda şeklin) bir sonucudur. İdari usul süreci içerisinde bilgi ve belgeler toplanarak geniş anlamda şekil oluşmakta, bu ikisinin birlikte işlemesi sonucunda ise idari işlem tesis edilmektedir.

Alman idare hukukunda da şeklin geniş ve dar anlamda kullanıldığı görülmektedir. Geniş anlamda şekil ifade edilirken sadece yazılı şekil veya resmi belge anlamındaki şekil anlaşılmamakta, işlemin içeriği başka bir ifadeyle esas dışındaki bütün denetim ve kontrol noktaları anlaşılmaktadır¹⁹². Dar anlamda şekil ise idari işlemin yazılı, sözlü, elektronik veya başka türlü biçimini belirtmek için kullanılmaktadır¹⁹³. Ayrıca yazılı şekil içerisinde, belirli işlem türleri için belirli bir belge ve vesika tipi de öngörülmüş olabilir¹⁹⁴.

b. Şekli Usulün Yargısal Denetim Bakımından Önemi

Şekil ile usul kavramlarının kesiştiği başka bir nokta ise genel idari usul

¹⁸⁸ ONAR da şekil unsurunu “tasarrufun oluşu ve tekemmülü; iradenin hazırlanması, izharı ve tespiti için takip edilecek usul, merasim ve vesikalar” olarak değerlendirirken geniş anlamda şekle değinmektedir. Bkz. Onar, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 308.

¹⁸⁹ “Şu halde, eğer bir işlemi ele alır da, kendi içinde kronolojik olarak onun oluşmasına bakacak olursak, tıpkı canlı organizmaların doğması gibi, bunun belirli usuller izlenerek gerçekleşmekte olduğunu görürüz. Öyle ise, izlenen usul ortaya çıkan şekilde önceki ana ilişkin, fakat o şekil için “kurucu” unsurun ilk adımıdır.” ÖZAY’ın alıntı yapılan ifadelerinin görüşümüze yakın olduğunu düşünmekteyiz. Bkz. Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 412-413.

¹⁹⁰ İdarenin icrai olmayan işlemleri hakkında daha detaylı bilgiler için bkz. Cemil Kaya, “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, **GÜHFD**, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 253-269, 273-279.

¹⁹¹ Alman ve Türk hukuklarında idari işlemin, idari usulün bir sonucu olduğuna yönelik açıklamalar için bkz. Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 150-151; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 419-420.

¹⁹² Ipsen, **a.g.e.**, s. 151.

¹⁹³ İdari işlemin yazılı, elektronik, sözlü veya başka şekilde olarak tesis edilebileceğini öngören Alman İdari Usul Yasası’nın 37. maddesi dar anlamıyla şekle ilişkindir. Ayrıca bkz. **A.e.**, s. 154; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 191-192; Oberrath, **Öffentliches Recht**, s. 194.

¹⁹⁴ Örneğin vatandaşlığa alınma veya memur atama işlemleri. Bkz. Erbguth, **a.g.e.**, s. 117.

yasasının yürürlükte olduğu hallerde görülmektedir. Genel idari usul yasaları, aralarında düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri de dâhil olmak üzere belirli işlemlere, ayrıntılı ve kapsamlı usul ilke ve kurallarının uygulanmasını mecbur tutmakta, diğer işlemler için ise herhangi bir usul mecburiyeti getirmemekte ve o işlemlerin usulünü belirlemede idareyi serbest bırakmaktadır. İşte genel idari usul yasalarının bulunduğu Amerikan ve Alman hukuklarında, yasayla detaylı idari usul kurallarının belirlendiği idari usule **şekli**¹⁹⁵ **usul (formal procedure**¹⁹⁶, **förmliches Verfahren**¹⁹⁷), diğer idari usule ise **şekli olmayan – basit usul (informal procedure**¹⁹⁸, **formloses – nichtförmliches Verfahren**¹⁹⁹) denilmektedir.

Türk İdare Hukukunda olduğu gibi genel idari usul yasası bulunmamakla birlikte bir idarenin teşkilat ve görevlerine ilişkin yasada o idarenin uygulaması gereken ayrıntılı ve kapsamlı idari usul kuralları belirlenmiş ise bu durumda da o idarenin usulü de şekli usuldür. Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlem süreçleri şekli usule tabi olduğundan, bu usul türüne ayrı bir önem atfedildiğinden ve bundan sonra bu ayrıma sıklıkla değinileceğinden şekli usul ile basit usul türü arasındaki farklılıkların ortaya konulması gerekmektedir. Birinci farklılık dayanak olan hukuk normudur; şekli usulde usul kuralları idarenin tercihinin bırakılmadan mutlaka yasa ile belirlenmekte, basit usulde ise kurallar idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenmektedir. İkinci farklılık şekli usulde usul kurallarının daha ayrıntılı ve detaylı olması, basit usulde ise adından da anlaşıldığı gibi usul kurallarının daha basit ve şekilcilikten uzak olmasıdır. Son farklılık ise uygulanma yaygınlığıdır. Şekli usul avantajlarına rağmen idarenin işleyişini yavaşlattığından, yasa tarafından belirlenen sınırlı sayıdaki bazı işlemlere uygulanmaktadır. Basit usul ise yasaca şekli usul zorunlu kılınan işlemler dışındaki bütün işlemlere uygulanmaktadır.

¹⁹⁵ ŞAHİN Amerikan Hukukunda yer alan **formal** ve **informal** kavramlarını, **şekle bağlı olan** ve **şekle bağlı olmayan** olarak çevirmektedir. Bkz. Şahin, **a.g.e.**, s. 120. Biz daha kısa olmakla birlikte aynı anlama gelmesi nedeniyle **formal** için **şekli**, **informal** için **şekli olmayan – basit** kavramlarını tercih etmekteyiz.

¹⁹⁶ Lawson, **a.g.e.**, s. 190; Kenneth Culp Davis, **Administrative Law Text**, 3.bs., St. Paul – Minnesota, West Publishing Co., 1972, s. 91; Mashaw, Merrill, Shane, **a.g.e.**, s. 10, 16.

¹⁹⁷ Wolff, Bachof, Stober, **Verwaltungsrecht (Cilt 2)**, s. 323; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 329; Erbguth, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁹⁸ Lawson, **a.g.e.**, s. 190; Davis, **Administrative Law Text**, s.91; Mashaw, Merrill, Shane, **a.g.e.**, s. 10, 16.

¹⁹⁹ Wolff, Bachof, Stober, **Verwaltungsrecht (Cilt 2)**, s. 323; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 329; Erbguth, **a.g.e.**, s. 113.

Şekli usul ile basit usulün ortak noktaları da bulunmaktadır. İdari işlemler mutlaka bir usul çerçevesinde tesis edildiğinden²⁰⁰ ister yasayla belirlenen şekli usul ister düzenleyici işlemle belirlenen²⁰¹ basit usul mutlaka gözetilmeli ve uygulanmalıdır.

Sonuçta düzenleme ve denetleme işlevinde de hâkim olan şekli usul açısından ele alındığında, şekil ile usul hem işlemin oluşma sürecinde hem de işlem tesis edildikten sonra ayrılmayacak şekilde birleşmektedir.

(1) Genel Olarak İdare Hukukunda

Şekli idari usulün çeşitli faydaları ve sakıncaları bulunmaktadır²⁰². Şekli idari usul, idari kararların doğruluğunun sağlanmasına katkıda bulunmakta, idareyi objektif davranmaya itmekte, bireylere hukuki güvenlik sağlamakta, idarenin denetim altına alınmasına da katkıda bulunmaktadır²⁰³. Ayrıca idari usul kuralları, idarenin takdir yetkisinin kısıtlanmasının etklili ve somut yöntemlerinden biridir²⁰⁴. Şekli idari usul, özellikle idari tekniğin yüksek olduğu alanlarda daha faydalı sonuçlar vermektedir²⁰⁵.

²⁰⁰ “Özetleyecek olursak, tüm işlemlerini ancak belirli kurallara ve usullere uyarak yapmak zorunda olan İdare...” Bkz. Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 414. Amerikan hukuk öğretisindeki benzer ifadeler için bkz. Ernest Gellhorn, Ronald M. Levin, **Administrative Law and Process: In A Nutshell**, 5. bs., St Paul – Minnesota, Thomson West, 2006, s. 166-167; Paul R. Verkuil, “A Study of Informal Adjudication Procedures”, **The University of Chicago L. R.**, C: 43, S. 4, 1976, s. 742.

²⁰¹ İdarenin düzenleyici işlemleri ile koymuş olduğu usuli kurallara uymaması keyfilik örneği olarak sayılıp hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği Amerikan idare hukukunda da belirtilmektedir. Bkz. Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 92.

²⁰² ROSENBLOOM kamu yönetimi ile hukuk arasındaki ilişkiyi incelediği eserinde şekli idari usulün fayda ve sakıncalarını açıklamak yerine şekli idari usulün idarenin (bürokrasinin) klasik özelliklerini nasıl değiştirdiğini değerlendirmektedir. Kıta Avrupası’ndan kaynaklanan klasik bürokrasinin altı temel özelliği **hiyerarşi, kişilik dışılık, uzmanlık, şekilcilik, liyakat ve büyüklük** olarak sayıldıktan sonra, şekli idari usulün ilk iki özelliği zayıflatmış geri kalan özellikleri ise kuvvetlendirdiği ileri sürülmektedir. Şekli idari usul bazı idari hazırlıkların tarafsız kamu görevlilerince yapılması nedeniyle hiyerarşik denetimi zayıflatmakta; çelişme unsuru içerdiğinden klasik idaredeki kişilik dışılığı ortadan kaldırarak idari işlevi kişiselleştirmektedir. Bunun dışında şekli idari usul idarenin uzmanlığını ve şekilciliğini arttırmakta, liyakat sistemine katkıda bulunmakta ve idareyi kurumsal ve personel sayısı olarak daha büyük olmaya mecbur kılmaktadır. Bkz. Rosenbloom, **a.g.e.**, s. 214-217.

²⁰³ Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 73, 74-75.

²⁰⁴ İdari işlemde etkilecek olan tarafların işlem sürecine dâhil olmaları halinde, işlemi tesis edecek olan makamın takdir yetkisini daha makul kullanacağı belirtilmektedir. Bkz. Stephen G. Breyer, **Regulation and Its Reform**, Massachusetts, Harvard University Press, 1982, s. 3. Ayrıca bkz. Gary Bryner, “Administrative law And Administrative Discretion”, **Administrative Discretion and Public Policy Implementation**, Douglas H. Shumavon, H. Kenneth Hibbeln (ed.), New York, Praeger Publishers, 1986, s. 50.

²⁰⁵ Rosenbloom, **a.g.e.**, s. 217.

Bununla birlikte şekli idari usulün olumsuz yanları da bulunmaktadır. Öncelikle şekli idari usul idarenin işleyişini ağırlaştırmakta ve işlem sürecini uzatmaktadır²⁰⁶. İdarelerin bir refleks olarak şekli usullü işlemlerden kaçarak aynı sonuca basit usullü işlemlere doğru erişmeye çalıştığı da görülmektedir²⁰⁷. İdari usul kurallarının gereğinden fazla kapsamlı ve yoğun olmasının, hizmet yürütme ile hukuka saygılı olma dengesini bozarak idareyi hizmet etmekten alıkoyacağı da ileri sürülmektedir²⁰⁸. Şekli idari usul süreci içerisinde veya bu süreç tamamlandıktan sonra hiyerarşik denetimin kullanılması ciddi bir biçimde kısıtlanmakta²⁰⁹ ve sonuç itibarıyla bu usul türü merkezi idareyi zayıflatmaktadır²¹⁰.

İdari usul, bir süreç olarak başlamakta ve tamamlanarak sona ermektedir. Bu süreç içerisinde idare nezdindeki çeşitli tespit, bulgu ve bilgileri içeren bir dosya oluşturulmakta²¹¹ ve idari işlem bu dosyadaki son belge olarak yerini almaktadır.

Bu bağlamda şekil – usulün yargısal denetim yönünden biri doğrudan diğeri dolaylı iki farklı işlevi bulunmaktadır. Öncelikle işlemin bir unsuru olarak şekil – usulde hukuka aykırılık görülebilmektedir. Bu doğrudan bir işlevdir.

Şekil – usulün dolaylı olan diğer işlevi ise işlem dosyası içindeki yer alan idari işlem ile bilgi ve belgelerin, işlemin sebep ve maksat unsurlarını göstererek²¹² bahsedilen unsurlardaki hukuka aykırılıkların ortaya çıkmasına yardımcı olmasıdır. Bu bağlamda idari usul ile yargılama usulü işlevsel olarak birbirine bağlı olup²¹³ idari usul ile idari yargılama usulünün bu birlikteliği mahkemelerin yükünü hafifletmektedir²¹⁴.

²⁰⁶ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 852; Kagan, **a.g.e.**, s. 16.

²⁰⁷ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 851-855.

²⁰⁸ **A.e.**, s. 852.

²⁰⁹ Shapiro, **Who Guards**, s. 112. Amerikan Hukukunda **APA**'nın 556 ve 557. maddelerinde düzenlenen şekli işlem usulüne başlandıktan sonra işlem süreci kendi kendine yürümekte, bu sürece belirli ölçülerde işlemin ilgilisi katılabilmekte ve kurumların veya merkezi idarenin bu sürece müdahale etme gücü zayıflamaktadır; karşılaştırarak bkz. Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 200.

²¹⁰ Rosenbloom, **a.g.e.**, s. 217.

²¹¹ İdari usulün amacı idari işlemin dayanağı ve ayrılmaz bir parçası olan işlem dosyasına, idarenin ve bazen de ilgilinin önemli gördüğü, her belge ve bilginin girmesidir. Bunun pratik sonucu bazı işlemlerde, işlem dosyasının binlerce sayfaya varan kapsama ulaşmasıdır. Benzeri görüş için bkz. Samuel Krislov, David H. Rosenbloom, **Representative Bureaucracy And The American Political System**, New York, Praeger Publishers, 1981, s. 138; Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 112-113.

²¹² Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 412-413.

²¹³ Eberhart Schmidt-Aßmann, **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung**, 2. bs., Berlin, Heidelberg, Springer Verlag, 2004, s. 174.

²¹⁴ Tettinger, Warendorf, **a.g.e.**, s. 11.

(2) Ekonomik Düzenleme ve Denetleme İşlevinde

Şekli idari usulün faydaları ve sakıncaları, ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi bakımından da kısaca değerlendirmelidir. Ekonomik düzenleme ve denetlemede idari tekniğin yüksek olması, düzenleyici ve denetleyici kurumlara yasalarla geniş yetkiler verilmesi, mülkiyet hakkı ve çalışma hürriyeti gibi anayasal hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ve işlemin kurum içerisinde başlayıp tamamlanması gibi özellikler, ekonomik düzenleme ve denetlemede şekli idari usulün yukarıda sayılan faydalı yönlerini ön plana çıkarmaktadır. Bunun yanında işleyişteki ağırlaşmalar şekli usulle edinilen faydalar karşısında ihmal edilebilir ölçüde kalmaktadır. Ayrıca ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi zaten merkezi idarenin denetiminden büyük ölçüde uzak gerçekleştiğinden, bu olumsuzluğun etkisi ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde genele göre daha az olmaktadır.

Şekli idari usulün ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde önemi iki neden ile izah edilebilir.

Bunlardan birincisi bu işlevin bir kolluk faaliyeti olmasıdır. Tüm işlemlerde uygulanmakla birlikte, idari usulün kolluk faaliyetinde veya yaptırım sonucunu doğuran işlemlerde önemi ve işlevi artmaktadır²¹⁵. Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi de bir (ekonomik) kolluk faaliyeti olduğundan, bu işlevde özellikle şekli idari usul kritik bir rol oynamaktadır.

İkincisi ise bahse konu işlev içerisinde tesis edilen işlemler açısından yargısal denetimde re'sen araştırma ilkesinin etkin olarak kullanılamamasıdır. Düzenleyici ve denetleyici kurumlara teşkilat açısından bakıldığında şu şekilde kademeli bir yapıyla karşılaşmaktadır. Kurum piramidinin alt kısmında, konusunda uzman ve donanımlı personel grubu bulunmakta ve bunun üzerinde heyetli/kolejyal biçimde idari işlemleri tesis eden kurul yer almaktadır. Uzman personel kurumun teknik ve bürokratik²¹⁶ yanını yansıtırken; kurul üyeleri ise yine konusunda deneyimli olmakla beraber kurumun siyasi ve pragmatist²¹⁷ yanını dengeli bir biçimde yansıtmaktadır.

Kurumun işlemleri alttan üste doğru gelişerek (diğer bir deyişle tekemmül

²¹⁵ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 414.

²¹⁶ Benzer görüşler için ayrıca bkz. Sezen, *a.g.e.*, s. 86.

²¹⁷ Benzer görüşler için ayrıca bkz. *A.e.*, s. 90-91.

ederek) sonuçlanmaktadır. Düzenleme ve denetleme işlevi kurum içerisindeki bu iki kademenin dengeli bir biçimde çalışmasıyla gerçekleştirilmektedir. Bu kurumlara başka idarelerden (dışarıdan) sınırlı biçimde bilgi akışı olmakta, bunların işlemlerinin dayanağı olan belgeler, raporlar, araştırmalar çoğunlukla kurum içerisinde oluşturulmaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların bu yapısal ve işlevsel özelliği nedeniyle, şekli usul olmadan işlemin dayanağı olan bütün bilgi ve belgelere işlemin ilgisinin ve mahkemenin tam anlamıyla erişimi mümkün olmayabilmektedir. Şekli usul bu bağlamda re'sen araştırma ilkesini güçlendirmektedir. Ayrıca işlemin şekli usulle tesis edilmesi durumunda, işleme dayanak olacak bütün bilgi ve belgeler işlem dosyasında bulunacak ve daha da önemlisi bu bilgi ve belgeler işlemin muhatabı tarafından da tartışılmış olacaktır.

GÜLAN düzenleme ve denetleme işlevine ilişkin olarak benzer şekilde, şekli idari usulü “idare tarafından teknik gereklerin yeterli oranda değerlendirildiği, aleyhteki görüş ve yaklaşımların dinlenildiği ve karşılandığı, gerekli ve yeterli tedbirlerin alındığını ortaya koyacak bir süreç...” olarak değerlendirmiş ve bu sürecin yargısal denetime katkısı olacağını belirtmiştir²¹⁸. Özel sektör şirketleri de idareler kadar konularında teknik bilgi sahibi olup uzman kişi donanımına sahiptir²¹⁹. Devletin uzvu olan idarelerin yasa ile belirlenmiş görev ve sorumluluklarını yerine getirirken, idari usul içerisinde işlemin muhatabı olan gerçek ve tüzel kişilerin deneyim, bilgi ve katkılarından yararlanacağı tabiidir.

Amerikan idare hukukunda ise öteden beri, (şekli) idari usulün, yargısal denetimin kapsamını belirlemede önemli rol oynadığı²²⁰, işlemin esasa ilişkin denetiminde mahkemelere yardımcı olduğu²²¹, mahkemelere yargılama yapmak için yeterli delil oluşturma görevini üstlendiği²²² ve yargısal denetimin kapsamını yerindelik denetimine kaymadan genişleteceği²²³ ileri sürülmektedir.

²¹⁸ Gülan, **Maden Hukuku**, s. 258-259.

²¹⁹ Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 42, 51.

²²⁰ Lawson, **a.g.e.**, s. 312.

²²¹ Cushman, **a.g.e.**, s. 49.

²²² Wayne McCormack, “The Purpose of Due Process: Fair Hearing or Vehicle for Judicial Review?”, **Texas L. R.**, C. 52, S. 7, 1974, s. 1301-1302.

²²³ Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 241.

Keza Alman öğretisinde de ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin tabi olduğu usul kuralları sonucunda yargılama yapan hâkimlere yardımcı olunduğu ve bu nedenle daha isabetli kararların verildiği, yargısal denetimin kapsamının belirli ölçüde arttığı belirtilmektedir²²⁴.

c. Amerikan İdari Usul Sistemi ve Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Bu Sistem İçerisindeki Yeri

Birinci ve ikinci bölümlerde üzerinde durulduğu gibi Amerikan idare hukukunda ekonomik düzenleme ve denetlemenin yapısal ve işlevsel açıdan gelişimi süreç içerisinde gerçekleşmiştir. Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde uygulanan idari usul²²⁵ de adım adım gelişerek oluşmuştur.

Amerikan idare hukukunda idari usul, idare hukuku için bir merkez noktası olmuş ve Amerikan idare hukuku bu merkezin etrafında oluşmuş ve gelişmiştir. Bu nedenle Amerikan idare hukukunda **regulatory process** (idari usul - yöntem) denildiği zaman sadece idari usul değil, yapısal ve işlevsel anlamda idare veya idare hukukunun genel olarak işleyişi anlaşılmaktadır²²⁶. Bölümde ilk olarak **APA** sistemi, daha sonra ise bireysel işlem usulü ile düzenleyici işlem usulü incelenecektir.

(1) APA Sistemi

Başta ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar gelmek üzere Amerikan idarelerine ilişkin muhtelif yasalarda yer alan dağınık, karmaşık bu nedenle birbiri ile çelişik idari usule ve diğer konulara ilişkin hükümlerin genel bir yasada toplanmasına yönelik çalışmalar ilk defa Amerikan Barolar Birliği'nin 1930'larda kurduğu İdare Hukuku Özel Komitesi (**Special Committee on Administrative Law**)

²²⁴ Reiner Schmidt, Thomas Vollmöller, **Kompandium Öffentliches Wirtschaftsrecht**, 3. bs., Heidelberg, Springer Verlag, 2007, s. 408.

²²⁵ Amerikan Yüksek Yargıç FRANKFURTER *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401 (1945) kararının gerekçesinde Amerikan özgürlüğünün gelişiminin büyük oranda usulün gelişimi ile bir olduğunu belirtmektedir. Alıntı yapılan yer için bkz. McAlinn, Rosen, Stern, **a.g.e.**, s. 137.

²²⁶ **LANDIS process** (usul – yöntem) kavramını idarenin işlevini açıklarken kullanmıştır. Bkz. Landis, **a.g.e.**, s. 2; Marver H. Bernstein, "The Regulatory Process: A Framework For Analysis", **Law And Contemporary Problems**, C. 26, S. 2, 1961, b.a. ve özellikle s. 330-335; Ronald A. Cass, "Models Of Administrative Action", **Virginia L R.**, C. 72, S. 2, 1986, s. 363; Ferdinand F. Stone, "An Introduction To The Administrative Process", **Miami L. Q.**, C. 6, S. 3, 1952, b.a.

ile birlikte başlamıştır²²⁷. Yaklaşık 10 yıllık bir çalışma sonucunda idari işlevin etkinliğinin korunması ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması arasında bir denge kurularak²²⁸, derli toplu usul ilkeleri oluşturulması amacıyla²²⁹ **APA** yürürlüğe girmiştir.

Amerikan Federal Anayasası'nda yapısal ve işlevsel anlamda idare yer almadığından **APA** bu eksikliği doldurmuştur²³⁰. Bu nedenle **APA**, Amerikan idare hukukunun anayasası olarak nitelenmektedir²³¹. Fransız Danıştay'ında Başkanvekilliği görevinde bulunmuş CASSIN'in de belirttiği üzere federal bir devlet sistemi içerisindeki (**APA** gibi) federal kodifikasyonlar ülkede ulusal birliği sağlama gibi esasında bir anayasanın yapması gereken işlevi üstlenmektedir²³². Üstelik **APA** metin olarak fazla emredici hüküm içermemesine rağmen federal mahkemeler bu yasayı bir anayasa gibi yorumlayarak, içtihatlarıyla yasanın emredici gücünü kuvvetlendirmişlerdir²³³.

Yürürlüğe girdikten sonra **APA**'yı ve dolayısıyla idari usulü, birey hak ve özgürlükleri ile şeffaf yönetim konusunda güçlendirmek ve geliştirmek amacıyla sırasıyla 1966 yılında Bilgi Özgürlüğü Yasası (**Freedom of Information Act – FoI Act**), 1974 yılında Özel Hayatın Gizliliği Hakkında Yasa (**Privacy Act**), 1976 yılında Gün Işığında Devlet Yasası (**Government in the Sunshine Act - GISA**), 1990 yılında Müzakere Yoluyla Düzenleyici İşlem Yapımı Hakkında Yasa (**The Negotiated Rulemaking Act**) ve 1991 yılında İdari Uyuşmazlıkların Çözümü Yasası (**The**

²²⁷ Walter Gellhorn, “The Administrative Procedure Act: The Beginnings”, **Virginia L. R.**, C. 72, S. 2, 1986, s. 219; Shapiro, **Who Guards**, s. 38-39.

²²⁸ Douglas F. Morgan, John A. Rohr, “Traditional Responses To American Administrative Discretion”, **Administrative Discretion and Public Policy Implementation**, Douglas H. Shumavon, H. Kenneth Hibbeln (ed.), New York, Praeger Publishers, 1986, s. 229-230.

²²⁹ Carper, West, **a.g.e.**, s. 201.

²³⁰ **APA**'da federal devlet içerisinde idarenin bütünlüğünü sağlamaya yardımcı olan hükümler de bulunmaktadır. Federal katmanda **APA**'nın uygulanmasını gözetmekle görevli olan idare doğrudan Amerikan başkanına bağlı olan Yönetim ve Bütçe Ofisi (**Office of Management and Budget**) idaresidir. - Böylelikle idarenin bütünlüğü bir ilke olarak yer almamakla yasa tarafından kurulan idarelerle bu amaca ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bkz. **A.e.**, s. 202.

²³¹ Amerikan öğretisinde, Anayasa'nın Anayasa Hukuku için ne anlama gelmekteyse, **APA**'nın da idare hukuku için o anlama geldiği ileri sürülerek **APA**'nın temel bir metin olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Pierce, **a.g.e.**, s 3; Alan B. Morrison, “The Administrative Procedure Act: A Living And Responsive Law”, **Virginia L. R.**, C. 72, S. 2, 1986, s. 253, 268, 270.

²³² René Cassin, “Codification and National Unity”, **The Code Napoleon And The Common-Law World**, Bernard Schwartz (ed.), tekrar bsk., New York, Greenwood Press, 1975, s. 51.

²³³ Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 111-112; Morrison, **a.g.e.**, s. 253, 268, 270

Administrative Dispute Resolution Act) yasalaşmıştır. Bu yasaların **APA** sisteminde yerini almasıyla, **APA**'nın etkinliği daha da artmıştır²³⁴.

Bu yasalardan **FoI Act** ile **GISA** en önemli takviye yasalarıdır. **FoI Act** bazı istisnalar dışında kişilere, somut bir şekilde ortaya konulma şartıyla istenilen bilgi ve belgenin bir örneğinin verilmesi hakkını vermektedir. Ayrıca bu yasayla tüm idarelere teşkilatları, usulleri ve düzenleyici işlemleri bakımından kamuyu sürekli bilgilendirme mecburiyeti getirilmektedir²³⁵. **GISA** ise özerk olan veya merkezi idare içerisinde yer alan ve **karar alma organı kurul olan** idarelerin aldıkları kararlarla ilgili olarak bütün toplantıların ve resmi oturumların kamuya açık bir şekilde yapılmasını sağlamaktadır²³⁶.

Genel idari usul yasası **APA**'da yapılan tanımlamalar uyarınca **order** hukukumuzda bireysel işlemlere, **rule** ise düzenleyici işlemlere karşılık gelmektedir. Bu bakımdan **adjudication** bireysel işlem (**order**) yapma usulü; **rulemaking** ise düzenleyici işlem (**rule**) yapma usulüdür²³⁷.

Amerikan idare hukukunda idari işlemler uygulanan usulün türü bakımından basit ve şekli usullü olarak ikiye ayrılmaktadır. Dolayısıyla bu hukukta 1- basit usullü bireysel işlem, 2- şekli usullü bireysel işlem, 3- basit usullü düzenleyici işlem ve 4- şekli usullü düzenleyici işlem olmak üzere dört işlem türü görülmektedir. **APA** basit usullü bireysel işlem haricindeki diğer üç usulü düzenlenmektedir²³⁸.

(2) Informal – Formal Adjudication (Basit ve Şekli Bireysel İşlem Usulü)

Bazı durumlarda bir idarenin kuruluş ve görevlerine ilişkin yasada açıkça **APA**'nın uygulanacağını öngörülmektedir. Böyle bir doğrudan atfın bulunmaması halinde, yasada bulunan bireysel işlemin resmi kayıtlara göre yapılacağı (**on the**

²³⁴ Jill Nylander, "The Administrative Procedure Act: A Public Policy Perspective", **Michigan Bar J.**, S. 85, Ekim 2006, s. 40-41; David W. Neubauer, **Judicial Process: Law, Courts, And Politics In The United States**, 2.bs., Harcourt Brace College Publishers, 1997, s. 37; Morgan, Rohr, **a.g.e.**, s. 216-217.

²³⁵ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 477-480; Haley, **a.g.e.**, s.105.

²³⁶ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 493-497; Mikasen v.d., **a.g.e.**, s. 131-132.

²³⁷ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 13.

²³⁸ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 510.

record) veya resmi kayıt tutularak oturumla yapılacağı (**hearing on the record**) gibi ifadeler²³⁹, belirtilen işlemleri **APA**'da yer alan şekli usul hükümlerine tabi kılmaktadır. Belirtilen veya bunlara benzer bir atfın bulunmaması halinde ise o zaman bireysel işlemler basit usule tabi olmaktadır.

Basit işlem usulü **APA**'da yer almadığından bu tür işlemlerin denetiminde ciddi boşluklar bulunmakta ve bu durum idarenin işlemlerin esası bakımından geniş bir takdir yetkisine sahip olmasına neden olmaktadır²⁴⁰. Amerikan idare hukukunda en fazla basit usullü bireysel işlem türü ile karşılaşmaktadır²⁴¹. Fakat konuya sadece düzenleyici ve denetleyici kurumlar açısından bakılırsa, hâkim olan bireysel işlem usulünün şekli usul olduğu görülür²⁴².

Amerikan öğretisi ve mahkemeleri neredeyse bütün dikkatini şekli usullü bireysel işlemlere verdiğinden²⁴³ bu konuda zengin ilke ve standartlar bulunmaktadır. Şekli usulün esas olduğu ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi de bu zengin kaynaktan faydalanmaktadır.

Amerikan hukukunda basit usullü işlemlerle ilgili olarak (ülkemiz ile karşılaştırıldığında) farklı olan husus ruhsatlara ilişkin usul kurallarıdır. Prensip olarak ruhsat başvurularının karara bağlanması basit usule tabidir²⁴⁴. Buna karşılık verilmiş olan ruhsatların kaldırılması, dondurulması veya durdurulması gibi işlemlerde **APA**, bazı istisnalar hariç olmak üzere²⁴⁵, iki önemli usul kuralı öngörmektedir. Birinci kural uyarınca ilgili idarenin işlemi tesis etmeden önce ruhsat sahibine, işlemi gerektirecek olgu ve aykırı davranışları yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. İkinci kural uyarınca yazılı bildirimden sonra ruhsat sahibine ruhsatla ilgili yasal gerekliliklerin zaten sağlanmış olduğunu kanıtlama imkânı veya eksik olan yasal gereklilikleri yerine getirme (tamamlama) imkânı verilmesi gerekmektedir²⁴⁶. Böylelikle önceden sahip

²³⁹ Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 199-206; McAlinn, Rosen, Stern, **a.g.e.**, s. 392.

²⁴⁰ Martin Shapiro, "APA: Past, Present, Future", **Virginia L. R.**, C.72, S.2, 1986, s. 491.

²⁴¹ Davis, **Discretionary Justice**, s. 21.

²⁴² Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 254-255; Paul R. Verkuil, "The Status Of Independent Agencies After *Bowsher v. Synar*", **Duke L. J.**, C. 35, S. 5, 1986, s. 779-780.

²⁴³ Basit usullü işlemler için bkz. Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 386-395, 517-519.

²⁴⁴ Ruhsat başvurusu neticesinde verilecek olan ruhsat eğer başka kişilerin çalışma hürriyetini veya diğer haklarını kısıtlayacak nitelikteyse o zaman idare tarafları dinleyerek bir karar vermek zorundadır. Bkz. **APA** madde 558(c).

²⁴⁵ Kamu sağlığı, kamu yararı ve kamu güvenliği (**public health, interest or safety**) gibi haller istisnadır. Bkz. **APA** madde 558(c).

²⁴⁶ Geraldine F. Baldwin, "Section 558(c) of the Administrative Procedure Act: Is a Formal Hearing

olduğu ruhsata dayanarak ekonomik faaliyet yürüten kişilerin, birden bire ve hiçbir usuli kurala tabi olmadan bu faaliyetleri durdurulamamaktadır.

Amerikan hukukundaki şekli usuldeki temel ilke ve unsurlar; 1- önceden ilgisine yapılacak ve konunun esasına ilişkin yeterli bir bilgi içeren yazılı tebliğ, 2- ilgilinin aleyhine olacak delil ve belgelerin önceden açıklanması, 3- iddiaların ve delillerin yapılacak olan oturumda sözlü olarak sunumu, 4- ilgiliye bu oturumda olumsuz delil veya belgeleri çürütme imkânı verilmesi, 5- vekil ile temsil ve savunma imkânı verilmesi, 6- verilecek kararın yalnızca oturumlarda üzerinde konuşulan bilgi ve belgelere dayanması, 7- karar vericinin tarafsız²⁴⁷ olması, 8- kararın gerekçeli olması, 9- ilgilinin, içerisinde oturumların bütün yazılı dökümlerini içeren kayıtlar ile idari usul süresince toparlanan diğer bütün bilgi ve belgelerin örneklerini içeren bir dosyayı isteme hakkı şeklinde sayılmaktadır²⁴⁸.

Şekli idari usul; oturum öncesi dönem (**prehearing**), oturum dönemi (**the hearing**²⁴⁹) ve oturum sonrası dönem (**posthearing/the decision**) olarak üç aşamada gerçekleşmektedir²⁵⁰.

Oturum öncesinde idare, işlemin ilgililerini tespit eder, soruşturma yürüterek bilgi ve belge toplar. Bu bilgilerin büyük çoğunluğu daha önceden ilgili sektör içinde yapılan araştırmalarla veya sektördeki kişilerin talep üzerine idareye sunmalarıyla edinilmektedir. Ancak idarenin yerinde inceleme ve araştırma yapması için veya bilgi ve belgeleri doğrudan alabilmesi için yasanın bu konuda idareyi açık biçimde yetkilendirmesi gerekmektedir²⁵¹.

İdare, usul sürecinde tesis edilmesi planlanan işlemle ilgili gerekli ve yeterli

to Demonstrate Compliance Required Before License Revocation or Suspension?", **Fordham L. R.**, C. 51, S. 6, 1983, s. 1440-1441, 1448-1451.

²⁴⁷ **APA** yürürlüğe girmeden önce en büyük itirazlardan biri idari yaptırımlarda soruşturmacı ile karar vericinin aynı idare içerisinde olmasıydı; Landis, **a.g.e.**, s. 91-95.

²⁴⁸ Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 173; Henry J. Friendly, "Some Kind Of Hearing", **University of Pennsylvania L. R.**, C. 123, S. 6, 1975, s. 1279-1295; Schwartz, **Administrative Law**, s. 225-226.

²⁴⁹ Amerikan Hukukunda oturum (**hearing**) mahkemeler yanında, yürütme ve yasamada her türlü inceleme, araştırma, değerlendirme ve/veya delil toplamaya yönelik olarak toplanmış heyetlerin, kurulların veya komisyonların resmi toplantıları için kullanılmaktadır. Bkz. Black v.d., **Dictionary**, s. 497.

²⁵⁰ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 513-517; Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 138-177; Alman öğretisindeki tespitler için bkz. Linneweber, **a.g.e.**, s. 167-168.

²⁵¹ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 145, 150-155.

araştırmaları yaptıktan sonra işlemin ilgisine yazılı tebliğde bulunmalıdır. Geçerli bir yazılı tebligat idari usulün işleyişi bakımından önemli noktadır. **APA**'ya göre yazılı tebligat özellikle oturumun yeri, zamanı ve mahiyetini, idarenin yetkisinin yasal dayanağını ve konuya ilişkin maddi ve hukuki olguları içermelidir²⁵². Yazılı tebligatta sadece ilgili yasanın hükümlerinin alıntılanması yetmemekte, belirtilen hükümlere neyin aykırı olduğu da belirtilmelidir²⁵³. İdarenin yapmış olduğu yazılı bildirim tamamen bilgilendirme amaçlı olup, yargılama usulündeki dava dilekçesinin tebliğine benzememektedir²⁵⁴.

Oturum aşamasına geçilmeden önce müzakere, arabulucuk veya tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözümleri ile tarafların uzlaşarak idari usulün sona erdirilmesi imkanı bulunmaktadır. Bu çözümler zorunlu olmamakla birlikte gerek idare içerisinde gerek mahkeme önündeki aşamaların uzun, pahalı ve aşırı çelişmeli olması nedeniyle, bu çözümlere sıklıkla başvurulduğu görülmektedir. Özellikle 1990 yılında **APA**'ya yapılan yasal değişiklik ile birlikte bu çözüm şekli daha da yaygınlaşmıştır²⁵⁵.

Şekli idari usulün esas kısmı oturum aşamasıdır. İdare nezdindeki bu aşamada işlemi tesis edecek olan idare ile işlemin muhatabı kişiler delillerini ortaya koymakta, tanık çağırıp ifadesine başvurmakta, tanıklar çapraz sorgulamaya tabi tutulmakta, sözlü ve yazılı beyanlarda bulunmaktadır²⁵⁶. Böylelikle idare içerisindeki karar verici, maddi vakıaları tespit ederek ve ilgili mevzuatları yorumlayarak tespit ettiği maddi vakıalara mevzuat hükümlerini uygulamaktadır²⁵⁷. Bununla birlikte her bir işlem sürecinde yukarıda bahsedilen delil toplama ve değerlendirme yollarının hepsinin kullanılması zorunlu değildir; idareler, tekrarı ve idari masrafları azaltmak, gecikmeleri önlemek amacıyla sözlü değerlendirmeleri, delil toplama yöntemini ve özellikle tanıkları çapraz sorgulama yöntemini kısıtlayabilmektedir²⁵⁸.

Şekli usuldeki oturum yargılamaya benzetmekle birlikte yapılan faaliyet bir yargılama olmadığı için burada silahların eşitliği gibi bir prensip bulunmamaktadır.

²⁵² Schwartz, **Administrative Law**, s. 302, 305.

²⁵³ **A.e.**, s. 302, 305-306.

²⁵⁴ **A.e.**, s. 304, 306.

²⁵⁵ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 155-156.

²⁵⁶ **A.e.**, s. 156.

²⁵⁷ Mikasen v.d., **a.g.e.**, s. 281.

²⁵⁸ Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 220-221.

Şekli usullü bireysel işlemlere ilişkin maddi vakıaların değerlendirmesinde idarenin uzman, bilgili ve etkin olduğu baştan kabul edilmektedir²⁵⁹. Burada işlemin ilgilisi sadece idari karar alma sürecine kısmen katılmakta ve bu süreci etkilemektedir.

Amerikan idare hukukunda **APA** kapsamında uygulanan şekli bireysel işlem usulünün dikkat çekici noktası idare nezdindeki oturumların **ALJ (Administrative Law Judge – İdare Hukuku Yargıcı)**²⁶⁰ tarafından yürütülmesidir.

ALJ’ler kadro bakımından çalıştıkları idare içerisinde bulunmakla birlikte çalıştıkları idareden tamamen bağımsızdırlar. İdare görevini yaparken bu görevlilere karışamayacağı gibi onları görevden de alamaz. **ALJ**’lerin atanması, disiplini ve görevden alınması başka bir özerk federal kurum tarafından yürütülmektedir. Şekli usullü işlemi tesis edecek olan idare, bünyesinde görev yapan **ALJ**’den memnun değilse şikayet ve taleplerini bu özerk kuruma yapmaktadır. Üstelik **ALJ** maaşlarının belirlenmesine ilişkin genel ilke ve kurallar da yine bu özerk kurum tarafından yapılmakta ancak maaşları **ALJ**’nin çalıştığı idare ödemektedir²⁶¹.

ALJ’lerin temel görevi tam ve adil bir idari işlem dosyası oluşturmaktadır²⁶². Ancak şekli usul sistemi sadece tarafların (idare ile işlemin ilgisinin) getirdiği delillerin görülmesi ve değerlendirilmesinden ibaret değildir. Bu usulde **ALJ**’lerin re’sen araştırma yaparak aktif bir rol alması gerekmektedir²⁶³. Yargılama sırasında mahkemeler de **ALJ**’lerin re’sen araştırma görevlerini yerine getirip getirmediğini denetmektedirler²⁶⁴. Açıklanan nedenle şekli usul uygulamasında çelişme sistemi yanında Kıta Avrupası’nda görülen sorgulama sisteminden de etkiler görülmektedir.

Oturum aşaması ile son aşama olan karar aşaması arasında geçişi sağlayan **ALJ**’nin oturum sonunda vermiş olduğu karardır. **ALJ**’nin kararı, oturumda ele alınan

²⁵⁹ **A.e.**, s. 229.

²⁶⁰ **APA** ilk yürürlüğe girdiğinde oturumların, **hearing examiner – officer** (oturum soruşturmacısı - görevlisi) adlı özel görevlilerce yürütülmesi öngörülmüştür. Süreç içerisinde ayrı bir soruşturmacı ve usul yöneticisinin faydasının anlaşılması ve ayrıca kamuoyunda soruşturmacıların daha bağımsız olmasına yönelik talep üzerine yasada değişiklik yapılmıştır. Bkz. **A.e.**, s. 240. Yasa değişikliği ile karar verdikleri idareye bağlı olan ve ilgili idarenin yöneticileri tarafından kolayca etkilenebilen bu görevlilerin sadece ismi değişmemiş, bunlar büyük ölçüde mesleki bağımsızlığa kavuşmuştur. Bkz. Jeffrey S. Lubbers, “Federal Administrative Law Judges: A Focus On Our Invisible Judiciary”, **Administrative L. R.**, C.33, S.1, 1981, s. 112-120.

²⁶¹ Pierce, **a.g.e.**, s. 21.

²⁶² Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 240-241.

²⁶³ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 162-163.

²⁶⁴ **A. e.**, s. 163.

ve irdelenen delillere dayanılarak, maddi vakıaların tespiti, mevzuatın yorumlanması, hukuki durumun değerlendirilmesi sonucunda ulaşılan, tek yanlı, hukuki durumları değiştiren bir karardır²⁶⁵.

İlgili idarenin yasasında öngörüldüğü üzere **ALJ** kararını ya bir ön karar (**initial decision**) ya da tavsiye kararı (**recommended decision**) şeklinde almaktadır²⁶⁶. Ön karar belirli bir süre içerisinde aleyhe olan tarafça düzenleyici ve denetleyici kurumun karar organı olan kurula itiraz edilmemesi üzerine kesinleşmektedir. Tavsiye kararı ise tarafların itiraz etmesine gerek kalmadan kurulun önüne gitmekte, bu durumda kurulun kendisi karar almaktadır²⁶⁷. Ancak ikinci uygulamada **ALJ** kararının kuvvetli bir tavsiye olduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır²⁶⁸. Zira kurul tavsiye kararından farklı yönde bir karar alacaksa kararını tavsiye kararına göre daha sağlam gerekçelere dayandırmalıdır.

Kurulun almış olduğu karar şekli bireysel işlem usulünün son aşamasıdır. Tüm idari usul sürecinde bir işlem dosyası oluşmakta ve ortada çoğunlukla **ALJ** tarafından alınmış bir ön/tavsiye karar bulunmaktadır. İşlem dosyasının tümü kapsamında idarenin tespitlerini esaslı delillerle desteklemesi gerekmektedir²⁶⁹. Son aşamada idarenin karar organı maddi vakıaları değerlendirerek ve mevzuatı yorumlayarak gerekçeli bir karar almaktadır²⁷⁰. Düzenleyici ve denetleyici kurumlarda kurul, kararını büyük çoğunlukla **ALJ** kararına dayandırmakta, ancak **ALJ** kararındaki değerlendirmelerden farklı bir değerlendirme içindeyse bu durumu gerekçelendirmektedir.

(3) İnfomal – Formal Rulemaking (Basit ve Şekli Düzenleyici İşlem Usulü)

APA düzenleyici işlemi, “yasaları veya bunlarda amaçlanan politikaları yerine getirmek, yorumlamak ve saptamak amacıyla veya bir idarenin teşkilatını,

²⁶⁵ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 516.

²⁶⁶ Verkuil, “Independent Agencies”, s. 271.

²⁶⁷ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 516; Mikasen v.d., **a.g.e.**, s. 281, 297-385

²⁶⁸ Şahin, **a.g.e.**, s. 142.

²⁶⁹ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 23.

²⁷⁰ Schwartz, **Administrative Law**, s. 455-456, 460.

usulünü ve uygulamasını tanımlama amacıyla, idarelerin ileriye etkili olarak yapmış oldukları irade beyanlarının bir kısmı veya tamamı” şeklinde tanımlamaktadır²⁷¹. İdareler düzenleyici işlem usulü ile yeni bir kural koyabilir, var olan kuralı değiştirebilir veya var olan kuralı ilga edebilirler.

APA’da basit ve şekli usullü olarak iki tür düzenleyici işlem usulü bulunmaktadır²⁷². Ayrıca her iki usulün özelliklerini taşıyan melez usul (**hybrid procedures**)²⁷³ ile idare ve işlemin muhatapları arasında gerçekleştirilen müzakere usulü (**negotiated rulemaking**)²⁷⁴ de görülmekle birlikte basit – şekli usul şeklindeki ikili ayırım esastır.

Düzenleyici işlemlerdeki şekli usul büyük ölçüde bireysel işlemlerdeki şekli usule benzemekte ve oturumlar çoğunlukla **ALJ** tarafından yürütülmektedir. Bu nedenle bireysel işlemler için belirtilen şekli usul kural ve uygulamaları büyük ölçüde düzenleyici işlemler için de geçerlidir. Bununla birlikte düzenleyici işlemlerdeki şekli usul, bireysel işleme göre daha hızlı ve çabuk gerçekleşmektedir²⁷⁵.

APA’da düzenleyici işlemler için öngörülen basit usul dikkat çekicidir. Bireysel işlemlerin aksine düzenleyici işlemlerin basit usulü **APA** kapsamında olup, bireysel işlemin aksine kendine özgü bazı usul kuralları içermektedir²⁷⁶. Bu usul türü Amerikan öğretisinde **bildirim ve yorum (notice and comment)** olarak adlandırılmaktadır. Aşağıda detaylı bir şekilde izah edileceği üzere bu usulde, kamuoyuna bildirim yapılmakta ve işlemin muhataplardan da idareye yorum gelmektedir.

Bu usulde idareler düzenleyici işlem tesis etmeden önce, düzenleyici işlemin ya taslak maddelerini – esaslarını ya da planlanan düzenleme konusunu hazırlayarak bunları Amerikan Federal Resmi Gazetesi’nde (**federal register**) yayımlamaktadırlar. Aynı yayımda planlanan düzenleyici işlemin ilgililerine, buna karşı yazılı bilgilerini – bulgularını, yorumlarını ve iddialarını iletmeleri için başvuru yolu ve yöntemi de

²⁷¹ Bkz. **APA** madde 551 (4).

²⁷² Schwartz, **Administrative Law**, s. 199.

²⁷³ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 555-558.

²⁷⁴ **A.e.**, s. 608-614.

²⁷⁵ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 225-229; Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 521.

²⁷⁶ **A.e.**, s. 519.

belirtilmelidir²⁷⁷.

Yine bildirim ve yorum usulünde idarelerin, sektörde bulunan veya işlemin muhatabı olacak kişilerden gelen yorum ve görüşleri yazılı olarak değerlendirmesi, yazılı değerlendirmeleri de içeren bir gerekçe hazırlaması, nihai hale gelmiş düzenleyici işlemi bu gerekçe ile birlikte Amerikan Federal Resmi Gazetesi’de yeniden yayımlaması gerekmektedir²⁷⁸. Görüldüğü gibi bu usulde daha çok idare ile işlemin muhatapları arasında belge ve bilgilerin değişimi gerçekleşmektedir²⁷⁹.

Bildirim ve yorum usulünün önemli bir yönetim örneği olduğu belirtilmektedir²⁸⁰. Bu işlem usulünde, ilgililer yorum yoluyla sektörle ilgili problemlerini aktararak çözüm önerilerini sunarak özel kesim ile devlet arasındaki bilgi ve yaklaşım boşluklarının dolmasında katkı sağlamaktadır²⁸¹. İdare sektörle ilgili olası sonuçların daha isabetli tahmin edilmesine olanak sağlayan bilgilere eriştiğinden, düzenleyici işlemlerin etkinliğini arttırmakta ve muhataplarında kabul gören daha isabetli kurallara olanak vermektedir²⁸². Kaldı ki böyle bir usul işlemin muhataplarına işleme ilişkin önceden bir diyeceklerinin olup olmadığını belirtmelerini mümkün kıldığı için idarenin düzenleyici işlemlerinin uygulanabilirliğini arttırarak ve bir ölçüde keyfilikten uzaklaşılmasını sağlayarak yargısal denetime yardımcı olmaktadır²⁸³. Zira idare yasaların verdiği geniş bilgi ve belge toplama yetkisine dayanarak topladığı bilgi ve belgeleri analiz ederken, o verileri sektörün ihtiyacı olduğu şekilde yorumlaması her zaman mümkün olmamaktadır. Bu bakımdan analizin sağlıklı yapılabilmesi için ilgililerin bakış açısına idarece ihtiyaç duyulmaktadır²⁸⁴. Teknik bilgi ve uzmanlık yönünden özel kesimin de idareler kadar konularında donanımlı olduğu görülmektedir. Başka koşullarda idarelerin zorla ve idari yaptırımlarla bile elde etmekte zorlanacağı bilgiler, belgeler ve değerli analizler –

²⁷⁷ Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 43.

²⁷⁸ Schwartz, **Administrative Law**, s. 195-196.

²⁷⁹ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 222.

²⁸⁰ Jason Webb Yackee, Susan Webb Yackee, “Testing the Ossification Thesis: An Empirical Examination of Federal Regulatory Volume and Speed, 1950-1990”, **George Washington L. R.**, C. 80, S. 5, Haziran 2012, s. 1424.

²⁸¹ Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 41.

²⁸² Yackee, Yackee, **a.g.e.**, s. 1424.

²⁸³ **A.e.**, s. 1424-1425.

²⁸⁴ Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 42.

piyasa araştırmaları, bu usul aracılığıyla kolayca ve maliyetsiz biçimde idarenin elinde toplanmaktadır.

Amerikan öğretisinde bu usul sonucunda idarelerin sıklıkla düzenleyici işlem taslaklarını gelen yorumlara göre değiştirdiği, bu değişikliklerin genellikle basit ve ayrıntılarda olduğu çoğunlukla esaslı olmadığı vurgulanmaktadır²⁸⁵. Görüldüğü gibi bu usul idarenin düzenleyici işleminin ana çerçevesini değiştirmemekle birlikte ilgilileri için önemli olabilecek ayrıntıda düzeltmelerin yapılmasına olanak vermektedir.

İletişim ve bilgisayar teknolojisindeki son gelişmeler, bu usulde yeni uygulamaların gündeme gelmesine sebep olmakta, böylece usulün hızlı işlemesi amaçlanmaktadır. Düzenleyici işlemlerin idarelerin resmi internet sitelerinde yayınlanmaları yaygınlaşmaktadır. 2002 yılında yürürlüğü giren E-Devlet Yasası (**E-Government Act**) uygulamanın yasal zeminini oluşturarak düzenleyici işlem yapma usulünün elektronik ortam vasıtasıyla yerine getirilmesini sistemleştirmekte ve kolaylařtırmaktadır²⁸⁶.

Amerikan hukukunda bazı düzenleyici işlemler idare bildirim ve yorum usulünden muaf tutularak doğrudan doğruya düzenleyici işlemin son halini yayımlamaktadır. Bu istisnalardan bir kısmı düzenleyici işlemin konusuna ilişkindir; örneğin askeriye, dış işlerine, kamu mallarına, borçlanmalara, hibelere ve yardımlara ilişkin düzenleyici işlemler byledir²⁸⁷. **APA**'da düzenleyici işlemler; yorumlayıcı işlemler (**interpretive rule**), usule ilişkin işlemler (**procedural rules**), esasa ilişkin işlemler (**substantive rules**) şeklinde üç gruba ayrılmaktadır. Yalnızca esasa ilişkin düzenleyici işlemler **APA**'ya tabi olup diğer iki düzenleyici işlemde ise **APA** uygulanmadığından idareler usul konusunda serbesttir²⁸⁸. Ayrıca acil durumlarda idare ilgililerden yorum almadan doğrudan düzenleyici işlem tesis edebilmektedir²⁸⁹. Öğretide belirtilen istisnaların oldukça geniş uygulandığı ve federal idarelerin çıkarmış

²⁸⁵ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 222; Stuart Shapiro, "Two Months in the Life of the Regulatory State", **Administrative & Regulatory Law News**, C.30, S.3, 2005, s. 12, 14.

²⁸⁶ Nylander, **a.g.e.**, s. 40.

²⁸⁷ Schwartz, **Administrative Law**, s. 197-198.

²⁸⁸ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 305-306; Steven J. Cann, **Administrative Law**, 3. bs., Thousand Oaks – California, Sage Publications, 2002, s. 269.

²⁸⁹ Schwartz, **Administrative Law**, s. 197-199; Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 305-306; Nylander, **a.g.e.**, s. 39.

olduğu düzenleyici işlemlerin yarıya yakınının yazılı yorum alınmadan tesis edildiğine yönelik tespitler bulunmaktadır²⁹⁰.

d. Türkiyede Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların İşlem Usulü

Önceki altbaşlıklarda genel olarak şekil – usul kavramlarına, şekil – usulün yargısal denetim bakımından önemine Türk hukuku merkezli olarak değinilmiştir. Daha sonra ise konu ile bağlantılı ve yararlı olduğu ölçüde Amerikan idare hukukunda işlem usulüne değinilmiştir.

Bu altbaşlıkta, yukarıda yapılan incelemeler ve değerlendirmeler ışığında Türk düzenleyici ve denetleyici kurumlarındaki idari usul uygulamasına değinilecektir. Öncelikle ülkemizde yapılan genel idari usul yasa çalışmaları ile yasalaşması bir dönem gündeme gelen Düzenleyici Ve Denetleyici Kurumlar Yasa Tasarısı değerlendirilecektir. Sonuçta her iki çalışma ve tasarının yürürlüğe girmemesi nedeniyle kurumların özel yasalarında getirilen idari usul hükümleri kısaca incelenecektir. En son altbaşlıkta ise farklı yasalarda yer alan usule ilişkin kuralların dağınık yapısı gözetilerek genel çözüm arayışları aranacak ve bu arayışta Amerikan hukuku da değerlendirilmeye alınacaktır.

(1) Daha Önce Gerçekleşen Yasa Çalışmaları

İdari usulün ve özelinde şekli idari usulün gelişimi ve güçlenmesinde en önemli etken bir genel idari usul yasasının varlığıdır. ONAR genel idare hukuku eserinde idari usul yasalarına ilişkin durumu çarpıcı biçimde ortaya koymuştur. Yazar eserinde idari usullerin esas karakterinin idare kudretinden çıkması özelliğini vurgulamakla birlikte; mahkemeler ile idareler arasında bir karşılaştırma yaparak mahkemelerin işleyiş usulünün kodifikasyon yoluyla tespit edilmiş olmasına karşın idarenin işleyiş usulünün (o dönemde) oluşumunu sağlayacak ilke ve prensiplerin henüz ortaya çıkmadığından bahsederek geleceğe ilişkin isabetli tahminlerde bulunmuştur²⁹¹.

²⁹⁰ Shapiro, “Regulatory State”, s. 15.

²⁹¹ “İdare hukukunun bu şekil ve usule ait kısmı idare sahasındaki hukukî tasarrufların (Genese) i henüz tamamiyle işlenmemiş, müsterek hükümleri ve prensipleri meydana çıkarılmamıştır. Meselâ

Gerçekten de ONAR'ın tespitlerindeki gibi idari usule ilişkin ilke ve temel kuralların gelişmesi ile Kıta Avrupası'nda genel idari usul yasaları yaygınlaşmıştır. Ülkemizde bir dönem Genel İdari Usul Yasa Tasarısı gündeme gelmiş ve tartışılmış ancak henüz bir genel idari usul yasası yürürlüğe girmemiştir. Bununla beraber genel idari usulde önemli bir uygulama olan bilgi edinmeye ilişkin olarak 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu 24.10.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kıta Avrupası'nda zaman içerisinde farklı ülkeler idari usul yasalarını yürürlüğe koymuşlardır. Örneğin Almanya'da 1970'li yılların sonunda federal yönetimde ve eyalet yönetimlerinde birbirine benzer idari usul yasaları yürürlüğe girmiştir²⁹².

Ülkemizde genel idari usul yasasının gerekliliği üzerinde 1990'ların sonundan itibaren konferanslar düzenlenmiş, hukuk fakültelerinde çeşitli çalışmalar yapılmış ve nihayetinde Başbakanlık nezdinde Genel İdari Usul Yasa Tasarısı üzerinde çalışılmıştır²⁹³. Bununla birlikte bu yasa tasarısı hazırlığının eski önemini kaybettiği anlaşılmaktadır. Zira Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün internet sitesinde daha eskiden²⁹⁴ yer alan tasarıya artık buradan ulaşılamamaktadır. Artık ortada resmi bir metin olmadığından belirtilen tasarı çalışmasının asgari standardı belirlemek için dayanak teşkil etmesi mümkün değildir.

Genel idari usul yasası dışında ayrıca tüm düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş, usul ve bazı esaslarını tek bir yasa da birleştirilmesini amaçlayan yasa çalışmaları gündeme gelmiştir. Genel idari usul yasa tasarısından farklı olarak Başbakanlık 12.07.2004 tarih ve 3350 sayılı yazısına ekli bir şekilde “Düzenleyici ve

Devletin adli faaliyetleri Hukuk Usulü Muhakemeleri ve Ceza Usulü Muhakemeleri, İcra ve İflâs Kanunları gibi kanunlarla şekil ve usul bakımından tamamen tanzim edildiği halde böyle bir idare usulü (Procedure) mevcut değildir. Bu da idare hukuku sahasında kanunlaştırmının (taknin-Codifikasyon) un güçlüğünden ileri gelmektedir...”

Bkz. Onar, **İdare Hukuku (Cilt 3)**, s. 1475 ve aynı sayfada 2 nolu dipnot.

²⁹² Tettinger, Wahrendorf, **a.g.e.**, s. 10.

²⁹³ Yasa metni üzerinde çalışmalar devam ederken, öğretilde bu metne yönelik oldukça isabetli değerlendirmeler yapılmıştır. Bkz. Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 91-97; Yücel Oğurlu, “İdari Usul Kanunu Neden Acil Ve Zorunludur?”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 77-79; D. Çiğdem Sever, “İdare Hukukunda Önemli Bir Gelişme Umudu (Mu?): Genel İdari Usul Yasa Tasarısı”, **İz Atılım Üniversitesi Dergisi**, S. 8, 2009, b.a; Çınar Can Evren, “İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C.2010, S.91, 2010, b.a.

²⁹⁴ Sever, **a.g.e.**, s. 38.

Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı” TBMM Başkanlığı’na gönderilmiştir. İlgili yasama döneminde bu tasarı yasalaşmadığı için TBMM İçtüzüğü’nün 77. maddesi uyarınca hükümsüz sayılmış ve tasarı hükümetçe henüz yenilenmemiştir.

Hükümsüz kalmakla birlikte Meclis kayıtlarına giren somut bir yasa tasarısı bulunduğundan, bahse konu yasa tasarısının idari usule ilişkin hükümlerine kısaca değinilecektir.

Tasarının 9. maddesi kurumun karar organı olan kurulun çalışma esaslarına ilişkindir. İlgili maddede kurulun nasıl ve hangi sıklıkla toplanacağı, toplantı ve karar sayıları, kararların mutlaka gerekçeli ve varsa karşı oyları içerir şekilde olması, kurul işlemlerine karşı ilişkili bakanlığa dava açma imkânı tanınması düzenlenmiştir.

Tasarının 16. maddesinde kurum personelinin 657 sayılı yasa hükümlerine tabi olacağı, kurum içerisinde ana hizmet birimlerinde uzmanlık gerektiren işlerinde meslek personelinin çalıştırılacağı ve bu kurum personellerinin başka idarelerde çalıştırılmayacağı öngörülmektedir. 17. maddede ise uzman meslek personelinin merkezi yarışma sınavı ile belirleneceği belirtilmiştir.

Tasarının düzenleme hazırlıkları başlıklı 20. maddesinde düzenleyici işlem usulüne ilişkin bazı ilkeler yer almaktadır. Maddede kurumun hazırlayacağı düzenleyici işlem taslaklarını en az yedi gün süre ile kamuoyuna duyuracağı, ilişkili bakanlık ile Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığından görüş alınacağı öngörülmektedir. Benzer bir hüküm olarak tasarının 9. maddesinde kurumun düzenleyici işlem çıkarmadan önce katılımı ve saydamlığı sağlamak amacıyla tarafların görüşüne başvurulmasından bahsedilmektedir.

Yasa tasarısında bireysel işlemlerin nasıl tesis edileceğine, bunlarda işlem dosyasının nasıl oluşacağına ve çalışmalı usulün nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

(2) Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özel Yasalarının İdari Usul Açısından İncelenmesi

Yukarıda belirtildiği gibi genel idari usul konusunda yürürlükte bir yasa veya en azından düzenleyici ve denetleyici kurumları kapsayacak genel bir yasa

bulunmadığından farklı kurumların yasalarında öngörülen idari usul hükümleri üzerinde durmak gerekmektedir. İnceleme öncelikle bireysel işlem usulü daha sonra düzenleyici işlem usulü üzerinde yapılacak, en son kurul toplantılarında gizlilik ve şeffaflık ilkesi üzerinde durulacaktır.

RTÜK'e dayanak olan 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da idari usule ilişkin hükümler "Üst Kurulun çalışma esasları, toplantı ve karar yeter sayısı" başlıklı 40. maddede öngörülmektedir.

EPDK'nin çalışma usulleri ise 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8. maddesinde "Kurul çalışmaları ve toplantıları, Kurul onayları, yıllık rapor ve denetim" başlıklı maddede yer almaktadır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 87. maddesinde **BDDK** karar organı kurulun toplantı, gündem belirleme, yeter ve karar sayıları gibi çalışma esasları düzenlenmiştir.

SPK'ya ilişkin olarak önceden yürürlükte olan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 23. maddesinde, daha sonradan yürürlüğe girerek 2499 sayılı Yasa'yı ilga eden 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun, 123. maddesinde kurulun toplantı ve karar alma usulü düzenlenmiştir.

Çeşitli konularda yetkilendirilmiş olan **BTK**'nın çalışma usulü öncelikle eski adı Telsiz Kanunu olan 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun'un "personel nitelikleri" başlıklı 8. maddesinin 8. fıkrasında öngörülmüştür. Bundan başka BTK'ya yetki veren muhtelif yasalarda usule ilişkin dağınık hükümler bulunmaktadır. Örneğin elektronik haberleşme sektörüne ilişkin çıkarılan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, hem Ulaştırma Bakanlığı'na hem de BTK'ya bazı görev ve sorumluluklar vermekle birlikte, kurumun yapacağı denetimlerin ve idari yaptırımların usulü aynı yasanın 59 ilâ 61. maddelerinde yer almaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında **RK**'nin kuruluş yasasında işlem usulünün en ayrıntılı ve gerekli asgari unsurları kapsayacak bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 40. maddesi ile 55. maddesi arasındaki hükümleri içeren "Kurulun İnceleme ve

Araştırmalarında Usul” başlıklı dördüncü kısmında işlem süreci ve usulü düzenlenmektedir.

Bireysel işlem usulleri içerisinde en tipik ve özgün örnek KİK’te görülmektedir. Bu bağlamda kamu ihalelerine ilişkin işlemlerde biri ihaleyi düzenleyen idare diğeri ise KİK tarafından yürütülen ve birbirini takip eden idari usul aşamaları ve idari başvuru yolları bulunmaktadır. İdarelerin ihaleye ilişkin tesis etmiş oldukları hukuka aykırı işlem veya eylemleri nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia edenlerin iptal davası açmadan önce 4734 sayılı Kamu İhale Yasası uyarınca ihaleyi yapan idarelere şikâyet başvurusunda, şikâyetin reddi halinde ise KİK’e itirazen şikâyet başvurusunda bulunmaları gerekmektedir. Bu başvurudan da bir sonuç alınmaması halinde KİK’in işlemine karşı dava açılabilmektedir.

Belirtilen yasalar incelendiği zaman düzenleyici ve denetleyici kurumların idari usulü konusunda bir birliğin bulunmadığı görülmektedir. Yasalarda idari usule ilişkin düzenlenen kurallar yetersiz olduğundan bu boşluk ilgili kurumun takdirine göre hazırladığı düzenleyici işlemlerle doldurulmaya çalışılmaktadır. Üstelik Kabahatler Yasası’nın idari para cezaları yönünden düzenleyici ve denetleyici kurumları da kapsaması, bu kurumların idari usulünde görülen dağınık olma özelliğini daha da arttırmaktadır. Dolayısıyla idari para cezalarında kabahatler yasası ile düzenleyici kurumun kuruluş yasasındaki usule ilişkin hükümleri birlikte değerlendirmek gerekmektedir²⁹⁵.

Kurumların kuruluş yasalarında, idari usul hükümlerinin genellikle kurumun karar organı olan kurulun toplanma ve karar alma usulünde yoğunlaştığı görülmektedir. Bu durum düzenleyici ve denetleyici kurumlar içerisinde idari usulün en derli toplu düzenlendiği RK yasasında da aynıdır. Nitekim 4054 sayılı Yasa’da RK teşkilat olarak kurum ve kurul olarak ayrılmasına rağmen, işlem usulünün başından sonuna kadar düzenlendiği dördüncü kısmının başlığı “kurulun inceleme ve araştırmalarında usul” olarak belirlenmiştir. Anılan kısım başlığında sadece kurulun vurgulanmasına rağmen başlıkta yer alan maddelerden görüldüğü üzere işlem süreci,

²⁹⁵ Örneğin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun “idari para cezalarının uygulanması” başlıklı 105. maddesinde idari para cezalarında uygulanacak usuller de belirtilmiştir.

yine kurul denetiminde olmakla birlikte, kurum teşkilatında başlamakta olup kurulun iradesi ile sonlanmaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlem usulünde sadece karar organı olan kurulların toplanma ve karar alma şeklinin belirlenmesi düşüncemize göre yeterli değildir. Hukuk devleti gereklerine uygun bir düzenleyici ve denetleyici kurum sisteminde, işlem dosyasının sadece kurul değil kurum içerisinde oluştuğunun kabulü ile kurul ile kurum çalışanları arasındaki işlem süreci ilişkilerinin açık bir biçimde tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, idarenin işleyişi aksatılmadan, kurum içerisinde rapor, inceleme ve bilimsel değerlendirmelerin mümkün olduğunca objektif bir şekilde oluşmasını sağlayacak ilke ve asgari şartların belirlenmesidir. Yazılı savunma, bilgi ve belgelerin işlemin ilgisinin bilgisine sunulması ve çekişme gibi uygulamalar işlem usulünde belirtilen objektifleşmeyi sağlamak için önem taşımaktadır. Belirtilen ilkelerin diğer ilke ve standartlarla birlikte desteklenmelidir. Bir sonraki altbaşlıkta bireysel işlem usulü bakımından çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlem usulü konusunda üzerinde durulması gereken ikinci husus, düzenleyici işlem usulüdür.

Eskiden beri Türk öğretisinde idari usul denildiği zaman sadece bireysel işlem usulü anlaşılmaktadır²⁹⁶. Bununla birlikte günümüzde idari usulün sadece bireysel işlemlerle sınırlandırılması mümkün değildir. Özellikle ekonomik düzenleme ve denetlemeye ilişkin olarak, düzenleyici işlem usulünün temel ilkelerinin de yasa ile belirlenmesi artık kaçınılmaz bir ihtiyaç haline gelmiştir. Farklı kurumların özel yasalarına bakıldığında idari usul bakımından bireysel işlem – düzenleyici işlem ayrımı yapılmamakta, bazı yasalarda düzenleyici işlem usulüne ilişkin ayrıntı içermeyen genel hükümlere rastlanmaktadır.

EPDK'nın kuruluş ve teşkilatına ilişkin 4628 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde, kurumun tesis edeceği yönetmeliklerin **piyasadaki tüzel kişilerin** ve ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerinin alınarak hazırlanacağı belirtilmektedir. Ancak ilgili bentte usulün nasıl gerçekleşeceğine yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. EPDK uygulamada internet sitesinin ana sayfasında yer alan mevzuat taslağı başlığı

²⁹⁶ Azrak, **İdari Usul**, s. 12; Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 85.

içerisinde, sektör bazlı olarak yapılması veya değiştirilmesi planlanan düzenleyici işlemlerin isimleri ile görüş ve değerlendirmelerin nereye, hangi usulle yapılabileceği bilgilerini paylaşmaktadır. Yine de yasada belirli usul ilke ve kurallarının düzenlenmemiş olması bir eksikliktir.

Bankacılık Yasası'nın 93. maddesinde ise, iç düzene ilişkin işlemler dışındaki düzenleyici işlemlerin yürürlüğe konmasından önce ilişkili Bakanlığın, DPT'nin diğer **ilgili kurum ve kuruluşların** görüşü alınacağı ve ikincil düzenlemelerin önce taslak olarak en az yedi gün süreyle Kurumun internet sayfası ve diğer vasıtalarla kamuoyu bilgisine sunulacağı öngörülmüştür. Maddede düzenleyici işlem usulüne ilişkin bazı hükümlerin bulunması olumlu olmakla birlikte, kanaatimize göre madde gerekli detaydan yoksundur. Maddede ilgili kurum ve kuruluşlardan görüş alınması istendiğinden, düzenleyici işlemlerin muhataplarının başka bir ifadeyle sektördeki şirketlerin görüşünün alınıp alınmayacağına ilişkin açık ve kesin bir belirleme yoktur. Aynı maddenin devamında ise sadece kamuoyu bilgisine sunma öngörüldüğü için, Amerikan hukukundan örnek verilen katılıma ve şeffaflığa dayalı düzenleyici işlem usulünün bulunmadığı düşünülmektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların özel yasalarında incelenmesi gereken son husus açıklık ve şeffaflık ilkesidir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların bazılarında kurul toplantı ve görüşmeleri gizli olarak yapılması öngörülmektedir. Örneğin 6112 sayılı RTÜK Yasası'nın 40. maddesinde²⁹⁷, 5411 sayılı BDDK'ya ilişkin Yasa'nın 87. maddesinde veya 6362 sayılı SPK Yasası'nın 123. maddesinde bu kurulların toplantılarının gizli yapılması esastır. Görüldüğü gibi kurul kararlarının gizliliği konusunda da yine farklı uygulamalar bulunmaktadır.

(3) Dağınık Yapıdan Çıkan Sonuç ve Amerikan Uygulaması Karşılaştırmasıyla İdari Usule İlişkin Çözüm Arayışları

Yukarıda özet olarak açıklandığı üzere düzenleyici ve denetleyici kurumların idari usulü mevzuatta parçalı ve dağınıktır. Son dönemlerde yapılan yasa

²⁹⁷ Maddede müzakerelerin gizli yapılacağı, açıklık kararı alınmadıkça müzakerelerin açıklanamayacağı belirtilmektedir. Aynı maddede gizlilik niteliği taşımayan düzenleyici işlemlerin kamuoyuna duyurulacağı belirtilmektedir. Fakat düzenleyici işlemlerde nelerin gizli olacağını tanımlayan hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

değişikliklerinin **torba yasa** şeklinde, acele, yasa tekniğine özen gösterilmeden gerçekleştiği düşünüldüğünde, farklı kurum yasalarına getirilen her bir değişiklik, var olan dağınık ve karmaşık yasal yapı daha da artacaktır. Bu nedenle idari usule yönelik genel bir yasanın ivedilikle yürürlüğe girmesi gerekmektedir. Bu yasa pekâlâ bütün idareleri kapsayan bir genel idari usul yasası olabileceği gibi, en azından düzenleyici ve denetleyici kurumların idari usulüne ilişkin bir yasa da olabilir. Bir dönem tasarı olarak TBMM'ye de gelen ancak yasalaşmayan Düzenleyici Ve Denetleyici Kurum Yasa Tasarısı'nda olduğu gibi bütün kurumlardaki kurul üye sayılarının ve bunların toplantı usullerinin aynılaştırılmasıyla sorun çözülmemektedir. Çıkarılması gereken yasanın, düzenleyici ve denetleyici kurumların çalışmasını sekteye uğratmadan idari usule ilişkin ilke ve kurallar sistemini oluşturması gerekmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumları kapsayan idari usul yasanın yürürlüğe girmesi gerek idarecilerin gerekse yargıçların objektif ve sağlıklı karar vermelerine yardımcı olacaktır.

İhtiyaç duyulan yasanın olması gereken hükümlerini detaylı şekilde ele almak bu çalışmanın kapsamını aşmakla birlikte, yasada olabilecek temel sistemi ve asgari standartları irdelemek gerekmektedir. Yasada mutlaka bireysel işlem ile düzenleyici işlem ayrımının yapılarak, her ikisindeki usule yönelik kendine özgü kural ve ilkelerin oluşturulması gerekmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların idari usuldeki en büyük eksikliklerden biri bu kurumlarda açıklık ve şeffaflığın sağlanmasına ilişkin hükümlerin bulunmamasıdır.

i. Bireysel İşlem Usulüne İlişkin Asgari Standartlar

Yasal düzenlemelerle bireysel işlem usulünde sağlanması gereken hususlar şu şekilde sayılabilir: 1- İşlemin muhatabının sadece aleyhine olan değil lehine de olan raporlar ile diğer yazılı tespitlerin dosya içinde korunması, 2- idari işleme ilişkin rapor ve yazılı uzman değerlendirmelerindeki bütün değişikliklerin önceki ve sonraki hallerinin korunarak işlem dosyasında saklanması ve 3- ayrıca işlem dosyasının kurul, kurum personeli ve işlemin muhatabının ortak çalışmaları sonucunda oluşturulması gerekmektedir.

Belirtilen sonuçlara ulaşılmasını sağlayacak asgari standartlar için öncelikle yürürlükte bulunan yasalar üzerinden gidilmelidir. 4054 sayılı Yasa bütün eksikliklerine rağmen yürürlükte bulunan yasalar arasında örnek alınabilecek olanıdır. Dolayısıyla 4054 sayılı Yasa, düzenleyici ve denetleyici kurumlar usul yasası çalışmaları sırasında örnek bir başlangıç metni olabilir.

RK'nin 4054 sayılı Yasa'nın 40. maddesi ilâ 55. maddesinde düzenlenen çalışma usulünde önraştırma, bildirim, soruşturma, delillerin toplanması, cevap verme, sözlü savunma, kurul görüşmesi ve nihai karar gibi idari usulün bütün safhaları görülmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş yasalarında en azından RK'de uygulanan işlem usulü standardının sağlanması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle RK'nin idari usulünün asgari standard olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Amerikan hukukunda şekli bireysel işlem usulü, karşı delil gösterme ve delilleri karşılıklı olarak değerlendirme (**cross-examination**) hakkı ile idarenin kapsamlı işlem dosyası oluşturma (**extensive record requirements**) ve esaslı delillerle kendi işlemini ispatlaması (**substantial evidence of review**) mecburiyeti şeklinde üç asgari standardı bulunmaktadır²⁹⁸. Amerikan hukukunda belirtilen bu üç asgari standarttan da faydalanılması yerinde olacaktır.

Yine Amerikan hukukundaki normalde basit usule tabi, ruhsatlara ilişkin bireysel işlem usulünün ülkemiz hukuku bakımından da dikkate alınması önerilmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi ruhsatların verilmesi basit usule tabi iken ruhsatların iptal edilmeden veya kısıtlanmadan önce ruhsat sahibine yazılı bildirimde bulunularak, ilgiliye ruhsatla ilgili yasal gerekliliklerin zaten sağlanmış olduğunu kanıtlama veya bu gereklilikleri makul bir sürede tamamlama imkânı verilmesi gerekmektedir. Usulde paralellik ilkesine istisna teşkil edecek olan ruhsatlara ilişkin bu usul kuralı genel olarak idare hukukunda olumlu bir gelişme olmakla birlikte ekonomik düzenleme ve denetlemede artık bir gereklilik halini almıştır.

Amerikan hukukunda **ALJ** sistemi, ilk derece yargısal incelemenin genel mahkemeler²⁹⁹ tarafından yürütülmesinin yarattığı eksikliği gidermek amacıyla

²⁹⁸ Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 43.

²⁹⁹ **ALJ** olarak adlandırılan kamu görevlilerinin özlük haklarının tekrar gözden geçirilerek bunlara hâkim sıfatının verilmesi ve ayrıca bir teşkilat kurarak idare mahkemelerinin oluşturulmasına ilişkin öğretilerdeki tartışmalar ve yasama meclisine sunulan yasa tasarıları için bkz. Robert M.

getirilmiştir. **ALJ** sistemi asgari bir standart olmayıp Amerikan hukukunun kendi tarihsel ve gelişim özelliğinden kaynaklanmaktadır. Üstelik Türk İdari Yargısının varlığı böyle bir sisteme ihtiyaç da doğurmamaktadır.

ii. Düzenleyici İşlem Usulüne İlişkin Asgari Standartlar

Amerikan öğretisinde düzenleyici işlem tesis etmenin hukuk devletini somutlaştırdığı³⁰⁰, düzenleyici işlemlerin yaygınlaşmasının modern devlet olmanın bir gereği olduğu³⁰¹, düzenleyici işlemlerin birey hak ve hürriyetleri üzerinde yeri geldiğinde yasalara göre daha etkili olduğu³⁰² belirtilmektedir. Bu nedenle başta düzenleme ve denetleme işlevi için geçerli olmak üzere, düzenleyici işlemlerin tamamlanarak yürürlüğe girmeden önce bu işlemten etkilenenlerin de işlem sürecine katılmasının gerekliliği vurgulanmaktadır³⁰³. Belirtilen katılma ise idarenin Federal Resmi Gazete’de (**Federal Register**) yayımlayacağı düzenleyici işlem taslağına veya konu başlığına ilişkin olarak ilgili kişi, kişi grubu veya kurumların³⁰⁴ yazılı yorum yapmaları şeklinde gerçekleşmektedir³⁰⁵.

APA, idarelere bu yorumlara uyup uymama konusunda takdir yetkisi vermektedir. **Katılmanın** kuvvetlendirilmesi için ise yasanın aradığı ve mahkemelerin de üstünde durduğu asıl yükümlülük, idarelerin sunulan yorumları yazılı olarak değerlendirerek³⁰⁶ bu değerlendirmeleri gerekçe şeklinde düzenleyici işlemin son haline ekli olarak yayımlamalarıdır.

Amerikan öğretisinde bu usulün idarenin işleyişini büyük ölçüde yavaşlatacağı, idareyi başka usul arayışlarına iteceği yolunda eleştiriler ileri

Cooper, “The Proposed United States Administrative Court”, **Michigan L. R.**, C.35, S.2, 1936, s. 223-239; Richard L. Revesz, “Specialized Courts And The Administrative Lawmaking System”, **University of Pennsylvania L. R.**, C. 138, S.4, 1990, s. 1116-1122.

³⁰⁰ Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 38-39.

³⁰¹ Davis, **Discretionary Justice**, s. 65.

³⁰² **A.e.**, s. 58.

³⁰³ Aman, Mayton, **a.g.e.**, s. 41.

³⁰⁴ İdareye yazılı yorum sunanlar gruplandırıldığında, bu grupların hacimsel olarak büyükten küçüğe, sektör içindeki kişiler, kar gütmeyen çıkar grupları, bireyler, federal idareler, federe devlet idareleri, akademisyenler, sendikalar ve diğerleri şeklinde sıralandığı görülmektedir. Bkz. Shapiro, “Regulatory State”, s. 14.

³⁰⁵ Lawson, **a.g.e.**, s. 312; Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 222-224; Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 519.

³⁰⁶ Schwartz, **Administrative Law**, s. 196; Shapiro, **Who Guards**, s. 44.

sürülmektedir³⁰⁷. Dolayısıyla bu usulün düzenleyici ve denetleyici kurumlar gibi belirli idarelere uygulanması gerekmektedir.

Amerikan idare hukukunda olağan olan bildirim ve yorum usulü (basit usul) ülkemizde istisnai bir usuldür. Bankacılık Yasası ile EPDK'nın Kuruluş Yasası'nda yer alan görüş alınarak düzenleyici işlem oluşturma usulü diğer ekonomik düzenleyici ve denetleyici kurumlar bakımından bir örnek teşkil etmekle beraber yukarıda belirtildiği gibi yetersiz ve ayrıntıdan uzaktır.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler ve incelemeler ışığında düzenleyici işlem usulünde bulunması gereken asgari standartlar; 1- düzenleyici işlem taslaklarının Resmi Gazete'de, kurumun internet sitesinde veya başka bir resmi platformda yayımlanması, 2- taslak yayımıyla beraber taslak hakkında görüşlerin başvuru şekil ve süresinin belirlenmesi, 3- düzenleyici işlemlerin nihai halinin gerekçeli olması ve gerekçeye ilgililerden gelen yorumlara karşı yapılan yazılı değerlendirmelerin eklenmesi, 4- düzenleyici işlem gerekçelerine erişimin kolaylıkla yapılabilmesi olarak sayılabilir.

Bilindiği gibi düzenleyici ve denetleyici kurumların (ve birçok idarelerin) yönetmelik, tebliğ, usul ve esas gibi isimlerle çıkarmış olduğu çeşitli düzenleyici işlemleri bulunmaktadır. İsmi geçen düzenleyici işlemler arasında uygulamada normlar hiyerarşisi açısından bir altlık – üstlük ilişkisi bulunmaktadır. Bu bakımdan yönetmelikler diğerlerinin üstünde bulunarak yasanın ilk defa uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlerdir. Tebliğ veya usul ve esas gibi düzenleyici işlemler ise dayanağını yönetmeliklerden almaktadır. Düzenleyici işlemlere yönelik ortaya konulan usul kural ve ilkeleri, idarelerin çıkaracağı bütün düzenleyici işlemlere değil sadece yasanın uygulanmasına ilişkin yönetmeliklere uygulanabilir. Böylelikle gerekli olan asgari usul standardı olduğu gibi, idarenin her çıkaracağı düzenleyici işlem de kapsamlı idari usul kurallarına tabi olmayacaktır.

İleri sürülen bu asgari standart neticesinde idarelere gelen taslağa yönelik eleştiriler, yorumlar ve görüşler işlem dosyasına girmekte ve çıkacak uyuşmazlıklarda mahkemeler bu dosyaya kolayca erişebilmektedir. Böylelikle mahkemeler düzenleyici işlemin taslağı, son hali ve ilgililerin görüşleri-yorumları arasında somut olarak

³⁰⁷ Yackee, Yackee, **a.g.e.**, s. 1454-1464.

karşılaştırma yapma, sektörün gerçekçi ihtiyaçlarının karşılanıp karşılanmadığını tespit etme imkânı bularak düzenleyici işlemlerdeki hukuka aykırılıkları daha isabetli bir biçimde belirleyebileceklerdir.

iii. Açıklığa Ve Şeffaflığa İlişkin Asgari Standartlar

Genel idari usul başlığı altında yer alan bilgi edinme ve gün ışığında devlet uygulaması idarenin açıklığı ve şeffaflığı ile ilgilidir³⁰⁸. Amerikan hukukunda idarede açıklık ve şeffaflık öngören gün ışığında devlet yasası **GISA**, genel bilgi edinme yasası ise **FoI Act**'tir.

APA'ya ek olarak yasalaşan **GISA** bütün idareleri değil yalnızca, düzenleyici ve denetleyici kurumlar gibi, karar alıcı organı veya makamı heyetli olan idareleri kapsamakta ve bunların toplantılarının açık olmasını mecbur kılmaktadır³⁰⁹. Tüm idareleri kapsayan genellik ve geçerlilik taşıyan şeffaflık yasası ise **FoI Act**'tir.

APA, karar organı heyetli idarelerin ve kurumların, toplantılarını önceden kamuoyuna duyurmalarını, toplantıların istisnalar haricinde açık olmasını ve daha da önemlisi toplantıda yapılan konuşmaların tam olarak kaydedilmesini ve bir tutanağa geçirilerek bu kayıtların kamunun kolayca ulaşabileceği bir şekilde tutulmasını mecbur kılmaktadır³¹⁰.

Karar organı veya karar makamı heyetli olan idarelerin karar aldıkları toplantılarının açık olması kuralının istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalar ulusal savunma ve dış ilişkilere ilişkin önemli konular, idarenin iç işleyişine ilişkin hususlar, yasada açık bir hükmün bulunması, ticari sırlar ile gizli ticari veya finansal bilgilerin varlığı, kişi mahremiyetini açıkça zora sokan hususlar, işlemin uygulamasını güçleştiren durumlar, kişilerin cezai sorumluluğunu doğuracak hususlardır³¹¹.

Merkezi idarenin denetiminden uzak olan düzenleyici ve denetleyici kurumlarda açıklığı ve şeffaflığı sağlayarak kamuoyunun ve mahkemelerin denetimine imkân veren gün ışığında devlet uygulamasının olumsuz sonuçları da bulunmaktadır. Bu uygulamanın bir olumsuz sonucu, bütün tartışma ve konuşmaların

³⁰⁸ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 477.

³⁰⁹ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 740.

³¹⁰ **A.e.**, s. 741-742.

³¹¹ **A.e.**, s. 741.

kaydedilmesi nedeniyle kurul üyelerinin toplantılarda bazen kendi görüşlerini ileri sürmekten çekinmesi veya hassas konuları konuşmak istememesidir³¹².

Türk hukukunda düzenleyici ve denetleyici kurumların özel yasalarında açıklık ve şeffaflık ilkeleri bakımından ya sessiz kaldığı ya da kurul toplantılarının gizliliğine ilişkin hükümlerin bulunduğu görülmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar bakımından 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile genel olarak düzenlenen bilgi edinme hakkı ve usulünün, diğer açıklık ve şeffaflık ilkeleri ile desteklenmesi gerektiği düşünülmektedir.

e. İdari Usule İlişkin Genel Değerlendirme

Amerikan öğretisinde temel insan hakları gözetilerek ve biraz da faydacı bir bakış açısıyla belirtildiği gibi idari usulle sağlanan adalet yoğun ve kapsamlı idari müdahaleyi katlanılabilir bir hale getirmektedir. İşleme ilişkin içeriğin işlem süreci sonuçlanmadan adil bir şekilde değerlendirilmesi ve ortaya konulması sadece şekli bir fayda sağlamaz işlemdeki keyfiliğin azalmasına da katkı sağlar³¹³.

Türk öğretisinde ileri sürüldüğü ve bizim de katıldığımız gibi kapsamlı idari usul takdir yetkisinin denetimine yardımcı olmaktadır³¹⁴. Bireysel işlemlerde savunma hakkı ve idarenin delillerini değerlendirme hakkı, düzenleyici işlemlerde kuralın yayımlanmasından önce ilgililerin yorumlarını idareye resmi olarak sunma hakkı ve bunlara karşı idarenin yazılı cevaplarının işlem dosyası içinde yer alması mecburiyeti ile genel olarak şeffaflık ilkesi gibi çeşitli idari usul ilke ve kuralları hukuk devletinde idari usulün mecburi şartları olarak değerlendirilebilir.

İdari usul, şekli denetimin diğer unsurları ile birlikte yargısal denetimde gereklidir; ancak tek başına yeterli değildir. İdari usulün esas denetimine olan faydası yukarıda belirtildiği gibi dolaylı bir faydadır. Yargısal denetimin kapsamının belirlenmesinde önemli olan esas denetimindeki ölçütlerin isabetli kullanılmasıdır.

³¹² A.e., s. 742.

³¹³ Schwartz, Wade, a.g.e., s. 241.

³¹⁴ Gülan, Maden Hukuku, s. 258-259; Şahin, a.g.e., s. 184.

D. Esas Denetimi

Ekonomik konulardaki idari işlemlerin esasına ilişkin yargısal denetimin güçlüğü üzerinde durulmakla beraber karşılaşılan güçlüğün bu tür işlemlerin yargısal denetiminin farklı bir hukuki rejime bağlı olmasını gerektirmediği belirtilmektedir³¹⁵. Amerikan öğretisinde de genel idare hukuku ilkelerinin; her biri farklı program, hedef, nitelik ve çalışma yöntemlerine sahip çeşitli idarelerin işlemlerine uygulanmasının kolay olmadığı vurgulanmaktadır³¹⁶.

Öğretide vurgulanan esas denetimine ilişkin sorunlar, idari işlemlerin çeşitli ve her bir idarenin kuruluş yasalarında özgün hükümlerin olması nedeniyle soyut olan sebep, konu ve maksat şeklindeki denetim ölçütlerinin somut olay ve olgulara uygulanmasındaki zorluklardan kaynaklanmaktadır. Soyut olan denetim ölçütlerinin somutlaşmasını ve uygulanmasını kolaylaştıracak, bu ölçütleri güçlendirecek çeşitli ilke ve kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. Dayanağını idarenin teknikliğinden ve takdir yetkisinden alan ilke ve kurallar esas denetiminin asıl konusunu oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle esas denetimi incelenirken sebep, konu ve maksat unsurları göz ardı edilmeden konuya farklı açıdan yaklaşılacaktır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların teknik konularda karar vermelerinin esas denetimin ve dolayısıyla yargısal denetimin kapsamının üzerinde ne ölçüde etkili olduğunu ortaya koymak gerekir. İdarenin teknikliğinden hareket edildiğinde idarenin takdir yetkisi ve bu yetkinin hangi sınırlarda denetlenebileceği esas denetiminde kritik bir konuma sahiptir.

1. Ekonomik Düzenleme Ve Denetleme İşlevinde İdarenin Teknikliği

İdareye yapısal açıdan bakıldığında devletin teknik³¹⁷ bir organı, aygıtı olduğu³¹⁸; işlevsel açıdan bakıldığında ise teknik nitelikteki faaliyet ve işlemlerden

³¹⁵ Tan, “Ekonomik Kararların Yargısal Denetimi”, s. 39, 49.

³¹⁶ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 235.

³¹⁷ İdare “tamamen siyasi mahiyet arz eden hükûmetten farklı olarak daha ziyade teknik mahiyet arzeder.” Bkz. Onar, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 60-61

³¹⁸ Duran, **İdare Hukuku**, s. 2.

oluştugu görülmektedir³¹⁹. İdarenin en önemli özelliği hem yapısal hem de işlevsel açıdan teknik olmasıdır. Liyakat sistemi doğrultusunda atanıp görevlerine devam eden kamu görevlilerinin sahip olduğu teknik bilgi, uzmanlık ve zaman içerisinde kazanılan idari deneyim, idarenin takdir yetkisinin dayanağını oluşturur. Nitekim idare hukukunun disiplinler arası özellik taşıması³²⁰, farklı teknik ve bilimsel konulara ilişkin olması da idarenin teknikliğinin sonucudur.

Konuya düzenleyici ve denetleyici kurumlar özelinde bakıldığında ise Türk idare hukukunda yaygın bir şekilde **idarenin teknikliğine ve bilimselliğine** vurgu yapıldığı görülmektedir³²¹. Özel kolluğun teknik özellik gösteren alanlarda kurulması ve ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin özel kolluk olması da bahse konu teknikliği pekiştirmektedir³²².

Hukuk ile tekniğin/bilimin amaç ve yöntemlerinin farklı olduğu ileri sürülmektedir³²³. Hukukta yargılamanın amacı taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümüdür. Uyuşmazlığın konusu teknik ağırlıklı olunca uyuşmazlığın çözümü bakımından hukukun tekniğe ve bilime ihtiyacı bulunmaktadır. Uyuşmazlık çözüldükten sonra bu ihtiyaç kalkmaktadır³²⁴. Teknik donanım ve bilgiye sahip idare; sürekli işleyen, faaliyet gösteren bir devlet organı olduğundan başka bir devlet organı olan mahkemeler ile sürekli bir ilişki ve iletişim içindedir.

Hukuk ile teknik/bilim arasındaki ilişki nedeniyle Amerikan öğretisinde ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde uzmanlık esasına (**expert model**) ve hukuki esasa (**legal model**) göre olmak üzere iki yaklaşımın bulunduğu ileri sürülmektedir³²⁵.

Uzmanlık esasında, ekonomide düzenin sağlanması ve ekonominin sağlıklı işlemesi hedefi ile ekonominin kendi yolunda yürüyerek gelişmesi-büyümesi hedefi

³¹⁹ A.e., s. 8; DURAN düzenleme ve denetleme işlevini genel anlamda kamu hizmeti olarak değerlendirmekle beraber, içerik bakımından daha teknik ve bilimsel olduğunu belirtmektedir. Bkz. Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 5.

³²⁰ Konu hakkında detaylı tespitler için bkz. Atay, **İdare Hukuku**, s. 51-52.

³²¹ Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 5; Tan, “<Regülasyon>”, s. 12; Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 8; Aşçıoğlu Öz, **a.g.e.**, s. 110-111.

³²² Aslan, Berk, **a.g.e.**, s. 24.

³²³ Rüdiger Breuer, “Gerichtliche Kontrolle der Technik – Gegenpol zu privater Option und administrativer Standardisierung”, **NVwZ**, C.1988, S.2, 1988, s. 104.

³²⁴ Jerry L. Mashaw, “Law And Engineering: In Search Of The Law-Science Problem”, **Law And Contemporary Problems**, C.66, S.4, 2003, s. 138.

³²⁵ Kagan, **a.g.e.**, s. 13.

arasında kurulması gereken dengenin her bir olaydaki maddi olgulara ve şartlara göre değiştiğine, sadece yasalarla bu dengeyi sağlamanın zorluğuna vurgu yapılmaktadır. Yine uzmanlık esasında düzenleyici ve denetleyici kurumlardaki kamu görevlilerinin belirtilen dengeyi sağlayabilmek için daha önceden sahip oldukları deneyimlere dayanarak serbestçe ilke ve politika üretmeleri gerektiği ileri sürülmektedir³²⁶. Amerikan öğretisinde bahsedilen uzmanlık esasına göre çalışacak kamu görevlilerinin niteliği ve durumları için Kıta Avrupası'nda doğmuş³²⁷ olan Max Weber tarzı bürokrasiye atıf yapılmaktadır³²⁸.

Hukuki esasta ise, kamu görevlilerinin vereceği kararlar üzerinden yapılan düzenleme ve denetleme işlevine güvenilmemektedir. Hukuki esas ile şekli kurallar altında keyfilik ve taraflılık mümkün olduğunca azaltılmaya çalışılmaktadır. Ayrıca bu esasta kamu görevlilerinin kendilerini seçen politik makamlara ve daha önemlisi mahkemelere hesap verilebilirliği de sağlanmaya çalışılmaktadır. Hukuki esasın merkezinde esneklik yerine belirlilik, istikrar ve eşitlik ilkeleri yer almaktadır³²⁹.

Amerika'da ileri sürülen uzmanlık esas ve hukuki esas şeklindeki farklı yaklaşımlara ülkemizde de rastlanmaktadır. SEZEN düzenleyici ve denetleyici kurumların, kurul üyelerinin nitelikleri ve kurulların çalışma esaslarına ilişkin hazırlamış olduğu eserinde, bazı kurul üyeleri ile yapmış olduğu yüzyüze görüşmelerden isim vermeden yararlanmıştır. İsmi belirtilmeyen bir kurul üyesinin

³²⁶ A.e., s. 13-14.

³²⁷ Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer alan ülkemiz öğretisinde ise Max Weber tarzı modern bürokratik yapılanmanın, Amerikan bürokrasisine ve Amerikan tarzı idari işleve (regülasyona) tam uymadığı görüşü belirtilmiştir. Bkz. Ulusoy, "Regülasyon Kurumları", s. 273. Genel olarak bakıldığında her bir modern devletin kendi bünyesinde idareleri oluşturur ve geliştirirken Max Weber tarzı bürokrasiden yararlandığı söylenebilir. Bu bakımdan Weber tarzı bürokrasi nasıl bütün Avrupa'yı etkilemişse Amerika'yı da etkilemiştir.

³²⁸ WEBER'in ilk defa kapsamlı bir biçimde teorisini oluşturduğu modern bürokrasi sisteminde, bürokrasinin özellikleri hiyerarşi, uzmanlık, şekilcilik, kişilik dışı olma, liyakata dayanma ve büyüklük olarak belirtilmektedir. Bkz. Rosenbloom, a.g.e., s. 214. Ancak Amerikan tarzı bürokrasinin Weber/Avrupa tarzı bürokrasiden ayrıldığı noktalar bulunmaktadır. Amerikan federal yürütmesi içerisinde, Kıta Avrupası'ndan farklı olarak, politika ve ilke belirlemede bürokraside hiyerarşik olarak alt kademelerde yer alan görevliler de aktif bir rol oynamaktadırlar. İster merkezi idare ister özerk idare içerisinde bulunsun Amerikan bürokrasisinin bütünü yürütmenin başı olan başkana ve başkana bağlı kabineye yardımcı olma ve destek olmak amacıyla yine onların genel gözetimi altında ana politikaları ve ilkeleri başlatabilir, yorumlayabilir ve uygulayabilir. Bkz. Shapiro v.d., a.g.e., s. 305-306. Ayrıca bkz. Kagan, a.g.e., s. 14.

³²⁹ A.e., s. 14. Alman öğretisinde de benzer bir şekilde, hukukun asıl görevinin kamusal düzeni ve hesap verilebilirliği, sosyal eşitliği, normatif davranış kurallarının sürekliliğini ve mülkiyet hakkının güvence altına alınmasını sağlamak olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Breuer, a.g.e. s. 104.

doğrudan alınan açıklamalarına göre hukukçu üyeler ile hukukçu olmayan üyelerin aralarındaki farklı yaklaşımlar³³⁰, yukarıda belirtilen ayrımı yansıtmaktadır.

Bununla birlikte belirtilen yaklaşımlar birbirinden kopuk veya birbirinin zıddı değildir. Öncelikle idari işlev içerisinde uzmanlık esası yanında hukuki esasa da ihtiyaç duyulmaktadır. İdaredaki kamu görevlileri sadece teknik ve bilimsel görevleri yerine getirmezler. İdare aynı zamanda hukukla bağlı olduğundan karar alıcıların ve karar alma sürecinde görev alanların hukuki yaklaşıma da ihtiyaçları bulunmaktadır.

İdarenin teknik uzmanlığının yargısal denetime etkisi bakımından farklı hukuk sistemlerinde birbirine yakın sonuçlara ulaştığı görülmektedir. Örneğin Alman hukukunda yargısal denetimin kapsamı bakımından başlangıç noktası, hukukun dava öncesinde ilk olarak idarece uygulaması olarak izah edilmektedir³³¹. İdare işlemini tesis ederken, yasadaki maddi vakıalara yönelik hukuki tanımlamalar ve ön koşullar ile yine yasada öngörülen hukuki sonuçları birlikte değerlendirirken idare hukukunu uygulamaktadır³³². Amerikan hukukunda ise idarenin teknikliği; idarenin sadece daha fazla bilgiye sahip olması ile değil, karar alma amacıyla sahip olunan bilginin sentezlenmesine yönelik yetenek ile açıklanmaktadır³³³. Neticede iptal davasının konusunu oluşturan idari işlem, idarenin teknik bilgisinin, donanımının ve faaliyetinin ve bunların sentezlenmesinin bir ürünü olup idare hukuku ilk olarak idare elinde doğmakta ve şekillenmektedir.

İdari işlemin tesis edilmesinde ve idare hukukunun şekillendirilmesinde idarenin teknikliğinin önemli bir payı bulunmaktadır. İdarenin bu özelliği

³³⁰ Belirtilen görüş dikkat çekici olduğundan alıntılanmıştır:

“Hukukçular geçmişe, kurallara bakarak karar almaktan yanalar. Ben ise kurumun bir yargı yeri gibi, mevzuata, kurallara bakıp, ‘bu, buna göre uygundur’ ya da ‘değildir’ şeklinde çalışmasından ziyade, görevli olduğu alanda geleceği düzenleyici bir rol üstlenmesinden yanayım. Çünkü mevzuat her zaman toplumsal gelişmelerin hızını yakalayamıyor; inisiyatif kullanmak, mevzuat kurallarını da uygun bir biçimde ihtiyaçlara göre yorumlamak gerekir. Ben, ‘iyi hakimler kötü kanunları yontarak kullanır’ görüşünden yanayım. Her sorunun çözümünü kanundan beklemek doğru değil, kanun bütün ayrıntıları içermez. Bunun için bize yetki verilmiş, ikincil mevzuat hazırlayabiliyoruz. Bu yetkimizi kullanmamız gerekir.”

Bkz. Sezen, **a.g.e.**, s. 90-91 ve ayrıca 7 nolu dipnot.

³³¹ Farklı görüşlerin birlikte değerlendirmesi için bkz. Breuer, **a.g.e.**, s. 106.

³³² Peter Badura, “Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes”, **Festschrift Für Otto Bachof Zum 70. Geburtstag**, Günter Püttner v.d. (ed.), C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1984, s. 181-183, 186.

³³³ Koch, **a.g.e.**, s. 485.

mahkemelerce yürütülen yargısal denetimin kapsamını büyük ölçüde kısıtlamaktadır. Bununla birlikte idarenin teknikliği ile bilimsel donanımı, idari işlemlere mutlak bir doğruluk veya hatasızlık özelliği kazandırmaz. Teknikliğin ve bilimsel donanımın yargısal denetimin kapsamı bakımından incelenmesi gereken iki husus bulunmaktadır. Birincisi, idarenin teknik bilgi ve donanımına rağmen idari işlemlerde hata bulunma olasılığıdır. İkincisi ise teknik konunun doğa bilimlerine veya sosyal bilimlere ilişkin olmasının yargısal denetim üzerinde etkisidir.

a. İdarenin Teknik Özelliğine Rağmen İdari İşlemlerde Hata Olabilmektedir

İdare teknik ve bilimsel donanımı nedeniyle tesis edeceği işlemle ilgili olarak gerekli bilgiye sahiptir. İdarenin ayrıca; belirli konularda görev ve sorumlulukları yerine getirmek amacıyla kıt kaynakların (para, zaman ve işgücü – kamu görevlisi) nerede ve nasıl kullanılacağına ilişkin tercihlerde bulunması gerekmektedir³³⁴. Bununla birlikte idarelerce teknik ve bilimsel açıdan her zaman en doğrusunun takip edilemediği görülmektedir. Bu bağlamda karar alırken ilgili sektörün görüşleri, tüketicilerin bakış açısı veya karar alıcı kamu görevlilerinin kendi görüşleri etkili olabilmektedir³³⁵. Ayrıca idarenin elinde bulunan verilerle ekonomik hayat içerisindeki gerçekler de tam olarak örtüşmeyebilir³³⁶. Kamu görevlilerinin kurumda üst konumlara geldikleri durumlarda kararlarını bilimsel ve teknik görüşten çok kurumun etkinliğine dayandırdıkları görülmektedir³³⁷.

Alman öğretisinde ise idari işlemlerin hatalı olabilme durumu değişik ve detaylı gerekçeler yerine sadece insan unsuru üzerinden açıklanmaktadır³³⁸.

Benzer bir görüşü Türk öğretisinde bulmak mümkündür. BİLGİN idare hukukunun, kamu kudretini kullanma yetkisine sahip idareler ve bu idareler adına yetki kullanan kamu görevlilerinin olası keyfi davranışları karşısında temel hak ve

³³⁴ Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 130.

³³⁵ Kamu görevlisi idare-i maslahat anlayışıyla da hareket edebilmektedir. Bkz. Mashaw, “Law And Engineering”, s. 152.

³³⁶ Howard Latin, “Good Science, Bad Regulation, and Toxic Risk Assessment”, **Yale J. on Regulation**, C.5, S.Kış, 1988, s. 93.

³³⁷ Mashaw, “Law And Engineering”, s. 140.

³³⁸ Wolff, Bachof, Stober, **Verwaltungsrecht (Cilt 2)**, s. 99-100.

hürriyetlerin korunmasına ilişkin olduğunu belirtmektedir³³⁹. BİLGEN tarafından örnek verilen³⁴⁰ kamu görevlilerinin Türk idare sisteminde eskiden beri yer aldığı, düzenleyici ve denetleyici kurumların ise hukukumuza sonradan girdiği ileri sürülebilir. Ancak düzenleyici ve denetleyici kurumlar da genel idare hukuku sistemi içerisinde yer almaktadır; bu kurumlardaki kamu görevlileri diğer kamu görevlileri ile aynı siyasası³⁴¹ ve toplumsal şartlar altında yaşayan kişilerdir.

Farklı hukuk sistemlerinde ortaya konulan şartlardan anlaşıldığı üzere, içinde insan unsurunun olduğu her yerde hata olasılığı bulunmaktadır. Şüphesiz iptal davasında kullanılan yargısal denetim ölçütleri her hata ile ilgilenmemektedir. Yargısal denetimde yerindelik hataları değil hukuka aykırılıklar denetlenmektedir.

b. Doğa Bilimleri – Sosyal Bilimler Ayrımı

Bazı idari işlemlerde ağırlıklı olarak sosyal bilimlerden, bazılarında ise doğa bilimlerinden yararlanılmakta ve bu bilim dalları işlemin esasını etkilemektedir.

Doğa bilimleri ile sosyal bilimler arasında en önemli fark, doğa bilimlerinin nedensellik ilkesine dayanmasıdır. Sosyal bilimlerin ise nedensellik ilkesine bağlanması bir kural değil varsayımdır³⁴². Doğa bilimlerinde ölçüm yapmak, kesin sonuçlara ulaşmak, gelecekle ilgili tahminde bulunmak, neden sonuç ilişkisini kurmak daha kolaydır³⁴³. Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevini esas olarak ilgilendiren

³³⁹ Pertev Bilgen, “Prof. Dr. Pertev Bilgen’in Hayat Hikâyesi”, *İHİD*, C.13, S.1, 2000, s. 3.

³⁴⁰ “Sanıyorum, Türk İdare Hukukçuları içinde Kamu Kudreti tezini yalnız ben savunuyordum. Bu gün bu düşüncemi de değiştirdim: Benim düşünceme göre idare hukuku kamu hizmetleri hukuku olmadığı gibi, kamu kudretinin hukuku da değil. İdare Hukuku, kamu kudretini kullanma yetkisine (=idari işlem yapma ve gereğinde bu kararını kuvvet kullanarak uygulama yetkisine) sahip olan idare karşısında kamu kudretinin kullanılmasının sınırlanması ve denetlenmesi ya da kamu kudretini –sözde- idare adına kullanan gerçek kişilerin –Bakan, vali, kaymakam, belediye başkanı, köy muhtarı, trafik polisi, belediye zabıta memuru- duygusallığına, kaprislerine, siyasi düşüncelerine, kinlerine, şahsi menfaatlerine kısaca keyfi davranışlarına karşı vatandaşların giderek temel hak ve özgürlüklerin korunması hukukudur. Örneğin, bundan böyle, kolluk işlemlerinin amacı, “kamu düzenini korumak” değil, insanların temel hak ve özgürlüklerini felsefi ve anayasal anlamda ve amacına uygun kullanabilmeleri için gerekli ortamı sağlamaktır.”

Bkz. A.y.

³⁴¹ Düzenleyici ve denetleyici kurumlarda kurul üyelerinin seçiminde siyasi etkiler hakkında detaylı bilgiler için bkz. Sezen, *a.g.e.* s. 95, 109.

³⁴² Ernest Hırş, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 3. bs., (uy.) Selçuk Baran Veziroğlu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 213-214.

³⁴³ “Toplum bilimleri toplum içinde yaşayan insanların davranışlarını, doğa bilimleri ise canlı veya cansız varlıkların incelenmesini konu almışlardır. İnsan irade sahibi bir varlıktır; o bakımdan da

iktisat (ekonomi) bilimi ise tıpkı hukuk gibi sosyal bir bilim dalıdır. Doğa bilimlerinde bile zaman zaman görüş farklılıkları ile karşılaşmaktadır. Bu bakımdan hukuk olsun iktisat olsun sosyal bilimlerde hemen her konuda birden fazla yaklaşım ve bakış açısının ve bunlara göre değişen sonuçların bulunması doğal bir sonuçtur. Üstelik günümüzün modern yaşamında, karmaşık bilgilerin sistemli bir şekilde toplanması ve analiz edilmesine yardımcı olacak teknolojik gelişmeler bulunmakta ve bu teknolojiler de sürekli yenilenmektedir. Böyle bir ortamda her bilginin birden fazla yansımaları ve yorumuyla karşılaşmak olağan olduğu gibi bilgi tek merkezlilikten çıkmaktadır³⁴⁴.

Bundan başka idari işlemin altında yatan teknik bilgilerin kesinliği esas denetiminin kapsamını etkilemektedir. Doğa bilimleri ile sosyal bilimlerde bu açıdan karşılaştırıldığında, insan davranışlarını konu eden sosyal bilimlerde birden fazla makul sonuca ulaşılmakta, bilimsel istikrara daha az rastlanmakta ve idare tarafından doldurulması gereken pek çok boşluk bulunmaktadır. Belirtilen durum sosyal bilimlere ilişkin konularda idarenin takdir yetkisini genişletmektedir.

Bununla birlikte sosyal bilimlere ilişkin konularda mahkemelerin yargısal denetiminin doğa bilimlerine göre daha geniş olduğu söylenebilir. Her şeyden önce mahkemelerin yargılama aşamasında takdir yetkilerinin bulunduğu tartışmasızdır³⁴⁵. Bundan başka Türk idari yargısında siyasal bilgiler, idarî bilimler, iktisat ve maliye bölümlerinden mezun olanların da yargıçlık mesleğine kabul edilebilmeleri mahkemelerin sosyal bilimlere ilişkin teknik konular üzerinde daha rahat ve sağlıklı yargısal denetim yapmasına olanak tanımaktadır³⁴⁶. Ayrıca ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin amacı ilgili sektörde ekonomik faaliyette bulunmak, mal ve hizmet üretmek değil, sektördeki girişimcilerin veya ilgililerin davranışlarına ilişkin

olaylar karşısında edilgen bir durumda kalmayıp doğrudan doğruya olayın kendisini değiştirebilmektedir.” Alıntı için bkz. Halil Seyidoğlu, **Bilimsel Araştırma ve Yazma El Kitabı**, 9. bs., İstanbul, Güzem Can Yayınları, 2003, s. 8.

³⁴⁴ Martin Shapiro, **Independent Agencies: US and EU**, İtalya, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, 1996, s. 15.

³⁴⁵ Kaya, **Takdir Yetkisi**, s. 103-106.

³⁴⁶ Danıştay üyelerinin hepsinin hukukçu olmamasının olumlu bulunduğu yolundaki görüşler için bkz. Aslan, Berk, **a.g.e.**, s. 134.

standartları³⁴⁷ belirlemek olduğundan, bu işlevde asıl bilim hukuk olup ekonomi ve diğer bilimler sadece yardımcı bir bilim olmaktadır.

Yine de mahkemeler idareler ile aynı teknikliğe ve bilimsel donanımına sahip olmadığı için, sosyal bilimlere ilişkin konulardaki yargılamalarda mahkemelerin takdir yetkisi genişlemekle birlikte bu genişleme idarenin takdir yetkisinde olduğu kadar olmamaktadır.

Mahkemeler ile idarenin takdir yetkisi arasındaki belirtilen farkın kapatılıp kapatılamayacağı veya ne ölçüde azaltılabileceği, idarenin takdir yetkisinin denetlenmesi başlığı altında öteden beri incelenmektedir. Neticede işlemi tesis eden idarenin teknikliği, yargısal denetimde idarenin takdir yetkisinin denetim sınırını da belirlemektedir.

2. Ekonomik Düzenleme ve Denetleme İşlevinde İdarenin Takdir Yetkisinin Denetimi

Yukarıda değinildiği gibi soyut olan yargısal denetim ölçütlerinin somutlaştırılması için bazı ilke ve kurallardan faydalanılması gerekmektedir. İşte belirtilen ilke ve kuralların bir bütün olarak irdelenip değerlendirildiği yer takdir yetkisinin denetimidir.

Esas denetiminde, soyut ve genel olan yargısal denetim ölçütlerinin başarılı ve isabetli bir şekilde uygulanmasını sağlamak için idarenin takdir yetkisinin, hukuku yorumlama gücünün, vakıaları değerlendirme alanının, kısacası işlemin esasını oluşturmaya olanak sağlayan vasıtaların ve hukuk ile yerindelik arasındaki çizgiyi belirleyen ilkelerin değerlendirmesi gerekmektedir.

Takdir yetkisinin denetiminde bir başlangıç ve çıkış noktası olarak öncelikle Alman hukuku üzerinde, detaylı ve ayrıntılı olarak Türk hukuku üzerinde durulacaktır. Amerikan hukuku ise önemli bir inceleme kaynağı olarak ayrıca değerlendirilecektir.

³⁴⁷ Mashaw, “Law And Engineering”, s. 142.

a. Alman Hukukunda

Tarihsel açıdan bakıldığında takdir yetkisi önce **konu** unsuruna denk düşen hukuki sonuçların takdiri ile başlamış daha sonra **sebeup ve maksat** unsurlarına isabet eden değerlendirme alanına doğru genişlemiştir³⁴⁸. Mevcut haliyle Alman hukukunda idarenin takdir yetkisi kendi içerisinde, değerlendirme alanı (**Beurteilungsspielraum**) ile hukuki sonuçların takdiri – dar anlamda takdir – (**Ermessen in der Rechtsfolgenseite**) şeklinde ikiye ayrılmaktadır³⁴⁹. Belirtilen ayırımı takdir yetkisi dar ve geniş olarak iki anlamda ele alınmaktadır. Dar anlamda takdir yetkisi ise sadece konu unsurunu içermektedir. Geniş anlamda takdir yetkisi ise **konu unsuruna** dayanan dar anlamda takdir ile **sebeup ve maksat** unsurlarına dayanan değerlendirme alanını içermektedir.

Değerlendirme alanı ile dar anlamda takdir, işlemin farklı unsurları (farklı yargısal denetim ölçütleri) ile ilişkili olduğundan aşağıda detaylı bir şekilde görüleceği üzere her ikisi farklı kapsamlarda yargısal denetim sonucunu doğurmaktadır³⁵⁰. Bunun yanında değerlendirme alanı ve dar anlamda takdir yetkisi birlikte, işlemin esasına ilişkin sebep, konu ve maksat unsurlarını konu edindiğinden³⁵¹ takdir yetkisinin bütüncül bir şekilde anlaşılmasına olanak vermekte ve yargısal denetimi kolaylaştırmaktadır.

Değerlendirme alanı ile takdir yetkisi ayırımının başka bir yönü ise yukarıda değinilen, hukuk normunun uygulanmasından kaynaklanarak olayın tespiti ve bir hukuki sonuca varılması şeklinde özetlenen ve mahkemeler ile idarelerin benzer bir şekilde yürüttüğü mantık süreci ile uyumlu olmasıdır. İdare işlemini tesis ederken, mahkeme ise yargısal denetim yaparken belirtilen benzer mantıksal süreci kullanmaktadır³⁵². Değerlendirme alanı ve dar anlamda takdir yetkisi ilkelerinin

³⁴⁸ Martin Bullinger, “Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung – Entwicklung, Funktionen, Gerichtskontrolle”, **JZ**, C.39, S.22, 1984, s. 1009.

³⁴⁹ Maurer, **a.g.e.**, s. 132-135; Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 27-50; Gärditz, **a.g.e.**, s. 1005.

³⁵⁰ Maurer, **a.g.e.**, s. 132-135; Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 27-50; Gärditz, **a.g.e.**, s. 1005.

³⁵¹ Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 47.

³⁵² Ipsen, **a.g.e.**, s. 117; Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 47-50.

uygulanması sonucunda hukuka uygunluk, yerindelik sınırlarının çizilmesi kolaylaşmaktadır.

Üstelik kolluk işlemlerinde bu benzeşme durumu daha da belirgin haldedir. İdare hukukunda kolluk işlemlerine dayanak olan hukuk normları emredici/buyurucu hukuk normlarıdır. Emredici hukuk normlarının genel olarak olgusal/maddi sebepler ile hukuki sonuçlar şeklinde çözümlenmesi³⁵³, kolluk işlemleri bakımından değerlendirme alanı ile dar anlamda takdir yetkisi ilkelerini ön plana çıkarmaktadır. Zira olgusal/maddi sebepler değerlendirme alanı içerisinde, hukuki sonuçlar ise dar anlamda takdir yetkisi içerisinde bulunmaktadır.

(1) Değerlendirme Alanı

Takdir yetkisinin bir alt başlığı olan değerlendirme alanı (**Beurteilungsspielraum**) kavramı İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ilk defa Alman öğretisinde ileri sürülmüş ve zamanla Türkiye ile Fransa gibi diğer Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de kabul görmüştür. Buna göre idarenin karar alıp işlem tesis ederken, yasada belirtilen sebepleri değerlendirme ve yorumlama bakımından esnek bir şekilde hareket etmesini sağlayacak bir değerlendirme alanı bulunmaktadır³⁵⁴.

Değerlendirme alanının çıkış noktası yasalarda yer alan belirsiz ve muğlak hukuk kavramlarıdır³⁵⁵. Belirli hukuk kavramları ile belirsiz (muğlak) hukuk kavramları arasındaki sınır her zaman tam olarak çizilemese de, yer, rakam, süre – zaman ve teknik veriler içeren yasal hükümler belirli hukuk kavramlarıdır. Ayrıca mülkiyet, kira, eşya, askerlik, ergenlik gibi tanımlamaları yasa veya öğreti tarafından belirlenmiş olan ifadeler de belirli kavramlar olarak kabul edilmektedir³⁵⁶.

Yasada yer alan ve kamu güvenliği ve düzeni (**öffentliche Sicherheit und Ordnung**), çevreye zararlı etki (**schädliche Umwelteinwirkungen**), genel trafiğin yararı (**öffentliche Verkehrsinteressen**), genelin refahına ilişkin sebepler (**Gründe des Wohls der Allgemeinheit**), hizmete ilişkin sebepler (**dienstlichen Gründen**),

³⁵³ Erbguth, **a.g.e.**, s. 122.

³⁵⁴ Değerlendirme alanı öğretide ilk defa 1955 yılında Alman idare hukukçusu BACHOF tarafından ortaya atılmış olup, öğretide yaygın biçimde benimsenmiştir. Bkz. Maurer, **a.g.e.**, s. 145.

³⁵⁵ **A.e.**, s. 143.

³⁵⁶ Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 30-31; Erbguth, **a.g.e.**, s. 118.

ciddi sebepler (**wichtiger Grund**), kamu yararı (**öffentliche Interesse**) şeklinde örnekleri verilen belirsiz kavramlar³⁵⁷ ise idareye, her bir olay karşısında o olayı yasal hükümler çerçevesinde değerlendirme imkânı vermektedir. Sosyal ve ekonomik olayların değişkenliği ve karmaşıklığı karşısında yasa koyucu daha somut hükümler yerine belirsiz ve muğlak hükümleri bilinçli bir tercih olarak koyabileceği gibi, henüz o konuda somut hükümler koymanın mümkün olmaması durumunda da böyle bir yola başvurabilmektedir. Değerlendirme alanı işlemin **sebep ve maksat** unsurları yönünden yapılan yargısal denetime işlerlik kazandırmak ve yerindelik denetiminden uzak tutmak amacıyla ortaya atılmıştır.

Sadece belirsiz hukuk kavramlarının yasada yer almasıyla mahkemelerin yargısal denetiminin kısıtlanıp kısıtlanmadığı tartışmalıdır³⁵⁸. Bir görüşe göre belirsiz kavramlara dayanılarak tesis edilen işlemlerde, idareye belirli bir hareket, değerlendirme ve yorumlama alanı verdiğinden, idareye tanınan bu alan nispetinde yargısal denetim de sınırlandırılmaktadır³⁵⁹. Diğer bir görüşe göre ise belirsiz hukuk kavramlarında idarenin takdir yetkisi bulunmakla birlikte özellikle mahkemelerin yargılama sırasında yasa hükmünün yorumlanmasına ilişkin olarak geniş bir yargısal denetim yetkisi bulunmaktadır³⁶⁰.

Belirtilen her iki görüşte de haklılık payı bulunmakta olup bunlar şu şekilde bağdaştırılabilir:

Birinci görüşün haklılık payı belirsiz kavramların belirli kavramlara göre idareye daha geniş takdir imkânı verdiğidir. Yasal hükümlerin çoğunluğu büyük ölçüde belirsiz olup uygulanabilmek için yoruma muhtaç olduğundan³⁶¹ yargısal denetimde bu ölçüde sınırlı olmaktadır. Bu manada belirtilen sınırlı denetim genele ilişkin bir tespit olup yukarıda belirtilen iptal davasında mahkemelerin esas görevinin tetkik etme, doğrulama, gözden geçirme olduğu görüşü ile örtüşmektedir. Yasa hükmü öncelikli olarak işlemi tesis eden idare tarafından uygulanmaktadır. İdare bu uygulama sırasında geleneksel yasa yorumlama yöntemlerinden³⁶² faydalanmaktadır. İşleme

³⁵⁷ Ipsen, **a.g.e.**, s. 117; Bullinger, **a.g.e.**, s. 1003.

³⁵⁸ Erbguth, **a.g.e.**, s. 119.

³⁵⁹ Maurer, **a.g.e.**, s. 145.

³⁶⁰ Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 43-44, 47-48; Erbguth, **a.g.e.**, s. 119.

³⁶¹ Ipsen, **a.g.e.**, s. 117.

³⁶² Alman idare hukukunda kullanılan yasa yorumlama yöntemleri lafzi yorum, tarihsel yorum,

karşı iptal davası açıldığında yargılama sırasında mahkeme de yasa yorum yöntemlerinden faydalanmaktadır. Bununla birlikte mahkemeler yargısal denetim sırasında idarenin daha önceki yorumlarını göz ardı edemezler. İşte belirtilen sınırlı denetim budur ve iptal davasında genel bir ilkeyi ifade etmektedir.

İkinci görüşün, sadece yasada bulunan her belirsiz hukuk kavramının mahkemelerin yargısal denetimini kısıtlamayacağı mahkemelerin yoruma ilişkin geniş bir takdir yetkisinin olduğu değerlendirmeleri de doğrudur. Belirsiz hukuki kavramların uygulanmasından doğan (tesis edilen) bütün işlemler aynı düzeyde ve eşit olarak yargısal denetim kapsamı ile karşılaşmazlar; bazı işlem türlerinde yargısal denetim sınırlı olup bazılarında normaldir.

Yukarıda yapmış olduğumuz normal denetim – dar denetim ayrımı bakımından her iki görüş birlikte ele alınırsa, iptal davasında normal yargısal denetimin dahi sınırlı biçimde yapıldığı; ancak dar denetimin normal denetime göre de sınırlı olduğu ortaya çıkacaktır. Bu itibarla belirsiz hukuk kavramı ile değerlendirme alanı arasında yakın bir ilişki bulunmakta³⁶³; değerlendirme alanı, belirsiz hukuk kavramlarının özel bir uygulamasını oluşturmaktadır³⁶⁴. Şöyle ki bir konuda idarenin değerlendirme alanının bulunması için belirsiz bir yasa hükmünün bulunması gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. İdarenin değerlendirme alanından söz edebilmek için belirsiz yasa hükümlerine ek olarak ilgili idarenin işlemi tesis ederken kendine özgü (diğer idarelerden ayrıştırılmasına olanak veren) uzmanlık alanında teknik bilgisini ve donanımını katması gerekmektedir. Bu nedenle belirsiz yasa hükmünün uygulanabilmesi için sadece hukuki yorum yapılması yeterli iken değerlendirme alanının bulunduğu yerde yasayı uygulayabilmek için hukuki yorumun üstüne teknik yorum ve değerlendirmelerin de eklenmesi gerekmektedir.

Hemen yukarıda değinildiği gibi değerlendirme alanı bütün işlemlerde değil bazı işlem türlerinde bulunmaktadır. Alman öğretisinde değerlendirme alanı ilk olarak sınav işlemlerinin yargısal denetiminde ileri sürülmüştür. Bu nedenle idarenin değerlendirme alanının bulunduğu işlem türlerine öncelikli olarak sınav işlemleri

sistematik yorum ve amaçsal yorum olarak sayılmaktadır. Bkz. Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 33-35.

³⁶³ Maurer, **a.g.e.**, s. 143.

³⁶⁴ Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 48.

örnek verilmektedir³⁶⁵. Sosyal ve ekonomik hayatta karşılaşılan yenilikler karşısında ilerleyen dönemlerde idarenin değerlendirme alanının bulunduğu işlem türleri daha detaylı gruplandırmalarla incelenmiştir. Bu işlem ve karar türlerine örnek olarak; 1- sınavlarda not verme işlemleri, 2- memur hukukuna ilişkin işlemler, 3- üyelerinin temsilci ve uzmanlardan oluştuğu kurulların değerlemeye/değerlendirmeye yönelik kararları, 4- ekonomi ve çevre hukuku konularında tahmin etmeye ve risk değerlendirmesine ilişkin kararlar³⁶⁶, 5- yasalarda idarenin siyasi tercihlerde bulunmasına izin veren bazı konular gösterilmektedir³⁶⁷.

İdarenin değerlendirme alanının bulunduğu hallerde mahkemelerin yürüttüğü yargısal denetim; maddi vakıaların tespitindeki yanlışlıklar, ilgisiz hususların değerlendirmeye dahil edilmesi ve genel değerlendirme ilkelerine aykırılık ile sınırlandırılmaktadır³⁶⁸. Türk idare hukuku öğretisi, Fransız idare hukuku kaynaklı olarak, değerlendirme alanındaki hukuka aykırılık noktalarını **açık değerlendirme hatası**³⁶⁹ ile açıklamaktadır.

(2) Dar Anlamda Takdir Yetkisi

Takdir yetkisinin diğer bir alt başlığı konu unsuruna isabet eden dar anlamda takdir yetkisidir. Dar anlamda takdir yetkisi, belirli bir konuda işlem tesis edilip edilemeyeceğinin yasada idarenin tercihinin bırakıldığı durumlarda karşımıza çıkmaktadır³⁷⁰. İşlemin konu unsuruna ilişkin olan takdir yetkisi yukarıda anlatılan değerlendirme alanından farklıdır³⁷¹. Dar anlamda takdir yetkisi hukuki sonuçlara ilişkindir³⁷². Özetle dar anlamda takdir yetkisi yargısal denetimde işlemin konu unsurunun hukuki irdelenmesini hedeflemektedir.

Yasayı yorumlayarak maddi vakıaları tespit eden ve işlemin sebep ve maksat

³⁶⁵ Ipsen, **a.g.e.**, s. 122-120-122, 124-126.

³⁶⁶ Maurer, **a.g.e.**, s. 149-153; Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 43; Oster, **a.g.e.**, s. 40-41, 44-45; Eckhard Pache, **Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum: zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, s. 137-144.

³⁶⁷ Örneğin bir memurun hizmet gereği nakli. Bkz. Maurer, **a.g.e.**, s. 149-153.

³⁶⁸ Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 44; Erbguth, **a.g.e.**, s. 122; Ipsen, **a.g.e.**, s. 122-125.

³⁶⁹ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 921-922; Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 48.

³⁷⁰ Maurer, **a.g.e.**, s. 135; Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 39.

³⁷¹ Erbguth, **a.g.e.**, s. 123.

³⁷² Maurer, **a.g.e.**, s. 135.

unsurunu ortaya koyan idare, dar anlamda takdir yetkisinde harekete geçip geçmemeye veya nasıl hareket edeceğine karar vermektedir³⁷³. İdarenin takdiri, prensip olarak her bir olayda kendine özgü olarak kullanılmaktadır. Bununla beraber idare eşitlik ilkesini gözeterek, düzenleyici işlemleriyle belirli maddi vakıa tiplerinde takdir yetkisinin nasıl kullanılacağını öngörebilir³⁷⁴. Dar anlamda takdir yetkisi idarenin tercihini belirlemesinden ve iradesini bu yönde kullanmasından oluşmaktadır.

Tercihle bulunmaya ve seçmeye ilişkin olan dar anlamda takdir yetkisi her idare ve her işlem türü bakımından verilebilir, bunu belirleyecek olan yasa koyucudur. İdarelerin tercihte bulunma iradeleri arasında bir derece farkı olmadığından, dar anlamda takdir yetkisinin bulunduğu hallerde idareler ve işlem türleri arasında ayırım yapılmaz. Prensip olarak idarenin dar anlamda takdir yetkisinin denetimi, hukuki denetim dışında olup yerindelik denetimi kapsamında sayılmaktadır. Bununla birlikte idare işleyişinde sorumluluk ve görev bilinci ile hareket etme durumunda olduğundan³⁷⁵, takdir yetkisini kullanırken bütünüyle serbest değildir³⁷⁶. Nitekim yargılamada, kısıtlı bir denetimle idarenin takdir hatasının olup olmadığına bakılmaktadır.

Alman idare hukukunda takdir hataları kendi içerisinde alt gruplara ayrılmaktadır. Bu bağlamda takdir hataları; takdir aşımı (**Ermessensüberschreitung**), takdirin kullanılmaması veya takdir noksanı (**Ermessensausfall**³⁷⁷) ve takdirin kötüye kullanımı (**Ermessensmissbrauch**) şeklinde sayılmaktadır³⁷⁸. Takdir aşımı idarenin mevzuatın belirlemiş olduğu alt ve üst sınırları aşarak karar vermesi durumlarında söz konusudur³⁷⁹. Takdirin kullanılmaması (takdir noksanı) ise idarenin belirli bir yönde karar alması gerekirken işlem yapmaktan imtina etmesidir³⁸⁰. Takdirin kötüye kullanılmasında ise idarenin genel olarak takdir yetkisi bulunmakta, maddi olgular gerçekleşmiş olmakta, bu olgular (ilk bakışta) yasanın çizdiği hukuki sonuç içerisinde

³⁷³ A.e., s. 135-136; Erbguth, a.g.e., s. 124.

³⁷⁴ Maurer, a.g.e., s. 138-139.

³⁷⁵ Oster, a.g.e., s. 46.

³⁷⁶ Maurer, a.g.e., s. 140; Erbguth, a.g.e., s. 124.

³⁷⁷ **Ermessensausfall** yerine bazen **Ermessensnichtgebrauch** veya **Ermessensunterschreitung** da kullanılmaktadır. Bkz. Erbguth, a.g.e., s. 124

³⁷⁸ Maurer, a.g.e., s. 140-142; Erbguth, a.g.e., s. 124; Ipsen, a.g.e., s. 131-132.

³⁷⁹ Maurer, a.g.e., s. 140-142; Erbguth, a.g.e., s. 124; Ipsen, a.g.e., s. 132.

³⁸⁰ Maurer, a.g.e., s. 141-142; Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, a.g.e., s. 338; Erbguth, a.g.e., s. 125-126; Ipsen, a.g.e., s. 132.

kalmakta ancak belirli olayda takdir yetkisi yasanın amacına uygun olarak kullanılmamaktadır³⁸¹. Ölçülülük ilkesi takdir hataları arasında takdirin kötüye kullanılmasında gözetilmektedir.

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi öncelikle anayasa hukukunda ortaya atılmıştır³⁸². Bu ilkenin kullanımı daha sonra genişlemiş ve bu ilke devletin yükümlülük getiren veya kısıtlayıcı bütün işlem ve eylemlerinde³⁸³ gözetilmeye başlamıştır. Ölçülülük ilkesi, idare hukukunda başta kolluk işlemlerinde olmak üzere kişiler üzerinde kısıtlama ve yükümlülük getiren bütün işlemlerin yargısal denetiminde uygulanmaktadır³⁸⁴. Bu ilke uyarınca kişi özgürlükleri genelin menfaatleri karşısında ancak zorunlu olduğu ölçüde kısıtlanabilir³⁸⁵. Bir idari işlem veya tedbir belirli bir amaca veya sonuca ulaşmak için araç olarak kullanıldığından, ölçülülük ilkesinde amaç, araç ve bu ikisi arasındaki bağlantı üçlemesine ve bu üçlemedeki dengeye dikkat edilmektedir³⁸⁶.

Ölçülülük ilkesi alt başlıklar ile kullanılmaktadır. Bu ilke uyarınca işlemin elverişli (**geeignet**), gerekli (**erforderlich**) ve orantılı (**angemessen**) olması gerekir³⁸⁷. Alman öğretisinde yargısal denetim sırasında ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinin açıklanan sıralama ile uygulanması gerektiği ifade edilmektedir³⁸⁸. Bu bağlamda öncelikle işlemin maksadı tespit edilerek bunun hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirilecektir³⁸⁹.

Birinci ilke olan elverişlilikte; işlemin (hukuki aracın) hukuka uygun olan maksada genel anlamda hizmet edip edemeyeceğine bakılır. Maksadı hiçbir şekilde desteklemeyen işlem elverişli değildir³⁹⁰. İkinci alt ilke olan gereklilikte ise idarece tesis edilmiş olan işlemten daha hafif olmakla birlikte istenen maksada aynı şekilde hizmet edebilecek işlemlerin olup olmadığına bakılmaktadır. Bu alt ilkede hafif olan

³⁸¹ Erbguth, **a.g.e.**, s. 126; Ipsen, **a.g.e.**, 2012, s. 132.

³⁸² Detterbeck, **a.g.e.**, s. 73; Maurer, **a.g.e.**, s. 250.

³⁸³ Detterbeck, **a.g.e.**, s. 73

³⁸⁴ Maurer, **a.g.e.**, s. 250; Erbguth, **a.g.e.**, s. 128.

³⁸⁵ Erbguth, **a.g.e.**, s. 128.

³⁸⁶ Maurer, **a.g.e.**, s. 250.

³⁸⁷ Erbguth, **a.g.e.**, s. 128; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 74-78; MAURER alt ilkeleri benzer anlamda olan **geeignet**, **notwendig** ve **verhältnismässigkeit** kavramları ile açıklamaktadır. Bkz. Maurer, **a.g.e.**, s. 250.

³⁸⁸ Detterbeck, **a.g.e.**, s. 74-78.

³⁸⁹ **A.e.**, s. 74-75.

³⁹⁰ **A.e.**, s. 75.

tedbirin diğeriyle aynı elverişlilikte olması gerekir³⁹¹. Başka bir ifadeyle idarece tesis edilen işlemten hafif olmakla birlikte maksada hizmet etmeyen işlemler gereklilik ilkesine konu olmaz.

Ölçülülük ilkesinin son aşaması orantılılıktır. Müdahalenin ağırlığı ile önemi ve aciliyeti arasındaki dengeye bakıldığında idari işlemin gerekçesi makullük sınırında kalmakta ise işlem orantılıdır³⁹². Alınan hukuki tedbirde veya tesis edilen işlemde, ilgilinin menfaatinde gerçekleşen olumsuzluklar kamu yararına ağır basmaktaysa işlem orantılı değildir. Gereklilik ve elverişlilik ilkeleri daha açık hukuka aykırılıkların tespitinde kullanırken orantılılık ilkesine geçildiğinde daha kapsamlı bir denetim yapılmaktadır. Bu bağlamda gereklilik ve elverişlilik ilkelerinde bir aykırılık varsa orantılılık ilkesi bakımından inceleme yapmaya gerek kalmamaktadır³⁹³. Yine elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerindeki denetim kapsamı farklılığı nedeniyle, orantılılık ilkesinde diğer iki alt ilkeye göre yerindelik denetimine kayma ihtimali daha yüksektir.

b. Türk Hukukunda

Takdir öğretide, yasa tarafından belirlenmek kaydıyla idarenin işlem tesis ederken tercih imkânının ve hareket serbestisi bulunması, olarak açıklanmıştır³⁹⁴. Bu serbesti gerek yasada belirtildiği şekilde gerek hukukun genel ilkelerine bağlılık altında geçerlidir. Takdir yetkisinin yasal idare ilkesinden bir sapma olduğu ileri sürülmekteyse de³⁹⁵ kanaatimize göre takdir yetkisi yasal idare ilkesinin uygulama sınırları içerisindedir.

(1) Takdir Yetkisine İlişkin Yasal Düzenleme

Hukuka uygunluk (İYUK 2/1-a) ile yerindelik (İYUK 2/2) arasındaki sınırın idarenin takdir yetkisi ile belirlendiği ifade edilmektedir³⁹⁶. Takdir yetkisinin bir kısmı

³⁹¹ A.e., s. 76.

³⁹² A.e., s. 77.

³⁹³ A.y..

³⁹⁴ Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, s. 84; A. Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 30. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 330; Kaya, **Takdir Yetkisi**, s.26.

³⁹⁵ Emre Akbulut, **Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi**, İstanbul, Beta, 2013, s. 332-337.

³⁹⁶ Duran, “İdari İşlem Niteliğinde”, s. 6.

hukuka uygunluk diğerk kısmı ise yerindelik ile ilgilidir³⁹⁷. Bu bağlamda, takdir yetkisinin idari yargılamanın sınır noktasını oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Yasal düzenlemede yerindelik denetimi yasağı ile takdir yetkisinin denetimini aynı hükümler içerisinde bulmak mümkündür. Yerindelik, işlemin tesisi sırasında idarece dayanan hususlardan olup, yargısal denetimde ölçüt olarak kullanılan sebep, konu ve maksat gibi işlemin bir parçasıdır³⁹⁸. Yerindelik denetimi ile hukuka uygunluk denetimi arasındaki ayrımın kolay yapılamamasının altında bu durum yatmaktadır.

Öğretide idarenin bir konuda harekete geçip geçmeme tercihi, harekete geçme yeri ve zamanı, idarece kullanılacak araç ve gereçler³⁹⁹, idarece maddi vakıaların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi⁴⁰⁰ yerindeliğinin unsurları şeklinde sayılmaktadır. Belirtilen durumların yerindeliğinin unsurları değil, yerindelik olabilecek haller olduğunu düşünmekteyiz. Özellikle mahkemece yapılan maddi vakıa değerlendirme ve nitelendirmeler örneği üzerinden gidilirse, maddi vakıanın mahkemece değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi (yorumlanması) kendiliğinden (**per se**) bir yerindelik denetimi değildir. Mahkemenin bu yöndeki incelemesi yerindelik denetimi olabileceği gibi hukuki denetim de olabilir.

Yerindeliğinin unsurları, yerindelik ile takdir yetkisi arasındaki ilişki ile birlikte Anayasa'nın "Yargı Yolu" başlıklı 125. maddesinin 4. fıkrasında⁴⁰¹ ve İYUK'un 2/2 maddesinde⁴⁰² sayılmıştır. Lafzı neredeyse aynı olan maddelere bakıldığında idari

³⁹⁷ Benzer görüşler için bkz. Arat Özkaya, **a.g.e.** s. 26.

³⁹⁸ Duran, "İdari İşlem Niteliğinde", s. 6-10.

³⁹⁹ **A.e.**, s. 7-8; Yıldızhan Yayla, "İdarenin Takdir Yetkisi", **İÜHFM**, C.30, S.1-2, 1964, s. 208; Ramazan Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", **AÜEHFD**, C.7, S.3-4, 2003, s. 198.

⁴⁰⁰ Yayla, "Takdir Yetkisi", s. 208; Çağlayan, "Takdir Yetkisi", s. 198.

⁴⁰¹ Anayasa'nın "Yargı Yolu" başlıklı 125. maddesinin 4. fıkrası şu şekildedir:

"Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez."

⁴⁰² 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir:

"İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve

yargı yetkisinin hukuka aykırılık denetimi ile sınırlı olduğu kuralı yargı yetkisinin olumlu sınırını⁴⁰³, yerindelik denetimi yasağı ise yargı yetkisinin olumsuz sınırını⁴⁰⁴ çizmektedir. Maddelerde yerindelik denetimi yasağının unsurları ortak olarak; yürütme görevinin yasalarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilememesi halleri olarak sayılmıştır. Bu kural üst norm olan ve İYUK'a göre sonradan yürürlüğe giren Anayasa hükmünde daha açık biçimde anlaşılmaktadır. Öğretide verilen örnekler üzerinden gidilirse maddi vakıaların değerlendirilmesi işlemin sebep unsuruna ilişkindir. Mahkemeler işlemin sebep unsuru bağlamında idarenin maddi vakıa tespiti veya değerlendirmesini denetlerken, idarenin takdir yetkisini kaldırmışlarsa veya idarenin görevini yasalarda belirtilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirmesini engellemişlerse, o zaman yerindelik denetimi yapmış olurlar.

Yerindelik denetiminin belirtilen üç unsurundan doğrudan takdir yetkisine yönelik kısmı üzerinde durmak gerekmektedir. Yukarıda belirtilen maddelerde “idarenin takdir yetkisinin **kaldırılması**” şeklinde ifade yer almaktadır. Kanaatimize göre yasadaki ifade, takdir yetkisinin kısıtlanmasını veya kontrol edilmesini içermemektedir⁴⁰⁵. Yargısal denetimde idarenin takdir yetkisinin kısıtlanması ve kontrol edilmesi hukuka uygunluk denetimi olurken takdir yetkisinin kaldırılması ise yerindelik denetimidir.

Bazı düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş yasalarında da yerindelik yasağına yer verilmektedir. Öğretide 5411 sayılı Bankacılık Yasası'nın 82. maddesi veya 4734 sayılı Kamu İhale Yasası'nın 53. maddesi gibi yerindelik denetimini yasaklayan hükümlerin yargısal denetim üzerinde etkili olduğu ve bu denetimi daraltmaya yönelik olduğu ileri sürülmektedir⁴⁰⁶. Kanaatimize göre söz konusu hükümler, kurumların kuruluş ve bağımsızlıklarını pekiştiren hükümler olup yargısal

esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.”

⁴⁰³ Olumlu yükümlülükler şeklindeki benzer bir kullanım için bkz. Kaya, **Takdir Yetkisi**, s. 126.

⁴⁰⁴ Olumsuz yükümlülükler şeklindeki benzer bir kullanım için bkz. **A.e.**, s. 175.

⁴⁰⁵ Benzer görüş için bkz. Duran, “İdari İşlem Niteliğinde”, s. 6-7.

⁴⁰⁶ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 451-453.

denetimi gerçekleştiren mahkemelere değil, vesayet denetimini gerçekleştiren merkezi idareye yöneliktir. Belirtilen yasa hükümleri uyarınca merkezi idare düzenleyici ve denetleyici kurum işlemleri üzerinde yerindelik denetimi yapamayacaktır. İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında yerindelik yasağının unsurları, yerindelik yasağının ne olduğunu adı geçen yasalara (5411 ve 4734 sayılı Yasalara) göre daha açık biçimde ortaya koymaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinin de içinde bulunduğu kolluk işlemlerinin yargısal denetimine ilişkin olarak, Türk öğretisinde denetimin özünün işlemin sebep ile konu unsurları arasındaki ve bu unsurlar ile takdir yetkisi arasındaki ilişkide toplandığı ve sebep unsurunun en kritik inceleme ölçütü olduğu isabetli olarak ortaya konulmaktadır⁴⁰⁷. İYUK md. 2/1-a'da sebep, konu ve maksat şeklinde belirtilen yargısal denetim ölçütleri soyut olduğundan takdir yetkisinin denetiminde tek başına yeterli olmamaktadır. Bu nedenle öğretilerde soyut olan bu ölçütlerin somutlaşmasını sağlayacak çeşitli hukuki ilkeler ileri sürülmektedir.

(2) Takdir Yetkisinin Denetiminde Kullanılan İlkelere İlişkin Öğretideki Görüşler

Yukarıda da belirttiğimiz gibi takdir yetkisinin bulunduğu hallerde dar denetim, bulunmadığı hallerde ise normal denetim gerçekleştirilmektedir⁴⁰⁸. Bununla birlikte geniş, normal ve dar denetim gibi üçlü bir ayrımın yapıldığı da görülmektedir⁴⁰⁹. Neticede idarenin takdir yetkisinin genişliği ile yargısal denetimin genişliğinin birbiri ile ters orantılı olduğu sonucuna varılmaktadır⁴¹⁰.

Öğretilerde farklı denetim kapsamlarında hangi hukuki ilkelerin uygulanacağı veya bu ilkelerin nasıl uygulanacağı üzerinde kesin görüş birliği olduğu söylenemez⁴¹¹. Öğretilere bakıldığında takdir yetkisinin denetimine ilişkin olarak

⁴⁰⁷ Duran, **İdare Hukuku**, s. 261-262; İl Han Özay, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", **Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara, Ankara Barosu, 2000, s. 308-309.

⁴⁰⁸ Öğretilerdeki baskın görüş için bkz. Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 48, 50; Tan, "Sınav Ve Jüri", s. 421; Alan, "Konu Unsuru", s. 345-351; Oytan, **a.g.e.**, s. 149-156.

⁴⁰⁹ Erkut, **a.g.e.**, s. 107-108; Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 208-209, 212, 222-225.

⁴¹⁰ OYTAN dar denetimde de normal denetimde de işlemin sebep, konu ve maksat unsurlarına bakıldığını savunmaktadır. Sadece bu unsurlar üzerindeki denetim farklı yoğunlukta yapılmaktadır. Bkz. **A.e.**, s. 154.

⁴¹¹ ALAN yargısal denetimi asgari denetim ve normal denetim olarak ikiye ayırmaktadır. Denetimde

hukuki hata – maddi hata, maddi gerçeğin denetimi, açık değerlendirme hatası, vakıaların hukuki sınıflandırılması, bilanço teorisi (yarar zarar dengesi), ölçülülük gibi çeşitli ilke ve kuralların ileri sürüldüğü görülmektedir.

Üzerinde durulan farklı ilkeler, yargısal denetim ölçütlerinden işlemin sebep, konu veya maksat unsurlarına işlerlik kazandırmak, idarenin takdir yetkisinin denetimini mümkün olduğu ölçüde yerindelik denetiminden uzak tutmak amacını gütmektedir. Bu bağlamda belirtilen ilkelerin Alman hukukundan kaynaklanan ve Fransız hukukunda da savunulan sebep ve maksat unsuruna ilişkin değerlendirme alanı ile konu unsuruna ilişkin dar anlamda takdir yetkisi ayrımı altında toplanarak

genel olarak yetki saptırması ve hukuka aykırılık denetiminin yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. Asgari denetimde yetki saptırmasına sınırlı bir şekilde bakılacaktır. Asgari denetimde hukuka aykırılık kendi içerisinde, hukuki hata ve maddi hata olarak, maddi hata da yine kendi içerisinde maddi gerçeğin denetimi ve açık değerlendirme hatası olarak ikiye ayrılmaktadır. Hukuki hatada yasanın hatalı yorumlanıp yorumlanmadığına bakılmaktadır. Açık değerlendirme hatası durumunda ise maddi vakıa ile ilgili değerlendirmelerde açık hata yapılmaktadır. Buradaki hatalar konunun uzmanı olmaya gerek kalmadan göze çarpan hatalardır. Açık değerlendirme hatası ilkesinin de dayanağı belirsiz hukuk kavramlarıdır. Vakıaların hukuki vasıflandırması ise yine maddi hata incelemesi içerisinde olmakla beraber asgari denetimde değil, daha kapsamlı olan normal denetimde uygulanmaktadır. Bkz. Alan, “Konu Unsuru”, s. 345-351. OYTAN dar denetimde sebep unsuru bakımından işlemin dayanağı olan sebeplerin fiilen mevcut ve hukuken gerçek olup olmadığına bakıldığını, konu unsuru bakımından ise (yürürlükten kalkmış bir mevzuata dayanma gibi açık olan) hukuki hataların incelenlendiğini savunmaktadır. Ayrıca maksat unsuru ise yetki saptırması ilkesine göre değerlendirilmektedir. Maksat unsuru, diğer yargısal denetim ölçütü olan sebep ve konuya yardımcı olması amacıyla kullanılmaktadır. Normal denetimde asgari denetimden farklı olarak, işlemin sebebinin fiili mevcudiyedi yanında hukuki tahlillerinin de yapılarak dava konusu işlemin yapılmasını hukuken gerektirecek olup olmadığı değerlendirilmektedir. Bkz. Oytan, **a.g.e.**, s. 150-154.

ERKUT’a göre dar denetimde açık biçimde bulunan ölçsüzlüklere bakılmakta, mantık ve makullük kurallarına göre ölçülülüğe bakılmamaktadır. Normal denetimde işlemde yarar-zarar dengesinin sağlanıp sağlanmadığının ve ayrıca idarenin maddi olgular karşısında yaptığı hukuki nitelendirmelerin doğruluğunun incelenmesi gerekmektedir. Geniş denetimde ise işlemin hukuken mümkün ve gerekli olup olmadığı belirlendikten sonra işlemin ortaya çıkardığı sakıncalar da göz önüne alınarak tam bir yarar-zarar analizi yapılmak durumundadır. Bkz. Erkut, **a.g.e.**, s. 107-108. OKAY TEKİNSOY’a göre dar denetimde işlemin dayanağı olan sebeplerin fiilen mevcut, hukuken gerçek olup olmadığı ve işlemde güdülen amacın yasal olup olmadığı denetlenmektedir. Eğer işlem bir kolluk işlemi ise dar denetimde ayrıca açık değerlendirme hatasına da bakılacaktır. Normal denetimde inceleme konusu tedbirin uygun değil aşırı olup olmadığına bakılmaktadır. Bu yöntem bilanço teorisine benzetilmektedir. Geniş denetimde sebep, konu ve maksat unsurları arasında mükemmel bir uygunluk aranmakta ve özellikle kolluk tedbirinin denetiminde (kamuya açık yer özel yer, gece – gündüz, iş günü – tatil günü gibi) zaman ve yer bakımından tesisi de dikkate alınmaktadır. Asgari ile normal denetim arasındaki fark, asgari denetimde maddi olayların hukuki nitelendirilmesinin yargısal denetim dışı bırakılmaktadır. Normal denetim ile geniş denetim arasındaki fark ise normalde sadece objektif hukuki kategorilerin, genişte ise objektif ve sübjektif hukuki kategorilerin değerlendirmeye alınmasıdır. Bkz. Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 208-209, 212, 222-225.

ULUSOY ise düzenleyici ve denetleyici kurumlara ilişkin bir eserinde konuya sadece dar denetim ve bu denetimde kullanılan açık değerlendirme hatası ilkesi ile yaklaşmaktadır. Bkz. Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 48-49.

değerlendirilmesi ve bu ayırmadan faydalanılarak öğretide ortaya atılan görüşlerin sadeleştirilip kuvvetlendirilebileceği düşünülmektedir. Örneğin asgari denetimde kullanılan hukuki yorum incelemesi ile normal denetimde kullanılan hukuki tavsif incelemesi⁴¹² arasında önemli bir farklılık ortaya konulmamaktadır. Başka bir örnek olarak ise asgari denetimde maddi vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğine ve hukuki bir hata olup olmadığına bakılırken; normal denetimde ise bunlara ek maddi vakıaların hukuki nitelendirilmesi yapıldığı ileri sürülmektedir⁴¹³. Kanaatimize göre hukuki yorum, tavsif ve nitelendirme gibi kavramlar aynı hukuki incelemeyi işaret etmekte olup bunların hepsi hukuki yorum kavramıyla açıklanabilir. İdarenin değerlendirme hatasının bulunduğu hallerde ise hukuki yorum ve nitelendirme açık değerlendirme hatası incelemesi ile yapılacaktır. Bundan başka yargılama sırasında mahkemelerin maddi gerçekliği araştırmaları ve idarenin dar anlamda takdir yetkisini denetlemeleri gerekmektedir.

Aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere maddi gerçekliğin araştırılması ile açık değerlendirme hatası, değerlendirme alanı başlığı altında; açık takdir hatası ile ölçülülük – bilanço teorisi ise dar anlamda takdir yetkisi başlığı altında ele alınmalıdır.

(3) Değerlendirme Alanı – Dar Anlamda Takdir Yetkisi Ayrımına İlişkin Öğretideki Görüşler

Türk hukukunda takdir yetkisi denildiği zaman bazen sadece geniş anlamda takdir yetkisi anlaşılmakta, takdir yetkisi kendi içerisinde bir ayrıma tabi tutulmamaktadır. Bu durumun altında değerlendirme alanı – dar anlamda takdir yetkisi ayrımı yaklaşımının benimsenip benimsenmemesinden çok işlemin sebep ve konu unsurlarının ayırt edilememesi⁴¹⁴ yatmaktadır.

⁴¹² Alan, “Konu Unsuru”, s. 346, 350.

⁴¹³ Oytan, **a.g.e.**, s. 150; Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 160; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 139-140.

⁴¹⁴ Örneğin ALAN takdir yetkisinin denetimine ilişkin olarak konu unsurunu incelemesine rağmen takdir yetkisinin denetim noktalarını yetki, şekil ile maksat olarak saymıştır. Maksadı ise yetki saptırması, sebep ve yasanın amacının yorumlanması olarak belirtmiştir. Bkz. Alan, “Konu Unsuru”, s. 359-364; Nuri Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik Ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayınları No: 33, 1982, s. 41.

Hâlbuki öğretide takdir yetkisi tek tanım altında açıklanmakla birlikte, aynı tanımda değerlendirme alanı ile dar anlamda takdir yetkisi ayrı olacak şekilde vurgulanmaktadır. Örneğin ÖZYÖRÜK takdir yetkisini, idarenin maddi vakıalar ve hukuki dayanakların işlemi tesis etmek için sebep olarak değerlendirmesi ve bu sebeplere göre belirli bir konuda işlem tesis etmesi noktasında tanımlarken değerlendirme ile tercih ayrımını ortaya koymaktadır⁴¹⁵. Görüldüğü gibi öğretideki daha eski incelemelerde dahi sebep unsuru bir değerlendirme, konu unsuru da bir tercih ve irade olarak açıklanarak dolaylı bir şekilde, isim verilmeden, değerlendirme alanı – dar anlamda takdir yetkisi ayrımı vurgulanmaktadır.

ÖZYÖRÜK’ün ileri sürdüğü takdir tanımı Alman hukukunda savunulan sebep, konu ve maksadı içeren **geniş anlamda takdir yetkisi**, sebep ve maksadı içeren **değerlendirme alanı** ile konu unsurunu içeren **dar anlamda takdir yetkisini** birlikte kapsamaktadır. Değerlendirme alanı – dar anlamda takdir yetkisi ayrımı Türk öğretisinin genelinde, açık biçimde ismen belirtilmemekle birlikte tanımı ve özellikleri ile ortaya konulmaktadır.

Yukarıda Alman hukukunda değerlendirme alanı – dar anlamda takdir yetkisi ayrımı üzerinde durulurken, bu ayrımın küçük önerme (olay) – büyük önerme (kural) – sonuç olarak formüle edilen mantık sürecine uyumlu olduğu ve kolluk işlemlerine daha uygun olduğu belirtilmektedir.

Aynı uygunluk Türk hukuku için de geçerlidir. Türk hukukunda idareler ile mahkemeler hukuk normunu uygulayarak, olayın tespiti ve bir hukuki sonuca varması şeklinde özetlenen benzer mantık sürecini yürütmektedirler⁴¹⁶. Değerlendirme alanı – dar anlamda takdir yetkisi ayrımı belirtilen mantık süreci ile uyumlu olduğundan idarenin takdir yetkisinin denetimini kolaylaştırmaktadır.

Öğretide hukuk normları türlerine göre emredici/buyurucu hukuk normları, tamamlayıcı hukuk normları, yorumlayıcı hukuk normları, tanımlayıcı hukuk normları ve yetki verici hukuk normları olarak gruplandırılmaktadır⁴¹⁷. Hukuk normlarından emredici/buyurucu hukuk normları, idare hukuku içerisinde, en çok kolluk işlemlerine

⁴¹⁵ Özyörük, **a.g.e.**, s. 211.

⁴¹⁶ Onar, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 344; Azrak, “Yargı ve İdare”, s. 130.

⁴¹⁷ Şeref Gözübüyük, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 31. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 65-67.

dayanak olan hukuk normlarıdır. Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi⁴¹⁸, kolluk işlemlerinin dayanağı olan emredici/buyurucu hukuk normları, olgusal/maddi sebepler irdelenerek hukuki sonuçlara varma şeklinde çözümlenmektedir. Bu nedenle değerlendirme alanı – dar anlamda takdir yetkisi ayrımı kolluk işlemlerinin yargısal denetimine uygundur.

Türk hukukunda YILDIRIM ve GÖZLER değerlendirme alanı ile takdir yetkisini ayırarak takdir yetkisinin işlemin konu unsuruna, değerlendirme alanının ise işlemin sebep unsuruna ilişkin olduğunu belirtmektedir⁴¹⁹. KAYA açık bir şekilde değerlendirme alanı – takdir yetkisi ayrımı yapmamakla birlikte takdir yetkisinin tespit edilmesinde yasanın açık hükmü, belirsiz kavramlar, değerlendirme halleri, izin halleri gibi durumlardan yararlanılabileceğini belirtmektedir⁴²⁰.

KARAHANOGULLARI ise konuyu takdir yetkisinin ortaya çıkışına ilişkin yaklaşımlarla açıklamakta belirsiz hukuk kavramlarına ve değerlendirme alanına değinmektedir. Seçenekler yaklaşımı ise dar anlamda takdir yetkisi ile örtüşmektedir⁴²¹.

ARAT ÖZKAYA değerlendirme alanı – dar anlamda takdir yetkisi ayrımını açık bir şekilde benimsememekle birlikte sebep ve maksat unsuru bakımından idarenin takdir yetkisinden bahsederken belirsiz hukuk kavramlarıyla birlikte idareye değerlendirme alanı bırakıldığını vurgulamaktadır⁴²².

⁴¹⁸ Erbguth, **a.g.e.**, s. 122.

⁴¹⁹ YILDIRIM Alman idare hukukundaki **Beurteilungsspielraum** kavramının değerlendirme alanı veya değerlendirme yetkisi şeklindeki kullanımlarını isabetli bulmaktadır; Yıldırım, **İdari Yargı**, s. 129-130; GÖZLER değerlendirme alanı yerine değerlendirme marjı kavramını kullanmakta ve bu kavramın kökeninin Alman hukuku olduğunu eklemektedir. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 899, 903, 945-946.

⁴²⁰ Kaya, **a.g.e.**, s. 43-62. Bir sonraki başlıkta ortaya konulduğu gibi değerlendirme alanı, belirsiz hukuk kavramlarından kaynaklanmaktadır. Kaldı ki KAYA da belirsiz hukuk kavramları içerisinde değerlendirme alanından/marjından bahsetmektedir. Değerlendirme halleri ile değerlendirme alanı da farklı bir kavram değil aynı kavramlardır. Bu nedenle belirsiz kavramlar ile değerlendirme hallerini değerlendirme alanı içerisinde kabul etmek gerekmektedir. Yasanın açık hükmü ile izin hallerinin ise konu unsuruna isabet eden dar anlamda takdir yetkisi içerisinde yer aldığı; kolluk işlemlerine özgü olan izin halleri ise yasanın açık hükmünün özel bir uygulaması olduğu düşünülmektedir. Açıklanan nedenlerle KAYA'nın da dolaylı olarak tarafımızca savunulan ayrım üzerinde durduğu düşünülmektedir.

⁴²¹ KARAHANOGULLARI değerlendirme marjını (payını) kullanmaktadır. Bkz. Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması**, s. 499-500.

⁴²² ARAT ÖZKAYA belirsiz hukuk kavramlarına ve değerlendirme alanına ilişkin olarak ayrıntılı açıklama yapmaktadır:

“Sebeup unsuru bakımından, kanımızca, mevzuatın belirsiz kavramlar ortaya koyduğu durumlarda,

Öğretide belirli hususların yerine getirilmesi, eksikliklerin tamamlanması için makul süre verilmesine ilişkin işlemler⁴²³ veya üniversite tarafından ihtiyacı olan öğrencilerle ilgili parasal burs işlemleri⁴²⁴ gibi bazı işlemlerde konu unsuru bakımından belirsiz hukuk kavramlarının kullanıldığı ifade edilmektedir⁴²⁵. Öğretideki bu görüşe katılmıyoruz. Öğrencilere uygun bir bursun verilmesindeki veya ilgililere makul bir sürenin verilmesindeki uygun olma veya makul olma belirsiz hukuk kavramı olmakla birlikte bunlar işlemin sebep ve maksat unsurlarına ilişkindir. Örnek verilen işlemlerde öncelikle sebep ve maksat unsurları somutlaştırıldıktan, başka bir ifadeyle maddi şartlar ve vakıalar tespit edilip, bunların yorum ve nitelendirmesi yapıldıktan sonra, en son aşamada bir süre veya para tercih edilmekte, idare iradesini o şekilde ortaya koymaktadır. Bu tür işlemlerde idarenin hem değerlendirme alanı hem de dar anlamda takdir yetkisi bulunmaktadır.

(4) Değerlendirme Alanı

Türk hukukunda değerlendirme alanının çıkış noktasının belirsiz hukuk kavramları olduğu belirtilmektedir⁴²⁶. Belirsiz hukuk kavramlarına kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık, genel ahlak, ihtiyaç, lüzum⁴²⁷, devletin güvenliği, milli egemenlik, genel asayiş, kamu yararı, kamu menfaati, hizmetin gerekleri, kamu güveni, kamu esenliği, kamu sağlığı, idari icap, uygun görülme, fevkalade hal, duruma

söz konusu belirlemenin objektif yönü bakımından bir serbesti olmayacak, ancak somut olayın özellikleri gereği sübjektif belirlemeler yapılması gerekiyorsa idarenin mevzuat çerçevesinde hareket serbestisi gündeme gelebilecektir. Nitekim, “kamu düzeni” kavramı idareye bir işlemin sebep unsuru belirlemede bir **değerlendirme alanı** bırakacaktır ve bu kavramın içinde bulunan “an” ve “yer” ile içi doldurullabilen ve onun içini dolduran iradede bağımsız bir anlamı vardır. Somut olayın verilerinin bu şekilde objektif olarak belirlenebilen kamu düzeni kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bakımından ise idarenin bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Ancak, bu durumun ortaya çıkması uyuşmazlık üzerine yargı yolu önüne gidildiğinde belli olacağından söz konusu belirlemeler, son tahlilde, yargı tarafından incelenecektir.” (Koyu vurgulama tarafımıza aittir.)

Bkz. Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 115.

⁴²³ A. Ülkü Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, **İHİD**, C.6, S.1-3, 1985, s. 26.

⁴²⁴ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 456.

⁴²⁵ Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 119.

⁴²⁶ Yasalar işlemin sebep unsuru bakımından bazen sebep göstermedikleri gibi bazen de işlem sebebini belirsiz hukuk kavramlarıyla öngörmektedirler. Bu durum idareye değerlendirme alanı bırakmaktadır. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 899, 903.

⁴²⁷ **A.e.**, s. 903; Kaya, **Takdir Yetkisi**, s. 43-44.

göre, icabı hal⁴²⁸ gibi örnekler verilmektedir.

Bununla birlikte belirsiz hukuk kavramları, değerlendirme alanının varlığı için yeterli olmayıp⁴²⁹ sadece bir ön şarttır. Değerlendirme alanı için ayrıca o işlemde idarenin teknikliğinin ağırlıklı olması gerekmektedir. Bu bakımdan sadece belirsiz hukuk kavramları kısıtlı bir yargısal denetim sonucunu doğurmaz. Türk hukuku bakımından belirsiz hukuk kavramı ile değerlendirme alanının durumuna sebep ve maksat unsurları üzerinde ayrı ayrı durularak değinilecektir.

Sebep unsuru bakımından her belirsiz hukuk kavramı idareye değerlendirme alanı vermemektedir. Tıpkı Alman hukuku'nda olduğu gibi değerlendirme alanı ilk olarak sınav işlemlerinin yargısal denetiminde ileri sürülmüştür. Bu nedenle idarenin değerlendirme alanının bulunduğu işlem türlerine öncelikli olarak sınav işlemleri örnek verilmektedir⁴³⁰. Bundan başka memur hukukunda sicil notu verilmesi gibi işlemler⁴³¹, teknik ve bilimsel alanlar, tıp alanı, yüksek kolluk (yabancı yayınların yasaklanması), pasaport işlemleri, ekonomik müdahalecilik (ve ekonomik kolluk), yabancılar hukuku⁴³², aday memurun adaylık döneminde memuriyetine son vermeye ilişkin işlemler⁴³³ gibi bazı konularda ve işlem türlerinde idarenin değerlendirme alanı bulunmaktadır. **Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerini** öğretide sayılan bu işlemler grubu içerisinde ayrı bir grup olarak ele almak gerekmektedir. Yine de belirsiz hukuk kavramları değerlendirme alanının ön şartı olduğundan, eğer bir işlem türü bakımından yasadaki hükümler belirli hukuk kavramlarını içeriyorsa, o işlem türü bakımından düzenleyici ve denetleyici kuruma değerlendirme alanı değil bağlı yetki verilmiştir. Bunun dışında belirsiz hukuk kavramlarının bulunması halinde, düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri de değerlendirme alanı olduğu

⁴²⁸ A.y.

⁴²⁹ GÖZLER belirsiz hukuk kavramının idareye değerlendirme alanı vermesi için yeterli olduğu üzerinde dursa bile aynı eserin devamında değerlendirme alanının sadece bazı işlem türlerinde olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 921.

⁴³⁰ TAN bir makalesinde sınav ve jüri değerlendirmelerinde, idarenin değerlendirme alanının genişliğine ve dolayısıyla yargısal denetimin sınırlılığine vurgu yapmaktadır. Bkz. Tan, "Sınav Ve Jüri", s. 419-422. KAYA ise sınav işlemlerine örnek olarak örgün eğitim, yükseköğrenim ve meslek içi sınavlarında not verme işlemlerini, özel yetenek sınavlarını, doçentlik sınavını ve profesörlük unvanı verilmesine ilişkin işlemlerini vermektedir. Bkz. Kaya, **Takdir Yetkisi**, s. 51-62.

⁴³¹ A.y.; Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 907.

⁴³² A.y.

⁴³³ Kaya, **Takdir Yetkisi**, s. 51-62.

işlemlerdendir.

Maksat unsurunun da değerlendirme alanı bakımından ele alınması gerekir. Öncelikli gerekçe genel maksat unsuru olan kamu yararı⁴³⁴ ile kolluk işlemlerinde maksat unsuru olan kamu düzeni⁴³⁵ kavramlarının belirsiz hukuk kavramları olmasıdır. **Sebeup unsurundan farklı olarak maksat unsuru bakımından her idarenin işlemini tesis ederken bir değerlendirme alanı bulunmaktadır.** Genel olarak idareler bir işlemi tesis etmeden önce onun kamu yararına yönelik olup olmadığı konusunda hukuki yorum yaptıkları gibi hukuki yoruma ek olarak yasanın vermiş olduğu görev ve sorumlulukları yerine getirmek amacıyla teknik bilgilerini ve donanımlarını kullanırlar. Belirtilen bu teknik bilgi ve donanım her idarede olan ve yapısal ve işlevsel anlamda idare olmaktan kaynaklanan **asgari uzmanlıktır.**

Maksat unsurunun değerlendirme alanı içerisinde ele alınmasının diğer bir gerekçesi sebep ile maksadın birbiri ile olan yakın ilişkisidir⁴³⁶. Bir şeyin sebebi onun maksadını da işaret ettiğinden çoğunlukla sebep ile maksat bir arada yer almaktadır⁴³⁷. Bu yüzden ki **kişisel maksat, siyasi maksat, üçüncü kişiye yarar sağlama maksadı**⁴³⁸ gibi aksi ile ispat edilmediği sürece maksat unsuru denetiminde sebep unsuruna kayılmak⁴³⁹ suretiyle maksadın hukuka uygun olup olmadığı belirlenebilmektedir.

Bundan başka öğretilerde idari işlemlerin genel maksadı olan kamu yararı kavramının hukukilik ile yerindelik alanları arasında sınırda yer aldığı ve her ikisini de ilgilendirdiği yolundaki değerlendirmeler⁴⁴⁰ de görüşümüzü destekler niteliktedir.

⁴³⁴ Alman hukuku için bkz. Bullinger, **a.g.e.**, s. 1003.

⁴³⁵ KAYA hem kamu yararını hem de kamu düzenini belirsiz kavramlar içerisinde saymaktadır. Bkz. Kaya, **Takdir Yetkisi**, s. 43-44. GÖZLER ise kamu düzenini belirsiz hukuk kavramları arasında saymaktadır. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 903.

⁴³⁶ İşlemin gerekçesi sebep unsuruna ilişkin olduğu gibi genel bakımdan maksat unsuruna da ilişkin olabilir. Bkz. İl Han Özay, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, İÜHF Yayınları No: 691, 1985, s. 131. GÖZLER kolluk işlemlerine özgü maksat unsuru olan kamu düzenini işlemin sebebi olarak da nitelendirmektedir. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 903. Ayrıca bkz. Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması**, s. 478-479.

⁴³⁷ Benzer görüşler ve sebep ile maksat unsurunun birlikte değerlendirildiği içtihatlar için bkz. Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 487; ayrıca bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 902, 993.

⁴³⁸ **A.e.**, s. 979-981.

⁴³⁹ Kaya, **Takdir Yetkisi**, s. 230; Bahtiyar Akyılmaz, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi**, C.1, S.1, 1998, s. 43.

⁴⁴⁰ Gülan, “Conseil D’etat”, s. 28.

Sonuç olarak yasanın ilgili hükümlerinde belirsiz hukuk kavramlarının bulunması ön şartı ile sebep unsuru bakımından bazı işlem türlerinde, maksat unsuru bakımından ise bütün işlemlerde idarenin değerlendirme alanı bulunmaktadır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri ise, hem sebep unsuru hem de maksat unsuru bakımından, değerlendirme alanının bulunduğu işlem grupları içerisinde yer almaktadır.

Yukarıda sebep ve maksat unsurlarına ilişkin değerlendirme alanının denetimi sırasında bir takım hukuki ilke ve kuralların uygulandığına değinilmiştir⁴⁴¹. Alman hukukunda belirtilen bu denetim noktalarından, ilgisiz değerlendirmelerin dikkate alınması ile genel değerlendirme ilkelerine aykırılık, hukuki yorum ve nitelendirmede aykırılıklar şeklinde tek bir başlık altında toplanabilir. İdarenin değerlendirme alanının bulunması halinde⁴⁴² mahkemelerin iptal davasında **maddi gerçekliği araştırarak tespit etmeleri ve hukuki yorum ve nitelendirmeye ilişkin açık değerlendirme hatasına** bakmaları gerekmektedir. Aşağıda iki başlık altında bu iki konuya değinilecektir.

i. Maddi Gerçeğin Araştırılması

Genel olarak bir davanın çözümünü etkileyebilecek olan vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğinin taraflarca ispatı⁴⁴³, mahkemece de tespiti gerekmektedir. Hukuk yargılamasında mahkemeler sadece taraflarca üzerinde uzlaşılamayan konularda maddi vakıaları tespit ederken re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari yargılamada ise mahkemeler, tarafların ileri sürmediği veya uzlaştığı hususlarda da araştırma yapıp maddi vakıaların gerçekliğini tespit edebilmektedirler⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Alman hukukunda değerlendirme alanında hukuka aykırılıklar; maddi vakıaların tespitindeki yanlışlıklar, ilgisiz hususların değerlendirmeye alınması ve genel değerlendirme ilkelerine aykırılık ile sınırlandırılmaktadır. Bkz. Giemulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 44; Erbguth, **a.g.e.**, s. 122; Ipsen, **a.g.e.**, s. 122-125.

⁴⁴² GÖZLER işlemin sebep unsurundaki hukuki aykırılıkları sebebin mevcut olmaması ve hukuki sebebin tavsifinde hata olarak saymakta, bunlara ölçüsüzlüğü de eklemekle birlikte aynı eserin devamında ölçüsüzlüğü konu unsurundaki hukuka aykırılık içerisinde ayrıntılı bir şekilde incelemektedir. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 904, 970-976.

⁴⁴³ Melikşah Yasin, **İdari Yargılama Usulünde İspat**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 6.

⁴⁴⁴ **A.y.**

İdari işlemler tesis edilirken maddi vakıalar çoğunlukla daha önceden idarece tespit edildiği için, idari yargılamada mahkemelerin araştırmaları ve incelemeleri idare tarafından düzenlenen rapor, inceleme, değerlendirme gibi yazılı bilgi ve belgeler üzerinde yoğunlaşmaktadır. Özellikle düzenleyici ve denetleyici kurumlarda, kurum içerisindeki uzmanlarca hazırlanan ve işlemin dayanağı olan bu tür belgeler daha fazla yer almaktadır. Yeri geldiğinde hukuk kurallarının örneğin idarece ilan edilmeyen düzenleyici işlemlerin bile mahkemece araştırılarak ispatına ihtiyaç duyulurken⁴⁴⁵, düzenleyici ve denetleyici kurumların iç işleyişinde oluşmuş bilgi ve belgelerin araştırılması yoluyla maddi gerçeğin de araştırılmasını sağlamaktadır.

Yukarıda şekil – usul unsuru başlığı altında, idari usulün sebep ve maksat unsurlarında hukuka aykırılık olup olmadığını gösterecek veya bunlara işaret edecek bilgi ve belgelerin toplanmasını sağladığı, idari usul ile yargılama usulünün birbiri ile bağlantılı olduğu belirtilmiştir. Bununla beraber yargılama sırasında, işlem dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin eksik veya yetersiz olduğu davacı tarafça ileri sürülürse veya mahkeme bu konuda bir şüpheye düşerse, re’sen araştırma ilkesi uyarınca maddi gerçeklik mahkeme tarafından tespit edilmeye çalışılacaktır. Mahkeme işlemin dayanağı olan bilgi ve belgeleri araştırıp inceleyebileceği gibi bilirkişi görüşüne de başvurabilir.

Öğretide mahkemelerin bilirkişi görüşüne başvurusu, “Kurul’un sahip olduğu uzmanlığa denk olabilecek başka bir uzman kurulun nasıl sağlanacağı” şeklinde sorgulanmaktadır⁴⁴⁶. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar/kurullar ile oluşturulacak bilirkişi heyeti arasındaki karşılaştırmayı sadece bir uzmanlık karşılaştırması olarak ele almak yanlış sonuçlara yöneltebilir.

Öncelikle seviyeleri birbirinden farklı olmakla birlikte uzmanlık idarenin en temel özelliğidir. Bu açıdan bakıldığında düzenleyici ve denetleyici kurumlar yanında üniversiteler⁴⁴⁷ de yüksek bir uzmanlık seviyesine sahiptir. Türkiye’de ve diğer demokratik hukuk devletlerinde, bilimsel çalışmalar ve gelişmeler çoğunlukla

⁴⁴⁵ A.e., s. 7.

⁴⁴⁶ Eğerci, a.g.e., s. 301.

⁴⁴⁷ EGERCİ bir önceki dipnotta düzenleyici ve denetleyici kurumların uzmanlığa denk olabilecek başka bir uzman kurul olmasının güçlüğünden bahsetmesine karşın aynı yerde bilirkişi olarak üniversitelerin ilgili fakülte ve bölümlerinden öğretim görevlilerinin seçilebileceğini savunmaktadır. Bkz. A.y.

üniversite bünyesinde yapılmaktadır. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar dahil uzman kamu görevlilerinde öncelikli mesleğe giriş şartı üniversitelerin belirli fakültelerinden mezun olmadır. Kaldı ki üniversiteler bilimsel özgürlükten ve diğer idarelerde görülmeyen idari özerklikten faydanlanmaktadır.

Üniversitelerin bütün bilimsel ve teknik avantajına rağmen, üniversiteler ile düzenleyici ve denetleyici kurumlar/kurullar arasında yapılan karşılaştırmada başka noktalar da dikkate alınmalıdır:

1- Üniversiteler konulara daha teorik bakarken idareler daha pratik bakmaktadır. Hâlbuki düzenleme ve denetleme işlevi pratik eksen üzerinde yer almaktadır.

2- Düzenleyici ve denetleyici kurumlar daha fazla maddi imkâna, zamana ve insan gücüne sahipken üniversitelerin bu konuda bariz dezavantajı bulunmaktadır.

3- Düzenleyici ve denetleyici kurumlar maddi vakıalara olayın gerçekleştiği sırada veya hemen sonrasında vakıf olurken, (bilirkişi vazifesini üstlenen) üniversite mensupları bunlara hep daha sonradan vakıf olmaktadır.

Görüldüğü gibi üniversiteler çoğunlukla düzenleyici ve denetleyici kurumlardan daha yüksek bir teknik bilgiye ve donanıma sahip olmakla birlikte, yasalar görev ve sorumluluğu idarelerin üzerine yüklediği ve idari işlemler idare tarafından tesis edildiği için bilirkişi uygulaması sadece yol gösterici⁴⁴⁸ ve tali bir bilgi kaynağıdır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinin yargısal denetiminde, bilirkişilerin üniversitelerde görev yapan öğretim görevlilerinden seçilmesi en doğru tercih olmaktadır.

Hukuk yargılamasında olduğu gibi⁴⁴⁹ idari yargılamada⁴⁵⁰ da bilirkişiye gidilip gidilmeyeceği, gidilecekse hangi hususların bilirkişiye sorulacağı hâkimin takdirindedir. Bununla birlikte hukuki konularda bilirkişiye gidilmemesi gerekmektedir. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Bilirkişiye

⁴⁴⁸ Bilirkişi görüşü hâkim bakımından bağlayıcı değildir. Bağlayıcı olmamadan anlaşılması gereken hâkimin bilirkişi raporunu aldıktan sonra onu gözardı ederek kendi bilgisi ile karar vermesi değil, dosyadaki bilgi ve belgeler ile bütün delilleri birlikte değerlendirdikten sonra karar vermesidir. Bkz. Yahya Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2004, s. 135,136.

⁴⁴⁹ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6 C., 6. bs., İstanbul, Demir Demir, C:III, 2001, s. 2632.

⁴⁵⁰ Kaya, **Takdir Yetkisi**, s. 104-105.

başvurulmasını gerektiren hâller” başlıklı 266. maddesinde “hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda⁴⁵¹ bilirkişiye başvurulama...”yacağı kurala bağlanmıştır. İYUK madde 31’de yapılan atıf uyarınca bu kural idari yargılama için de geçerlidir.

İşlemin dayanağı olarak gösterilen yazılı belgeler ve dökümanlar çoğunlukla işlemin sebebine ilişkin maddi olguları, olayları ve teknik bilgileri içermektedir. Hâkim işlemin dayanağı olan yazılı belgeler ve diğer dokümanlar ile tarafların iddialarını değerlendirdikten sonra bilirkişiye gitmeye karar verebilir. Hâkim bilirkişi incelemesine başvuracaksa hukuki yorum ve nitelendirme ile teknik yorum ve nitelendirme arasında ayırım yaparak hangi hususların hukuki konular hangilerinin ise teknik konular olduğuna karar vermesi gerekmektedir. Bu şekilde bir belirleme yapıldıktan sonra bilirkişilere yönelik verilecek görevlendirmede, bilirkişilerden ne istenildiğinin açık ve net bir şekilde belirtilmesi ve bilirkişi incelemesinin sınırı ayrıntılı bir talimatla ortaya konulmalıdır. Bilirkişi görüşüne başvurulması halinde yine hâkim, hukuki yorum ve nitelendirmeyi kendisi yapmak zorundadır. Dolayısıyla yargılama sırasında bilirkişi incelemesine gidilmesi hâkimin hukuki yorum ve nitelendirme yapma görevini kaldırmamaktadır.

Hâkim dava dosyasında toplanan belgelerdeki maddi gerçekliğe ve teknik bilgiye dair içeriği yeterli görüp bilirkişi incelemesine başvurmazabilir. Bilirkişiye ister gidilsin ister gidilmesin yine de bilgi ve belgelerin çoğunlukla hukuki bir anlamı da bulunduğundan hakim tarafından hukuki yorum yapılırken değerlendirilmesi ve dikkate alınması gerekmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri gibi değerlendirme alanının bulunduğu işlemlerde, hukuki yorum değerlendirmesinde bir sonraki başlıkta irdelenen açık değerlendirme hatasına bakılmaktadır.

ii. Açık Değerlendirme Hatası (Hukuki Yorum ve Nitelendirme)

Açık değerlendirme hatası ile ilgili olarak iki husus açıklığa kavuşturulmalıdır. Bunlardan ilki açık değerlendirme hatası incelemesinin hangi

⁴⁵¹ Hukuk yargılaması bakımından öğretide yabancı hukuk ile örf ve adet in tespiti için bilirkişi yoluna başvurulabileceği belirtilmektedir. Bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 2652.

hususla ilişkin olduğu diğeri ise hangi hataların açık hata olarak kabul edileceğidir.

Açık değerlendirme hatası hukuki yorum⁴⁵² ve nitelendirmeye ilişkindir. Hukuki yorum içerisinde mevzuat yanında ayrıca işlemin dayanağı olan, maddi vakıalar ile işlem dosyasında yer alan ve işlemin sebep ve maksat unsuruna dayanak olan bütün bilgi ve belgeler de girmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sadece mevzuatın hukuki yorumlanması işlemin bütün unsurlarında gerçekleştirilmektedir. İdari işlemin sebep ve maksat unsurları dışında yetki⁴⁵³, şekil – usul ile konu unsurlarının da yasaya dayanması gerektiğinden yasanın uygulanması noktasında hukuki yorum yapılmaktadır. İşlemin sebep ve maksat unsurunda yapılan hukuki yorumdaki farklılık, mevzuatta belirtilen sebeplerin karşılaşılan olaydaki maddi vakıalar ile örtüşüp örtüşmediğinin denetimi için mevzuatla birlikte maddi vakıaların ve bu vakıaların hukuki tespit ve incelemesini içeren işlem dosyasındaki belgelerin de yorumunun yapılması gerekliliğidir. Açıklanan nedenlerle gerek açık değerlendirme hatası incelemesinde gerek sebep unsurunun normal denetiminde mahkemeler mevzuat, maddi vakıalar ve işlemin dayanağı olan belgeler üzerinde hukuki yorum⁴⁵⁴ yaparak bunlar arasındaki ilişkiyi

⁴⁵² ALAN hukuka aykırılık incelemesini hukuki hata ve maddi hata olarak ikiye ayırdıktan sonra hukuki hatada sadece yasanın doğru yorumlanıp yorumlanmadığına, maddi hatada ise açık değerlendirme hatasına bakıldığını ileri sürerek hukuki yorumla açık değerlendirme hatasını ayırmaktadır. Bkz. Alan, “Konu Unsuru”, s. 346. ALAN bu tespitlerde bulunduktan sonra, açık değerlendirme hatası ilkesinin dayanağının belirsiz hukuk kavramları olduğunu belirtmekte ve hemen yukarıda yapmış olduğu ayrıma ters düşmektedir. Zira belirsiz hukuk kavramları öncelikle yasaların içerisinde yer almaktadır. Bkz. A.e., s. 349. Kanaatimize göre açık değerlendirme hatası incelemesi içerisinde yasanın hukuki yorumu da yer almaktadır.

⁴⁵³ Danıştay bir kararında düzenleyici ve denetleyici kurumun (KİK’in) işlem tesis etmeye yetkili olup olmadığını tartışırken yasanın yorumlanması üzerinde durmuştur. Temyiz edilen husus ihaleyi düzenleyen idare tarafından alınması gereken yasaklama kararı bakımından KİK’in düzeltici işlem tesis edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Kararda sistematik ve amaçsal yorum yöntemlerinden bahsedilmekle birlikte, sadece sistematik yorum yapılarak 4734 sayılı Yasa’da yasaklılık kararı almanın münhasıran ihaleyi düzenleyen idareye verildiği, KİK’in ise yasaklılık işlemlerinin başlatılması şeklinde bir düzeltici işlem tesis etme yetkisinin olmadığı gerekçesi ile bozma kararı verilmiştir. Bkz. Dan. 13. D., 05.12.2016 tarih E:2016/4514 K:2016/4063 sayılı karar (DBB).

⁴⁵⁴ OYTAN hukuki yorumu veya kendi deyişiyile hukuki tahlili; yasa koyucunun gütmüş olduğu maksadın ve iradesinin, o yetkinin veriliş sebeplerinin, esprisinin yorumlanarak, hukuka ve mevzuat hükümlerine, hukukun genel ilkelerinin üstün amaçlarına ve içtihatlarla benzer olayların değerlendiriliş esaslarına göre incelenmesi şeklinde açıklamaktadır. Bkz. Oytan, **a.g.e.**, s. 154. Görüldüğü gibi ister asgari denetimde ister normal denetimde olsun, hukuki yorum hem mevzuatın hem de olayların (olguların ve olguların tespit edildiği belge ve bilgilerin) incelenmesini içermektedir.

incelemek zorundadır. Aradaki farklılık⁴⁵⁵ değerlendirme alanı denetiminin daha limitli yapılması, idarenin değerlendirme alanının bulunmadığı normal denetimde ise diğerine göre daha geniş bir inceleme yapılmasıdır.

Ele alınması gereken ikinci husus açık değerlendirme hatası incelemesinde hangi tür hatalara bakıldığıdır. Öğretide açık değerlendirme hatasının çok ağır ve apaçık hataları içerdiği, o konuda uzman olmayan “sıradan bir kişi”nin bile kolaylıkla anlayabileceği ve farkedebileceği hatalar olduğu belirtilmektedir⁴⁵⁶. Açık hatanın belirlenmesi için sıradan kişiye⁴⁵⁷ yapılan göndermeyi doğru bulmuyoruz. Yargıçlar, özellikle idari yargıçların mesleklerini yürüttükleri saha kendine özgü bir uzmanlık sahasıdır. Bu sahada uzmanlık ancak uzun yıllardan gelen mesleki ve kişisel tecrübelerin birikmesiyle oluşur. Açık değerlendirme hatasında hukuki yorumda yapılmış olan hatalara bakılmaktadır.

Hukuki yorumu yapan kaynağa göre yorum türleri öğretide yasama yorumu, yargı yorumu ve bilimsel yorum olarak üç tür halinde sayılmaktadır⁴⁵⁸. Hukukun genel ilkeleri bağlamında ileri sürülen bu yorum türleri idare hukuku için yeterli değildir. İdare yasayı uygulamak için hukuki yorum yapmak zorunda olduğundan hukuki yoruma kaynaklık etmektedir. Bununla beraber idarenin yapmış olduğu hukuki yorumlar ne yasama yorumu, ne yargı yorumu ne de bilimsel yorum türleri içerisine girmemektedir. İdari yargıda açılan dava sonucunda hukuka aykırı bulunmadıkça, idarenin işlemlerinde yapmış olduğu hukuki yorumlar bağlayıcı olup kişilerin hak ve menfaatlerini etkilemektedir. Bu nedenle idarenin yapmış olduğu yorumu dördüncü bir yorum türü olarak saymak gerekmektedir.

⁴⁵⁵ Öğretide açık değerlendirme hatasını içeren asgari denetim ile normal denetim arasındaki fark, asgari denetimde maddi olayların hukuki nitelendirilmesinin yargısal denetim dışı bırakılması ile açıklanmaktadır. Bkz. Alan, “Konu Unsuru”, s. 348-351; Oytan, **a.g.e.**, s. 154; Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 225. Paragraftaki açıklamalardan görüldüğü üzere görüşümüz aksi yöndedir. Asgari denetim (açık değerlendirme hatası incelemesi) ile normal denetim arasındaki farklılık denetimin yapıldığı hususlar değil, bu hususlar üzerindeki derecedir.

⁴⁵⁶ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 967; ayrıca bkz. Alan, “Konu Unsuru”, s. 349. ARAT ÖZKAYA ise açık değerlendirme hatasını “... işlemde bireyler tarafından herhangi bir uzmanlık sahibi olmayı gerektirmeyecek kadar açık olarak anlaşılabilen veya ortaya çıkardığı sonuç açıkça adalet duygularına ters düşen değerlendirmelerdeki hatalar” olarak açıklamaktadır. Bkz. Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 138.

⁴⁵⁷ Sıradan kişi hukukun uzmanı olmadığından kararını tamamen değer yargılarına göre verecektir; bu durum yargısal denetimi yerindelik denetimi haline getirmektedir.

⁴⁵⁸ Gözübüyük, **Hukuka Giriş**, s. 75; Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s. 162-166.

Hukuki yorum, kaynağı dışında yöntemlerine göre de gruplandırılmaktadır. Hukuki yorum yöntemlerine örnek olarak lafzi yorum, tarihsel yorum, amaçsal yorum⁴⁵⁹, mantıki yorum, sistematik yorum⁴⁶⁰, kavramcı yorum, menfaatler içtihadı yorumu⁴⁶¹ gibi çeşitli yorum yöntemleri verilmektedir. Belirtilen bu yöntemlerden lafzi yorum yöntemi diğer yorum yöntemlerinin de çıkış noktasını oluşturmaktadır⁴⁶². Lafzi yorumda yorum yapılan hükmün metnine bağlı kalınmakta ve onun dışına çıkılmamaktadır. Diğer yorum yöntemlerinde ise yorum yapılan hükmün metninden hareket edilmekle birlikte farklı anlamlara ulaşılmaya çalışılmaktadır⁴⁶³. Lafzi yorum, tarihsel yorum⁴⁶⁴, sistematik yorum⁴⁶⁵ ile amaçsal yorum⁴⁶⁶ en fazla başvuru alan yorum yöntemi⁴⁶⁷ olarak değerlendirilebilir.

Farklı hukuki yorum yöntemlerinin kullanılması ile yoruma konu olan hükümden farklı kapsamlarda sonuç çıkabilmektedir. Hükme; daha geniş bir anlam kazandıran yorum yöntemleri “genişletici yorum”, daha dar bir anlam kazandıran yorum yöntemleri ise “daraltıcı yorum” olarak nitelendirilmektedir⁴⁶⁸. Dört ana yorum yöntemi olan lafzi yorum, tarihsel yorum, sistematik yorum ve amaçsal yorum, sırasıyla yorum yapan kişiye daha geniş bir yorumlama imkânı vermektedir. Lafzi yorum yasanın en dar şekilde uygulanması sonucunu doğururken amaçsal yorum yasanın en geniş şekilde uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

Dikkate alınması gereken başka bir husus ise uygulamada tek bir yorum yöntemine bağlı kalınmaması, uyumsuzluklarda farklı yöntemlerin bir arada

⁴⁵⁹ Gözübüyük, **Hukuka Giriş**, s. 75-76; Gözler, **Hukukun Genel Teorisi**, s. 166-169, 171-172; Kazım Yenice, “Yorum”, **Danıştay Dergisi**, C.8, S.30-31, 1978, s. 12-13.

⁴⁶⁰ Gözler, **Hukukun Genel Teorisi**, s. 169-170; Yenice, **a.g.e.**, s. 12.

⁴⁶¹ Güriz, **a.g.e.**, s. 53-57; Gözler, **Hukukun Genel Teorisi**, s. 170-171.

⁴⁶² **A.e.**, s. 166.

⁴⁶³ **A.e.**, s. 166-167.

⁴⁶⁴ Tarihsel yorumda hukuk kuralının ve ilgili olduğu bölümlerin doğumu ve gelişimi incelenir. Bkz. Yenice, **a.g.e.**, s. 12.

⁴⁶⁵ Sistematik yorumda hukuk kurallarının anlam tutarlılığı, hukuk kurumları arasındaki incelenen kuralın yeri ve işlevi incelenir ve bu arada kuralın yasanın sistemine ve tüm hukuk düzenine bakılır. Bkz. **A.y.**

⁴⁶⁶ Teleolojik-ereksel yorum olarak da adlandırılan amaçsal yorumda ise çoğu kez değişen sosyal kurumlar gözönünde tutularak ilgerin hukuksal düzenlemelerden yararlanıp yararlanamayacakları değerlendirilir. Düzenlemenin amacı ile yorumlanan hükümlerin anlamı tespit edilerek belirli koşullar içinde kesin ve yararlı değerlendirmesi yapılır. Bkz. **A.y.**

⁴⁶⁷ Alman idare hukukunda da dört hukuki yorum yöntemi sayılmaktadır. Bkz. Gienmulla, Jaworsky, Müller-Uri, **a.g.e.**, s. 33-35.

⁴⁶⁸ Gözübüyük, **Hukuka Giriş**, s. 77.

kullanılmasıdır⁴⁶⁹. Gerek idare işlemini tesis ederken gerekse de mahkeme yargısal denetim yaparken, uygulamaya lafzi yorum yöntemi ile başlamalı ve ihtiyaç duyulması halinde bir sonraki yorum yöntemine başvurulmalıdır.

Her bir hukuki yorum yönteminin kendi özelliği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda, lafzi yorumda hükmün kelime ve dilbilgisi kuralları, tarihsel yorumda yasanın hazırlık çalışmaları, komisyon raporları, parlamento görüşmeleri ve hükmün gerekçesi, sistematik yorumda hükmün normlar hiyerarşisine göre aynı seviyedeki ve üstteki diğer hükümlerle ilişkisi, amaçsal yorumda ise hükmün uygulandığı dönemin ihtiyaç ve gerekleri esas teşkil etmektedir.

Değerlendirme alanının bulunmadığı normal denetim ile değerlendirme alanının bulunduğu dar denetimde (açık değerlendirme hatası denetiminde) mahkemelerin hukuki yorumlarını nasıl yapacakları üzerinde durulacaktır.

Öncelikle normal denetim üzerinde durmak gerekmektedir. Mahkemeler normal denetimde uygun görecekları hukuki yorum yöntemlerinden birini kullanabilirler. Bu konuda mahkemelerin takdir yetkisi vardır. Ayrıca mahkemeler, idarenin kullanmış olduğu hukuki yorum yönteminden daha genişletici bir yorum yöntemi kullanarak da denetim yapabilir. Farklı hukuki yorum yöntemlerini kullanabilmekle birlikte, normal denetimde dahi mahkemeler idarelerin işlemi tesis ederken yapmış oldukları hukuki yorum ve nitelendirmeleri göz ardı edemeyeceklerdir. Bundan başka normal denetimde bile mahkemelerin amaçsal yorum yöntemini dikkatli kullanması gerekir. Zira amaçsal denetimde yasanın uygulandığı dönemdeki gerek ve ihtiyaçlarına göre amaç tespit edilmektedir. Neticede normal denetimde mahkemeler, yapmış oldukları hukuki yorum ile idarenin yapmış olduğu hukuki yorumu karşılaştırarak hukuka aykırılık varsa tespit etmelidir. Amaçsal yorum yöntemi ise maksat unsuruna ilişkin olduğundan açık değerlendirme hatası kurallarına tabidir.

Açık değerlendirme hatası incelemesinde mahkemenin takdir yetkisi normal denetime göre daha kısıtlıdır. Mahkeme açık değerlendirme hatasını her bir yorum yöntemindeki farklı kıstaslara göre değerlendirecektir. Lafzi yorumdan amaçsal yoruma doğru gidildiğinde mahkemenin açık değerlendirme hatasını tespit etmesi

⁴⁶⁹ A.e., s. 76.

zorlaşmaktadır. Bunun altında iki gerekçe yatmaktadır; birinci gerekçe giderek hükmün metninden uzaklaşılması, ikinci gerekçe ise giderek teknik yorum ile hukuki yorumun birbirinden ayrılmasının zorlaşmasıdır. İdare örneğin amaçsal yorum yapmışsa, mahkeme bu yorumu denetlerken daha dikkatli ve titiz davranmalı, hukuk ile tekniği belirgin bir şekilde ayırtmalı, teknik konular yönünde gerekirse bilirkişiye gitmeli ve kararının gerekçesinde açık hatayı nasıl tespit ettiği doyurucu bir şekilde ortaya koymalıdır.

Açık değerlendirme hatası incelemesinde, idarenin kullanmadığı genişletici bir hukuk yöntemini mahkemenin yargılama sırasında kullanıp kullanamayacağı üzerinde de durulmalıdır. Bu durumda mahkemenin daha genişletici yorum yönteminin kullanılmamasının açık bir değerlendirme hatası olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Mahkeme bu durumun açık hata olduğunu belirledikten sonra idarece kullanılmamış olan hukuki yorum yöntemini kullanarak hukuki yorum yapmalıdır. İdare tarafından ihmal edilip yargılama sırasında mahkeme tarafından uygulanan yorum yönteminde yine açık hata incelemesine devam edilmelidir. Mahkeme ancak işlemde anayasal hak ve hürriyetlere ve/veya idare hukukunun genel ilkelerine aykırılık bulunması, bu aykırılığın işlemin muhatabında ciddi bir olumsuzluk oluşturması ve bu aykırılığın genel olarak hakkaniyete aykırı olması halinde incelemesini bu yönde sürdürebilecektir.

Aşağıda konuyla ilgili Danıştay içtihatlarının ele alındığı kısımda görüleceği üzere, düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinde idari yaptırımlarda uygulanan ve ceza hukukundan alınan kuralların bazılarının açık değerlendirme hatasının denetiminde ve hukuki yorumda kullanılması mümkündür.

(5) Dar Anlamda Takdir Yetkisi

İdarenin değerlendirme alanının bulunduğu durumlarda mahkemece, işlemde açık değerlendirme hatasının tespit edilememesi işlemin sebep ve maksat unsurları bakımından hukuka uygun olduğunu göstermektedir. Mahkeme bu aşamadan sonra esas denetimine devam ederek konu unsurunu da denetlemelidir.

İşlemin konu unsuruna ve idarenin tercihinine ilişkin olan dar anlamda takdir yetkisi üzerinde yargısal denetimin olup olmayacağı Türk öğretisinde tartışılmıştır. Bir

görüŖe göre, idarenin tercihte bulunma iradesi yerindeliğe iliŖkin olduğundan mahkemelerce bu alana girilemez. Bu yönden yapılacak her denetim yerindelik denetimi sayılacaktır⁴⁷⁰. Hâkim olan görüşe göre ise takdir yetkisi üzerinde kısıtlı bile olsa yargısal denetim yapılmaktadır⁴⁷¹.

Takdir yetkisi üzerinde durulurken sıklıkla takdir yetkisi ile bağlı yetki karşılaştırılmaktadır. Bağlı yetki, belirli hukuki durum ve/veya vakıa karşısında idarenin belirli bir idari işlem tesis etme veya idari eylemde bulunma mecburiyeti olarak tanımlanmıştır⁴⁷². Bağlı yetki ile takdir yetkisi birbirinin tersi durum olarak izah edilmektedir⁴⁷³; bu durumda belirli bir işlemde idarenin aynı anda hem takdir yetkisi hem de bağlı yetkisi bulunmamaktadır.

Öğretide dar anlamda takdir yetkisinin yargısal denetimi bakımından denetim ilkeleri, açık takdir hatası, ölçölülük ilkesi ve bilanço teorisi şeklinde sayılmaktadır. Aşağıda açık takdir hatası bir alt başlıkta, ölçölülük ilkesi ile bilanço teorisi birlikte tek alt başlıkta incelenecektir.

i. Açık Takdir Hatası

Öğretide açık takdir hatası işlemdeki ağır, belirgin ve açıkça anlaşılan takdir hataları olarak izah edilmektedir⁴⁷⁴. Ayrıca açık takdir hatasında değerlendirme ve tercih hatalarına bakıldığı⁴⁷⁵, bu hataların sıradan bir kişinin bile kolayca fark edebileceği hatalar olduęu⁴⁷⁶ belirtilmektedir.

Açık takdir hatasında ağır, belirgin ve açıkça anlaşılan hataların denetlendiği şeklindeki ortak tespite katılmaktayız. Bununla beraber idarenin değerlendirmeleri (hukuki yorum ve nitelendirmeler) ile tercihinin aynı denetim ilkesine tabi olduğu

⁴⁷⁰ GÖZLER eserinde dar anlamda takdir yetkisinin denetimine iliŖkin “açık takdir hatası” ve “ölçölülük” ilkelerini incelemektedir. Ancak yazar bu ilkelerin kullanımında kolayca yerindelik denetimine kayılabileceğini vurgulamakta ve bunlara Ŗüphe ile yaklaŖmaktadır. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 966-976.

⁴⁷¹ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 499; Oytan, **a.g.e.**, s. 154; Dündar, **a.g.e.**, s. 180; Kaya, **Takdir Yetkisi**, s. 186-188; Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 206-234.

⁴⁷² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 148.

⁴⁷³ Alan, “Türk İdari Yargısı”, s. 31-33.

⁴⁷⁴ A.e., s. 54; Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 967; Çağlayan, “Takdir Yetkisi”, s. 195.

⁴⁷⁵ Alan, “Türk İdari Yargısı”, s. 54. Yüksel Metin, **Ölçölülük İlkesi: KarşılaŖtırılmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 110-111.

⁴⁷⁶ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 967.

görüşüne katılmıyoruz. Her ikisinin de farklı denetim ilke ve kurallarına tabi olması gerekmektedir. Bundan başka açık takdir hatasında da tıpkı açık değerlendirme hatasında olduğu gibi sıradan kişiye atıf yapılmaktadır. Yukarıda açık değerlendirme hatasında sıradan kişi kıstasına karşı yapılmış olan eleştiriler burada da geçerlidir.

Kanaatimiz açık takdir hatasının, konu unsurundaki temel ve esaslı hataların denetimine ilişkin olduğudur. Bu temel ve esaslı hatalar idarenin takdir yetkisi bulunsun veya bulunmasın, konu unsuru üzerindeki denetim yoğunlaşmamışken ilk başta⁴⁷⁷ bakılan hatalardır. Açık takdir hatasında, konunun imkânsız veya yasaya aykırı olması, pozitif yasaya aykırılık, negatif yasaya aykırılık ve geçmişe etkililik yasağı inceleme noktalarıdır⁴⁷⁸. Belirtilen inceleme noktaları temel ve esas⁴⁷⁹ olduğu için idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı bağlı yetki hallerinde de uygulanacaktır. Örneğin konunun imkânsız olması bağlı yetkide de, takdir yetkisinde de hukuka aykırılık sebebi oluşturmaktadır. Bu nedenle açık takdir hatası denetimi kısıtlı bir denetimdir.

ii. Ölçülülük İlkesi – Bilanço Teorisi

Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri de dâhil olmak üzere ekonomik kolluk ve genel olarak kolluk işlemlerinin yargısal denetiminde sadece açık takdir hatası ilkesinin uygulanması yeterli olmamaktadır. Öğretide özellikle kolluk işlemleri⁴⁸⁰ bakımından yargısal denetimin ölçülülük ilkesi ve bilanço teorisi ile desteklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁸¹.

Ölçülülük ilkesinin sadece idare hukukunda değil kamu hukukunun genelinde ve hatta özel hukukta da uygulandığı ileri sürülmektedir⁴⁸². Alman hukukunda

⁴⁷⁷ ARAT ÖZKAYA açık hata kavramının Danıştay tarafından, idarenin takdir yetkisinin geniş olduğu hallerde bu genişliğin göz önünde bulundurularak kısıtlı bir denetim şeklinde uygulandığını belirtmektedir. Bu bakımdan vali atalamaları gibi işlemlerde Danıştay sadece işlemde açık hata var mı yok mu bunun tespit etmektedir. Bkz. Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 141-142.

⁴⁷⁸ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 931-936.

⁴⁷⁹ ÇAĞLAYAN açık takdir hatasını yasanın herkes tarafından anlaşılabilir kadar açık olan hükmüne aykırı olan hatalar şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Çağlayan, “Takdir Yetkisi”, s. 195.

⁴⁸⁰ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 970-971; Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 206-208.

⁴⁸¹ ERKUT ölçülülük ilkesini yargısal denetimde etkinliğin gerçekleşmesi için bir gereklilik olarak görmektedir. Bkz. Erkut, **a.g.e.**, s. 103. Bilanço teorisi bakımından ayrıca bkz. Gülan, “Conseil D’etat”, s. 27.

⁴⁸² Yücel Oğurlu, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2002, s. 26-31.

ölçülülük ilkesi ilk defa anayasa hukukunda ortaya atılmıştır. Bu ilke daha sonra idare hukuku gibi diğer hukuk alanlarına girmiş ve her alanın kendi özelliklerine göre uygulanmıştır.

Ölçülülük ilkesi idare hukukunda, işlemin esasına ilişkin denetimin bütününde uygulanan bir ilke olarak da görülmektedir. ERKUT ölçülülük ilkesinin esas denetiminde minimum, normal ve maksimum olarak üç kapsamda uygulandığını ileri sürmektedir⁴⁸³. OKAY TEKİNSOY kolluk işlemlerinin yargısal denetimine sadece ölçülülük ilkesiyle yaklaşmaktadır. Dar, normal ve geniş denetim ayrımına ölçülülük ilkesinin farklı derecelerde uygulanmasıyla varılmaktadır⁴⁸⁴. OĞURLU ise ölçülülük ilkesini bir yönden yargısal denetimde işlemin sebep, konu ve maksat unsurlarında yapılan denetimin kolaylaştırılmasında araç olarak diğer yönden ise işlemin sayılan unsurlarından ayrı bir işlem unsuru olarak iki farklı şekilde değerlendirmektedir⁴⁸⁵. Kanaatimize göre ölçülülük ilkesi yukarıda da vurgulandığı gibi, sebep ve maksat unsurları değil sadece konu unsuru bakımından yargısal denetimin kolaylaştırılması ve kolluk işlemlerinde yalnızca açık takdir hatası denetiminin getireceği eksikliği tamamlamak için kullanılmalıdır. Bundan başka ölçülülük ilkesi İYUK'da⁴⁸⁶ işlemin unsuru olarak sayılmadığı gibi gerçekte de bir işlem unsuru değildir.

Ölçülülük ilkesinin kullanılabilmesi için öncelikli olarak işlemin sebep ve konu unsurları arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Eğer işlemde böyle bir temel illiyet bağı yoksa, başka bir ifadeyle işlem sebep unsuru bakımından hukuka aykırıysa o zaman konu unsuru bakımından denetim yapmaya⁴⁸⁷ ve ölçülülük ilkesini kullanmaya gerek kalmamaktadır. Ayrıca bir önceki başlıkta incelenen açık takdir hatasının ölçülülük denetimi öncesinde dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü sonuç itibarıyla açık takdir hataları ölçülülük ilkesine aykırılıklardan daha ağır aykırılıkları içermektedir.

⁴⁸³ Erkut, **a.g.e.**, s. 107-108.

⁴⁸⁴ Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 208-225.

⁴⁸⁵ Oğurlu, **Ölçülülük İlkesi**, s. 97-98.

⁴⁸⁶ OĞURLU Anayasa'ya ölçülülük ilkesinin girmesi ile bu ilkenin daha yaygın bir şekilde uygulanacağını ileri sürmektedir. Bkz. **A.e.**, s. 130. İdare hukuku içtihadı bir hukuk olduğundan, ölçülülük ilkesinin idare hukukunda uygulanması için bu ilkenin pozitif hukuk metinlerinde yer almasına gerek bulunmamaktadır.

⁴⁸⁷ Benzer görüşler için bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 937.

Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi ölçülülük ilkesi kendi içerisinde elverişlilik, gereklilik ve orantılılık şeklinde üç alt ilkeye ayrılmaktadır⁴⁸⁸. Tesis edilmiş olan işlemin hedeflenen maksada ulaşılması için elverişli olması gerekmektedir. İşlem istenilen maksada ulaşmada etkisiz veya ulaşmayı zorlaştırıcı ise elverişsizdir⁴⁸⁹. Gereklilik ise maksada ulaşmak için elverişli olan muhtelif işlemlerden en yumuşak olanının seçilmesi anlamına gelmektedir⁴⁹⁰.

Alman hukukunda elverişlilik ve gerekliliğin daha temel ve kolayca göze çarpan aykırılıklara yönelik iken orantılılığın ise daha titiz bir incelemeyi gerektirdiği; işlemde elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerine aykırılık varsa bu aykırılıklar daha ağır olduğundan orantılılığa bakmaya gerek bulunmadığı; eğer elverişlilik ve gereklilik alt ilkeleri bakımından bir aykırılık bulunmamaktaysa o zaman orantılılık ilkesine geçileceği ve bu bağlamda elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerinin orantılılık alt ilkesinin ön şartları olarak da değerlendirileceği ileri sürülmektedir⁴⁹¹. İleri sürülen özelliklerin Türk hukuk bakımından da geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Ölçülülük ilkesinde inceleme sırasıyla elverişlilik, gereklilik ve orantılılık şeklinde yapılmalıdır. Her bir alt ilkede denetimin derinliği giderek artmaktadır. En detaylı inceleme orantılılık ilkesinde gerçekleştirilmektedir.

Öğretide ölçülülük ilkesi bakımından en çok üzerinde durulan alt ilke orantılılıktır⁴⁹². Orantılılık ilkesinde zaman zaman basit bir açıklamayla işlemin sebebi ile konusu arasındaki oransızlığa bakıldığı belirtilmektedir⁴⁹³. Ancak daha kapsamlı değerlendirmede orantılılık ilkesinde, idari işlem/karar, işlemin dayandığı vakıalar ve işlemde beklenen maksat üçleminden faydalalandığı belirtilmektedir⁴⁹⁴. Bu da işlemin sebep, maksat ve konu unsurları arasındaki dengenin gözetilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. İleri sürülen üçlemde idari işlem/karar işlemin konu unsurunu, işlemin dayandığı maddi vakıalar işlemin sebep unsurunu ve işlemde beklenen amaç

⁴⁸⁸ Oğurlu, **Ölçülülük İlkesi**, s. 36-37.

⁴⁸⁹ **A.y.**

⁴⁹⁰ **A.e.**, s. 37.

⁴⁹¹ Detterbeck, **a.g.e.**, s. 74-78.

⁴⁹² Öğretide ölçülülüğün orantılılık yerine bir alt ilke olarak, orantılılığın ise ölçülülüğün yerine üst ilke olarak kullanılması da bu ilke de esas olanın orantılılık olduğunu ortaya koymaktadır. Bkz. Zafer Gören, **Anayasa Hukukuna Giriş**, 2. bs., İzmir, Dokuz Eylül Yayını, 1999, b.a.

⁴⁹³ Erkut, **a.g.e.**, s. 103; Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 923, 970.

⁴⁹⁴ Erkut, **a.g.e.**, s. 106-107.

ise işlemin maksat unsuruna işaret etmektedir.

Orantılılık ilkesinde kullanılan sebep, maksat ve konu üçleminde dikkat edilmesi gereken husus, konu unsurunun denetiminin hedeflendiğidir. Yargısal denetimde orantılılık (ölçülülük) ilkesi aşamasına geçilmeden önce zaten işlemin sebep ve maksat unsurları kontrol edilmiş olduğundan, bu ilkede sebep ve maksat sadece konu unsuruna bakılması için bir kıstas olarak kullanılacaktır⁴⁹⁵. Başka bir ifadeyle maksadın sebep ve konu karşısında veya sebebin maksat ve konu karşısındaki orantılılığına değil konunun sebep ve maksat karşısında ölçülü/orantılı olup olmadığına bakılmaktadır.

Öğretide orantılılık ilkesi yerine sıklıkla bilanço teorisi de kullanılmaktadır. Bu bağlamda bilanço teorisi ile ölçülülük ilkesinin birlikte geliştiği ve benzer yargısal denetim ilkeleri olduğu ileri sürülmektedir⁴⁹⁶. Bilanço teorisinde bir yanda işlemin amaçladığı kamu yararı diğer yanda ise dava konusu işlemin özellikle işlemin ilgilisi bakımından taşıdığı sakıncalar birlikte ele alınarak bunların faydaları ve sakıncaları hukuki yönden değerlendirilmektedir⁴⁹⁷.

Her iki ilkede de karşılaştırmalar yapılmakla birlikte, orantılık ilkesinde karşılaştırmalar idari işlemin muhatabında oluşan zarar ve sakınca ile işlem sonucunda ekonomik kamu düzeninde oluşacak güven ve istikrar arasında yapılmaktadır. Bu yönüyle orantılılık idari yaptırım veya idari tedbirlerde daha kolay uygulanan bir ilkedir. Bilanço teorisinde ise işlem sonucunda işlemin muhatabının dışında ortaya çıkan zarar ile getireceği somut faydalar da karşılaştırmaya katılmaktadır. Bilanço teorisinde işlemin muhatabı dışında genele ilişkin zararlar ile faydalara bakıldığı için daha geniş bir karşılaştırma zemini ortaya çıkmaktadır. Bilanço teorisinin kamulaştırma, imar veya çevre konularındaki hukuki uyumsuzluklarda kullanılmasının

⁴⁹⁵ Ölçülülük ilkesinde sadece amaç ve araç arasındaki orantılı ilişkiye değil, maddi olgular ile amaç ve araç arasındakine de bakılır; benzer görüş için bkz. Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 211.

⁴⁹⁶ Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 970-976; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 143-145. ERKUT bilanço teorisini, fayda-zarar bilançosu ve bilanço prensibi olarak adlandırmaktadır. Bkz. Erkut, **a.g.e.**, s. 103, 109, 111.

⁴⁹⁷ Gülan, “Conseil D’etat”, s. 27; Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 157; Jülide Gül Erdem, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, **AÜHFİD**, C.62 S.4, 2013, s. 977. ERKUT daha detaylı olarak bilanço teorisini idarenin işlemi ile kısıtlanan temel hak ve özgürlüğün önemi ve değeri, yapılan kısıtlamanın ağırlığı ve aykırı faaliyetin/durumun kamu düzeninde oluşturduğu tehdit hususları arasındaki dengeye dikkat edildiğine dikkat çekmektedir. Bkz. Erkut, **a.g.e.**, s. 106-109.

sebebi de kanaatimize göre budur. Ekonomik düzenleme ve denetleme hukukunda geçerli olan esas ilke orantılılık (ölçülülük) olmaktadır. Bununla birlikte tarife konusundaki işlemlerde bilanço teorisinin daha rahat uygulanabileceği düşünülmektedir. Aşağıda dar anlamda takdir yetkisinin denetimine ilişkin Danıştay içtihatları değerlendirilirken bilanço teorisinin uygulanması gerektiği ve isim olarak belirtilmemekle birlikte bilanço teorisinin uygulandığı örnek kararlar üzerinde durulacaktır.

Öğretide ölçülülük ilkesinde işlemin oluşmasındaki zaman, mekân veya olayın gelişimi ile olayın şartları gibi yerindelik içerisinde yer alan hususlar dikkate alındığı, bu ilkenin yargılamada kullanılması halinde yerindelik denetimine girildiği ileri sürülmektedir⁴⁹⁸. Belirtilen görüş öğretideki maddi vakıaların idarece değerlendirilmesi ve nitelendirilmesinin yerindelik denetiminin unsuru olduğu yolundaki görüşten⁴⁹⁹ destek almaktadır.

Görüşümüz ölçülülük (orantılılık) ilkesi uygulanırken yerindelik denetimi alanına girme ihtimali bulunmakla birlikte, yerindeliğin ölçülülük ilkesinin mutlak bir sonucu olmadığıdır. İşlemin esasına ilişkin bütün unsurların denetiminde hukuka uygunluk denetiminden yerindelik denetimine geçilme ihtimali bulunmaktadır.

Orantılık alt ilkesinin ve bilanço teorisinin açık takdir hatasına ve ölçülülüğün diğer alt ilkeleri olan elverişlilik ve gerekliliğe göre daha kapsamlı bir denetim içerdiğini yukarıda belirtmiştik. Bu kapsamlı incelemede ilk bakışta işlemde bir hata bulunmamakta; denetimin bir önceki aşamasında kontrol edilmiş olan sebep ve maksat karşısında konu unsurunu oluşturan tedbir veya işlem sonucu orantısız, ağır ve hakkaniyete aykırı olmaktadır. Görüldüğü gibi orantılılık alt ilkesi ile bilanço teorisi yargısal denetimde başvurulacak en son denetim noktası olmakta ve bu bakımdan da hukuka aykırılık bulunmamaktaysa yargısal denetim tamamlanmaktadır.

c. Amerikan Hukukunda

Amerikan hukukunda önceleri yargısal denetimde işlemin esasına ilişkin kısım **maddi vakıalara ilişkin meseleler** ve **hukuka ilişkin meseleler** olarak ikiye

⁴⁹⁸ Oğurlu, **Ölçülülük İlkesi**, s. 102-113; Çağlayan, “Takdir Yetkisi”, s. 198.

⁴⁹⁹ Yayla, “Takdir Yetkisi”, s. 208; ayrıca bkz. Oğurlu, **Ölçülülük İlkesi**, s. 104.

ayrılmıştır⁵⁰⁰. Zamanla hukuka ilişkin meseleler kısmında daha detaylı gruplandırmalara gidilmiştir. Günümüzde işlemin esasına ilişkin denetim ölçütleri, **1) maddi vakıalara ilişkin meseleler, 2) idarenin yasayı yorumlaması (hukuki yorumlar), 3) idarenin takdiri, nihai karar** şeklinde üçlü ayrıma tabi tutulmaktadır⁵⁰¹. Bu ayırmadaki hukuki yorum ile idarenin takdiri birlikte hukuka ilişkin meseleleri oluşturmaktadır.

Amerikan idare hukukunda işlemin esasına yönelik denetim ölçütlerinin maddi vakıalar ve hukuk şeklinde belirlenmesinin altında çeşitli gerekçeler bulunmaktadır.

Bunlardan birincisi eskiden beri Amerikan hukukunda iptal davasının temyiz yoluna benzetilmesidir⁵⁰². Temyizen inceleme yapan mahkeme alt mahkemenin temyize konu kararını maddi vakıalar ve hukuk yönünden ayrı safhalarda denetlemektedir. İkinci olarak maddi vakıalar ve hukuk idarenin işlem tesis ederken işlem sürecinin farklı aşamalarını göstermektedir⁵⁰³. İdareler işlemlerini, işlem gerekçesinde yer alsın veya almasın, maddi olgulara ve hukuki kanaatlere dayandırmak zorundadır⁵⁰⁴. İdare işlem tesis ederken varolan maddi vakıaları ve hukuki durumları tespit etmekte, bunları belgelemekte ve daha sonra yasayı ve diğer hukuk normlarını yorumlayarak, ikisi arasında bir bağlantı kurmaktadır. Başka bir ifadeyle bu ayırım yapay bir ayırım değildir; idari işlemin tesis edilmesi sürecinden kaynaklanmaktadır.

Amerikan mahkemelerinin iptal davasında yargılamalarını, önce maddi vakıaların değerlendirmesi sonra hukuka ilişkin değerlendirme sırasıyla yapmaları Alman öğretisinde de vurgulanmıştır⁵⁰⁵.

Esas denetimi yapılırken, idarenin işleminde yapmış olduğu maddi tespitlere ve ulaştığı kanaate/kanıya mahkemelerin ne ölçüde itibar edeceği önem

⁵⁰⁰ Louis L. Jaffe, **Judicial Control of Administrative Action**, Boston – Toronto, Little Brownand Company, 1965, s. 546-623; Dickinson, **a.g.e.**, s. 49-55; Schwartz, **Administrative Law**, s. 632.

⁵⁰¹ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 235; Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 379-413; Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 502-503, 519-601; Werhan, **a.g.e.**, s. 318-365; Lawson, **a.g.e.**, s. 505-728.

⁵⁰² Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 235; Schwartz, Wade, **a.g.**, s. 228-229; Dickinson, **a.g.e.**, s. 10-11; Posner, **Federal Courts**, s. 175-176; Lawson, **a.g.e.**, s. 499.

⁵⁰³ Werhan, **a.g.e.**, s. 318-365.

⁵⁰⁴ Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 379.

⁵⁰⁵ Linneweber, **a.g.e.**, s. 160.

taşımaktadır⁵⁰⁶. Esasa ilişkin denetim ölçütleri denetlenen işlemin özelliklerine göre değişmekte ve farklı kullanılmaktadır⁵⁰⁷. Soyut olan esasa ilişkin denetim ölçütleri, dava konusu işlemin özellikleri ve durumuna göre somutlaşmakta ve şekillenmektedir. Neticede yargısal denetimin kapsamı da değişmektedir.

Aşağıda Amerikan idare hukukunda esas denetimi konusu öğretide sonradan ileri sürülen maddi vakıalar, hukuki yorum ve nihai karar-takdir ayrımı ile incelenecektir.

(1) Maddi Vakıalar

İdarenin teknikliğinin en belirgin olduğu kısım maddi vakıalara ilişkin hususlardır. Bu nedenle maddi vakıaların tespit edilmesinde teknik uzmanlığa veya özel deneyime sahip olan idarenin yapmış olduğu değerlendirmelere, mahkemelerce ağırlıklı olarak itibar edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁰⁸. Bununla beraber maddi vakıalar üzerindeki yargısal denetimin etkisiz olması halinde, idareler maddi vakıaları istediği gibi tespit edebilmekte ve böylelikle yasaların ve diğer hukuk normlarının anlamını herhangi bir sınır olmadan değiştirebilmektedir⁵⁰⁹. Bu durumda yargısal denetim etkisiz ve işlevsiz bir sürece dönüşmektedir⁵¹⁰.

Maddi vakıaların araştırılmasına ilişkin olarak **APA**'da yer alan üç farklı denetimin kullanıldığı söylenebilir. Yapılan denetimler mahkemeye en geniş araştırma yetkisi verenden başlayarak, **trial de novo** (yenibaştan yargılama⁵¹¹), **substantial evidence** (esaslı delil⁵¹²) ve **arbitrary and capricious** (keyiflik⁵¹³) ilkelerine dayanmaktadır⁵¹⁴.

De novo denetiminde mahkeme, idarenin işleminde yapmış olduğu bütün tespit ve bulgular ile maddi vakıalara ilişkin değerlendirmeleri bir yana bırakarak bütün bahsedilen hususları kendisi araştırmaktadır. Mahkeme, sanki işlem tesis

⁵⁰⁶ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 234.

⁵⁰⁷ **A.e.**, s. 426.

⁵⁰⁸ **A.e.**, s. 253.

⁵⁰⁹ **A.y.**

⁵¹⁰ **A.e.**, s. 255.

⁵¹¹ Öğretide daha önceki kullanımlar için bkz. Şahin, **a.g.e.**, s. 172.

⁵¹² **A.y.**

⁵¹³ **A.y.**

⁵¹⁴ Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 384-385; Haley, **a.g.e.**, s. 110.

edilirken hiçbir tespit yapılmamış gibi bir inceleme yaptığından bu ilke nadir olarak kullanılmaktadır⁵¹⁵. Örneğin göçmenlik, gıda yardım programı, engelli çocukların eğitimi, bilgi edinme gibi konularda ilgili yasanın mahkemelere bu denetim yolunu mecbur tuttuğu görülmektedir⁵¹⁶.

Diğer iki denetim bakımından ise; şekli usullü işlemlerde **esash delil** ilkesi, **APA**'da açık hüküm bulunmadığından basit usullü işlemlerde ise genel bir denetim olan **keyfilik** ilkesi uygulanmaktadır⁵¹⁷.

Esash delil ilkesinde mahkemeler idarenin maddi vakıalara ilişkin yapmış olduğu tespitlerin ve çıkarsamaların işleme ait belge ve kayıtlarda yeterince desteklenip desteklenmediğine bakmaktadırlar⁵¹⁸. Bu yargısal denetim ilkesinde idarenin işleminde dayanmış olduğu delil ve belgelerin, işlem dosyasında yer alan diğer bilgi ve belgelerle olan ilişkisinin de değerlendirilmesi gerekmektedir⁵¹⁹. Ayrıca işlem dosyasında yer alan delil ve bulgulardan ulaşabilecek birden fazla makul sonuç veya kanaat olması durumunda, idarenin makul sonuçlardan birini tercih etmesi yeterli olarak değerlendirilmekte ve bahse konu ilkenin sınırı bu şekilde çizilmektedir⁵²⁰. Şekli usullü işlemlere uygulanan **esash delil** ilkesinde inceleme konusu doğal olarak idari işlem sürecini yürüten **ALJ**'lerin yapmış oldukları maddi vakıa tespitlerini de içermektedir⁵²¹.

Basit usullü işlemlere uygulanan **keyfilik** ilkesinde ise idarenin işleminde yasada öngörülmeven hususlara dayanılmasına, işleme ilişkin önemli bir hususa hiç değinilmemiş olmasına, işlem gerekçesinin işleme ilişkin delillerle örtüşmemesine veya zıt olmasına, işlemin idarenin uzmanlığı veya yaklaşım farklılığı ile izah edilemeyecek derecede inandırıcılıktan uzak olmasına ve ayrıca idarenin daha önceki kararlarından veya yaklaşımlarından nedenini açıklayamadan ayrılmasına bakılmaktadır⁵²². **Keyfilik** ilkesinin uygulanmasında, mahkemeler işlemi tesis eden idarenin önceden dava konusu edilen başka işlemlerinde hukuka ne kadar uyup

⁵¹⁵ **A.y.**

⁵¹⁶ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 517-518.

⁵¹⁷ Werhan, **a.g.e.**, s. 319.

⁵¹⁸ **A.e.**, s. 318.

⁵¹⁹ Jaffe, **a.g.e.**, s. 600-604; Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 385.

⁵²⁰ **A.y.**

⁵²¹ **A.e.**, s. 386.

⁵²² **A.e.**, s. 390, 407-408.

uymadığı ve idarenin deneyim ve değerlendirmelerine duyulan güveni göz önüne almaktadırlar⁵²³.

Basit usullü işlemlerde uygulanan **keyfilik** ilkesinin, **esaslı delil** ilkesine göre daha dar bir denetim sonucunu doğurduğu yönünde geleneksel bir görüş bulunmaktadır⁵²⁴. Bununla birlikte **keyfilik**, **APA** yürürlüğe girdiğinden beri kapsamı en çok değişen denetim ilkelerden biridir⁵²⁵. Mahkemeler daha eski içtihatlarında bu denetim ilkesini göreceli olarak daha dar uygulamışlardır⁵²⁶. Sonraki içtihatlarda ise **esaslı delil** ve **keyfilik** ilkelerinin benzer oldukları veya her iki ilkenin de genel olarak örtüştüğü ileri sürülmüştür⁵²⁷.

Belirtilen denetim ilkeleri karşılaştırıldığında, **de novo** ilkesinin hâkime oldukça geniş bir araştırma yetkisi, **esaslı delil** ve **keyfilik** ilkelerinin ise göreceli olarak dar bir araştırma yetkisi verdiği görülmektedir.

(2) Hukuki Yorum

İdarelerin yasanın verdiği görevleri yerine getirebilmeleri, bu bağlamda işlem tesis etme ve eylemde bulunmak için her olay ve durum karşısında ilgili mevzuatı inceleyip, yorumlaması ve anlamlandırması gerekmektedir⁵²⁸. Bu nedenle hukuka ilişkin meseleler işleme dayanak olan yasa ve diğer mevzuat hükümlerinin yorumlanmasında toplanmaktadır⁵²⁹.

Geleneksel görüşe göre mahkemelerin, idarelerin yapmış olduğu hukuki yorumlara ilişkin olarak geniş bir denetleme yetkisi bulunmaktadır⁵³⁰. Bunun birinci sebebi **APA** hükümlerinin lafzından hukuka ilişkin meseleler bakımından mahkemelere geniş bir denetim yetkisi verdiği sonucunun çıkarılmasıdır. Diğer sebep ise **APA** öncesinde de yasanın ne olduğuna karar vermenin mahkemelerin görev

⁵²³ Haley, **a.g.e.**, s. 110.

⁵²⁴ Geleneksel görüşe ilişkin açıklamalar için bkz. Werhan, **a.g.e.**, s. 322; Cann, **a.g.e.**, s. 152; Haley, **a.g.e.**, s. 110.

⁵²⁵ Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 388.

⁵²⁶ **A.e.**, s. 388-389.

⁵²⁷ Her iki ilkenin aynı sonuca vardığını başlıca vurgulayan hukukçu federal yargıç ve sonradan yüksek yargıç SCALIA'dır. Bkz. **A.e.**, s. 385, 390-392. Ayrıca bkz. Lawson, **a.g.e.**, 534; Werhan, **a.g.e.**, s. 322-323.

⁵²⁸ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 519.

⁵²⁹ Werhan, **a.g.e.**, s. 326-327.

⁵³⁰ Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 232.

alanına girdiği yönündeki mahkeme içtihatlarıdır⁵³¹. Kural bu olmakla beraber bu kuralın uygulama alanını sınırlayan iki istisna durum bulunmaktadır.

Birinci istisna hukuki yoruma ilişkin de olsa idari uzmanlıkla ve yoğun teknik konularla karşılaşılacak davalarda, mahkemeler hukuka ilişkin kararları verme yetkilerini daha kısıtlı kullanmakta ve idarenin işlem dosyasından çıkarılabilen kanaat ve yorumları yerine kendi kanaat ve yorumlarını koymamaktadır⁵³².

İkincisi ise hukuk ve maddi vakıaların birbirinden ayırmanın güç olduğu durumlardır. Bu tür durumlarda, mahkemeler olayı ya bütünüyle maddi vakıalara ilişkin mesele olarak değerlendirmekte ya da olayda maddi vakıalarla hukuki sorunun ayrılmayacak şekilde bütünleşmiş olduğunu belirtmektedirler. Her iki durumda da daha dar bir denetim öngören maddi vakıalara ilişkin yargısal denetim ölçütleri uygulanmaktadır⁵³³.

Hukuki yorum konusunda son sözü söyleme ve karar vermenin mahkemelere ait olduğu ve mahkemelerin yargısal denetim yaparken idarelerin yapmış olduğu hukuki yorumlarla bağlı olmadığı yönündeki geleneksel görüş USSC'nin **Chevron**⁵³⁴ kararıyla değişmiştir. **Chevron** kararı hukuki yorum konusunda Amerikan idare hukukunda önemli bir içtihat haline gelmiştir.

Yukarıda belirtilen yaklaşım doğrultusunda **Chevron**'a kadar Amerikan (federal) mahkemelerinde idarenin hukuki yorumu bakımından iki farklı yönde içtihat grubu oluşmaktaydı. Mahkemeler; bazı kararlarında idarenin yorumu üzerinden gidip idarenin ulaştığı bu sonucun makul olup olmadığını inceleyerek, diğer kararlarda ise idarenin yasayı ve mevzuatı yorumlamasından bağımsız bir şekilde kendisi bir yorum

⁵³¹ A.y.; Werhan, **a.g.e.**, s. 327.

⁵³² Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 232.

⁵³³ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 273.

⁵³⁴ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Dava konusu olay şu şekilde özetlenebilir: Chevron kararı çevrenin korunması ile görevlendirilmiş federal idare olan EPA'nın bir düzenleyici işlemine ilişkindir. EPA şirketlerin üretim yaptıkları fabrikalarındaki makine ve teçhizatların ortaya çıkardığı çevreyi kirletici madde salınım hesaplama yöntemini değiştirmiştir. Yeni yönteme göre salınım hesabının fabrikadaki her bir makine ve teçhizata göre değil, o fabrikada oluşan toplam salınımına göre yapılması öngörülmüştür. Fabrika maliyetlerini azaltmaya ve şirketlere esnek yatırımlar yapmaya olanak veren bu değişiklik çevre duyarlılığı olan kesimlerde rahatsızlığa sebep olmuştur. Bir çevre örgütü tarafından açılan davada EPA'nın daha önceki kuralı değiştirirken yapmış olduğu yasa yorumu üzerinde durulmuştur. Mahkeme, bölümün devamında ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacağı üzere, davayı reddetmiştir. Bkz Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 528; ayrıca bkz. Şahin, **a.g.e.**, s. 168.

getirip bunu idarenin ki ile karşılaştırarak bir sonuca varmaktaydı⁵³⁵.

Chevron içtihadı hukuki yorum bakımından göreceli olarak daha dar denetim öngören kararlar grubuna girmekle birlikte bu gruptaki kararlardan farklı olarak temel ilke ve kurallar içermektedir.

Chevron kararı kendisinden sonraki kararlara ışık tutacak şekilde iki aşamalı bir denetim getirmiştir.

İki aşamaya birlikte bakıldığında, birinci aşamada mahkeme yasanın açık olup olmadığını inceleyecektir. Eğer yasa açıksa, bu durumda idare yasayı açık hükme göre uygulamak; mahkeme de açık hükme göre denetim yapmak zorundadır⁵³⁶. Birinci aşamada yasanın hükmü açıksa ve idare buna uymamışsa işlem hukuka aykırıdır⁵³⁷. Eğer işleme dayanak yasa belirsiz ve müphem ise o zaman ikinci aşamaya geçilmektedir. İkinci aşamada ise mahkemenin, idarenin yasa hükmünü makul (**reasonable**) veya kabul edilebilir (**permissible**) bir şekilde yorumlayıp yorumlamadığını gözeterek karar vermesi gerekir⁵³⁸.

Chevron'un birinci aşamasında yasa hükmünün açık olmasından anlaşılan idareye belirli bir konuda takdir imkânı bırakılmamasıdır⁵³⁹. Mahkemeler yasa hükmünün açık olup olmadığını belirlemek için geleneksel yasa yorumlama yöntemlerini kullanmaktadırlar⁵⁴⁰. Federal Yüksek Mahkeme **Chevron** içtihadında geleneksel yorum yöntemlerinden bahsetmekle birlikte hangi yorum yöntemini tercih edilmesi bakımından açık bir belirleme yapmamıştır⁵⁴¹. Mahkeme Kıta Avrupası'ndan (Roma Hukukundan) gelen lafzi yorum, tarihsel yorum, sistematik yorum ve amaçsal yorum gibi yorum yöntemlerini kullanacaktır. **Chevron** içtihadına göre birinci aşamada mahkeme oldukça geniş bir denetim alanına sahiptir⁵⁴². Mahkeme bu

⁵³⁵ Stephen M. Lynch, "A Framework for Judicial Review of an Agency's Statutory Interpretation: Chevron, U. S. A., Inc. v. Natural Resources Defense Council", **Duke L. J.**, C.34, S.2, 1985, s. 470-472. Her iki bakış açısında da ortak nokta, mahkemelerce idarelerin dikkate alınması gereken sorumlu bir uzman ve yasanın anlamına ilişkin özel bilgi sahibi bir müessese olarak değerlendirilmesidir. Bkz. Strauss, "Chevron Space", s. 1147.

⁵³⁶ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 287, 289; Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 532,538; Antonin Scalia, "Judicial Deference To Administrative Interpretations Of Law", **Duke L. J.**, C.38, S.3, 1989, s. 511-512.

⁵³⁷ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 534.

⁵³⁸ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 287, 289; Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 532,538; Scalia, **a.g.e.**, s. 511-512.

⁵³⁹ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 533.

⁵⁴⁰ Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 402.

⁵⁴¹ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 538.

⁵⁴² Scalia, **a.g.e.**, s. 511; Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 538.

bağlamda birinci aşamada yasanın sınırlarını da belirlemektedir.

Chevron'un ikinci aşamasında mahkeme, idarenin belirsiz yasa hükümleriyle ilgili yapmış olduğu yorumların makul ve kabul edilebilir olup olmadığını değerlendirmektedir⁵⁴³. Zira belirsiz yasa hükümleriyle yasa koyucu belirli konuları idarenin takdir hakkını kullanarak çözümüne bırakmaktadır⁵⁴⁴. Bu denetimde bir hukuka aykırılık bulunması için, idarenin yorumunda yasa hükmünü makul sınırları aşacak şekilde uygulaması, bu bakımından bir yetersizliğin olduğu yönünde mahkemede bir kanaat oluşması gerekmektedir⁵⁴⁵. Yüksek Mahkeme (USSC) Chevron kararında birinci aşama uyarınca yasanın muğlak olduğuna karar vermiş, iki aşamada ise idarenin yapmış olduğu düzenleyici işlem değişikliğinde yapmış olduğu hukuki yorumun ise makul olduğuna karar vermiştir.

Chevron içtihadına göre yasalarda yer alan boşlukların yorum yoluyla doldurulması görevi öncelikle mahkemelere değil idarelere aittir⁵⁴⁶. Mahkemeler, idarelerin bu yorumlarına mümkün olduğu ölçüde dokunmayacaklardır⁵⁴⁷. Buradan mahkemelerin idarenin yorumlarını denetlemeyeceği sonucu çıkmamalıdır. Mahkemeler yargısal denetim sırasında idarenin yasayı hem yorumlamasını hem de icra etme durumunu değerlendirilmektedir⁵⁴⁸. Bir bakış açısına göre mahkemeler yasada belirtilen hükümler uyarınca olması gereken hususlar ile olmaması gereken hususları tespit ederek bu ikisi arasında kalan muğlak alanda ise idarenin yapmış olduğu tercihlerin makul olup olmadığını inceleyecektir⁵⁴⁹.

Chevron içtihadı sadece işlemin dayanağı olan yasa hükmünün ve düzenleyici işlemlerin yorumlanmasını kapsamaktadır. Daha geniş plandan bakıldığında hukuki yoruma dahil edilebilecek anayasa hükümlerinin, hukukun genel ilkelerinin ve mahkeme içtihatlarının yorumlanması öteden beri mahkemelerin yetkisindedir⁵⁵⁰.

Görüldüğü gibi **Chevron** içtihadındaki denetimin birinci ve ikinci

⁵⁴³ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 359; Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 401.

⁵⁴⁴ Scalia, **a.g.e.**, s. 511.

⁵⁴⁵ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 536.

⁵⁴⁶ Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 401.

⁵⁴⁷ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 532.

⁵⁴⁸ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 359.

⁵⁴⁹ Strauss, "Chevron Space", s. 1164.

⁵⁵⁰ Werhan, **a.g.e.**, s. 327-328.

aşamasından farklı denetim kapsamları çıkmaktadır. Chevron içtihadının uygulandığı davalarda birinci aşamada davanın kabul edilme oranı yüksek iken ikinci aşamaya geçildiğinde bu oran oldukça düşmektedir⁵⁵¹.

(3) Nihai Karar – Takdir

Yukarıda da belirtildiği gibi işlemin esasına yönelik yargısal denetimde hukuka ilişkin meseleler, hukuki yorum ile nihai karar – takdir şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁵⁵². Bu bölümde idarenin işlemdeki takdiri/takdir tercihi üzerinde durulacaktır.

İdarenin takdiri veyahut da nihai karar, yasaca izin verilen birden fazla hukuki sonuçtan veya yasal alternatiften birinin idarece takdir edilerek seçilmesidir⁵⁵³. Amerikan idari yargılamasında idari işlemin denetlendiği en son ölçüt nihai karar – takdir ölçütüdür⁵⁵⁴. Genel olarak idarece kullanılan takdir, şahsi, kişisel ve ahlaki bir takdir değil hukuki takdir olmalıdır⁵⁵⁵.

İşlemin takdir yetkisi yönünden denetiminde yukarıda da işlenen genel denetim ilkesi olan keyfilik ilkesi kullanılmaktadır⁵⁵⁶. Öncelikle mahkemelerin kendi değerlendirme ve kanaatini idarenin değerlendirme kanaati yerine koymaması gerekir⁵⁵⁷. Amerikan hukukunda eskiden beri mahkemeler bu konuda idarelerin takdir kullanımına büyük ölçüde itibar etmekte olup, sadece idarenin tercihinin rasyonel esasa veya makul temele uygun olup olmadığına bakmaktadırlar⁵⁵⁸. Yine takdir yetkisinin denetiminde idarenin işleminde ortaya koyduğu sebepler karşısında tercih etmiş olduğu idari işlem sonucunun keyfi olup olmadığına da bakılması

⁵⁵¹ Belirli bir dönem içerisinde örneğin Amerikan Federal EPA kurumunun işlemlerine karşı açılan davalara yönelik yapılan araştırmalara göre, **Chevron** içtihadının uygulandığı davalarda **birinci aşamada** davanın kabul edilme oranı % 52 iken **ikinci aşamaya** geçildiğinde % 8'e düşmektedir. Bkz. Christopher H. Schroeder, Robert L. Glicksman, "Chevron, State Farm, and EPA in the Courts of Appeals During the 1990s", **Environmental Law Reporter**, C.31, S.4, 2001, s. 10375-10377.

⁵⁵² Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 519-601; ayrıca bkz. Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 235, 392

⁵⁵³ Davis, **Discretionary Justice**, s. 4; Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 392.

⁵⁵⁴ Werhan, **a.g.e.**, s. 354.

⁵⁵⁵ Schwartz, Wade, **a.g.e.**, s. 267.

⁵⁵⁶ Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 567.

⁵⁵⁷ **A.e.**, s. 568.

⁵⁵⁸ Werhan, **a.g.e.**, s. 354-355.

gerekmektedir⁵⁵⁹

Amerikan Yargısı ile etkileşim içinde olan Amerikan Barolar Birliği ise bir çalışmada takdir yetkisinin kötüye kullanıldığı halleri biraz daha geliştirerek şu şekilde örneklendirmektedir:

1- İdare yürürlükte olan mevzuat uyarınca, dayanması gereken bir etkene dayanmamış veya dayanmaması gereken bir etkene dayanmıştır, 2- İşlemden yasal amaç ve şartlar makul olarak ilişkilendirilmemiştir, 3- İşlemden maddi vakıalar yeterli bir şekilde açıklanmamıştır, 4- İşlemden hiçbir açıklama bulunmamaktadır veya işlemin gerekçesinde açık biçimde hata bulunmaktadır, 5- İdare, yeterli bir mazeret göstermeden, işlemden yer alan önemli hususlardan birini makul bir şekilde değerlendirmemiştir, 6- İşlemden meşru bir sebep ve yeterli açıklama bulunmadan idarenin daha önceki ilkelerinden veya kararlarından sapılmıştır, 7- İdare işleminde, yeterli bir mazeret göstermeden, ilgili soruna yönelik alternatif bir çözümü dikkate almamış veya değerlendirmemiştir, 8- İdare işlemin tesis edilmesi sırasında işlemin muhatabının ortaya koymuş olduğu esaslı iddiaları dikkate almamış, muhatabın alakalı ve önemli yorumlarına cevap vermemiştir, 9- İdarenin meydana gelen ihlal karşısında uyguladığı yaptırım büyük ölçüde orantısızdır, 10- İşlemden, makul bir kararda yer alması gereken başka türlü eksiklikler bulunmaktadır⁵⁶⁰.

Yukarıda belirtilen kurallar mahkemelere yardımcı olmakla birlikte keyfilik ilkesi mahkemelerce en çok dayanan iptal sebedir⁵⁶¹. Bunun birinci sebebi keyfilik denetiminin hem idarenin takdir yetkisinin hem de maddi vakıaların denetiminde kullanılmasıdır. Keyfilik denetimi, hukuki yorumun denetiminde kullanılan **Chevron** içtihadının ikinci aşamasındaki makullük (reasonableness) denetimi ile de örtüşmektedir⁵⁶².

Amerikan öğretisindeki görüşler ele alındığında takdir yetkisinin denetimi hususunda sistematik bir yaklaşımın bulunmadığı görülmektedir. Aynı eleştiri

⁵⁵⁹ Breyer v.d., **a.g.e.**, s. 392.

⁵⁶⁰ Paul R. Verkuil v.d. (ed.), "A Blackletter Statement Of Federal Administrative Law", **Administrative L. R.**, C.54, S.1, 2002, s. 42-43.

⁵⁶¹ Patricia M. Wald, "Judicial Review In Midpassage: The Uneasy Partnership Between Courts And Agencies Plays On", **Tulsa L. R.**, C.32, S.1, 1996, s. 234.

⁵⁶² Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 567.

Amerikan öğretisinde de yapılmaktadır⁵⁶³. Amerikan idare hukukunda takdir yetkisi genellikle geniş anlamıyla değerlendirilmektedir. Bu nedenle Amerikan Barolar Birliği'nce hazırlanan listeye Türk ve Alman Hukuku açısından bakıldığında belirtilen örneklerin usul hatalarını, sebep konu ve maksat unsurlarındaki hukuka aykırılık örneklerini içerdiği görülmektedir.

d. Türk ve Alman Hukuku ile Amerikan Hukukunun Birlikte Değerlendirilmesi

Yasal düzenlemelerde esas denetimi, Türk hukukunda sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka aykırılık şeklinde unsurlara ayrılmışken, Alman hukukunda ise pozitif hukuk metinlerinde⁵⁶⁴ sadece genel hukuka aykırılık olarak öngörülmüştür. Buna rağmen Alman hukukunda yukarıda belirtilen açık değerlendirme hatası, açık takdir hatası ve ölçülülük gibi denetim ilkeleri öğreti tarafından ileri sürülüp mahkemeler tarafından da kararlarda kullanılmıştır.

Amerikan hukukunda ise yargısal denetime ilişkin hükümleri içeren **APA**'ya bakıldığında, bu yasada yargısal denetim ölçütlerinin ayrıntılı olarak belirlendiği görülmektedir. Öyleki yasada (sebep ve konu şeklindeki) yargısal denetim ölçütü ile bu ölçütlerin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlayan ilke ve kurallar iç içe geçmiş bulunmaktadır. Ancak bu durumun altında, **APA** yürürlüğe girmeden önce içtihat hukuku özelliği taşıyan Amerika'da mahkemelerin içtihatlarıyla çeşitli ilke ve kurallar benimsenmiş olması ve yasama meclisinin ise bu içtihatları yasa metninde toparlaması yatmaktadır⁵⁶⁵.

Yukarıda Türk, Alman ve Amerikan hukuklarında yargısal denetimde şekli denetim ile esas denetimi ayrımı bakımından ortak bir yaklaşımın görüldüğü

⁵⁶³ Schwartz, "The Code", s. 256-257.

⁵⁶⁴ Alman Federal Yüksek Mahkemesi dahil olmak üzere idare mahkemelerinin kuruluşu, düzeni, hâkimlerin statüsü ile idari yargılama usulünü kapsayan Alman İdari Mahkemeler Yasası'nın (**Verwaltungsgerichtsordnung**) 113. maddesinde iptal davasına yönelik yargısal denetim ölçütü hukuka aykırılık olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte Alman İdari Usul Yasası'nda (**Verwaltungsverfahrensgesetz**) yetki ile şekil – usul konuları ayrıntılı bir biçimde düzenlendiğinden, yargısal denetim yapan mahkeme işlemin yetki ve şekil – usul unsurları bakımından anılan Usul Yasası'nı gözetmektedir. Geriye kalan hukuka aykırılık noktaları işlemin esasına ilişkindir.

⁵⁶⁵ Schwartz, **French Administrative Law**, s. 204.

belirtilmiştir. Anılan hukuk sistemlerinde esas denetimi içerisinde benzerliklerin ve ortak noktaların bulunup bulunmayacağı üzerinde de ayrıca durulmalıdır.

İlk olarak yukarıda da belirtildiği gibi Amerikan hukukunda maksat unsuru yargısal denetim ölçütü olarak yer almamaktadır. Amerikan hukuku ile Kıta Avrupası hukuku arasındaki en önemli farklılık maksat unsuru bakımındandır. Bununla birlikte yine yukarıda belirtildiği gibi Türk idare hukukunda da maksat denetimi giderek zayıflamakta ve maksat denetimi sebep denetimi ile birlikte onun içerisinde yapılmaktadır.

Maksat unsuru dışında, Türk ve Alman hukukundaki değerlendirme alanı – dar anlamda takdir yetkisi ayrımı ile Amerikan hukukundaki maddi vakıalar, hukuki yorum ve takdir yetkisi (nihai karar) ayrımı arasında benzerlik kurulabilir. Amerikan hukukunda hukuka ilişkin meselelerin kendi içerisinde hukuki yorum ve takdir yetkisi (nihai karar) şeklinde ayrılması ve hukuki yorumun maddi vakıalar araştırmasına yaklaşması bu tespiti doğrulamaktadır.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde, idari işlemler ekonomik hayatın içindeki olaylara ve olgulara yönelik olarak tesis edildiğinden sebep unsurunda asıl merkezde olan maddi vakılardır⁵⁶⁶. Bu nedenle değerlendirme alanı içerisinde ilk başta işleme ilişkin maddi gerçekliğin araştırılması gerekmektedir. Amerikan APA’da maddi vakıaların yargısal denetimi bakımından mahkemelere geniş yetki verilmesine rağmen, mahkemelerce bütün maddi vakıaların yeni baştan araştırılması ve değerlendirilmesi (**de novo review**) yoluna oldukça nadir başvurulmaktadır⁵⁶⁷. Kanaatimize göre Türk hukukunda da benzer bir durum bulunmaktadır. İYUK’un 20. maddesinde⁵⁶⁸ mahkemelerin bakmakta oldukları davalara ilişkin olarak her türlü incelemeyi kendiliğinden yapacakları kuralı bulunmakla birlikte, mahkemenin re’sen araştırma yetkisini nasıl kullanacağı öncelikle dava konusu idari işlemin özelliklerine⁵⁶⁹ göre değişmektedir. Maddi olguların araştırılmasına ilişkin re’sen

⁵⁶⁶ Benzer görüşler için bkz. Ipsen, **a.g.e.**, s. 83-97.

⁵⁶⁷ Sven Hartung, “Die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen in den Vereinigten Staaten”, **DÖV**, C.46, S.8, 1993, s. 331.

⁵⁶⁸ Dosyaların incelenmesi başlıklı 20. madde genel olarak yargılamaya ilişkin hükümler öngörmekle birlikte, mahkemelerin bu madde uyarınca yapmış oldukları inceleme ve araştırmalar ağırlıklı olarak işlemin sebep unsurunu denetlemeye yöneliktir. Benzer görüş için bkz. Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku (Cilt 2)**, s. 464-465.

⁵⁶⁹ “Kuşkusuz idari işlemin dayanağı olan maddi sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgili

araştırma ilkesi yargıç için hem yetki hem de görev olmasına⁵⁷⁰ rağmen ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde işleme ilişkin her türlü bilgi ve belge idari işlemin tesisi aşamasında toplandığından re'sen araştırma ilkesinin kullanılmasını gerektirecek bir durumla fazla karşılaşılmamaktadır.

Amerikan idare hukukunda işlemin esasına ilişkin ikinci sırada yer alan ölçüt hukuki yorumdur. Hemen yukarıda maddi vakıalar ölçütünün işlemin sebep unsurunun denetimi ile ilgili olduğu belirtilmiştir. Geri kalan ölçütlerden, kolayca anlaşıldığı üzere, nihai karar (takdir) ölçütü işlemin konu unsurunun denetimi ile örtüşmektedir. Amerikan hukuku için belirtilen üçlü ayrımında, hukuki yorumun hangi sebebe mi konuya mı ait olduğu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Görüşümüze göre Amerikan hukukunda hukuki yorum ölçütü sebep unsurunun denetimine ilişkindir. Şöyle ki idarenin işlem tesis ederken, ulaştığı hukuki sonuç ile tespit ettiği maddi vakıalar arasında makul bir ilişkiyi, başka bir ifadeyle sebep sonuç ilişkisini kurmuş olması gerekmektedir⁵⁷¹. Maddi vakıaların tespiti ile bunların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi ayrı aşama olarak düşünülse bile birbirine sıkı bir şekilde bağlıdır. Bundan başka maddi vakıaların hukuki yorumu ve nitelendirilmesi mevzuattan bağımsız olarak yapılamaz; mevzuat ile maddi vakıaların birlikte yorumlanması gerekmektedir⁵⁷². Bu nedenle maddi vakıalarla, hukuki yorum birlikte işlemin sebep unsurunu meydana getirdiği düşünülmektedir. Amerikan idare hukukunun gelişiminde hukuki yorumun nihai karardan (takdirden) ayrılarak başka bir başlık altında değerlendirilmesi de bu duruma işaret etmektedir. Türk hukukunda da ekonomik idare hukuku gibi yasaların idareye geniş yetkiler tanıdığı alanlarda mahkemelerin öncelikle işlemin altında yatan ve ona dayanak olan maddi ve hukuki olguların gerçekliğini saptadığı daha sonra ise bu olguların işlemin dayanağı olup olamayacağını incelediği

olarak yapılan kontrol, somut olaya göre yoğunluk derecesinin değişeceği bir kontrol değildir. Bununla birlikte maddi sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği kontrolünde delillerin araştırılmasında ciddiyet derecesi bir davadan diğerine değişebilmektedir.” Bkz. Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 225. Ayrıca bkz. Çınar Can Evren, “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”, **GÜHFD**, C.12, S.1-2, 2008, s. 715.

⁵⁷⁰ Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 227.

⁵⁷¹ Werhan, **a.g.e.**, s. 360. Maddi vakıalarla hukuki yorumun birleştiği nokta maddi vakıaların mevzuata uygulanması olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Asimow, Levin, **a.g.e.**, s. 524.

⁵⁷² İşlemin esas denetiminde önemli bir husus idarenin yapmış olduğu tespit ve bulgularla ulaştığı sonuç arasında bağlantı kuracak muhakemedir. İdare işleminin sebeplerini bu muhakeme ile çıkarmaktadır. Mahkemeler de bu muhakemenin doğru olup olmadığına bakmaktadırlar. Bkz. Pierce, Shapiro, Verkuil, **a.g.e.**, s. 407.

öne sürülerek⁵⁷³, maddi vakıaların araştırılması ile hukuki yorum ve nitelendirme arasındaki sıkı bağ ortaya konulmuştur.

Türk – Alman ve Amerikan hukuklarında hukuki yorum konusunda ortak nokta, hukuku yorumlama görevinin idarelere ve mahkemelere birlikte verildiğidir⁵⁷⁴. Dolayısıyla ilk önce yasayı yorumlayacak olan idari işlemi tesis eden idaredir. Türk hukukunda mahkemeler açık değerlendirme hatasını incelerken idarenin yapmış olduğu yorumlarda açık bir hatanın bulunup bulunmadığını denetlemektedir. İdareler karşısında, mahkemelerin hukuki yorumlama gücü lafzi yorumdan amaçsal yoruma doğru genişletici yorumlara gidildikçe zayıflamaktadır. Benzer bir durum Amerikan hukuku için de geçerlidir. **Chevron** içtihadının birinci aşamasında yasa hükmünün belirsiz olup olmadığına bakılmaktadır; yasa hükmü açıksa o zaman idarenin takdir yetkisi bulunmadığından açık olan hükme uyulup uyulmadığı incelenecektir. Yasa hükmünün belirsiz olduğuna kanaat edilirse o zaman **Chevron** içtihadının ikinci aşamasına geçilecektir. İkinci aşamada ilgili yasa hükmü idareye takdir yetkisi verdiğinden mahkeme idarenin belirsiz yasa hükmü üzerindeki yapmış olduğu yorumun makul ve kabul edilebilir olup olmadığına bakacaktır. Mahkeme ikinci aşamada da yorum yöntemlerine başvurmak zorundadır. Zira yasa hükmünün belirsiz olduğunun tespiti ile yasa hükmü üzerinde idarece yapılan yorumların makul ve kabul edilebilir olup olmadığının kontrolü de ancak mahkemenin hukuki yorum yöntemlerine başvurması ile mümkün olmaktadır. Mahkeme, idarenin başvurmadığı genişletici yorum yöntemlerini ancak idari işlemin anayasa hükümlerine, hukukun genel ilkelerine ve mahkeme içtihatlarına⁵⁷⁵ aykırılık halinde kullanabilecektir.

Kıta Avrupası hukukunda dar anlamda takdir yetkisi incelenirken ve Amerikan hukukunda ise idarenin takdiri, nihai karar incelenirken idarenin hukuki tercihine, idarece ulaşılan hukuki sonuca bakılmaktadır. Her iki hukuk sisteminde en önemli farklılık, Kıta Avrupası'nda Alman hukukundaki ölçülülük ilkesinin de geliştirilmesiyle konuya daha sistemik yaklaşılmasıdır. Amerikan hukukunda ise takdir yetkisinin denetiminde keyfilik ilkesi kullanılmaktadır. Alman öğretisinde

⁵⁷³ Tan, “Ekonomik Kararların Yargısal Denetimi”, s. 40.

⁵⁷⁴ Amerikan ve Alman hukukları karşılaştırılarak ulaşılan benzer görüş için bkz. Oster, “The Scope of Judicial Review”, s. 1271-1275.

⁵⁷⁵ Bu konulardaki hukuki yorum sadece mahkemelere aittir. Bkz. Werhan, **a.g.e.**, s. 327-328.

ölçülülük ilkesi ile keyfilik ilkesi arasında benzerlik kurulmakla⁵⁷⁶ birlikte ölçülülük ilkesi APA’da yer almamakta ve Amerikan mahkemeleri tarafından da kullanılmamaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda Amerikan, Türk ve Alman hukuklarındaki yaklaşım farklılıklarına rağmen, esas unsurları yönünden yargısal denetimde benzerliklerin ve örtüşmelerin bulunduğu⁵⁷⁷ savunulmaktadır.

3. Türk Danıştay’ının İşlemin Esasan Denetimine Yaklaşımı

İdari işlemlerden dolayı menfaati ihlal edilenler işlemin iptali için dava açmaktadırlar. İdari yargılama sırasında idarenin dava konusu işleme ilişkin tüm bilgi ve belgeleri birlikte incelenerek, dava konusu işlemin dayandığı yasa ve diğer mevzuat kurallarına, hukukun genel ilkelerine uygun olup olmadığı tespit edilmektedir. Yapılan yargılama sonucunda hukuka aykırılığın bulunması halinde işlem iptal edilerek hukuk âleminde geçersiz hale getirilmekte böylece idari işlevin hukuk sınırları içerisinde yerine getirmesi sağlanmış olmaktadır. İdareler sürekli bir faaliyet içinde olduklarından, işlemlerinde mahkeme kararlarında yer alan gerekçeleri dikkate almak zorundadırlar. Aksi takdirde mahkemelerce içtihadı bağlanmış bir konuda içtihat gözetilmeden yapılacak işlemlere karşı açılacak davalarda iptal kararı verilme olasılığı yüksektir. Mahkeme içtihatları idareler dışında diğer ilgililer bakımından da önem arz etmektedir. Açıklanan nedenlerle özellikle uyuşmazlıkta son sözü söyleyen Danıştay’ın içtihatları idareler ve tüm ilgililer bakımından yol gösterici olmaktadır.

Bu bölümde işlemin esasına ilişkin bir önceki bölümde yapılan tespit ve değerlendirmeler gözönünde bulundurularak Danıştay’ın işlemin esas denetimine yaklaşımı üzerinde durulacaktır. İdare hukukunun ve dolayısıyla idari yargılamanın

⁵⁷⁶ Alman öğretisinde, Amerikan hukukundaki keyfilik ilkesi ile Alman hukukundaki ölçülülük ilkesi arasında paralellik kurulmaktadır. Bkz. Bernhard Schlink, “Proportionality In Constitutional Law: Why Everywhere But Here?”, **Duke J. of Comparative & International Law**, C.22, S.2, 2012, s. 294-295.

⁵⁷⁷ Benzerlik ve örtüşme yolundaki görüşler yeni değildir. 1924 yılında Amerikan, İngiliz ve Fransız Barolarının Paris’te yapmış oldukları ortak konferansta dönemin Amerikan Federal Yüksek Mahkeme Başkanı Hughes benzer davalarda benzer kararların verildiğini belirtmiştir; akt. Thibaudeau Rinfret, “The Relations Between Civil Law and Common Law”, **The Code Napoleon And The Common-Law World**, Bernard Schwartz (ed.), tekrar bsk., New York, Greenwood Press, 1975, s. 384.

dinamik olma özelliği, Danıştay içtihatlarında özellikle işlemin esası bakımından gelişen şart ve durumlara göre zaman içerisinde farklı yaklaşım ve çözümlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevi bakımından da aynı durumu görmek mümkündür. Bu nedenle Danıştay içtihatları, işlemin esası bakımından farklı dönemlere ayrılarak ele alınmıştır.

a. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Türk İdari Yapısında Yer Almasının İlk Dönemindeki Durum

Düzenleyici ve denetleyici kurumların yaygınlaşmasına kadar ki dönemde genel ekonomik idare hukuku ile ilgili olarak yasaların idareye geniş yetki vermesi halinde esas denetiminde işleme ilişkin maddi vakıaların gerçekliğinin ve mevzuat açısında hukuki niteliğinin araştırılması gerektiği, bu durumda Danıştay'ın yargısal denetiminin göreceli olarak daha dar kapsamlı olacağı ileri sürülmüştür⁵⁷⁸. Ancak bütün farklılıklarına rağmen ekonomik idare hukuku konusunda yargısal denetimin farklı bir denetim ölçütüne tabi olmadığı, isabetli olarak belirtilmektedir⁵⁷⁹.

Belirtilen dönemde ülkemizde yaşanan ekonomik, siyasal ve sosyal değişimler/gelişmeler sonucunda yaygın bir özelleştirmeler dönemi yaşanmıştır. Gerçekleştirilen özelleştirmelerle birlikte devlet şirketleri ve devlet tekellerince yürütülen ve bunların koyduğu kurallar ve uygulamalara göre yürütülen ekonomik kamu hizmetleri daralırken, düzenleyici ve denetleyici kurumlarca yürütülen kolluk faaliyetinin alanı ise genişlemiştir.

İşte tam bu dönemde Danıştay yaygın özelleştirme hareketini sınırlayan, ekonomik idare hukuku içerisinde kendine özgü kararlar almıştır. Bu dönemde⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ Ekonomik idare hukuku ile ilgili olarak yasaların ilgili idareye geniş yetki vermesi halinde yargısal denetimde bazı zorluklarla karşılaşıldığı, bu zorlukların özellikle işlemin esasına ilişkin denetimde toplandığı belirtilmektedir. Esas denetiminde işleme ilişkin maddi vakıaların gerçekliğinin ve tespit edilen hususların işleme dayanak/gerekçe olabilecek hukuki niteliğe sahip olup olmadıklarının araştırılması gerekmektedir. Bkz. Tan, “Ekonomik Kararların Yargısal Denetimi”, s. 40. Yazarca ileri sürülen her iki araştırma noktası da işlemin sebep unsuruna ve dolayısıyla idarenin değerlendirme alanına karşılık gelmektedir.

⁵⁷⁹ A.e., s. 49.

⁵⁸⁰ Benzer bir yaklaşımı, PETKİM'in % 51 hissesinin özelleştirilmesine ilişkin 2007 yılı daha yakın tarihli bir kararda da görmek mümkündür. Bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku (2015)**, s. 450.

özelleştirme işlemlerine veya özelleştirme sonrasında imzalanan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin davalarda Yüksek Mahkemelerin yargısal denetimi geniş tutması “kamu hukuku direnci” olarak adlandırılmaktadır⁵⁸¹. GÜLAN’ın isabetli bir şekilde belirttiği üzere⁵⁸², oluşturulan bu direnç sonrasında ise 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Yasa ile Anayasa’nın 47, 125 ve 155. maddeleri değiştirilerek, söz konusu sözleşmeler idari yargı dışına çıkartılmıştır.

İdari yargının özelleştirme işlemlerine ilişkin davalardaki yorumları 2000’lerin başında karşılaşılan ağır ekonomik krizle birleşince, (ekonomik) düzenleyici ve denetleyici kurumlar bir süre ekonomik krizin çaresi ve ekonomik güçlenmenin anahtarı olarak görülmüştür. Açıklanan bu ortam, düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinin yargısal denetiminin oldukça dar tutulmasını tetikleyen bir genel düşünceyi/eğilimi⁵⁸³ doğurmuştur. İşte ortaya konulan bu psikolojik ortamda, düzenleyici ve denetleyici kurumlar yaygınlaşmıştır.

b. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yaygınlaşmasından Sonraki Danıştay İçtihatlarının Ele Alınması

Düzenleyici ve denetleyici kurumların yaygınlaşmasından sonraki dönemde Danıştay’ın esas denetim bakımından içtihatlarının öğretide nasıl değerlendirdiği üzerinde durulması gerekmektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlara (ve ekonomik düzenleme ve denetleme

⁵⁸¹ Gülan, “Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 99.

⁵⁸² “Bugün Türkiye’nin kamu hizmetini ilgilendiren gündeminde bulunan devletin küçültülmesi yönündeki siyasi söylemin teknik idare hukuku yönü kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, yani idarenin bir çok alandan elini çekerek faaliyeti tamamen özel sektöre bırakması şeklindedir. İsaetli veya isabetsiz bu görüş, yasamayı da etkileyen şu düşünüş tarzını içermektedir : Madem ki, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere Danıştay ve idari yargı, tahkime, özel hukuk rejimine, güvenceli yararlanmaya direnç göstermekte ve gerek bu yöndeki kanunları iptal ederek gerekse görülüş usullerinin özel kişilere devrine yönelik işlemleri, sözleşmeleri iptal ederek engel olmaktadır öyleyse meseleyi kökten halletmek için bazı faaliyet alanlarından idareyi tamamen çıkarmak ve sadece bir kolluk denetimi yapar hale dönüştürmek en etkili çözümdür. Yani kamu hizmeti artık doğrudan ve açık bir saldırı ile karşı karşıya kalmıştır.”

Bkz. A.e., s. 100.

⁵⁸³ 2000’li yıllarda bahse konu genel düşünceyi/eğilimi yansıtan birçok ifade bulunmakla birlikte, bunlar arasında en ilginç ve çarpıcı olan Danıştay kökenli Anayasa Mahkemesi üyesi Güven Dinçer’e ait olanıdır. Emekli olduktan sonra RK tarafından düzenlenen Perşembe Konferansına katılan DİNÇER, açık biçimde düzenleyici ve denetleyici kurumlara yönelik olarak işlemin sebep ve maksat unsurları denetiminin yapılmamasını önermektedir. Bkz. Dinçer, a.g.e., s. 18.

işlevine) yönelik yargısal denetimin irdelenip sonuçlar çıkarabilmesinde ve Danıştay'ın bakış açısının belirlenmesinde en büyük zorluk, bu konuda Danıştay içtihatları sayısının az olmasıdır. Örneğin yargısal denetimin işlendiği 2005, 2007 ve 2011 yıllı eserlerde⁵⁸⁴ içtihat sayısının azlığından ve içtihatların henüz istikrara kavuşmadığından bahsedilmektedir.

İlk başta karar sayısı az olduğu için öğretide içtihatlar yorumlanırken sınırlar biraz zorlanmıştır. Örneğin 13. Daire kurulmadan önce görevli olan 10. Daire'nin RK işlemlerine karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin Danıştay olmasına ilişkin yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne götürmesi, yargısal denetimin kapsamına ilişkin bir gösterge olarak değerlendirilmiştir⁵⁸⁵. Hâlbuki Danıştay, Anayasa Mahkemesi'ne giderken yargısal denetimin kapsamını değil Danıştay'ın temyiz mahkemesi olma niteliğini vurgulamıştır. Anılan karardan yargısal denetimin kapsamına ilişkin bir sonuç çıkarılması mümkün değildir.

Ayrıca öğretide yargısal denetimin niteliği ve kapsamı üzerinde inceleme yapılırken, mahkeme kararlarının gerekçesinde bu kurumlara sadece davalı idare denilmesi ve özerk olduklarının vurgulanmaması eleştirilmiş, bunların bağımsız idari otorite, düzenleyici ve denetleyici kuruluş veya üst kurul olarak belirtilmesi gerekliliği fikri ileri sürülmüştür⁵⁸⁶. Bu durum İYUK'un 3. maddesinde yer alan davada taraf teşkili ile hükümden kaynaklanmakta olup kararın başlangıç kısmında davalı idarenin yasal adı yer almaktadır. Kararda ayrıca idarenin özerkliğinin veya diğer yapısal özelliklerinin belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Belirtilen durum da yargısal denetimin kapsamı açısından belirleyici değildir.

Sıklıkla alıntılanan başka bir içtihat ise İDDK'nın vermiş olduğu YD itiraz kararıdır. İDDK bahse konu kararında, piyasadaki hâkim durumun kötüye kullanılması konusunda tek otoritenin RK olduğunu belirtmiştir⁵⁸⁷. Belirtilen bu karar dar kapsamlı bir denetim için emsal içtihat olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber bu kararın

⁵⁸⁴ Eğerci, **a.g.e.**, s. 287; Usta, **a.g.e.**, s. 67; Çakmak, **a.g.e.**, s. 237-238.

⁵⁸⁵ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 53; Çakmak, **a.g.e.**, s. 54-55.

⁵⁸⁶ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 52; Akgül, **a.g.e.**, s. 210.

⁵⁸⁷ İDDK, YD İtiraz No E:1999/113. Karar için bkz. Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 49-50; Ayrıca bkz. Usta, **a.g.e.**, s. 67.

sonrasında daha geniş denetimin yapıldığı içtihatlarla rastlamak da mümkündür⁵⁸⁸.

Öğretide Danıştay'ın denetimini bazen yerindelik denetimine doğru kaydırıldığı aynı konuda farklı yönlerde alınan kararlar üzerinden tartışılmaktadır. BDDK'nın bazı bankaların TMSF'ye devrine yönelik işlemlere karşı açılan davalarda Danıştay'ın farklı yönlerde kararları bulunmaktadır. Örneğin Toprakbank A.Ş.'nin devrine ilişkin davada dava reddolunmuş⁵⁸⁹, Demirbank T.A.Ş.'nin devrine ilişkin davada ise dava kabul olunmuştur⁵⁹⁰. 13. Daire'nin kararı ile İDDK'nın azlık oyu gerekçelerinden yola çıkılarak Danıştay'ın denetimde yerindeliğe doğru kaydığı ileri sürülmektedir⁵⁹¹. Bir kararda davanın ret olunup diğer kararda ise davanın kabul edilmesi durumuna dayanılarak yazarca varılan yargılamada yerindelik denetimine geçildiği sonucuna katılmıyoruz. Bankaların TMSF'ye devrine yönelik tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda işlem dosyalarının ve yargılama sırasında oluşacak dava dosyalarının kapsamlı olması nedeniyle işlemin hukuka uygunluk denetiminde değerlendirilecek birçok nokta bulunmaktadır. Belirtilen kararlarda inceleme noktasını işlemin sebep unsuru oluşturmaktadır. Yazarca kararlardan yapılan alıntılardan görüldüğü üzere reddolunan davada bankanın uzunca bir süre takip edildiği ancak mevzuat şartlarını yerine getiremediği, kabul olunan davada ise bankanın yakından takip edilmeden doğrudan hakkında işlem tesis edildiği görülmektedir. Farklı sonuçtaki kararlar doğrudan yerindelik denetimine kayıldığını göstermemektedir. Her bir farklı davada işlemin sebep, konu ve maksat unsurları yönünden inceleme yapılması bu bağlamda açık değerlendirme hatası, açık takdir hatası, ölçülülük gibi denetim ilkelerinin kullanılması gerekmektedir.

c. İşlemin Esasına İlişkin Danıştay İçtihatlarının Değerlendirilmesi

Bir önceki bölümde işlemin esasına yönelik Danıştay içtihatlarının öğretide

⁵⁸⁸ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku** (2015), s. 452-453; Eğerci, **a.g.e.**, s. 298.

⁵⁸⁹ Dan. 13. D., 22.02.2005 tarih ve E:2005/897 K:2005/946 sayılı karar için bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku** (2015), s. 451-452.

⁵⁹⁰ Dan. İDDK, 18.12.2003 tarih ve E:2003/782 K:2003/960 sayılı karar için bkz. **A.e.**, s. 449-450, 452.

⁵⁹¹ **A.e.**, s. 451-453.

nasıl değerlendirildiği üzerinde durulmuştur. Bu bölümde içtihatlar yukarıda incelenen denetim ilkeleri ve kuralları (maddi gerçekliğin araştırılması, açık değerlendirme hatası, açık takdir hatası ve ölçülülük ilkeleri) etrafında kendi görüşlerimizle birlikte değerlendirilerek Danıştay'ın günümüze kadarki yaklaşımı tespit edilecektir.

Öğretide de belirtildiği gibi ekonomik düzenleme ve denetleme konusunda Danıştay içtihatlarının, diğer idare hukuku konularına nazaran, halen az sayıda olduğu söylenebilir. Danıştay'ın örneğin memur hukukuna veya imar hukukuna ilişkin konularda çok çeşitli içtihatlarını bulmak mümkündür. Bu bağlamda Türk hukukunda geçmişi yaklaşık yirmi yılı bulan ekonomik düzenleme ve denetleme konusunda benzer zenginlikte bir içtihat birikimini bulmak henüz mümkün değildir.

Bununla birlikte geçen süre içerisinde belirli miktarda içtihat birikimi olmuştur. İchtihat birikiminin oluşmasında geçen süre yanında, bütün düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerine ilişkin davaları görmek için kurulan Danıştay 13. Dairesi'nin doyurucu gerekçelerle verilen kararlarının da payı bulunmaktadır. Ayrıca bir düzenleyici ve denetleyici kuruma ilişkin içtihadın ihtiyaç olduğunda, mümkün olduğu ölçüde diğer bir düzenleyici ve denetleyici kuruma uygulanması mümkündür. Bu nedenle bölümde ağırlıklı olarak Danıştay 13. Dairesi'nin içtihatları kullanılmıştır.

(1) İdari Usul Aşamalarına İlişkin İşlemlerin Esastan Denetimi

Bazı kurumların kuruluş yasalarında idari usul ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Örneğin RK'nın işlem usulü böyledir. Yapılan şikâyet üzerine veya re'sen RK tarafından önaraştırma açılmakta ve önaraştırma tamamlandıktan sonra soruşturma aşamasına geçilmektedir. RK önaraştırma sırasında topladığı delil ve bulgular neticesinde soruşturma açılmasını gerekli görmeyebilir. Kurumun şikâyet üzerine başlattığı bir idari usulde, RK'nın bu yöndeki iradesi, **şikâyetin reddi işlemi** ile hukuk dünyasına yansımaktadır.

Soruşturma açılmaması (veya önaraştırma açılmadan şikâyetin reddi) işlemine karşı açılan davalarda verilen kararların ayrı bir kategori oluşturduğunu düşünmekteyiz. Soruşturma açılmaması işlemi, **şikâyet edilen** bakımından idari usul sürecine ait bir meseledir ve bu kişi bakımından soruşturma lehte sonuçlandığından

İYUK madde 2/1-a’da belirtilen menfaat ihlali bulunmamaktadır. Buna karşın aynı işlem neticesinde **şikâyet eden** bakımından idari usul süreci aleyhte sonuçlandığından menfaat ihlali ve iptal davası açma imkân ve hakkı doğmuştur.

Ön araştırma sonucunda soruşturma açılmaması işlemlerine karşı açılan davalarda, Danıştay işlemi iptal ederken kararlarında birbirine yakın gerekçeler kullanmaktadır. İptal kararlarının gerekçeleri; hâkim durumun kötüye kullanıldığıının anlaşılması⁵⁹²; soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte bilgi ve belgelerin bulunması ve önaraştırma sürecinde elde edilen belgelerin, yapılacak soruşturma sürecinde elde edilecek bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilmesi⁵⁹³; önaraştırma sırasında elde edilen deliller çerçevesinde eylemlerin rekabet ihlali içerip içermediğinin her türlü şüpheden uzak bir şekilde soruşturmanın genişletilmesi suretiyle elde edilecek yeni bilgi, belge ve deliller ışığında konunun ayrıca değerlendirilmesi⁵⁹⁴; şikâyet edilen şirketin ihlal oluşturabilecek eylemlerinin tespit edilmesi karşısında, araştırmanın genişletilmesi suretiyle elde edilecek bilgi, belge ve delillerle her türlü şüpheden uzak bir şekilde açıklığa kavuşturulması⁵⁹⁵; deliller dikkate alınmaksızın konunun açıklığa kavuşturulmadığı anlaşıldığından dava konusu işlemde belirtilen gerekçelerin de dikkate alınması suretiyle açılacak bir soruşturmada değerlendirilmesi gerektiği⁵⁹⁶ şeklindedir. Belirtilen kararların gerekçeleri usul aşamasına ilişkin olmakla birlikte Danıştay yer yer işlemin esasına özellikle sebep unsuruna yaklaşan ifadeler de kullanmaktadır. Bunda RK tarafından yürütülen önaraştırma sonucunda işlem dosyasında bir takım bilgi, belge ve delillerin toplanmış olmasının payı bulunmaktadır. Danıştay da işlem dosyasını inceleyerek örneğin ihlal olabilecek eylemlerin tespit edildiğini belirtmekte ve araştırmanın her türlü şüpheden uzak bir şekilde tamamlanması gerektiği gerekçesi ile soruşturma açılmaması işlemini iptal etmektedir.

Bununla birlikte dava konusu işlem önaraştırma açılmadan şikâyetin reddine yönelik bir işlemse, yargısal denetim şekil-usul üzerinde toplanmakta ve Danıştay

⁵⁹² Dan. 13. D., 06.06.2008 tarih ve E:2007/11826 K:2008/4656 sayılı karar (KBB).

⁵⁹³ Dan. 13. D., 02.06.2010 tarih ve E:2007/11840 K:2010/4596 sayılı karar (DBB).

⁵⁹⁴ Dan. 13. D., 07.02.2011 tarih ve E:2010/4155 K:2011/492 sayılı karar (KBB).

⁵⁹⁵ Dan. 13. D., 30.11.2011 tarih ve E:2008/3117 K:2011/5424 sayılı karar (KBB).

⁵⁹⁶ Dan. 13. D., 13.02.2013 tarih ve E:2008/5803 K:2012/360 sayılı karar (KBB).

genellikle şekil-usul unsurları yönünden irdeleyerek varsa hukuka aykırılık bulunmaktadır. Kararlarda davacının iddialarıyla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerektiği⁵⁹⁷; önaraştırmaya geçilmeden ilk inceleme işlemi ile şikâyetin reddinin sadece şikâyetin 4054 sayılı Yasa kapsamına girmediğinin saptanması hallerinde olması gerektiği, bunun dışında yasanın ihlâl edilip edilmediğinin tespiti için önaraştırma aşamasının tamamlanması gerektiği⁵⁹⁸ vurgulanmaktadır. Önaraştırma aşaması tamamlandıktan sonra tesis edilen şikâyetin reddi işlemlerinden farklı olarak, diğer şikâyet retlerinde idari usul yeni başladığından henüz idarenin işlem dosyasında ve devamında dava dosyasında hiçbir bilgi ve belge toplanmamış olmaktadır.

Yukarıda verilen karar örnekleri idari usul ile işlemin sebep unsuru arasındaki sınıra ilişkindir. Aşağıdaki karar ise idari usul ile işlemin konu unsuru arasındaki sınırdaki kalan bir karardır.

Önaraştırma neticesinde şikâyet edilen müteşebbüse RK'nın görüş yazısı göndermesi üzerine şikâyet eden tarafından açılan davada, yapılan önaraştırmanın sonuçlandırılarak (soruşturma açmak veya şikâyeti reddederek soruşturma açmamak şeklinde) bir karar verilmesi gerektiği belirtilerek dava konusu işlem hukuka aykırı bulunmuştur. Danıştay kararında kurumun bu şekilde işlem tesis etmesini eksik inceleme olarak değerlendirmektedir. Söz konusu kararda, usule aykırılık yönünden inceleme yapıldıktan sonra, ayrıca dava konusu işlemde "...hakim durumun kötüye kullanılması haline uygunluk gösterdiğine ilişkin değerlendirmelere yer verilmesine rağmen..." işlemin "...sonuç kısmının, şikâyet konusu bu uygulamanın Kanun'un 6. maddesi kapsamında olup olmadığına ilişkin olarak herhangi bir tespit içermeyecek şekilde tesis" edilmesi başka bir hukuka aykırılık gerekçesi olarak belirtilmektedir⁵⁹⁹. RK'nın yazılı görüş gönderme yetkisi olmakla birlikte 4054 sayılı Yasa uyarınca önaraştırma aşaması sonucunda RK'nın soruşturma açma veya soruşturma açmama

⁵⁹⁷ Dan. 13. D., 01.02.2010 tarih ve E:2007/13979 K:2010/767 sayılı karar (DD. S. 124).

⁵⁹⁸ Dan. 13. D., 29.03.2010 tarih ve E:2008/2210 K:2010/2582 sayılı karar (KBB); Dan. 13. D., 23.11.2011 tarih ve E:2008/10632 K:2011/5238 sayılı karar (KBB); kısmen benzer bir karar örneği olarak Dan. 13. D., 08.05.2012 tarih ve E:2008/14245 K:2012/960 sayılı karar (KBB)

⁵⁹⁹ Kararda ayrıca bir takım sözleşme ve belgelerden bahsedilerek davalı idarece getirtilip bu belgeler incelemiden işlem tesis edilmesinde eksik inceleme olduğu da belirtilmektedir. Bkz. Dan. 13. D., 18.04.2011 tarih ve E:2008/4519 K:2011/1655 sayılı karar (DD. S. 128).

dışında başka bir işlem tesis etme imkânı bulunmamaktadır. Alıntılanan kararda Danıştay isabetli olarak hem usule ilişkin hem de konu unsuruna ilişkin tespitler yapmıştır.

(2) Ruhsat/Lisans Kısıtlamaları İdari Yaptırım Olarak Değerlendirilmektedir

İdari para cezalarının idari yaptırım olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusundaki belirsizlikler yukarıda da izah edildiği gibi Kabahatler Yasası'nda yapılan değişiklikler sonrasında kısmen de olsa ortadan kalkmıştır. Ancak ruhsatlar/lisanslar üzerinde iptal etme, kaldırma, süresini kısıtlama, kapsamını daraltma, durdurma, dondurma vb. şeklinde tesis edilen işlemlerin (kısaca ruhsat/lisans kısıtlamalarının) idari yaptırım olup olmadığı üzerinde durmak gerekmektedir. Ruhsat/lisans kısıtlaması işlemlerine karşı açılan davalarda benzer gerekçeli 13. D., 10. D. ile İDDK kararlarını görmek mümkündür. Alıntılanan kararlardan İDDK kararı şekli denetime, daire kararları ise esas denetimine ilişkindir.

İDDK, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran onlara müdahale niteliği taşıyan işlemler ile verilmiş bir hakkı, izni veya yetkiyi geri alan işlemleri, bu işlemlerin idare edilenler yönünden ağır sonuçlar doğuracağı hususunu dikkate alarak, idari yaptırım niteliğindeki işlemler olarak görmektedir⁶⁰⁰.

Benzer şekilde Dan. 13. D. de ruhsat/lisans kısıtlamalarını idari yaptırım olarak görmektedir. RTÜK'ün uydu platform işletmecisi olan bir yayın kuruluşu hakkında, sahip olduğu platform üzerindeki bir takım kanalları yayın buketinden çıkarmaya yönelik tesis etmiş olduğu işlem⁶⁰¹ ile TAPDK⁶⁰²'nin satış belgesinin iptal edilmesi/askıya alınması işlemleri⁶⁰³ açık biçimde ekonomik kolluk faaliyeti kapsamında idari yaptırım olarak değerlendirilmiştir. Keza Dan. 10. D. de özel

⁶⁰⁰ Dan. İDDK, 21.04.2011 tarih ve E:2007/1800 K:2011/267 sayılı karar (DD. S. 128).

⁶⁰¹ Dan. 13. D., 13.10.2008 tarih ve E:2007/9565 K:2008/6764 sayılı karar (KBB).

⁶⁰² TAPDK, 24.12.2017 tarih ve 30280 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılmasına rağmen bu Kurum işlemlerine ilişkin Danıştay kararları içtihat olma özelliğini kaybetmemektedir. TAPDK'ya ilişkin içtihatlar, düzenleme ve denetleme konusunda teorik bakımdan katkı sağladığı gibi uygulamada diğer düzenleyici ve denetleyici kurum işlemlerine karşı açılan davalarda emsal olarak uygulanabilir.

⁶⁰³ Dan. 13. D., 25.12.2006 tarih ve E:2005/9375 K:2006/4919 sayılı karar (DBB).

istihdam bürosu işletme izninin iptal edilmesine ilişkin işlemi idari yaptırım saymış kararda oldukça kapsamlı bir esas denetimi yapmıştır⁶⁰⁴.

Görüldüğü gibi ruhsat/lisans kısıtlamaları idari yaptırım olarak sayılmakta ve İDDK kararında olduğu gibi şekil-usul bakımından, diğer kararlarda olduğu gibi esas bakımından mahkemeleri daha kapsamlı bir yargısal denetime doğru yönlendirmektedir.

(3) Değerlendirme Alanı ve Dar Anlamda Takdir Yetkisi Ayrımı Bakımından Takdir Yetkisinin Tespiti

Esasa ilişkin denetimde idarenin sebep ve maksat unsurlarına ilişkin değerlendirme alanının, konu unsuruna ilişkin takdir yetkisinin veya bağlı yetkisinin⁶⁰⁵ bulunup bulunmadığı önem arz etmektedir. Zira her birine hâkim olan ilke ve kurallar farklıdır.

Bölümde, farklı Danıştay Dairelerinin kararları üzerinden gidilerek, genel olarak takdir kavramının nasıl anlaşıldığı ve kullanıldığı, değerlendirme alanı ve dar anlamda takdir yetkisi ayrımının yapıp yapılmadığı üzerinde durulacak ve kararlar incelenecektir.

Danıştay takdir yetkisine ilişkin olarak bir kararında “optik okuyucuların takdir hatası yapmaları söz konusu olamayacağından” davacının “değerlendirmenin hatalı olduğu” iddiasını ve bilirkişi incelemesi talebini kabul etmemiştir⁶⁰⁶. Danıştay sınav işlemine karşı açılan davayı görürken değerlendirme kavramını işlemin sebep unsurundaki denetimi gerçekleştirirken kullanmıştır. Üstelik dava konusu işlem Alman hukukunda da değerlendirme alanı kavramının ilk defa ortaya atıldığı sınav işlemidir.

Memur hukukuna ilişkin bir kararda ise Bayındırlık ve İskan İl Müdürlüğünden Yapı İşleri Genel Müdürlüğü emrine memur olarak atanma işleme karşı açılan davada Danıştay davacı hakkında hizmet süresi, daha önceden bulunulan

⁶⁰⁴ Dan. 10. D., 27.09.2010 tarih ve E:2007/4030 K:2010/6813 sayılı kararı (DD. S. 126).

⁶⁰⁵ İdarenin yargı kararlarını uygulama mecburiyeti Danıştayca bağlı yetki olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Dan. İDDK, 22.03.1999 tarih ve E:1997/134 K:1999/407 sayılı karar (DBB).

⁶⁰⁶ Dan. 8. D., 14.11.1989 tarih ve E:1988/373, K:1989/892 sayılı karar (DBB).

görevler, alındığı ve atandığı görevlerin unvan ve nitelikleri, bu iki görev arasındaki hiyerarşik kademeler ve değişik hizmet kadroları dikkate alınmadan işlem tesis edilmesinde açık takdir hatası bulunduğunu belirtmektedir⁶⁰⁷. Benzer konuya ilişkin daha sonraki bir kararında İDDK anılan kararına atıf yaparak davacının önceki görevinin dikkate alınmamasını açık takdir hatası olarak görmüştür⁶⁰⁸. Kararlarda, açık takdir hatası işlemin sebep unsuruna ilişkin yapılan denetimde kullanılmakta ve bu nedenle açık değerlendirme hatası ile örtüşmektedir.

Özelleştirme kapsamına alınmış bir KİT’te uzun yıllar boyunca şef ve uzman unvanı ile görev yapmış olan yüksekokul mezunu davacının Gümrük Müsteşarlığı’na memur olarak atanmasına ilişkin işleme karşı açılan davada temyiz aşamasında, Danıştay davacının memur kadrosuna atanmasında açık takdir hatası bulunduğuna karar vermiştir⁶⁰⁹. Anılan bu kararda kullanılan takdir kavramı işlemin sebep unsuruna ilişkin değerlendirme alanı anlamında kullanılmış olup mahkeme açık değerlendirme hatası incelemesi yapmıştır. Şöyleki kararda öncelikle konu ile ilgili olan yasa hükümleri alıntılanmış daha sonra bu yasa hükümleri yorumlanarak üç bent halinde yorum sonucuna varılmış, davacının durumu yorumlanmış olan mevzuata uygulanmıştır.

Yine memur hukukuna ilişkin başka bir kararda ise sebep unsuruna ilişkin takdir ile konu unsuruna ilişkin takdir ayrılarak kullanılmıştır. Karara göre boş kadrolara atanma yeterliliğine sahip kişilerin kadro sayısından fazla olması halinde atama işlemleri ancak açık değerlendirme hatasının bulunması halinde hukuka aykırılık taşımaktadır. Daire, kararında işlemin konu unsuru yönünden idarenin belirli bir tercihte bulunmaya zorlanamayacağını, ancak tesis edilen işlemde açık takdir hatası bulunması halinde işlemin hukuka aykırı olacağını belirtmektedir. İptali istenen işlemle ilgili olarak açık takdir hatasında, tercih edilen kişilerin tercih edilmeyenlere göre geçmiş çalışma, başarı, liyakat ve sicil durumuna göre üstünlüğünün idarece ortaya konulup konulmadığına bakılması gerekmektedir⁶¹⁰. Anılan kararda da

⁶⁰⁷ Dan. İDDK, 22.03.1999 tarih ve E:1997/134 K:1999/407 sayılı karar (DBB).

⁶⁰⁸ Dan. İDDK, 25.09.2008 tarih ve E:2006/1872 K:2008/174 sayılı karar (DBB).

⁶⁰⁹ Dan. 5. D.; 27.05.1997 tarih ve E:1997/439 K:1997/1110 sayılı karar (DBB).

⁶¹⁰

“2577 sayılı Yasa’nın 2. maddesinde tüm idari işlemlerin, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden denetleneceğinin belirtildiği, bu kapsamda takdire dayanan idari işlemlerin

uyuşmazlığın çözümü için konu unsuruna değil, sebep unsuruna ilişkin denetim üzerinde durulduğundan, Danıştay açık takdir hatası ifadesini açık değerlendirme hatası anlamında kullanmıştır. Bir önceki paragrafta yer alan kararlardan farklı olarak bu kararda konu unsuruna ilişkin denetim ile sebep unsuruna ilişkin denetim birbirinden ayrılmakta ve açık takdir hatası sadece değerlendirme alanı için kullanılmaktadır.

Danıştay 13. Dairesi ile İDDK diğer ekonomik idare hukuku konularında da takdir yetkisi üzerinde durmaktadır. PETKİM'in % 51 oranındaki kamu hissesinin blok satış yöntemi ile özelleştirilmesine yönelik işlemin iptali istemiyle açılan davada yürütmenin durdurulması istemini 13. Daire reddetmiştir. Daire kararına karşı yapılan itiraz sonucunda İDDK itirazı kabul ederek yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. İDDK kararının çoğunluk gerekçesi de karşı oy gerekçesi de takdir yetkisinin incelenmesi bakımından dikkat çekmektedir. Kararın çoğunluk gerekçesinde; özelleştirme işlemleri gibi teknik özellik taşıyan, siyasi tercihleri yansıtan işlemlerde yerindelik denetimi yasağı geçerli olmakla birlikte hukuka uygunluk denetimi yapılmasının zorunlu olduğu, bu denetimin yetki ve şekil denetimi ile sınırlanamayacağı, sebep, konu ve maksat denetiminin de yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Kararda özellikle maksat denetimi üzerinde durulmuş ve geleneksel maksat denetimi olan yetki saptırmasına ek olarak birden fazla kamu yararının çatışması durumunda "üstün kamu yararının" dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Kararda yer alan karşı oyda ise, işlemde dayanak alınan maddi vakıaların nitelendirilmesinde ve takdir hakkının kullanımında açık değerlendirme hatasının

gerekçeli olması, **gerekçelerin hukuken kabul edilebilir tarzda açık ve net bir şekilde ortaya konulması, mevzuatta atanmak/görevlendirilmek için belirlenen asgari kriterleri sağlayan fakat geçmiş hizmetleri, eğitim, özlük ve sicil durumları farklılaşan kişiler arasında tercihte bulunulurken, tercih edilen kişilerin tercih edilmeyenlere göre geçmiş çalışma, başarı, liyakat ve sicil durumuna göre üstünlüğünün ortaya konulması gerektiği**, hukuka uygunluk denetiminin ilkelerindendir.

Bu durumda boş kadrolara kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek en uygun kişiyi atama konusunda, gerekli nitelikleri taşıyanlar arasında tercihte bulunma hususunda takdir yetkisine sahip olan davalı idarenin bir göreve atama yapıp yapmama veya elinde bulunan boş kadrolara atanma niteliği taşıyan kişilerin kadro sayısından fazla olması halinde bu kadrolara atayacağı kişileri hizmet gereklerini gözönüne alarak seçmek hususunda takdir yetkisine sahip olduğu ve açık değerlendirme hatası olmadıkça idarenin tercihini belli bir yönde kullanması konusunda yargı yoluyla zorlanmasına da hukuken olanak bulunmadığı..." (Koyu vurgulama tarafımıza aittir.)

Bkz. Dan. 2. D., 09.09.2015 tarih ve E:2006/1872 K:2008/174 sayılı karar (DBB).

bulunup bulunmadığına ilişkin bir inceleme yapılması gerektiği vurgulanmıştır⁶¹¹.

Anılan davada, 13. Daire davanın esasına ilişkin olarak İDDK'nın itiraz üzerine vermiş olduğu ve yukarıda incelenen kararın karşı oy görüşü ile aynı yönde karar vererek işlemi hukuka uygun bulmuştur. Daire işlem dosyasında yer alan ve ara karar uyarınca idare tarafından sunulan bilgi ve belgelerin incelenmesinden işlemin yasanın amacına uygun olduğu belirtilerek işlemde hukuka aykırılık görmemiştir⁶¹². Bununla beraber Daire kararında İDDK'nın karşı oy gerekçesinde olduğu gibi açık değerlendirme hatası ve açık takdir hatası kavramlarını kullanılmamıştır. Daire'nin davanın reddi kararında tıpkı İDDK'nın yürütmenin durdurulması kararının karşı görüşünde olduğu gibi maddi vakıaların nitelendirilmesi ve takdir hakkının kullanılması ayrımının kabul edilerek bu ayrım üzerinden değerlendirmeler yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Böylelikle Daire'nin kararında belirtilen ölçüt ve ilkeler daha sonraki düzenleyici ve denetleyici kurum işlemlerine ilişkin davalarda kıyasen uygulanabilir.

Danıştay 13. Dairesi'nin düzenleyici ve denetleyici kurumlar bakımından da takdir yetkisi kavramı üzerinde durduğu kararı bulunmaktadır. Örneğin BDDK'nın bir bankanın genel müdür yardımcısı atamasına onay vermemesine ilişkin işleme karşı açılan davada Danıştay BDDK'nın dava konusu işlemde takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir⁶¹³. Ancak değerlendirme alanı ve takdir yetkisi ayrımı açısından bakıldığında, 4389 sayılı mülga Bankacılık Yasası'nın ilgili maddelerinde

⁶¹¹ Dan. İDDK, 27.12.2007 tarih ve E:2007/939 sayılı YD itiraz kararı (KBB). PETKİM'in özelleştirilmesine karşı açılan davada İDDK kararının çoğunluk oyu ile azlık oyu yargısal denetimin yetki ve şekil ile sınırlandırılmaması gerektiği noktasında birleşmektedir. Ancak çoğunluk kararında yetki ve şekilden sonra doğrudan maksat denetimine geçilerek birden fazla çatışan kamu yararı arasında üstün olanının belirlenmesi gerektiği ortaya konulmuştur. Yukarıda yapmış olduğumuz tespitlerden de görüleceği gibi işlemin maksat unsuru bakımından idarenin her zaman bir değerlendirme alanı bulunmaktadır. Bu nedenle klasik yetki saptırması dışına çıkılarak idarenin belirlemiş olduğu kamu yararları arasından üstün olanının mahkemece tespit ve takdirinin yerindelik incelemesi içerisine girdiği düşünülmektedir. Maksat unsuru bakımından ancak açık bir değerlendirme hatasının bulunması halinde hukuka aykırılık sorunu gündeme gelmektedir.

⁶¹² Dan. 13. D., 11.02.2008 tarih ve E:2007/5180 K:2008/2188 sayılı karar (DBB).

⁶¹³ Dan. 13. D., 09.09.2005 tarih ve E:2005/309 K:2005/703 sayılı karar (DD S. 109).

(madde 9/5-a⁶¹⁴ ve madde 7/2-b⁶¹⁵) “çalıştırılmazlar” ve “şarttır” gibi ifadeler yer almaktadır. Yasal hükümdeki anılan kavramlar idareye işlemde konu unsuru bakımından (dar anlamda) takdir yetkisi vermemektedir. Ayrıca dayanan yasa hükümlerindeki sebeplere bakıldığında idareye değerlendirme alanının da verilmediği⁶¹⁶ görülmektedir. Bu nedenle bazı banka yöneticilerin atanmasına yönelik onay işlemlerinde BDDK’nın takdir yetkisi değil bağlı yetkisi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle ilgilide yasal engeller bulunmaktaysa BDDK atamayı reddetmek, yasal engel yoksa atamayı onaylamak zorundadır. Danıştay’ın idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu bir işlemde takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmesini isabetsiz bulmaktayız. Yukarıda da değindiğimiz gibi düzenleyici ve denetleyici kurumların her işleminde değerlendirme alanı ve dar anlamda takdir yetkisi bulunmayabilir. Bahse konu kararda takdir yetkisi bakımından yapılan saptamalar, incelenen kararın sonraki kararlara da yol gösterici olması nedeniyle önem arz etmektedir.

13. Daire’nin başka bir kararında ise takdir yetkisi kavramı hem değerlendirme alanını hem de dar anlamda takdir yetkisini kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Örneğin bir ihalenin kazananını belirleyen ihale komisyonu

⁶¹⁴ “Bu Kanun hükümlerine aykırı hareketlerinden dolayı hapis veya bir defadan fazla ağır para cezası ile cezalandırılan kimseler, durumları bu Kanunun 7 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının, (be) alt bendi hükmü hariç olmak üzere (b) bendine uymayanlar hiç bir bankada yönetim kurulu başkanı, üyesi, denetçi, genel müdür, genel müdür yardımcısı veya birinci derecede imza yetkisini haiz görevli olarak **çalıştırılmazlar**.” (Koyu vurgulamalar tarafımıza aittir)

⁶¹⁵ “b) Kurucularının;
ba) Müflis veya konkordato ilan etmiş olmaması,
bb) Tasfiyeye tabi tutulan bankerler, bankalar, sigorta şirketleri ve para ve sermaye piyasalarında faaliyet gösteren kurumlarda ve Fona devredilen bankalarda doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on ve daha fazla bir oranda pay sahibi olmaması,
bc) (Değişik: 4491 - 17.12.1999) Hakkında 14 üncü madde uyarınca işlem yapılmakta olan bir bankada doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on ve daha fazla oranda veya bu oranın altında olsa dahi yönetim veya denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren pay sahibi olmaması,
bd) Taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar bile ağır hapis veya beş yıldan fazla hapis (Ek ibare: 4672 - 12.5.2001 / m.3) "cezasıyla cezalandırılmamış olması veya bu Kanunun 22 nci maddesi hükümlerine muhalefet" yahut basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, karapara aklama veya Devlet sırlarını açığa vurma, vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs ya da iştirak suçlarından dolayı hüküm giymiş bulunmaması,
be) Banka kurucusu veya ortağı olmanın gerektirdiği mali güç ve itibara sahip bulunması....**şarttır**.” (Koyu vurgulamalar tarafımıza aittir).

⁶¹⁶ Alıntılanan 7/2-b hükmündeki **tek değerlendirme alanı** be) bendinde belirtilen, “Banka kurucusu veya ortağı olmanın gerektirdiği mali güç ve itibara sahip bulunması” şartıdır. Bu şart ise 9/5-a hükmü uyarınca yönetim kurulu başkanı, üyesi, denetçi, genel müdür, genel müdür yardımcısı veya birinci derecede imza yetkisini haiz görevlilerde aranmamaktadır.

kararının ihale yetkilisi tarafından onaylanmayarak, ihalenin iptal edilmesine yönelik işlem sonucunda, yasada belirtilen şikâyet ve itirazen şikâyet yollarına başvurulmuş ve KİK itirazen şikâyet başvurusunu reddetmiştir. İtirazen şikâyet başvurusunun reddine yönelik işlemin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, ihale yetkilisinin ihale komisyonu kararlarını onaylayıp onaylamama bakımından takdir yetkisinin bulunduğunu belirterek takdir yetkisini “hukuken geçerli seçenekler arasından uygun olanı tercih edilmesi” ve “işlemin yapılıp yapılmaması noktasında makul ve meşru sebepler dikkate alınarak karar verilmesi” şeklinde açıklamıştır⁶¹⁷. Danıştay’ın takdir yetkisine ilişkin tanımlamaları doğru olmakla birlikte ilgili yasanın hükümlerine göre⁶¹⁸ ihale komisyonu kararı ihale yetkilisinin önüne geldiğinde, ihale yetkilisinin önünde komisyon kararını onama veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle ihaleyi iptal etme şeklinde iki yasal seçenek bulunmaktadır. Ancak seçenekler ihale yetkilisinin serbest seçimine değil yasal sebeplere bağlanmaktadır. İhale yetkilisi gerekçesini özellikle Yasa’nın 5. maddesindeki ilkelere⁶¹⁹ dayandırmak zorundadır. Eğer ihalenin iptalini gerektirecek bir sebep yoksa ihale yetkilisi o zaman komisyon kararını onaylamak zorundadır. Bu nedenle ihale yetkilisinin dar anlamda takdir yetkisi değil değerlendirme alanı bulunmaktadır. Görüldüğü gibi değerlendirme alanı ile dar anlamda takdir yetkisi farklı kapsamda yargısal denetimi doğurduğundan yapılacak tespitler önem taşımaktadır. Zira dar anlamda takdir yetkisinde yasada belirtilen sebep gerçekleşmişse idare kendi iradesine göre hareket etmekte ve takdir yetkisinin kullanımında yargısal denetim ise (açık takdir hatası ile ölçülülük ilkesi ve bilanço teorisinin kullanımıyla) oldukça sınırlı olmaktadır.

⁶¹⁷ Dan. 13. D., 08.10.2010 tarih ve E:2007/11474 K:2010/6734 sayılı karar (DD S. 126).

⁶¹⁸ 40. maddenin 1. fıkrasında, yapılan değerlendirme sonucunda ihalenin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılacağı; 5. fıkrasında, ihale komisyonun gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunacağı; **6. fıkrasında, ihale yetkilisinin beş iş günü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edeceği öngörülmüştür.** (Koyu vurgulamalar tarafımıza aittir).

⁶¹⁹ Yasa’nın temel ilkeler başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur” hükmü yer almaktadır.

(4) Değerlendirme Alanının Denetimi

Sebeup ve maksat unsurlarına yönelik olan değerlendirme alanının denetimi, yukarıda da belirtildiği gibi maddi gerçekliğin araştırılması ile açık değerlendirme hatasının incelenmesi şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir.

Maddi gerçekliğin tespiti için, işlem dosyasında yer alan veya ayrıca mahkemece elde edilecek bilgi ve belgeler toplanarak dava dosyası tekemmül ettirilmekte, gerekli görülmesi halinde ayrıca bilirkişi görüşüne de başvurulmaktadır. Öte yandan, açık değerlendirme hatası incelemesinde ise, mevzuatın yorumlanması yanında işlemin dayanağı olan maddi vakıalar ile bu vakıaları ortaya koyan işlem dosyasındaki bütün bilgi ve belgelerin yorumlanması da yapılmaktadır.

Maddi gerçekliğin araştırılması ile hukuki yorum ve nitelendirme arasında yakın bir ilişki bulunmakta olup birindeki inceleme diğerinin sonucunu etkileyebilmektedir. Örneğin hizmet binası inşaatı işinin tamamlanarak kesin kabulünden yaklaşık iki yıl sonra ihaleyi yapan idarenin teknik elemanlarınca düzenlenen tutanakla çeşitli bozulma ve hasarların tespit edilmesi neticesinde işi yapan şirketin kamu ihale mevzuatı uyarınca bir yıl boyunca tüm ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verilmiştir. Yasaklama işleminin iptali istemiyle açılan davada, yerel mahkeme sözleşmenin sona ermesinden, geçici ve kesin kabullerin yapılmasından sonra tespit edilen hatalar nedeniyle yasaklama kararı verilemeyeceği gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir. Bu kararın temyizi üzerine Danıştay yerel mahkeme kararını, işin geçici ve kesin kabulü yapılmış olmasının sözleşmenin uygulanması aşamasına ait olan yasak fiil ve davranışların tespiti üzerine yasaklama kararı verilmesine engel olmadığı, olayda aykırı fiil ve davranışların gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenerek, yapılan incelemeye göre bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur⁶²⁰. Görüldüğü gibi yerel mahkeme ile Danıştay'ın hukuki yorumu farklı yapmaları dava konusu işlemdeki maddi gerçekliğin araştırılmasının kapsamını ve derinliğini de etkilemektedir.

Maddi gerçekliğin araştırılmasında iptal davasının çözümünü etkileyebilecek olan vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmaktadır. Genel olarak idari

⁶²⁰ Dan. 13. D., 27.03.2014 tarih ve E:2014/234 K:2014/1194 sayılı karar (DBB).

yargılamada, maddi vakıaları davacı ortaya koyabileceği gibi mahkeme de re'sen bu konuda inceleme yapabilmektedir. Bu bağlamda idareler işlem sürecinde düzenlenen rapor, inceleme, değerlendirme gibi yazılı bilgi ve belgelerle maddi vakıaları tespit ettikleri için yargılama sırasında mahkemelerin maddi vakıa denetimi bu bilgi ve belgeler üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bununla birlikte işlem dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin eksik veya yetersiz olduğu davacı tarafça ileri sürülürse ve/veya mahkeme bu konuda bir şüpheyi düşerse maddi gerçekliğin araştırılması için idarenin işlem dosyası dışına çıkılabilir.

Maddi gerçekliğin araştırılmasında önemli bir husus Danıştay 13. Dairesi'nin bilirkişi incelemesine yaklaşımıdır. Çeşitli özel sektör şirketleri ile derneklerin birlikte oluşturduğu ve tüzelkişiliği olmayan tiraj denetim kuruluşu ABC Türkiye Tiraj Denetim Kurulu'nun kuruluş sözleşmesine verilmiş olan menfi tespit belgesinin geri alınması yolundaki RK işlemine karşı açılan davada Danıştay 13. Dairesi, tirajın anlam ve kapsamının ortaya konulması ve ABC Türkiye'nin belirlediği denetim standartlarının ve bağımsız dış denetim şirketinin uygulamalarının “tiraj” kavramının anlamına ve kapsamına uygun biçimde güvenilir, doğru ve objektif tiraj ölçümü yapılmasına olanak sağlayacak nitelikte olup olmadığının saptanması amacıyla, özel ve teknik bilgiyi, uzmanlığı gerektiren belirtilen noktalar bakımından bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar vermiştir. Düzenlenen raporda ABC Türkiye Tiraj Denetim Kurulu'nun belirlediği denetim standartlarının tiraj denetimi açısından ağır hükümler içerdiği, abonelik sistemi ile dağıtımı yapılan süreli yayınlar aleyhine sonuçlar doğurma potansiyeline sahip olduğu, bu konuda getirilen ilkelerin tirajın anlam ve kapsamı açısından uygun ilkeler olmadığı yönünde değerlendirmeler yapılmıştır. Sonuç itibarıyla RK işlemindeki tespit ve değerlendirmelerle örtüşen bilirkişi raporu sonrasında dava reddolunmuştur⁶²¹.

Bir baz istasyonunun kaldırılması için yapılan başvurunun reddine ilişkin işleme karşı açılan davada yerel mahkeme davayı reddetmiştir. Danıştay temyiz incelemesinde, yerel mahkemenin insan sağlığı yönünden bilirkişi incelemesi yaptırmadan karar vermesini eksik inceleme olarak değerlendirerek bu gerekçeyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bozma kararının gerekçesinde sağlıklı bir çevrede

⁶²¹ Dan. 13. D., 24.11.2009 tarih ve E:2007/10688 K:2009/10295 sayılı karar (KBB).

yaşam hakkı çerçevesinde, kurulacak baz istasyonunun çevresindeki bina ve diğer yaşam alanlarıyla birlikte değerlendirilmesi ve baz istasyonlarının bulunduğu bölgede kurulmasının gerekli olup olmadığının yapılacak teknik ölçümlerle ortaya konulması gerektiği anılan hususun ise hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenebilmesi mümkün olmadığı bu nedenle sadece değinilen noktalara ilişkin olmak üzere bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği belirtilmiştir⁶²².

Kamu ihalelerine ilişkin işlemlere karşı açılan davalarda da bilirkişi incelemesi yoluna başvurulmaktadır. Hazine'ye ait bir taşınmazın açık teklif usulü ile satışı öncesinde tahmini bedelin yüksek olduğu yönünde yapılan itirazın idarece reddi işlemine karşı açılan davada yerel mahkeme mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırmış, bilirkişi ise raporunda tahmini bedelin idarenin belirlemiş olduğundan daha düşük bir bedel olduğunu tespit etmiştir. Yerel mahkeme davacının iddialarının yerinde olduğu gerekçesiyle davayı kabul etmiş, Danıştay ise davalı idarenin temyiz talebini reddederek kararı onamıştır⁶²³. Bir büyükşehir belediyesinin viyadük ve bağlantı yolları inşaatına ilişkin düzenlemiş olduğu ihalede teklif veren şirketlerden birinin teklifi değerlendirme dışında bırakılmış bu işleme karşı dava açılmıştır. Yerel mahkeme yargılama sırasında davacının sunmuş olduğu iş deneyim belgesinin idari şartnamede belirtilen iş grupları içerisinde olup olmadığına ilişkin bilirkişi görüşüne başvurmuştur. Bilirkişi raporunda davacı tarafından sunulan iş deneyim belgelerinin şartnamede yer alan iş grupları içerisine girmediğini belirtmiş, yerel mahkeme davayı reddetmiş, Danıştay ise mahkeme kararını onamıştır⁶²⁴. Başka bir karar ise temizlik malzemesi alımı ihalesinin iptaline ilişkindir. Yerel mahkeme davacının sunmuş olduğu numunelerin şartnameye uyup uymadığının tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar vermiştir. Bilirkişi ise sunulan numunelerin bir kısmının teknik şartnameye uymadığını tespit etmiş, yerel mahkeme davayı reddetmiş, Danıştay ise mahkeme kararını onamıştır⁶²⁵.

RTÜK'çe tesis edilen yaptırım işlemlerine karşı açılan davalarda da bilirkişi incelemesine başvurulduğu görülmektedir.

⁶²² Dan. 13. D., 24.10.2011 tarih ve E:2008/2658 K:2011/4668 sayılı karar (DBB).

⁶²³ Dan. 13. D., 30.11.2015 tarih ve E:2015/3104 K:2015/4228 sayılı karar (DBB).

⁶²⁴ Dan. 13. D., 16.09.2015 tarih ve E:2015/3888 K:2015/3177 sayılı karar (DBB).

⁶²⁵ Dan. 13. D., 15.09.2015 tarih ve E:2015/2026 K:2015/3144 sayılı karar (DBB).

Nitekim Danıştay televizyonda yayınlanan bir reklamın⁶²⁶, bir radyo kanalında 07.00 – 09.00 saatleri arasında yayımlanan programda kullanılan ifadelerin⁶²⁷, bir televizyon kanalında 16.30’da yayınlanan programda silahlı kişilerin kanlı görüntülerinin, fiziksel şiddet ve tehdit içeren sahnelerin yer almasının⁶²⁸ bir televizyon kanalında yayınlanan dizide yer verilen ihanet temasının işlenmesinin⁶²⁹ “gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredilebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması” ilkesini ihlal edilip edilmediğinin bilirkişi incelemesi ile anlaşılabilirliği yolunda karar vermiştir.

Bundan başka Danıştay Osmanlı padişahlarından Kanuni Sultan (I.) Süleyman döneminin kurgusal olarak işlendiği bir dizide yer alan görüntülerin⁶³⁰, bir televizyon kanalında yayınlanan dizide yer verilen ihanet temasının işlenmesinin⁶³¹, bir radyo kanalında Hristiyanlık yaşam ve felsefe motiflerine ilişkin yayın yapılmasının⁶³² ise “toplumun milli ve manevi değerlerine ve Türk aile yapısına aykırı

⁶²⁶ İlk derece yargılama yapan idare mahkemesi açılan davayı reddetmiş, Danıştay 13. Dairesi ise yerel mahkeme kararını, reklam içeriğinin çocuklar üzerinde olumsuz etkisi olup olmadığını araştırmak üzere bilirkişi incelemesi yaptırılmadığı gerekçesiyle bozmuştur. Bozmaya uyan mahkeme bilirkişi incelemesi yaptırmış ve düzenlenen raporda dava konusu reklamın çocuklar üzerinde olumsuz etkisinin olduğu görüşüne varılmıştır. Bilirkişi raporunu yeterli bulan mahkeme davayı reddetmiş bozma sonrası verilen karara karşı yapılan temyiz başvurusu ise reddolunmuştur. Bkz. Dan. 13. D., 18.11.2009 tarih ve E:2009/692 K:2009/10139 sayılı karar (KBB).

⁶²⁷ Danıştay, davayı kabul eden yerel mahkeme kararını bozarken “kadınlara, güçsüzlere, özürlülere ve çocuklara karşı şiddetin ve ayrımcılığın teşvik edilmemesi” ilkesine aykırılık bakımından bilirkişi incelemesi yapılması gerek görmemişken “gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredilebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması” ilkesine aykırılık bakımından ise bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğine karar vermiş, yerel mahkeme bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Bilirkişi raporunda ihlal olmadığı sonucuna varılması üzerine yerel mahkeme incelenen ihlal yönünden davayı kabul etmiş, Danıştay ise temyiz edilen kararı onamıştır. Bkz. Dan.13. D., 01.10.2015 tarih ve E:2015/3532 K:2015/3277 sayılı karar (DBB).

⁶²⁸ Davada yerel mahkeme bilirkişi görüşüne başvurmuş, bilirkişi raporunda ilkenin ihlal edildiği yönünde görüş belirtilmiştir. Yerel mahkeme rapora dayanarak davayı reddetmiş, Danıştay 13. Dairesi ise kararı onamıştır. Bkz. Dan. 13. D., 28.09.2009 tarih ve E:2008/3705 K:2009/8701 sayılı karar (DBB).

⁶²⁹ Dan. 13. D., 18.10.2012 tarih ve E:2011/2211 K:2012/2522 sayılı karar (DBB).

⁶³⁰ Açılan davada yerel mahkeme bilirkişi incelemesi yaptırmış, bilirkişi raporunda ilkenin ihlal edildiği yönünde görüş belirtilmiştir. Yerel mahkeme rapora ve dosya içerisindeki diğer bilgi ve belgelere dayanarak davayı reddetmiş, Danıştay 13. Dairesi ise kararı onamıştır. Bkz. Dan. 13. D., 26.11.2012 tarih ve E:2012/2223 K:2012/3392 sayılı karar (DBB).

⁶³¹ Dan. 13. D., 18.10.2012 tarih ve E:2011/2211 K:2012/2522 sayılı karar (DBB).

⁶³² Yerel mahkeme bilirkişi incelemesi yapmadan davayı reddetmiş, Danıştay ise kararı bilirkişi incelemesi yapılmadan karar verilemeyeceği gerekçesiyle bozmuştur. Bkz. Dan. 13. D., 08.02.2005 tarih ve E:2005/588 K:2005/692 (DBB).

olmaması” ilkesini ihlal edip etmediğinin yine bilirkişi incelemesi ile anlaşılabilceğini kabul etmektedir.

Bir programdaki aynı ifade ve/veya görüntü ile birden fazla yayın ilkesi ihlal edilebilmektedir. Böyle bir durumda bilirkişi yoluna başvurulması bakımından her bir ihlalin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin bir televizyon programında birden fazla yayın ilkesinin ihlal edildiği sebebiyle yayıncı kuruluş hakkında tesis edilen işleme karşı açılan davada yerel mahkeme kararını inceleyen Danıştay, bilirkişi heyetinde her bir yayın ilkesine ilişkin konularda yeterli uzmanların bulunmadığı gerekçesiyle bozma kararı vermiştir⁶³³. Başka bir örnekte ise bir radyo kanalında yayımlanan programda kullanılan ifadelerden dolayı tesis edilen uyarı işlemine karşı açılan davada Danıştay, davayı kabul eden yerel mahkeme kararını bozarken “kadınlara, güçsüzlere, özürllülere ve çocuklara karşı şiddetin ve ayrımcılığın teşvik edilmemesi” ilkesine aykırılık bakımından bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek görmemişken “gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması” ilkesine aykırılık bakımından ise bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğine karar vererek yerel mahkeme kararını bozmuştur⁶³⁴. Kararda ihlal edildiği ileri sürülen ilkelerden neden birinde bilirkişi görüşüne başvurma ihtiyacı duyulmazken diğerinde ise bu ihtiyacın duyulduğu konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte “gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması” ilkesinin pedagoji biliminin uzmanlığına girmesi nedeniyle bu ihlalin tespitinin hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile tespitinin mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır. Yukarıda ele alınan diğer kararlardan da görüleceği üzere Danıştay en çok gençlerin ve çocukların korunmasına ilişkin ilkede bilirkişi

⁶³³ Bozma kararında bilirkişi heyetinde “gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması” ilkesi bakımından çocuk ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekim ile bir çocuk psikoloğunun, “toplumun milli ve manevi değerlerine ve Türk aile yapısına aykırı olmaması” ilkesi bakımından ise bu konuda akademik çalışması bulunan bir sosyoloğun bulunması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Dan. 13. D., 18.10.2012 tarih ve E:2011/2211 K:2012/2522 sayılı karar (DBB).

⁶³⁴ Danıştay’ın bozma kararı üzerinde yerel mahkeme bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Bilirkişi raporunda ihlal olmadığı sonucuna varılması üzerine yerel mahkeme bilirkişilerce incelenen ihlal yönünden davayı kabul diğer ihlal yönünden davayı reddetmiş, Danıştay ise anılan kararı onamıştır. Bkz. Dan.13. D., 01.10.2015 tarih ve E:2015/3532 K:2015/3277 sayılı karar (DBB).

incelemesi yaptırmaktadır.

Bir yayın ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenip çözülemeyeceği hususunda farklı hukuki görüşlerin yer aldığı bir karar bulunmaktadır. Yukarıda da kısaca bahsedilen karar bir radyo kanalında Hristiyanlık yaşam ve felsefe motiflerine ilişkin yayın yapıldığı ve bunun da “toplumun milli ve manevi değerlerine ve Türk aile yapısına aykırı olmaması” ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle tesis edilen uyarı işlemine ilişkindir. Yerel mahkeme belirtilen radyo yayınında ihlal olup olmadığının denetiminde hukuki yorumun yeterli olduğu, bilirkişi incelemesine gerek olmadığı ve ihlal neticesinde işlemin hukuka uygun olduğu kanaatindedir. Danıştay ise olayda bilirkişi incelemesi yapmadan karar verilmesinin mümkün olmadığı kanaatindedir. Temyiz kararında yer alan Danıştay Tetkik Hâkimi düşüncesi ise üçüncü bir görüş olarak değerlendirilmelidir. Düşüncede AİHS’nin 9. maddesinde düzenlenen din, düşünce ve vicdan özgürlüğünün demokratik bir toplumun temellerinden biri olduğu, bu özgürlüğün sınırının ancak istismar ve kötüye kullanma durumları olduğu, yayının şiddet çağrısı veya daveti, zorlama içermediği, başka dine mensup olanlara saygısızlık içermediği ve işlemin açıklanan nedenlerle hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir⁶³⁵. Kanaatimize göre Tetkik Hâkiminin AİHS’nin 9. maddesini esas alan görüşleri isabetli olup olayda ihlal sonucunu gerektirecek bir fiil bulunmadığından bilirkişi incelemesine gidilmesine gerek bulunmamaktadır.

Yukarıda alıntısı yapılan kararlar genel olarak değerlendirildiğinde bilirkişi incelemesi yoluna daha çok kamu ihale mevzuatını ilgilendiren işlemler ile RTÜK tarafından tesis edilen işlemlerde gidilmektedir. Mahkemeyi bilirkişi incelemesi yaptırmaya sevk eden nedenleri de irdelemek gerekmektedir. Birinci kararda RK işlemine konu edilen ve basın sektörü için önem taşıyan ve teknik bir anlamı olan tiraj kavramını, ikinci kararda insan sağlığı ve güvenliği bakımından önemli olan ve yapılacak teknik ölçümlerle baz istasyonunun belirli bir mahalde kurulup kurulamayacağını, kamu ihale mevzuatından doğan davalarda ise yine teknik bilgi gerektiren mal ve hizmete ilişkin somut durumun tespitini, RTÜK işlemlerine karşı açılan davalarda ise yayın ihlalinin bulunup bulunmadığını araştırmak amacıyla

⁶³⁵ Dan. 13. D., 08.02.2005 tarih ve E:2005/588 K:2005/692 (DBB).

bilirkişi incelemesine gidildiği görülmektedir. Bilirkişi incelemesine ilişkin olarak önem arz eden husus bu incelemenin sadece maddi vakıaların tespitinde kullanılması gerekliliğidir; hukuki yorum ve değerlendirmeler ise mahkeme tarafından yapılacaktır. Bilirkişi incelemesinin sadece teknik hususlara yönelik olmasında mahkemelerin bilirkişilere oldukça ayrıntılı talimatlar vermesi önem arz etmektedir. Bu husus da mahkemenin hukuki konular ile teknik konuları çok iyi bir şekilde ayırarak bilirkişilere yönelik hazırlayacağı ara kararlar (talimatlar) olmaktadır.

Öte yandan düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemlerinde kapsamlı idari usul uygulanması hem maddi gerçekliğin araştırılması hem de hukuki yorum ve değerlendirmeler bakımından idari işlem ile mahkemenin kararı arasında bir bağlantı kurulmasına sebebiyet vermektedir. Bağlantının birinci sebebi düzenleyici ve denetleyici kurumların tesis ettikleri işlemlerin sebebini ayrıntılı gerekçe ile ortaya koymalarıdır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların ayrıntılı bir idari işlem usulüne tabi olması sonucunda işlem dosyası kapsamlı şekilde oluşmakta, bu durum kurumların işlemlerinin gerekçesine de yansımaktadır. Böylelikle işlemin gerekçesi, işlemin sebebini büyük ölçüde ortaya koymakta, sebep ile gerekçe örtüşmektedir⁶³⁶. Bağlantının ikinci sebebi ise düzenleme ve denetleme kapsamındaki ekonomik idari yaptırımlarda işlem sebebini çoğunlukla maddi bir olguya⁶³⁷ dayanmasıdır. Bazı durumlarda idari yaptırım sebebi olan maddi olgulardaki bazı farklar, o olaydaki fiile idari yaptırımın uygulanıp uygulanmaması bakımından belirleyici olmaktadır. İşlemin gerekçesi ile mahkeme kararının gerekçesi arasındaki ilişki değinilen belirlemede

⁶³⁶ İşlemin sebebi ile işlemin gerekçesi arasındaki farklar için bkz. Gözler, **İdare Hukuku (Cilt 1)**, s. 839-840.

⁶³⁷ Bu tür işlemlerin sebep unsurunun hukuki bir işlem, örneğin başka bir idari işlem olduğu da görülmektedir. Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde, bir idari yaptırımın (örneğin idari para cezasının) dayanağı olan işlemin başka bir mahkeme kararıyla iptal edilmesi halinde idari yaptırım da iptal edilmektedir. Örneğin bir GSM şirketinin başka bir GSM şirketiyle sözleşme imzalamaya yanaşmaması üzerine TK'nın (BTK'nın) tesis etmiş olduğu bir idari para cezasına karşı açılan davada, ilgili yönetmelik hükmü doğrultusunda GSM operatörleri için hazırlanan Hüküm ve Şartların başka bir davada iptal edilmesi nedeniyle, idari para cezası da iptal edilmiştir. Bkz. Dan. 13. D., 13.12.2005 tarih ve E:2005/1716 K:2005/5892 sayılı karar (DBB). Ayrıca düzenleyici ve denetleyici kurumun bireysel işleminin başka bir bireysel işleme dayanılarak tesis edildiği durumlarda, dayanak olan işlemin yargılama sonucunda iptal edilmesi diğer işlemin hukuki durumunu etkilemektedir. Örneğin özelleştirme yoluyla yapılacak devralma sürecinde RK'nın devralmayı onaylama işlemine karşı açılan bir davada Danıştay, özelleştirme kararının başka bir davada iptal edilmesi halinde, RK'nın işlemini de iptal etmiştir. Bkz. Dan. 13. D., 29.01.2008 tarih ve E:2005/9694 K:2008/1668 sayılı karar (KBB).

önem kazanmaktadır.

EPDK'nın birbirine yakın tarihlerde (18.07.2005 ve 19.07.2005) tesis etmiş olduğu idari para cezası işlemlerine karşı açılan davalardan birinin reddolunduğu diğerinin ise kabul edildiği iki içtihat dikkat çekmektedir. Davalardaki maddi olgular oldukça benzerdir; akaryakıt ticaretiyle uğraşan işletmelerde yapılan kontrollerde bayilik lisansını ibraz etmediğinden bahisle mühürleme tutanağı tutularak para cezası uygulanmıştır. Bununla birlikte olaylardan birinde işletmenin davalı idareye eksik evraklarla başvuruda bulunduğu tutanak tarihinde bu eksikliği gidermediği olaylardan diğerinde ise işletmenin elinde tutanak tarihi ile aynı günlü 1 yıllık lisansın olduğu tutanak öncesinde ise idarenin lisanssız faaliyete ilişkin bir bilgi veya belge sunmadığı görülmektedir⁶³⁸. İdari işlem sürecinin göreceli olarak daha basit olduğu işlemlerde maddi vakıaların tespiti ve değerlendirilmesinde yargılama yapan mahkemenin katkısı daha fazla olmaktadır.

RK'da olduğu gibi işlem usulünün ayrıntılı olması halinde ise yukarıda verilen örneklerin aksine tespitler ve değerlendirmeler ağırlıklı olarak davalı idare tarafından yapılmaktadır. Açıklanan bu özellik nedeniyle Danıştay davalı idarenin işlem dosyasında elde etmiş olduğu bilgi ve bulgular ile raporları ayrıntılı bir şekilde özetlemekte ve işlem gerekçesini yeterli bulmaktaysa işlem gerekçesini alıntılanarak kararının gerekçesini kurmaktadır.

Danıştay kararlarında RK'nın işlem gerekçesi üzerine eklemeler yapıp yapılmadığı, RK'nın işlem dosyasını hangi kapsamda hazırladığına, davacının ciddi itirazlarının olup olmadığına ve RK'nın işlemde yaptığı hukuki değerlendirmelere göre değişmektedir. İşlem gerekçesi yeterli görülmeğeysa Danıştay ayrı bir maddi vakıa tespiti ve değerlendirmesi yapmamakta, işlem dosyası ve gerekçesini sadece alıntılanmaktadır⁶³⁹. Başka bir kararda ise bir önceki kararlarda olduğu gibi işlem dosyası özetlenmiş ve işlem gerekçesi alıntılanmıştır. Farklı olarak kararın son kısmında davacının ileri sürdüğü iddiaların işlemin iptalini gerektirecek nitelikte

⁶³⁸ Dan. 13. D., 20.11.2005[d. 2006] tarih ve E:2005/9752 K:2006/4387 sayılı karar ve Dan. 13. D., 20.11.2006 tarih ve E:2005/9730 K:2006/4394 sayılı karar (DBB).

⁶³⁹ Dan. 13. D., 18.02.2011 tarih ve E:2007/11667 K:2011/679 sayılı karar; Dan. 13. D., 12.10.2011 tarih ve E:2007/15036 K:2011/4394 sayılı kararlar (KBB).

görülmediği belirtilmiştir⁶⁴⁰. Yukarıda belirtildiği gibi Danıştay RK işleminin gerekçesinde tespitleri ve değerlendirmeleri yetersiz bulmaktaysa, kararlarında işlem dosyası ve gerekçesi alıntılandıktan sonraki paragraflarda kendi hukuki yorumu ile değerlendirmelerini yapmaktadır. Önemli olan nokta Danıştay'ın bu yola sadece davayı kabul ettiği kararlarda başvurmamasıdır. Bu tür kararlarda davanın reddine karar verilebildiği gibi⁶⁴¹ davanın kabulü ve işlemin iptaline de karar verilebilmektedir⁶⁴². Danıştay'ın bu yaklaşımını isabetli bulmaktayız. İdare hukuku içtihadi özellik taşıdığından, Danıştay'ın davayı reddettiği veya kabul ettiği kararlarıdaki RK yorumlamasını tamamlayıcı veya düzeltici değerlendirmeleri yol gösterici olmaktadır.

Danıştay açık değerlendirme hatasını kontrol ederken idarenin yasallığı kuralı ile normlar hiyerarşisinden sıklıkla yararlanmaktadır. Böyle bir yaklaşımda lafzi yorum ve sistematik yorum kullanılmaktadır.

Örneğin EPDK'nın çıkarmış olduğu yönetmeliğe dayanarak "diğer dağıtıcıların marka ve amblemini taşıyan boş veya dolu LPG tüplerini tesislerinde, ikmal araçlarında bulundurma" fiili nedeniyle tesis etmiş olduğu para cezasına karşı açılan davada Danıştay, normlar hiyerarşisi ve yasallık ilkesi uyarınca yasada öngörülmeven fiillere karşı yaptırım uygulanmayacağı gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir⁶⁴³.

Yine TAPDK'nın çıkarmış olduğu ruhsat başvurularına yönelik başka bir yönetmelikteki, eksik belge nedeniyle başvuru reddedildikten sonra aynı amaçla bir sonraki başvurunun altı ay sonra yapılabileceğine ilişkin hükmü, Danıştay tarafından yasada yer almayan bir kısıtlama olduğu ve idare tarafından altı aylık kısıtlamanın neden getirildiği hususunda bir açıklama getirilmediği gerekçesi ile iptal edilmiştir⁶⁴⁴.

Danıştay'ın yasallık ilkesini kullanarak dar yorum yaptığı daha yeni tarihli kararı da bulunmaktadır. Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından açık ihale usulü ile gerçekleştirilen elektrik iletim hattı tesisi işi ihalesine ilişkin olarak

⁶⁴⁰ Dan. 13. D., 25.02.2011 tarih ve E:2007/16197 K:2011/801 sayılı karar (KBB).

⁶⁴¹ Dan. 13. D., 30.11.2010 tarih ve E:2007/13977 K:2010/8166 sayılı karar (DD. S. 126); Dan. 13. D., 25.01.2011 tarih ve E:2008/2682 K:2011/243 sayılı karar (DD. S:126).

⁶⁴² Dan. 13. D., 02.06.2010 tarih ve E:2007/9369 K:2010/4594 sayılı karar (KBB).

⁶⁴³ Dan. 13. D., 06.06.2012 tarih ve E:2009/4475 K:2012/1589 sayılı karar (DD. S. 131)

⁶⁴⁴ Dan. 13. D., 28.06.2005 tarih ve E:2005/63 K:2005/3312 sayılı karar (DBB).

en avantajlı ikinci teklif sahibi şirketin KİK'e yapmış olduğu itirazın şikâyet başvurusu üzerine KİK tarafından tesis edilen, ihale üzerinde bırakılan şirketin ihaleden önce dava konusu ihaleye ilişkin bilgileri haiz olduğu, şirketin bu fiilinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasına⁶⁴⁵ aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi yolundaki düzeltici işlemin iptali için açılan davada Danıştay, teklifin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi işleminin idari yaptırım olduğunu belirttikten sonra idari yaptırımları doğuracak fiillerin yasada açıkça tanımlanması gerektiği, yasada suç olarak düzenlenmeyen fiilin suç olarak düzenlenen fiillere benzediği veya yasadaki fiillerin işlenen fiili kapsadığı ileri sürülerek yorum yapılmasının genişletici yorum olduğu, bu durumun yasallık ilkesine aykırı olduğu, istisnai nitelikteki yasaların dar yoruma tabi olduğu, idari tedbirlere ilişkin yasa hükümlerinin de bu doğrultuda dar yorumlanması gerektiği gerekçesi ile aksi yöndeki yerel mahkeme kararını bozmuştur⁶⁴⁶.

Kararlar incelendiğinde Danıştay'ın idari yaptırımlarda yasallık ilkesini uygularken yasa metnini çoğunlukla lafzi yorum yöntemi ile yorumladığı görülmektedir. Bu bağlamda birinci kararda yasada açıkça öngörülmemiş olan bir fiil nedeniyle idarenin yaptırım uygulamasının hukuka aykırılık teşkil ettiğine karar verilmiştir. Danıştay ikinci kararında yasada yer almayıp da yönetmelikle getirilen bir başvuru engeli veya kısıtlamasını yasallık ilkesine aykırı olarak görmektedir. Üçüncü kararda ise kamu ihale hukuku kapsamında teklifin değerlendirme dışı bırakılması işlemi (KİK'in düzeltici işlemi) idari yaptırım olarak ele alınmış ve idari yaptırım olması nedeniyle istisnai olan yasa hükmündeki yaptırım öngörülen fiillerin lafzi ve dar yorumlanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin ekonomik kolluk olması ve tesis edilen işlemlerin çoğunlukla idari yaptırım özelliği taşıması nedeniyle bazı kararlarda ceza hukukunda kullanılan kavram ve ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin

⁶⁴⁵ 4734 sayılı Yasa'nın anılan fıkra hükmü; "İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasalar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir" şeklindedir.

⁶⁴⁶ Dan. 13. D., 23.12.2016 tarih ve E:2016/3493 K:2016/4367 sayılı karar (DBB).

önceki paragrafta incelenen yakın tarihli Danıştay kararında yasallık ilkesi dikkate alınmıştır. Bundan başka çeşitli kurumların işlemlerine karşı açılan davalarda maddi gerçekliğin araştırılmasına ilişkin olarak; ihlalin hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde somut olarak ortaya konulması⁶⁴⁷, yasanın ihlal edildiğinin sabit olması⁶⁴⁸, dosyadaki belgelerden manipülasyon hareketlerinin anlaşılamaması⁶⁴⁹, eylemlerin bir inceleme raporu ve bir denetleme raporu ile tespit edilmesi⁶⁵⁰, varsayıma dayalı durumlardan hareketle idarenin görev ve yetkisinin tartışmalı olduğu kimi konular⁶⁵¹ gibi kullanılan gerekçeler ile çıkarılan sonuçlar bu bağlamda değerlendirilebilir.

Danıştay'ın idari yaptırımlar başta olmak üzere bazı kararlarında ceza hukuku ilkelerini kullanması kararlarda davacı veya davalı idare lehine yorum yapılacağı anlamına gelmemektedir. Belirtilen kararların bir kısmında ihlalin hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmadığı gerekçesiyle işlem iptal edilirken, diğer bir kısmında ise işlem sürecinde hazırlanan inceleme raporu ve denetleme raporu ile idarece aykırılıkların tespit edilmesi yeterli görülerek⁶⁵² dava reddedilmiştir.

Danıştay'ın daha eski tarihli, hâkim durumun kötüye kullanılması konusunda tek otoritenin RK olduğu yolundaki kararı⁶⁵³ ile karşılaştırıldığında Danıştay içtihatlarında işlemin sebep unsuru yönünden denetimde belirgin bir değişimin gerçekleştiği görülmektedir. Kanaatimiz Danıştay'ın kararlarında sebep unsurunu denetlerken açık değerlendirme hatası kavramını farklı düzenleyici ve denetleyici kurum işlemlerine ilişkin davalarda kullanması, irdemesi ve böylelikle bu denetimin sınırlarını giderek belirgin hale getirmesi gerektiği yönündedir. Böylelikle içtihatlar nelerin bu türde hatalar olduğunun tespitinde daha yol gösterici olabilecektir.

⁶⁴⁷ Dan. 13. D., 02.06.2010 tarih ve E:2007/9369 K:2010/4594 sayılı karar (KBB).

⁶⁴⁸ Dan. 13. D., 30.11.2010 tarih ve E:2007/11259 K:2010/8163 sayılı karar (DD. S. 126).

⁶⁴⁹ Delil yetersizliği kavramına yakın bir şekilde kullanım için bkz. Dan. 13. D., 24.05.2011 tarih ve E:2010/2126 K:2011/2385 sayılı karar (DBB).

⁶⁵⁰ Dan. 13. D., 17.03.2006 tarih ve E:2005/7503 K:2006/1431 sayılı karar (DBB).

⁶⁵¹ Dan. 13. D., 15.03.2010 tarih ve E:2008/13171 K:2010/2225 sayılı karar (KBB).

⁶⁵² Anılan kararın azlık oyunda işlemin sebep unsuru yönünden değil, konu unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu görüşü yer almaktadır. Azlık oyunda ismen belirtilmese de ölçülülük ilkesi kullanılmaktadır. Bkz. Dan. 13. D., 17.03.2006 tarih ve E:2005/7503 K:2006/1431 sayılı karar (DBB). Karar bu açıdan bir sonraki bölümde de irdelenecektir.

⁶⁵³ Dan. DDK, 22.03.1999 tarih ve E:1999/113 sayılı YD itiraz kararı; akt. Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 49-50

Değerlendirme alanı denetiminde maddi vakıaların gerçekliği araştırılmakta, mevzuat hükümleri yorumlanmakta, işlemin sebep unsurundaki hukuki ve teknik konular ayrıştırılmakta, teknik konular bakımından gerekli görülürse bilirkişi incelemesine gidilmekte, tespit edilen maddi vakıalar ile hukuki durum ve statüler de hukuki yoruma dâhil edilmektedir. Doğal olarak bu inceleme kapsamına idarenin işlem dosyası da dâhil olmaktadır.

(5) Dar Anlamda Takdir Yetkisinin Denetimi

Bir önceki paragrafta özetlendiği gibi değerlendirme alanı denetimi işlemin esasına ilişkin denetimde ağırlık kısmını oluşturmakta ve mahkemelerce yürütülen yargılama faaliyetinde önemli bir yer tutmaktadır. Bununla beraber sadece değerlendirme alanı denetimi yeterli değildir. İdarenin dar anlamda takdir yetkisinin de denetlenmesi gerekmektedir.

Konu unsuruna ilişkin denetimin önemi bir Danıştay kararında ön plana çıkmaktadır. Karar borsada manüplatif hareketlerde bulunulduğu iddiasıyla bir kişi hakkında İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda geçici işlem yapma yasağı getirilmesine ve işlem yapma yasağının getirildiği tarih itibarıyla sahip olduğu hisse senetlerinin Kurul kaydından çıkarılması yolunda tesis edilen işlemlere ilişkindir. Danıştay kararında hazırlanan inceleme raporu ve denetleme raporu ile idarece aykırılıkların tespit edilmesini yeterli görerek davayı reddetmiştir. Danıştay dava konusu işlemleri sebep unsuru açısından hukuka uygun bulmuş ayrıca konu unsuru yönünden bir değerlendirme yapmamıştır. Ancak Danıştay kararının azlık oyunda işlemin sebep unsuru yanında konu unsuru yönünden denetim yapılarak borsada manipülatif işlem yaptığı iddia edilen bir kişi hakkında, borsaya bildirilmek suretiyle işlem yapmasının önlenmesi mümkün iken, kişinin hesabında bulunan bütün hisse senetlerinin kurul kaydından çıkarılması yolundaki işlemin, tedbir olarak nitelendirilmesine olanak bulunmadığı, söz konusu işlemin kişiyi ve hatta işleme konu olan hisse senetlerini cezalandırma amacına matuf olduğu sonucuna varılarak işlemin iptali yönünde oy kullanmışlardır⁶⁵⁴. Dava konusu işlemlerin dayanağı olan yasa

⁶⁵⁴ Dan. 13. D., 17.03.2006 tarih ve E:2005/7503 K:2006/1431 sayılı karar (DBB).

hükmi⁶⁵⁵ göz önüne alındığında Danıştay çoğunluk kararında, sebep unsurundan sonra konu unsurunun da tartışılması ve tedbirlerin bu açıdan hukuka uygun olup olmadığının irdelenmesi ve buna göre karar verilmesi gerekirdi. Azlık oyunun gerekçesinde konu unsuru denetlenirken ismen belirtilmese de ölçülülüğün bir alt ilkesi olan gereklilik ilkesi kullanılmaktadır.

Konu unsuruna ilişkin dar anlamda takdir yetkisinin denetimde açık takdir hatası ilkesi ile ölçülülük ilkesi uygulanmaktadır.

Yasallık ilkesi konu unsurunun denetiminde de uygulanmaktadır. Bu durumda yasallık ilkesine aykırılık açık takdir hatası örneği olmaktadır. Örneğin RTÜK'ün, uydu platform işletmecisi olan bir yayın kuruluşu hakkında, sahip olduğu platform üzerindeki bir takım kanalları yayın buketinden çıkarmaya yönelik işlemine karşı dava açılmıştır. Danıştay temyiz incelemesinde, idari yaptırımların ancak yasaya dayanılarak tesis edilebileceği, bireysel işlemlerin asıl dayanağının düzenleyici işlemler olamayacağı ve mevzuatta yayın buketinden çıkarılması şeklinde bir yaptırım bulunmadığı gerekçesiyle işlemi hukuka aykırı bulmuş ve davayı reddeden yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁶⁵⁶.

TAPDK'nın çıkardığı toptan ve perakende satışa yönelik yönetmeliğin satış belgesinin askıya alınması veya iptaline ilişkin hükmünün iptali için açılan davada Danıştay, cezai nitelik taşıyan idarî yaptırım teşkil eden, satış belgesinin askıya alınması veya iptalinin yasada bir dayanak olmadan doğrudan yönetmelikle getirilmesini yasallık ilkesine ve hukuka aykırı bulmuştur⁶⁵⁷ RTÜK bir yayıncı hakkında idari para cezasının kamuoyuna duyurulmasına yönelik olarak işlem tesis etmiş bu işleme karşı dava açılmıştır. Danıştay temyiz incelemesinde yasanın idariye para cezasını kamuoyuna duyurulması şeklinde bir yetki vermediği, idarenin kendisine verilen yetkisini aştığı gerekçesiyle duyurulma işlemini iptal eden mahkeme kararını onamıştır⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46. maddesinin i- bendinde fiillere doğrudan ya da dolaylı olarak iştirak ettikleri Kurulca tespit edilen gerçek veya tüzel kişilerin, borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapmalarının önlenmesini teminen gerekli tedbirleri almaya yetkili olduğu kuralı yer almaktadır.

⁶⁵⁶ Dan. 13. D., 13.10.2008 tarih ve E:2007/9565 K:2008/6764 sayılı karar (KBB).

⁶⁵⁷ Dan. 13. D., 25.12.2006 tarih ve E:2005/9375 K:2006/4919 sayılı karar (DBB).

⁶⁵⁸ Dan. 13. D., 21.05.2009 tarih ve E:2008/4483 K:2009/5592 sayılı karar (DBB).

Verilen kararlarda da görüldüğü gibi dava konusu işlemler konu unsuru bakımından yasallık ilkesine aykırıdır. Belirtilen bariz ve temel aykırılıklar açık takdir hatası olarak değerlendirilmelidir.

Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinden oluşan ölçülülük denetimi ise farklı örneklerle karşımıza çıkmaktadır.

Ekonomik düzenleme ve denetleme konusunda idarenin takdir yetkisine ilişkin diğer bir konu, idari yaptırımların sınırına ilişkin denetimdir. RK'nın tesis etmiş olduğu idari para cezalarına karşı açılan davalarda Danıştay, davacıların para cezalarının çok yüksek olduğu yolundaki itirazlara Yasa'da yer alan % 10'a kadarlık oran karşısında idarenin yaptırımları % 0,1⁶⁵⁹, % 1,5⁶⁶⁰, % 0,2⁶⁶¹ gibi düşük oranlarda uyguladığı gerekçesiyle itibar etmemiştir. Danıştay'ın kararları isabetli⁶⁶² olmakla birlikte, ölçülülük ilkesi bakımından idarelerin uyguladıkları idari para cezalarında ihlale konu fiilin türü, ağırlığı, benzer ihlallerde idarece hangi oranda yaptırım uygulandığı gibi hususların da değerlendirmeye alınması gerektiği düşünülmektedir.

Diğer Danıştay içtihatlarına göre, düzenleyici ve denetleyici kurumlardan idari yaptırıma yönelik takdir yetkilerini kullanırken, failin kusuru ve ekonomik durumunu⁶⁶³ veya genel olarak hafifletici sebepleri (nedenleri – unsurları)⁶⁶⁴ gözetmeleri istenmektedir. Danıştay ölçülülük denetimi yaparken bazı kararlarında ise

⁶⁵⁹ Dan. 13. D., 30.06.2009 tarih ve E:2006/2154 K:2009/7263 sayılı karar (KBB).

⁶⁶⁰ Dan. 13. D., 27.01.2009 tarih ve E:2006/3911 K:2009/1184 sayılı karar (KBB).

⁶⁶¹ Dan. 13. D., 06.12.2011 tarih ve E:2008/3253 K:2011/5607 sayılı karar (KBB).

⁶⁶² Yapılmış olan araştırmalara göre RK'nın kartellere yönelik para cezasına ilişkin 2008-2013 arasında tesis ettiği 216 adet işleminde % 0 - % 0,99 oranları arasında 88 adet; % 1 - % 1,99 oranları arasında 100 adet, % 2 - % 2,99 oranları arasında 17 adet, % 3 - % 3,99 oranları arasında 10 adet ve % 6 oranının üstünde ise sadece 1 adet işlem yer almaktadır. Bkz. Harun Gündüz, **Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları**, Ankara, RK Yayınları, 2013, s. 50. Kartellere yönelik yaptırımlar açısından geçerli olmak üzere idari yaptırımlarda RK'nın uygulama ağırlığının % 0 - % 2 arasında olduğu görülmektedir.

⁶⁶³ Dan. 13. D., 14.11.2012 tarih ve E:2010/3479 K:2012/3012 sayılı karar (DBB).

⁶⁶⁴ Dan. 13. D., 28.12.2007 tarih ve E:2006/4598 K:2007/9522 sayılı karar (KBB); Dan. 13. D., 13.05.2008 tarih ve E:2006/1219 K:2008/4195 sayılı karar (KBB); Dan. 13. D., 28.05.2008 tarih ve E:2006/4599 K:2008/4456 sayılı karar (DBB); Dan. 13. D., 05.01.2010 tarih ve E:2007/9527 K:2010/1 sayılı karar (DBB); Dan. 13. D., 30.11.2010 tarih ve E:2007/11259 K:2010/8163 sayılı karar (DBB); Dan. 13. D., 06.05.2014 tarih ve E:2010/3090 K:2014/1719 sayılı karar (DBB).

ölçülülük ilkesi yerine “suç ile ceza arasında adil bir denge”⁶⁶⁵, “orantılı olma”⁶⁶⁶ gibi ilkeleri kullanmaktadır.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde esas olan kolluk usulü, izin usulü olmakla birlikte sınırlı olmak kaydıyla yasak usulü de uygulanabilmektedir. Yasak usulüne gösterilecek en iyi örnek alkollü içkiler ve tütün ürünleri sektörüne ilişkin getirilen daha önceki kısıtlamalardır. Yine de o dönemde de belirtilen ürünlerin düzenlenmesi ve denetlenmesinde bütünüyle bir yasak usulü değil izin usulüyle karma bir sistem bulunmaktaydı. Yasak usulünün ağır bastığı konularda özellikle yasadaki yasağın uygulanmasına ilişkin çıkarılan düzenleyici işlemlerin denetiminde ölçülülük ilkesi daha da önem kazanmaktadır.

Alkol ve alkollü içkilere ilişkin bir TAPDK yönetmeliğindeki genel yasak hükmünün ikinci cümlesi⁶⁶⁷ ile Yasa’da⁶⁶⁸ öngörülen yasağın sınırlarının genişletildiği ve Yasa’da öngörülmeyen hususların da yasak kapsamına alındığı iddiasıyla iptali için dava açılmıştır. Danıştay kararında Anayasa’nın 58. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet’in, gençleri alkol düşkünlüğünden korumak için gerekli tedbirleri alması gerektiğini belirttikten sonra, reklâm ve kampanyanın amaç ve işlevleri ile yöneldiği hedef kitle dikkate alındığında Yasa’da belirtilen yasakla korunmak istenilen değer,

⁶⁶⁵ Adil bir denge Danıştay Tetkik Hâkimi’nin düşüncesinde yer almaktadır. Kararda “dava konusu fiilin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulduğunda, Kanun’da öngörülen üst sınırdan idari para cezası” verilemeyeceğine karar verilmiştir. Bkz. Dan. 13. D., 14.11.2012 tarih ve E:2010/3479 K:2012/3012 sayılı karar (DBB).

⁶⁶⁶ Kararda orantılı olma doğrudan değil, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararı özetlenirken dolaylı olarak kullanılmıştır. Bkz. Dan. 13. D., 29.06.2009 tarih ve E:2008/8090 K:2009/7195 sayılı karar (DBB).

⁶⁶⁷ Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 19. maddesinde yer alan, “Her çeşit alkol ve alkollü içkinin televizyon, kablolu yayın, radyo ve kamu yayın araçları ile reklamının yapılması yasaktır. Bunlar haricinde yapılacak reklam ve tanıtımın, alkollü içki tüketiminden kaynaklanan kamusal, toplumsal ve tıbbi herhangi bir zararlı etki oluşturmayacak içerikte, ürünün özelliklerini tanıtarak ve tüketiciyi doğru bilgilendirerek marka seçimini kolaylaştırmaya yönelik olması gerekir. **Alkollü içkilerin kullanılmasını teşvik ve özendirici kampanyalar düzenlenemez, gençleri hedef alan ve sportif faaliyetler ile alkol kullanımını teşvik eden reklam yapılamaz. Üretim, ithalat, dağıtım ve perakende satış faaliyetinde bulunan firmalar, faaliyet sahalarına giren ürünler üzerinde eşdeğer sorumluluk taşırlar.** Kurum, alkollü içki tüketiminden kaynaklanan kamusal, toplumsal ve tıbbi nitelikteki her türlü zararlı etkileri önleyecek düzenlemeleri yaparak bunların uygulanmasına yönelik kararları alır” hükmü dava edilmiştir.

⁶⁶⁸ 4250 sayılı Yasa’nın (mülga) 19. maddesinin 4. dördüncü fıkrasındaki dayanak hüküm şu şekildedir: “Alkol, bira ve şarap dahil her çeşit alkollü içkinin televizyon, kablolu yayın, radyo ve kamu yayın araçlarıyla reklamının yapılması, ayrıca, içki satış yerleri ile tüm ticari ve kamuya açık yerlerde, tüketilmek veya beraberinde götürülmek üzere onsekiz yaşından küçüklere alkollü içecek satılması veya sunulması yasaktır.”

Yasa'da açıkça sayılan yayın araçları dışında yapılacak reklâmlardan ve bu ürünlere yönelik kampanyalardan da olumsuz şekilde etkileneceği, zedeleneyeceği, zarar göreceği açık olduğu gerekçesi ile davayı reddetmiştir⁶⁶⁹. Ancak kararda söz konusu düzenlemenin yasak usulü olduğu üzerinde durulmamıştır. İzin sisteminde idarenin değerlendirme alanı ve takdir yetkisi genişken yasak sisteminde bunlar daha dardır. Özellikle yasak sisteminde idare düzenleyici işlem tesis ederken yasanın çizmiş olduğu yasak sistemini genişletecek veya şartlarını ağırlaştıracak hükümler koymamalıdır. Kanaatimize göre Daire kararı isabetli olmayıp dava konusu yönetmelikle Yasa'nın öngördüğü yasak sınırları genişletilmiştir.

Bununla birlikte TAPDK'ca çıkarılan Tütün Mamulleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 6. maddesinde yer alan “İşyerlerinden veya sanal bir işyerinden internet, televizyon, faks ve telefon gibi elektronik ticaret araçları kullanılarak her türlü tütün mamulü ve alkollü içki satışı ve bu yöntemle satılan ürünün kapıda teslim edilmesi şeklindeki uygulamalar yapılamaz” hükmünün iptali talebiyle açılan davada Danıştay, davalı İdarenin tütün ve alkol piyasaları konusunda düzenleme yapma konusunda yetkili olduğunu belirtmekle birlikte yasa hükümlerinde elektronik ortamda satışa ve ürünlerin kapıdan teslimine ilişkin bir engelin getirilmediği belirtilerek elektronik ortamdaki satışların da diğer satışlarla aynı kural ve ilkelere tabi olduğuna hükmetmiş ve işlemi iptal etmiştir⁶⁷⁰. Anılan kararda yönetmelik hükmü iptal edilirken ölçülülük ilkesi ismen belirtilmemekle birlikte kararın karşı oyunda yönetmelik hükmüyle ölçülü bir sınırlama getirildiği gerekçesi ile davanın reddedilmesi gerektiği savunulmuştur.

Aynı konuda benzer bir kararda alkollü içkilere ilişkin reklamların sinema salonlarında sadece filmin sonunda yayınlanabileceğine ilişkin tebliğ maddesinin “sonunda” kısmının iptali istemiyle açılan davada verilmiştir. Danıştay tebliğin dayanağı olan yasa ve yönetmelik hükümlerine göre her çeşit alkol ve alkollü içkinin televizyon, kablolu yayın, radyo ve kamu yayın araçları ile reklamının yapılmasının yasak olduğu, bunlar haricinde yapılacak reklam ve tanıtımın ancak sakıncalı olması

⁶⁶⁹ Dan. 13. D., 17.10.2006 tarih ve E:2005/920 K:2006/4017 sayılı karar (DBB).

⁶⁷⁰ Dan. 13. D., 31.10.2006 tarih ve E:2005/9124 K:2006/4117 sayılı karar (DBB).

halinde sınırlandırılabilceği, iptali istenen tebliğe 6ng6r6len reklamın sadece filmin sonunda yayınlanmasının reklam yapılmasını ortadan kaldırıcı ve 6r6n6n tanıtım hakkını yok edici nitelikte olduğu gerek6esiyle iptal etmiřtir⁶⁷¹.

Son iki i6tihat ile benzer bir diğer i6tihat ise sigara paketleri 6zerinde yer alması gereken zorunlu sağlık uyarı b6y6kl6klerinin yasa da belirtilenden daha geniş olmasını doğuracak d6zenleyici işleme ilişkindir. Danıştay dava konusu işlemi, d6zenleyici işlemle mecburi sınırların artırılamayacağı gerek6esiyle iptal etmiřtir⁶⁷².

Yukarıda incelenen d6rt karardan birincisi, yasanın uygulanmasına ilişkin birincil bir y6netmelik h6km6d6r. Belirtilen h6k6mde alkol ve alkoll6 i6kilere ilişkin genel yasak Yasa'nın 6izmiş olduğu sınırdan daha fazla genişletilmiş ancak Danıştay bu işlemi Anayasa ve Yasa'ya uygun g6rm6řt6r. Daha sonraki 66 kararda ise ekonomik kolluktaki yasak usul6 doğrudan tespit edilmemekle birlikte yasaklama sınırının yasanın 6izdiğinden fazla olamayacağı g6r6ř6 h6kimdir. Anılan kararlarda 6ncelikle kararların dayanağını oluşturan yasa da (ekonomik) kolluk bakımından hangi usul6n tercih edildiğini tespit etmek gerekmektedir. Bilindiği gibi kolluk rejimleri sırasıyla ağırlaşarak serbesti usul6, bildirim usul6, izin usul6 ve yasak usul6 olarak d6rde ayrılmaktadır. Kanaatimiz izin usul6nde idarenin değerlendirme alanının ve takdir yetkisinin geniş yasak sisteminde ise bunların daha dar olması gerektiği y6n6ndedir.

6l66l6l6k ilkesinin diğer bir alt ilkesi olan orantılılık ilkesi de dar anlamda takdir yetkisinin denetiminde kullanılmaktadır. Orantılılık ilkesinin b6y6k 6l66de bilanço teorisi ile 6rt6řt6đ6, d6zenleme ve denetleme işlevinde orantılılık/6l66l6l6k ilkesinin esas ilke olduğu 6zerinde yukarıda durulmuştur. T6rk Telekom6nikasyon A.ř.nin belirlediği tarifelerin BTK tarafından denetlenmesi işlemlerine ilişkin a6ılan davalarda bilanço teorisinin kullanılabileceğini d6ř6nmekteyiz.

T6rk Telekom6nikasyon A.ř.nin 6oğunluk hisselerinin 14 Kasım 2005 tarihinde 6zel sekt6re devredilmesinden sonra, yapılan ilk esaslı tarife değerikliğinin kontrol6ne y6nelik tesis edilen işleme karşı a6ılan davada verilen karar 6zerinde

⁶⁷¹ Dan. 13. D., 27.10.2009 tarih ve E:2009/5040 sayılı karar (KBB). Karar y6r6tmenin durdurulması aşamasına ilişkin olup kararın esastan nasıl sonu6landığı DBB'da yayınlanmamıştır.

⁶⁷² Dan. 13. D., 13.11.2009 tarih ve E:2009/5805 sayılı karar (KBB). Karar y6r6tmenin durdurulması aşamasına ilişkin olup kararın esastan nasıl sonu6landığı DBB'da yayınlanmamıştır.

durmak gerekmektedir. Dava konusu işlem Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin çıkarmış olduğu yeni tarife sisteminin TK (yeni ismiyle BTK) tarafından onaylanmasıdır. Danıştay, yeni tarifelerin eski tarifelerin değiştirilmiş halini içerdiği, yine müşterilere farklı tarife seçeneklerinin verildiği, herhangi bir tercihte bulunulmaması halinde StandartHATT'ın tercih edilmiş sayılacağı, abonelerin tarifedeki bu değişikliği kabul etmek ya da söz konusu hizmeti almaktan vazgeçmek dışında bir seçenekleri bulunmadığı ve 406 sayılı Yasa'nın ek 18. maddesine eklenen fıkranın hizmetin karşılığı alınan ücretin abonman ücreti, sabit ücret, konuşma ücreti, hat kirası ve benzeri ücret kalemlerinden birisi veya birkaçı olarak tespit edilmesine imkân verdiği hususlarını gerekçe göstererek TK'nın işlemini hukuka uygun bularak davayı reddetmiştir. Ancak kararda sektörün tekel olmasına ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır⁶⁷³. Dava konusu işlemde olduğu gibi esaslı bir tarife değişikliğine ilişkin olayda önce BTK'nın sonra da Danıştay'ın, ilgili sektörün tekel durumu ve temel altyapı hizmeti olduğu vurgulanarak, tarife ilkeleri doğrultusunda denetleme yapması gerekmektedir. Belirtilen tarife ilkeleri birbiri ile çelişen iki denge noktası etrafında toplanmaktadır. Bir tarafta yeni tarife karşısında tüketici kullanıcı gruplarının temel hak ve hürriyetleri ve durumları⁶⁷⁴ diğer tarafta da hizmet kalitesini artıracak olan gelecekteki yatırımların finansmanın sağlanması olgusu yer almaktadır. Burada öncelikli denetim yetkisi tarifeyi kontrol eden TK'ya aittir; mahkemenin denetimi ise idarenin denetimindeki eksikliklerin, hukuka aykırılıkların gözden geçirilmesidir. Bahsi geçen davada Danıştay'ın en azından tarifeler arasında ücret farklılıklarının ne ölçüde oluştuğunu araştırması, idari işlem gerekçesindeki buna yönelik tespitlerin alıntılanması veya davalı idareden bu konuda ek yazılı açıklama istenmesi gerekirdi. Ayrıca o dönemde basın organlarında da ifade edildiği⁶⁷⁵ gibi tarife değişikliği sonrası en çok orta ve düşük gelir düzey gruplarının olumsuz etkilendiği öne sürüldüğüne göre eşitlik ilkesi uyarınca toplum katmanları arasında dengenin gözetilmesi

⁶⁷³ Dan. 13. D., 16.10.2006 tarih ve E:2005/1754 K:2006/3981 sayılı karar (KBB). Hâlbuki yine özelleştirmeden sonra olmakla birlikte dolaylı bir tarife işlemine ilişkin daha eski bir davada Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin tekel özelliği üzerinde durularak tekel şirketin asgari hizmetleri sunma yükümlülüğü vurgulanmıştır; Dan. 13. D., 13.12.2005 tarih ve E:2005/6236 K:2005/5902 sayılı karar (DBB).

⁶⁷⁴ Dava konusu tarife değişikliğinden düşük ve orta gelir düzey grupları olumsuz, üst gelir grubu – ticari grup ise olumlu etkilenmiştir.

⁶⁷⁵ <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/5970227.asp?m=1&gid=112&srid=3436&oid=2>

gerekmektedir. Anılan kararda açıkça belirtildiği gibi değişikliği kabul etmek veya abonelikten çıkmak şeklinde iki tercih arasında kalan birçok kullanıcının ikinci yolu tercih ederek o hizmetten mahrum kaldığı da bir gerçektir. Belirtilen kararda Danıştay bilanço teorisini uygulamamıştır.

Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından gerçekleştirilen 01.03.2007 tarihli tarife değişikliğinin onaylanmasına ilişkin TK işlemi ile 28.08.2001 tarih ve 24507 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tarife Yönetmeliği'nin bazı maddelerinin iptali talebiyle açılan davada verilen karar, değerlendirme ve sonuç itibarıyla yukarıda incelenen diğer karardan büyük ölçüde ayrılmaktadır. Danıştay, kararında ismen belirtmese de bilanço teorisini uygulayarak konuya ilişkin tarife ilkeleri oluşturmuştur⁶⁷⁶. Fiili ve hukuki tekelin olduğu bütün piyasalarda uygulanabilen ilkeler şu şekilde sayılmaktadır: Tarifeler denetlenirken tüketici menfaatinin korunması, makul ücret karşılığında temel hizmetten yararlanılmasının sağlanması, tarife ile belirlenen ücretin yatırım, amortisman ve makul ölçüdeki karı içermesi gerekmektedir. Denetimle görevli olan idare ise bu ilkeleri somutlaştırmak için önceden düzenleyici işlemler tesis ederek makul ve eşitlikçi yaklaşımla hesaplanma yöntemleri ve üst sınırları belirlemelidir. Yargılama sırasında ise, idarenin tarife denetimi yaparken daha önceden bu konuda tesis etmiş olduğu düzenleyici işlemlere uyup uymadığı da gözetilmelidir.

Danıştay'ın sonraki kararlarında yukarıda belirtilen ilkelerin tamamını tekrarlamadığı, sadece konuyla ilgili olanının üstünde durduğu görülmektedir. Örneğin bir kararında Danıştay, BTK'nın tarife onaylama işlemine karşı açılan davada işlemi, faaliyetlerin tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirilmelerini sağlamak ve rekabetin tesisi bakımından tarifelerde alt sınırın değil üst sınırın belirlenmesinin

⁶⁷⁶ Fiili veya hukuki tekel olan özel sektör şirketi tarifeyi serbestçe belirleme hakkına sahip olmakla birlikte, TK'nın (BTK'nın) tarifeleri inceleme ve gerekenleri onaylama görevi sırasında tüketici menfaatlerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınması, herkesin makul bir ücret karşılığında telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi ve telekomünikasyon hizmetleri karşılığı alınacak ücretlerin, yatırım ve işletme maliyetlerini ve genel masraflardan ilgili payını, amortisman ve makul ölçüdeki kârı mümkün olduğu ölçüde yansıtmayı hususlarını gözetmesi gerekmektedir. BTK belirtilen ilkeleri yasadaki hükümler doğrultusunda, ücretlerin hesaplanma yöntemlerini ve üst sınırlarını, makul ve eşitlikçi yaklaşımla çıkarılacak yönetmelikler, tebliğler ve sair idari düzenlemeler, yoluyla tayin ve tespit edecektir. Bkz. Dan. 13. D., 23.06.2007 tarih ve E:2007/1056 K:2009/7041 sayılı karar (DBB).

zorunlu olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir⁶⁷⁷. Başka bir kararda ise ADSL müşterilerinin internete erişimini ortadan kaldıran TK'nın (BTK'nın) ADSL hizmeti ile ilgili çıkarmış olduğu yönetmeliğe karşı açılan davada iptal kararı verilmiştir⁶⁷⁸. Bir kararda üst sınırın belirlenmesi ilkesi diğ erinde ise müşterinin/tüketicinin menfaatinin korunması ilkesi üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte her ilkenin ortak amacı rekabet ortamının sağ lanması veya korunmasıdır.

Tarife denetimine ilişkin iş lemlere karşı açılan davalarda, Danış tay ilk baş ta bilanço teorisi üzerinde durmaksızın davayı reddetmiş, daha sonraki kararlarında ise bu ilkeyi ismen belirtmese de uygulayarak tarife denetimine ilişkin ilke ve kurallar koymuştur. Sonraki iki örnek kararından da görüldüğü üzere Danış tay bu ilkeleri önündeki dava ile örtüş tüğü şekilde uygulamaktadır.

Gerek TAPDK'nın alkol ve tütün piyasalarına ilişkin iç tihatlar gerekse de BTK'nın (eski ismiyle TK'nın) tarife denetimi iş lemlerine ilişkin iç tihatlar dar anlamda takdir yetkisinin denetiminde ölçü lülük ilkesinin ve bilanço teorisinin kullanımının alternatiften ö te bir gereksinim olduğ unu ortaya koymaktadır. İdari yaptırımlar ve idari tedbirlerin ağırlıkta olduğu ekonomik düzenleme ve denetlemede ölçü lülük ilkesi ve bu ilke iç erisindeki en çarpıcı alt ilke olan orantılılık ilkesi uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca tarife uygulamaları/denetimleri gibi bazı konularda ise bilanço teorisi ön plana çıkmaktadır. Düzenleme ve denetleme iş levinin geneli bakımından yargısal denetimde ölçü lülük ilkesinin ve özellikle bu ilke iç erisinde orantılılık ilkesinin kullanılmaması yargısal denetimin kapsamını etkilediğı gibi bir eksiklik olarak da karş ımıza çıkmaktadır.

⁶⁷⁷ Dan. 13. D., 01.03.2011 tarih ve E:2008/3934 K:2011/855 sayılı karar (DD. S:127).

⁶⁷⁸ Dan. 13. D., 09.07.2007 tarih ve E:2005/5632 K:2007/4098 sayılı karar (DBB).

SONUÇ

Düzenleyici ve denetleyici kurum örnekleri ilk defa Amerikan hukuku içerisinde doğmuş, bu hukuk sistemi içinde zamanla kökleşerek yaygınlaşmıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise bu kurumlar Kıta Avrupası hukuk sistemlerine de yerleşmeye başlamıştır. Amerika'da düzenleyici ve denetleyici kurumların yaygınlaşması büyük bir değişim ve dönüşümün önemli bir yansımasıdır. Amerikan devlet yapısında Federal Devlet zaman içerisinde ulusal bir devlet haline dönüşmüş, bu bağlamda ilk olarak federal kamu görevlileri bakımından uygulanan ganimet sistemi terk edilerek yerine Kıta Avrupası kökenli Weber tarzı liyakat sistemi getirilmiştir. Federal Devlet içerisinde yapısal ve işlevsel anlamda idare gelişip yaygınlaşmıştır. Amerika'da düzenleyici ve denetleyici kurumların özerkliği, federal idare içerisindeki yeri ve genel olarak idare cihazının yasama, yürütme ve yargı erkleri içerisindeki yeri tartışılmıştır. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, Kıta Avrupası ülkelerine ise idarenin ve dolayısıyla idare hukukunun oluşmasından, demokratik hukuk devleti ilkesinin yerleşmesinden sonra girmişlerdir.

Türk hukukunda düzenleyici ve denetleyici kurumların isimlerinin özel olarak Anayasa metninde yer alması da Anayasa'daki idareye ilişkin genel ilke ve kurallar bu kurumlar için gereken anayasal dayanağı sağlamaktadır. Kurumların görevleri bakımından anayasal dayanağı Anayasa'nın 167. maddesinin 1. fıkrası sağlamaktadır. Anayasa söz konusu maddeyle devlete ekonomik bakımdan bazı gözetim ve denetim görev ve yetkileri vermektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde merkezi idarenin vesayet denetiminin zayıflığı ile düzenleme ve denetleme işlevinin kendine has özellikleri bakımından farklılıklarının altı çizilerek, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında yer alan ayrı bir grup olarak değerlendirilmektedir. Böylelikle idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmemiş olmaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların tarihsel gelişimi, yapısal özelliklerinin incelenmesi bu kurumları ve bu kurumların işlevlerini daha isabetli bir şekilde tahlil etmemize fayda sağlamaktadır. Ancak düzenleyici ve denetleyici kurumların özerkliğinin bu kurumların işlemlerinin yargısal denetiminin kapsamında belirleyici olmadığını düşünmekteyiz. Bir idarenin özerkliği onun yürütme erki, siyasal iktidar ve

bir oranda yasama erki ile olan ilişkisi bakımından önemlidir. Yargısal denetimin kapsamı bakımından asıl belirleyici olan konunun işlevsel yönüdür.

Düzenlemenin (regülasyonun) hukukta farklı anlamları ve kullanımları bulunmaktadır. Düzenleme kavramının asıl anlamı ekonomik idare hukukunda görülmektedir. Ekonomik idare hukukunda, geniş anlamda düzenleme devletin çeşitli faaliyet ve idari işlemlerle ekonomiye müdahale etmesidir. Dar anlamda ekonomik düzenleme ise belirli bir sektörde veya genel olarak rekabete yönelik kapsamlı ve bütüncül kuralların konulması ve konulan kuralların uygulanıp uygulanmadığının takip edilmesidir. Dar anlamda düzenlemenin en çarpıcı örneği düzenleyici ve denetleyici kurumların yürüttüğü ekonomik düzenleme ve denetleme işlevidir.

Devletin ekonomik idare hukuku kapsamında ekonomiye müdahalesi planlama, teşvik ve tedbirler, ekonomik (endüstriyel ve ticari) kamu hizmetleri, ekonomik kolluk olarak sayılmaktadır. Farklı hukuk sistemlerinde gruplandırmaların birbirine benzediği görülmektedir. Ancak yapılan benzer şekilde gruplandırmalar sonucunda asıl ayrım, ekonomik kamu hizmetleri ile ekonomik kolluk şeklindeki ayrımdır. Bu bağlamda Amerikan idare hukukunda da belirli bir ölçüde ekonomik kamu hizmeti görülmekle beraber bu hukukta hâkim olan ekonomik kolluk faaliyetidir. Düzenleme ve denetleme işlevinin ise yapılan bu ikili ayrım bakımından ekonomik kolluk faaliyeti içerisinde yer aldığı tartışmasızdır.

Düzenleme ve denetleme işlevi, Türk hukukunda (ve diğer Kıta Avrupası hukuklarında) karşılaşılan özelleştirmeler sonrasında yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu süreç içerisinde devletin ekonomiye müdahalesinde ağırlıklı yöntem ekonomik kamu hizmetlerinden ekonomik kolluk faaliyetlerine doğru değişmiştir. Özelleştirmeler sonrasında düzenleme ve denetleme işlevinin yaygınlaşmasının bir sonucu da ekonomi alanında kamusal faaliyetler ile özel sektör faaliyetlerinin daha belirgin biçimde ayrılmasıdır. Bu durumda ekonomik ve ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesi özel kesime bırakılmış, ancak eskiden beri var olan veya yeni kurulan idarelerle (düzenleyici ve denetleyici kurumlar) bu özel kesim faaliyetleri daha teknik ve kapsamlı bir şekilde kontrol edilmeye ve denetlenmeye başlanmıştır. Yeni kurulan idareler yetki alanlarında bulunan ekonomik konularda daha fazla idari işlem tesis etmeye başlamış; idari işlemlerdeki bu artış aynı zamanda, iptal davasının yaygınlığını

arttırmıştır. Açıklanan değişim nedeniyle idare hukukunun daralması değil tam aksine genişlemesi yönünde bir sonuçla karşılaşmıştır.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinin idari işlemlere ve sonuçta iptal davasına en çok yansıyan yönü ekonomik kolluk tedbirleri ve idari yaptırımlardır. Belirtmek gerekir ki düzenleme ve denetleme işlevinde, diğer idari faaliyetlerden farklı olarak, saf bir ekonomik kolluk faaliyeti bulunmaktadır. Ayrıca düzenleme ve denetleme işlevindeki kolluk faaliyeti daha teknik ve daha kurallı/ayrıntılı yapılmaktadır. Düzenleme ve denetleme işlevini diğer ekonomik kolluk faaliyetlerinden ayıran başka bir unsur yine kural olarak işlemlerin tek bir kurum içerisinde bütüncül biçimde, uzmanlık kademelerinde hazırlanması ve tesis edilmesidir. Etkili ve özerk kararlar almak için getirilen bu yapılaşmanın olumsuz yanı kapalılık ve gizlilik olup bu olumsuzlukların azalması için idari usul kurallarının güçlendirilmesi gerekmektedir.

Düzenleme ve denetleme işlevi ile diğer ekonomik kolluk faaliyeti arasındaki farklara rağmen, düzenleme ve denetleme işlevi öğretide ileri sürüldüğü gibi kolluk faaliyetini aşan bir faaliyet değildir. Ekonomik düzenleme ve denetlemede esas olan kolluk usulü izin usulüdür. Bununla birlikte bazı örneklerde izin usulü yanında yasak usulü de görülmektedir. Genel kollukta işlemler kolluk tedbirleri ile idari yaptırımlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Kolluk tedbirleri ile idari yaptırımlar arasında önleyici olma – bastırıcı olma ile kamu düzeninin bozulmasından önce uygulanması – bozulmasından sonra uygulanması nitelikleri yönünden farklılıklar bulunmaktadır. Düzenleme ve denetleme işlevinde kolluk tedbirleri ile idari yaptırımlar arasındaki ayırım, bastırıcı ve önleyici müdahalenin, belirli bir düzenleyici ve denetleyici kurum tarafından aynı faaliyet çerçevesinde yapılması, idari yaptırımlar yanında kolluk tedbirlerinin de sadece idari işlemlerle gerçekleştirilmesi, kolluk tedbirinde de idari yaptırımlarda da ekonomik tehdit, cebir ve zorlayıcılığın esas olması gibi sebeplerden dolayı, belirgin ölçüde kaybolmaktadır. Bu nedenle düzenleme ve denetleme işlevinden doğan işlemlerin yargısal denetiminde kolluk tedbiri idari yaptırım ayırımı yapmadan ortak denetim ilkerinin uygulanması gerekmektedir.

İptal davasında gözetilen yargısal denetim ölçütleri bakımından Türk, Amerikan ve Alman hukuk sisteminde ortak noktalar bulunmaktadır. Bu bağlamda

birinci ortak nokta yargısal denetimin idari işleme dayanmasıdır. İkinci nokta denetimin şekli denetim ve esas denetimi şeklinde ikiye ayrılmasıdır. Üçüncü nokta ise yargısal denetimin kapsamını asıl belirleyenin esas denetimi olmasıdır. Ancak şekli denetim ile esas denetimi arasında tarihsel gelişim ve birbirini tamamlama ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle şekli denetime de esas denetimine de ihtiyaç bulunmaktadır. Türk hukuku bakımından yargısal denetim ölçütleri şekli denetimde yetki, şekil – usul, esas denetiminde ise sebep, konu ve maksattır.

Yetki unsuru ilk ortaya atılan iptal sebebi ve yargısal denetim ölçütüdür. Fransız ve Türk idare hukukuna bakıldığında yetki unsurunun diğerlerine göre en ayrıntılı tasnif edilen unsur olduğu görülmekte ve yetki de kendi içerisinde alt unsurlara ayrılmaktadır. Yetkiye ilişkin içtihatlar yüzyıldan fazla süre içerisinde olgunlaşmış ve ihtiyaca göre güncellenmiştir. Yetki unsuruna ekonomik düzenleme ve denetleme açısından bakıldığında, bu konudaki içtihatların göreceli olarak yeni olduğu, çoğu konuda genel idare hukukundaki yetkiye ilişkin içtihatlardan faydalandığı, bununla beraber halen bazı noktalarda eksiklikler olduğu görülmektedir. Ekonomik düzenleme ve denetlemedeki yetki unsuruna ilişkin içtihatların artması ve boşlukların azalması, işlemin diğer unsurları bakımından yapılan denetime de katkıda bulunacaktır.

Şekli denetimde gözetilen diğer ölçüt ise şekil – usul unsurudur. Amerikan idare hukukunda idari usul, hukuki güvencenin ve şekli adaletin garantisi olarak büyük bir öneme sahiptir. Hatta Amerikan idare hukukunun gelişimi idari usulün gelişimi ile bir tutulmaktadır. İdari usul bakımından Amerikan idare hukukundan, Türk hukukuna faydalı olması ve uygun olması ön şartıyla, örnek alınacak birçok uygulamanın bulunduğu görülmektedir. Bireysel işlemlerde savunma hakkı ve idarenin delillerini değerlendirme hakkı, düzenleyici işlemlerde kuralın yayımlanmasından önce ilgililerin yorumlarını idareye resmi olarak sunma hakkı ve bunlara karşı idarenin yazılı cevaplarının işlem dosyası içinde yer alması mecburiyeti ile genel olarak şeffaflık ilkesi gibi çeşitli idari usul ilke ve kuralları hukuk devletinde idari usulün mecburi şartları olarak değerlendirilebilir. Türk pozitif hukuk metinlerinde idari usulün geliştirilmesi acil ve öncelikli bir mecburiyettir. Bu bağlamda genel idare hukuku bakımından olmazsa bile en azından düzenleyici ve denetleyici kurumlara

yönelik bir idari usul yasasının çıkarılması gerekmektedir. İdari usul ve şekil işlem dosyasının eksiksiz bir şekilde hazırlanmasına, işlemin gerekçesinin net olarak ortaya konulmasına katkıda bulunmasına nedeniyle esas denetimine yardımcı olmaktadır.

Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde, esas denetimine idarenin teknikliği ve takdir yetkisi üzerinden yaklaşmak gerekmektedir. Düzenleme ve denetleme işlevinde idarenin teknikliği üzerinde öteden beri durulmaktadır. İdarenin teknikliğinin içeriği doğa bilimleri ile sosyal bilimlere ilişkin olması bakımından ikiye ayrılabilir. Teknik bilimler idari yargının (ve genel olarak yargının) yetkisi dışında olmakla birlikte, teknik bilimlerde bilimsel görüş farklılıkları sosyal bilimlere göre daha azdır. Prensipte tespit edilecek bilimsel görüş tekdir. Bununla birlikte sosyal bilimlerde nedensellik kuralı değil varsayım olduğundan ölçüm yapmak, kesin sonuçlara ulaşmak, gelecekle ilgili tahminde bulunmak, neden sonuç ilişkisini kurmak daha zordur. Ekonomik düzenleme ve denetleme işlevini ilgilendiren iktisat (ekonomi) bilimi ise tıpkı hukuk gibi sosyal bir bilim dalıdır. Bu durum ekonomik düzenleme ve denetleme işlevinde idarenin takdir yetkisinin geniş olmasına sebep olmaktadır.

İdarenin takdir yetkisi sadece işlemin esasına ilişkin sebep, konu ve maksat unsurlarında bulunmaktadır. Düzenleme ve denetleme işlevi gibi idarenin takdir yetkisinin göreceli olarak geniş olduğu faaliyetlerde soyut olan sebep, konu ve maksat ölçütlerinin çeşitli hukuki ilke ve kurallarla desteklenmesi gerekmektedir. Bu ilke ve kuralların öğretilde geliştirilmesi, mahkemelerce takdir yetkisinin yerindeliğe kayılmadan denetlenmesinde önem arz etmektedir. Görüşümüz idarenin takdir yetkisine ilişkin ölçütlerin isabetli olarak ele alınması için sınıflandırılması gerektiği yönündedir. Bu bağlamda Alman hukukundan kaynaklanıp Fransız hukukunda da etkili olan **değerlendirme alanı – dar anlamda takdir yetkisi** ayırımından yararlanılması gerekmektedir. Değerlendirme alanı işlemin sebep ve maksat unsurlarına ilişkin olup bu ayırımıda yer alan ilkeler belirtilen unsurların denetiminde kullanılmalıdır. Dar anlamda takdir yetkisi ise işlemin konu unsuruna ilişkin olup bu ayırımıda yer alan ilkeler sadece işlemin konu unsurunun denetiminde kullanılmalıdır.

Değerlendirme alanında maddi vakıaların gerçekliğinin tespiti ve açık değerlendirme hatası denetlenmektedir. Bu bağlamda öncelikle işleme dayanak olan maddi vakıaların gerçekliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Açık değerlendirme

hatasında ise mahkemelerce idarenin mevzuata ve maddi olgulara yönelik yapmış olduğu hukuki yorum ve nitelendirmeler üzerinden gidilerek bu yorum ve nitelendirmelerde açık bir hatanın bulunup bulunmadığı denetlenecektir. Dar anlamda takdir yetkisinde ise öncelikli olarak açık takdir hatasına bakılacaktır. Ancak açık takdir hatası oldukça limitli bir denetim öngören ilkedir. Ekonomik düzenleme ve denetleme gibi bir kolluk faaliyetinde sadece açık takdir hatasına ilişkin denetim yeterli değildir. Ayrıca ölçülülük ilkesinin de kullanılması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt-ilkelerinden oluşmaktadır. Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri daha temel bir denetim sonucunu doğururken bilanço teorisi olarak da ifade edilen orantılılık ilkesi daha detaylı bir denetim sonucunu doğurmaktadır.

Danıştay içtihatlarına esas denetimi açısından bakıldığında yeni içtihatlarla birlikte esas denetiminde daha kapsamlı ve detaylı incelemelerin yapıldığı görülmektedir. Danıştay bazı kararlarında isim olarak belirtmese de değerlendirme alanı – dar anlamda takdir yetkisi ayrımının altını çizmiş ve bu ayırmadan doğan açık değerlendirme hatası, açık takdir hatası, ölçülülük ve bilanço teorisi ilkelerini uygulamıştır. Ancak Danıştay’ın belirtilen ayırım ve ilkeleri daha yaygın bir şekilde kullanması gerektiği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Ackerman, Bruce: **We The People: Foundations**, 2 C., 6. bs., The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts, C:I, 1999.
- Ackerman, Bruce: **We The People: Transformations**, 2 C., The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts, C:II, 1998.
- Ackerman, Bruce, Hassler, William T.: “Beyond the New Deal: Coal and the Clean Air Act”, **The Yale L. J.**, C. 84, S. 8, Haziran 1980, 1466-1571.
- Agnew, J. H.: **Competition Law**, London, Allen & Ulwin, 1985.
- Akbulut, Emre: **Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi**, İstanbul, Beta, 2013.
- Akgül, Aydın: **(Danıştay Kararları Işığında) Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, İstanbul, Beta Basım, 2008.
- Akıncı, Müslim: **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999.
- Akıllıoğlu, Tekin: “Yönetmelik Yargı Ve Denetimin Etkinliği”, **AİD**, C. 23, S. 2, 1990, s. 3-11.
- Akyılmaz, Bahtiyar: **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.
- Akyılmaz, Bahtiyar: “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi**, C.1, S.1, 1998, s. 23-55.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat, Kaya, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Alan, Nuri: “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi Ve Kanuna Aykırılık”, **İdare Hukuku Ve İdari**

- Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara, Danıştay Yayınları No: 21, 1976, s. 330-369.
- Alan, Nuri: “Türk İdari Yargısında Yerindelik Ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayınları No: 33, 1982, s. 31-61.
- Aman, Alfred C., Mayton, William T.: **Administrative Law**, 2. bs., St. Paul – Minnesota, West Group, 2001.
- Andersen, Uwe v.d.: **Der Staat in der Wirtschaft der Bundesrepublik**, Opladen, Leske Verlag – Budrich GmbH, 1985.
- Arat Özkaya, Nilay: **Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi: “Takdir Yetkisi” ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul, Beta, 2015.
- Asimow, Michael, Levin, Ronald M.: **State and Federal Administrative Law**, 3. bs., St. Paul – Minnesota, West – Thomson Reuters, 2009.
- Aslan, Zehreddin, Berk, Kahraman: **Rekabet Kurumu’nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi**, İstanbul, Alfa Yayınları, 2000.
- Aslan, Zehreddin: “Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi”, **İ.Ü.S.B.F.D.**, S. 23-24, 2001, s. 53-58.
- Aşçıoğlu Öz, Gamze: “Rekabet Hukuku ve Politikası, Rekabet Kurumu”, **Sempozyum-Danıştay ve İdari Yargı Günü 137. Yıl**, Danıştay Yayın No: 72, Ankara, Danıştay Matbaası, 2005, s. 101-121.
- Atay, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Atay, Ender Ethem: “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’lar): Rekabet Konseyi”, **Perşembe Konferansları**, S. 6, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, Mart 2000, s. 51-93.
- Atay, Ender Ethem: “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, **Sempozyum-Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl**, Danıştay Yayın No: 74,

Ankara, Danıştay Matbaası, 2008, s. 13-95.

- Ayanoğlu, Taner: “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, **İHİD**, C.13, S.1-3, 2000, s. 66-86.
- Azrak, A. Ülkü: “Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasasının Sistemi”, **İÜHFM**, C.27, S.1-4, 1961, s. 208-224.
- Azrak, A. Ülkü: **Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1964.
- Azrak, A. Ülkü: “Yargı Ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme”, **İÜHFM**, C.34, S.1-4, 1968, s. 129-155.
- Azrak, A. Ülkü: “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, **İHİD**, C.6, S.1-3, 1985, s. 17-28.
- Azrak, Ali Ülkü: “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, **Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara, Ankara Barosu, 2000, s. 331-336.
- Badura, Peter: “Das Recht als gesellschaftliches Gestaltungsmittel”, **Vorträge gehalten anlässlich der Hessischen Hochschulwoche für Staatswissenschaftliche Fortbildung**, C.68, s. 104-119.
- Badura, Peter: “Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes”, **Festschrift Für Otto Bachof Zum 70. Geburtstag**, Günter Püttner v.d. (ed.), C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1984, s. 169-189.
- Badura, Peter: **Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung**, 3. bs., Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- Baldwin, Geraldine F.: “Section 558(c) of the Administrative Procedure Act: Is a Formal Hearing to Demonstrate Compliance Required Before License Revocation or Suspension?”, **Fordham L. R.**, C. 51, S. 6, 1983, s. 1436-1456.

- Berg, Sanford V.,
Tschirhart, John: **Natural Monopoly Regulation: Principals and Practice**, New York, Cambridge University Press, 1988.
- Berkarda, Kemal: “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, **İHİD**, C.13, S.1, 2000, s. 87-107.
- Berkarda, Kemal: “Regülasyon Nasıl Kurtulur?”, **Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, Eylül 2004.
- Bernstein, Marver H.: **Regulating of Business by Independent Commission**, Princeton – New Jersey, Princeton University Press, 1955.
- Bernstein, Marver H.: “The Regulatory Process: A Framework For Analysis”, **Law And Contemporary Problems**, C. 26, S. 2, 1961, s. 329-346.
- Bestor, Arthur: “The American Civil War as a Constitutional Crisis”, **The American Historical Review**, C:69, S.2, Oxford University Press, s. 327-352.
- Bilgen, Pertev: “Prof. Dr. Pertev Bilgen’in Hayat Hikayesi”, **İHİD**, C.13, S.1, 2000, s. 1-5.
- Black, Henry Campbell v.d.: **Black’s Law Dictionary**, 6. bs., St. Paul Minnesota, West Publishing Co., 1998.
- Breuer, Rüdiger: “Gerichtliche Kontrolle der Technik – Gegenpol zu privater Option und administrativer Standardisierung”, **NVwZ**, C.1988, S.2, 1988, s. 104-115.
- Breyer, Stephen G.: **Regulation and Its Reform**, Masschusetts, Harvard University Press, 1982.
- Breyer, Stephen G.: “Judicial Review of Questions of Law and Policy”, **Administrative L. R.**, C. 38, S. 4, Sonbahar 1986, s. 363-398.
- Breyer, Stephen: **Making Our Democracy Work: A Judge’s View**, 6. bs. New York, Alfred A. Knopf, 2010.
- Breyer, Stephen G. v.d.: **Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases**, 7. bs., New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

- Bryner, Gary: "Administrative Law And Administrative Discretion", **Administrative Discretion and Public Policy Implementation**, Douglas H. Shumavon, H. Kenneth Hibbeln (ed.), New York, Praeger Publishers, 1986, s. 50-66.
- Bullinger, Martin: "Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung – Entwicklung, Funktionen, Gerichtskontrolle", **JZ**, C.39, S.22, 1984, s. 1001-1009.
- Cann, Steven J.: **Administrative Law**, 3. bs., Thousand Oaks – California, Sage Publications, 2002.
- Carper, Donald L., West, Bill W.: **Understanding the Law**, 4. bs, Thomson, 2004.
- Cass, Ronald A.: "Models Of Administrative Action", **Virginia L R.**, C. 72, S. 2, 1986, s. 363-398.
- Cassin, René: "Codification and National Unity", **The Code Napoleon And The Common-Law World**, Bernard Schwartz (ed.), tekrar bsk., New York, Greenwood Press, 1975, s. 46-54.
- Cary, William L.: **Politics and the Regulatory Agencies**, New York, McGraw-Hill Book Company, 1967.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3. bs., İstanbul, Beta, 2005.
- Chandler, Alfred D.: **The Visible Hand The Managerial Revolution in American Business**, 16. bs., The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts, 2002.
- Chandler, Alfred D., Hikino, Takashi: **Scale and Scope: The Dynamics of Industrial Capitalism**, 7. bs., Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 2004.
- Clark, John M.: **Social Control of Business**, 2. bs., New York, McGraw-Hill Book Company, Inc, 1939.
- Cooper, Robert M.: "The Proposed United States Administrative Court", **Michigan L. R.**, C.35, S.2, 1936, s. 193-252.
- Cover, Robert M., Fiss, Owen M.: **Procedure**, 2. bs. Westbury New York, The Foundation Press Inc., 1997.

Resnik, Judith:

Cushman, Robert E.:

The Independent Regulatory Commissions, New York, Oxford university Press Inc., 1941.

Çağlayan, Ramazan:

İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara, Seçkin, 2000.

Çağlayan, Ramazan:

“Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, **AÜEHFD**, C.7, S.3-4, 2003, s. 171-208.

Çakmak, Zeynep:

Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2011.

Çal, Sedat:

“İdare Hukukunda Bilimsel Yaklaşım Sorunu - II”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.93, 2011, s. 53-81.

Çolak, Nusret İlker:

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Davis, Kenneth Culp:

Administrative Law and Government, St. Paul – Minnesota, West Publishing Co, 1960.

Davis, Kenneth Culp:

Administrative Law Text, 3.bs., St. Paul – Minnesota, West Publishing Co., 1972.

Davis, Kenneth Culp:

Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, 3. bsk., Urbana – Illionis, University of Illionis Press, 1976.

Demirbaş, Timur:

Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. bs., Seçkin, 2009.

Derbil, Süheyp:

“Kamu Hizmeti Nedir?”, **AÜHFD**, C.7, S.3-4, 1950, s. 28-36.

Deryal, Yahya:

Türk Hukukunda Bilirkişilik, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2004.

Detterbeck, Steffen:

Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 6. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2008.

- Dickinson, John: **Administrative Justice And The Supremacy Of Law In The United States**, New York, Russel & Russel, 1959.
- Dinçer, Güven: “Hukuk Devletinin Yargı ve Yasama Boyutu”, **Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ekim 2000, s. 3-22.
- Drews, Bill: **Preußisches Polizeirecht Allgemeiner Teil: Ein Leitfaden für Verwaltungsbeamte**, 2 C. 3. bs., Berlin, Verlag Heyman, 1931, C:I.
- Duran, Lütfi: “İdarî Yargı Adlîleşti...”, **İHİD**, C. 3, S. 1-3, 1982, s. 53-83.
- Duran, Lütfi: “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?”, **İHİD**, C.4, S.1-3, 1983, s. 33-42.
- Duran, Lütfi: “Peştemallık Ve Ulûfe Ya Da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, **AİD**, C.20, S.1, 1987, s. 3-14.
- Duran, Lütfi: “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, **AİD**, C. 20, S. 4, 1987, s. 3-17.
- Duran, Lütfi: “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, **AİD**, C.30, S.1, Mart 1997, s. 3-10.
- Duran, Lütfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 648, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Dündar, Erol: “Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk Ve Fransız Danıştay İçtihatlarına Göre)”, **İdare Hukuku Ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara, Danıştay Yayınları No: 21, 1976, s. 161-187.
- Eğerci, Ahmet: **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2005.
- Erdem, Jülide Gül: “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, **AÜHFD**, C.62 S.4, 2013, s. 971-1005.
- Eisner, Marc Allen, **Contemporary Regulatory Policy**, 2. bs.,

- Worsham, Jeff,
Ringquist, Evan J.:
Boulder-Colorado, Lynne Rienner Publishers,
2006.
- Ehlers, Dirk:
“Wirtschaft als Gegenstand des öffentlichen
Rechts”, **Besonderes Verwaltungsrecht:
Öffentliches Wirtschaftsrecht**, Dirk Ehlers,
Michael Fehling, Hermann Pünder (ed.), 3 C., 3.
bs., München, C. F. Müller Verlag, 2012, C:I, s.
1-39.
- Emmerich, Volker:
Kartellrecht: Ein Studienbuch, 11. bs.,
München, Verlag C. H. Beck, 2008.
- Er, Selami:
“Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Dış
Denetimi ve 5018 Sayılı Kanunda Yapılan
Değişiklikler”, **Sayıştay Dergisi**, S. 68, Ocak-
Mart 2008, s. 29-46.
- Erbguth, Wilfried:
Allgemeines Verwaltungsrecht, Baden-Baden,
Nomos, 2005.
- Erkut, Celal:
**Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda
Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, 1996,
Kavram, İstanbul.
- Erlar, Adalbert v.d.:
“Wettbewerb/Wettbewerbsrecht”,
**Handwörterbuch Zur Deutschen
Rechtsgeschichte**, 5 C., Berlin, Erich Schmidt
Verlag GmbH & Co., C:V, 1998, s.1322-1329.
- Eskridge, William N.:
Dynamic Statutory Interpretation,
Massachusetts, Harvard University Press, 1994.
- Evren, Çınar Can:
“İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma
İlkesi”, **GÜHFD**, C.12, S.1-2, 2008, s. 701-723.
- Evren, Çınar Can:
“İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz
Açısından Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği
Dergisi**, C.2010, S.91, 2010, s. 110-145.
- Farber, Daniel A.,
Sherry, Suzanna:
A History Of The American Constitution, 2.
bs., St. Paul Minnesota, Thomson West, 2005.
- Franz, Oliver Helge:
**Regulierung, Liberalisierung und
Unabhängigkeit des Reguliers**, Aachen, Shaker
Verlag, 2003.

- Freund, Ernst: **Police Power: Public Policy And Constitutional Rights**, Chicago, Callaghan & Company, 1904.
- Freund, Ernst: "The Substitution of Rule for Discretion in Public Law", **The American Political Science R.**, C. 9, S. 4, 1915, s. 666-676.
- Freund, Ernst et. al: **The Growth of Administrative Law**, St. Louis, Thomas Law Book Company, 1923.
- Friedman, Joel W,
Lenders, Jonathan M,
Collins, Michael G.: **The Law of Civil Procedure**, St. Paul – Minnesota, West Group, 2002.
- Friendly, Henry J.: "Some Kind Of Hearing", **University of Pennsylvania L. R.**, C. 123, S. 6, 1975, s. 1267-1317.
- Fromont, Michel: **Rechtsschutz Gegenüber Der Verwaltung In Deutschland, Frankreich Und Den Europäischen Gemeinschaften**, Saarbrücken, Carl Heymanns Verlag KG, Saarbrücker Druckerei und Verlag GmbH, 1968.
- Frotscher, Werner,
Kramer, Urs: **Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht: Eine systematische Einführung anhand von Grundfällen**, 4. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2004.
- Gärditz, Klaus Ferdinand: "„Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle", **NVwZ**, C.2009, S.16, 2009, 1005-1011.
- Galambos, Louis: **The Creative Society: And The Price Americans Paid For It**, New York, Cambridge University Press, 2012.
- Gellhorn, Ernest,
Levin Ronald M.: **Administrative Law and Process: In A Nutshell**, 5. bs., St Paul – Minnesota, Thomson West, 2006.
- Gellhorn, Walter: "The Administrative Procedure Act: The Beginnings", **Virginia L. R.**, C. 72, S. 2, 1986, s. 219-233.

- Gellhorn, Walter v.d.: **Administrative Law: Cases And Comments**, 8 bs., Mineola-New York, The Foundation Press, 1987.
- Giemulla, Elmar, Jaworsky, Nikolaus, Müller-Uri, Rolf: **Verwaltungsrecht: Ein Basisbuch**, 7. bs., Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 2004.
- Giritli, İsmet, Bilgen, Pertev, Akgüner, Tayfun: **İdare Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2006.
- Gloy, Wolfgang, Loschelder, Michael: **Handbuch des Wettbewerbsrechts**, 3. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2005.
- Goodnow, Frank J.: "The Executive and the Courts", **Political Science Quarterly**, C.1, S.4, 1886, s. 533-559.
- Goodnow, Frank J.: **Comparative Administrative Law: an Analysis of the Administrative Systems, National And Local, of the United States, England, France And Germany**, 2 C., New York, G. P. Putnam's sons, C:I, 1893. <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc2.ar%3A%2F13960%2Ft39022m7f> (erişim tarihi 17.06.2012)
- Goodnow, Frank J.: **Social Reform And The Constitution**, New York, The Macmillan Company, 1911.
- Gören, Zafer: **Anayasa Hukukuna Giriş**, 2. bs., İzmir, Dokuz Eylül Yayını, 1999.
- Gözler, Kemal: **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.
- Gözler, Kemal: **İdare Hukuku**, 2. bs., 2 C., Bursa, Ekin Kitabevi, C:I, 2009.
- Gözler, Kemal: **İdare Hukuku**, 2. bs., 2 C., Bursa, Ekin Kitabevi, C:II, 2009.
- Gözübüyük, Şeref: **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 31. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.
- Gözübüyük, A. Şeref: **Yönetim Hukuku**, 30. bs., Ankara, Turhan

- Kitabevi, 2011.
- Gözübüyük, A. Şeref,
Tan, Turgut: **İdare Hukuku: Genel Esaslar**, 10. bs., 2 C., Ankara, Turhan Kitabevi, C:I, 2014.
- Gözübüyük, A. Şeref,
Tan, Turgut: **İdare Hukuku: İdari Yargılama Hukuku**, 8.bs., 2 C., Ankara, Turhan Kitabevi, C:II, 2016.
- Grande, Edgar: “Vom produzierenden zum regulierenden Staat: Möglichkeiten und Grenzen von Regulierung und Privatisierung”, **Privatisierung und staatliche Regulierung: Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk**, Klaus König, Angelika Benz (ed.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 1997, s. 576-591.
- Gülan, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İHİD**, C.9, S.1-3, 1988, s. 147-159.
- Gülan, Aydın: “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, **İÜHFİM**, C.56, S.1-4, 1998, s. 97-107.
- Gülan, Aydın: “Conseil D’etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayını No: 59, 2000, s. 23-32.
- Gülan, Aydın: **Maden Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri: Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi**, İstanbul, Lamure Kitap, 2008.
- Günday, Metin: “Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi”, **2. Yıl Sempozyumu Rekabet Hukuku ve Yargı**, Ankara, Mart 1999, s. 60-67.
- Günday, Metin: **İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2011.
- Gündüz, Harun: **Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları**, Ankara, RK Yayınları, 2013.
- Güriz, Adnan: **Hukuk Felsefesi**, 6. bs., Ankara, Siyasal Kitabevi, 2003.
- Haley, John O.: “Administrative Law”, **Introduction to the Law of the United States**, 2. bs., David S. Clark &

- Tuğrul Ansay (ed.), The Hague – The Netherlands, Kluwer Law International, 2002, s. 97-113.
- Hartung, Sven: “Die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen in den Vereinigten Staaten”, **DÖV**, C.46, S.8, 1993, s. 323-332.
- Henning, Friedrich Wilhelm: **Handbuch der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands: Deutsche Wirtschafts- und Sozialgeschichte im Mittelalter und in der frühen Neuzeit**, 3 C., Paderborn, Ferdinand Schöningh, C:I, 1991.
- Henning, Friedrich Wilhelm: **Handbuch der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands: Deutsche Wirtschafts- und Sozialgeschichte im 19. Jahrhundert**, 3 C., Paderborn, Ferdinand Schöningh, C:II, 1996.
- Hirş, Ernest: **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 3. bs., (uy.) Selçuk Baran Veziroğlu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.
- Hoogenboom, Ari: **Outlawing The Spoils: A History of the Civil Service Reform Movement 1865-1883**, tekrar bs., Urbana, University of Illinois Press, 1968.
- Höhn, Reinhard v.d.: **Das Ausländische Verwaltungsrecht Der Gegenwart: Wesen, Aufgabe und Stellung der Verwaltung in Italien, Frankreich, Großbritannien und USA**, Berlin, R. v. Decker's Verlag, 1940.
- Hörnigke, Friedrich Johannes: **Product Sewardships als Konkurrenz zu staatlicher und internationaler Regulierung? Gesellschaftliche Selbstregulierung durch die Gütesiegel Fairtrade, Bio, FSC und MSC**, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2012.
- Huberman, Leo: **Sosyalizmin Alfabeti**, çev. Hasan İlhan, 5. bs., Ankara, Alter Yayıncılık, 2000.
- Ipsen, Jörn: **Allgemeine Verwaltungsrecht**, 8. bs., München, Verlag Franz Vahlen, 2012.
- İnan, Nurkut, **Rekabet Hukuku El Kitabı**, Ankara, Bankacılık

- Piker, Mehmet B.: Enstitüsü Yayınları, 2007.
- İsbir, Begüm: “İdari Yargıda İptal Davasının Tarihsel Gelişimi”, **İÜHFİM**, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 951-966.
- Jacoby, Henry: **The Bureaucratization Of The World**, Eveline L. Kanes (çev.), Berkeley – California, University of California Press, 1973.
- Jaffe, Louis L.: **Judicial Control of Administrative Action**, Boston – Toronto, Little Brownand Company, 1965.
- Jarass, Hans D. v.d.: **Wirtschaftsverwaltungsrecht mit Wirtschaftsverfassungsrecht**, 3.bs., Berlin, Hermann Luchterhand Verlag, 1997.
- Kagan, Robert A.: **Regulatory Justice: Implementing a Wage-Price Freeze**, New York, Russel Sage foundation, 1972.
- Kämmerer, Jörn Axel: “Privatisierung”, **Besonderes Verwaltungsrecht: Öffentliches Wirtschaftsrecht**, Dirk Ehlers, Michael Fehling, Hermann Pünder (ed.), 3 C., 3. bs., München, C. F. Müller Verlag, 2012, C:I, s. 388-436.
- Karacan, Ali İhsan: “Özerk Kurumların Özerkliği”, **Rekabet Dergisi**, S. 8, 2001, s. 3-59.
- Karahanoğulları, Onur: **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, 2004, (Doktora Tezi İnternet Paylaşımı), s. 89-92.
<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kamuhizmeti.pdf> (erişim tarihi 21.10.2013)
- Karahanoğulları, Onur: **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Ankara, 2005, (Doçentlik Tezi İnternet Paylaşımı).
<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/turkiyedeidariyargitarih.pdf> (erişim tarihi 17.09.2013)
- Karahanoğulları, Onur: **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık Ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.

- Kaufer, Erich: **Theorie der Öffentlichen Regulierung**, München, Verlag Franz Vahlen, 1981.
- Kaya, Cemil: “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, **GÜHFD**, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 253-284.
- Kaya, Cemil: **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, İstanbul, On İki Levha, 2011.
- Keeton, Robert E.: **Keeton on Judging in the American Legal System**, Lexis Law Publishing, 1999.
- Kiel, Dwight C.: “The Modern Foundations Of Administrative Discretion: The Pendleton Act Of 1893 [*doğ.1883*] And The Act To Regulate”, **Administrative Discretion and Public Policy Implementation**, Douglas H. Shumavon, H. Kenneth Hibbeln (ed.), New York, Praeger Publishers, 1986, s. 89-99.
- Kingsbury, Benedict v.d.: “Global Governance As Administration—National And Transnational Approaches To Global Administrative Law”, **Law and Contemporary Problems**, C.68, S.3-4, Duke University School of Law, 2005, s. 1-13.
- Kirchhof, Gregor: “Rechtsfolgen der Privatisierung: Jede Privatisierung lockert, löst öffentlich-rechtliche Bindungen”, **AöR**, C.132, Mohr Siebeck, 2007, s. 215-256.
- Kling, Michael, Thomas, Stefan: **Kartellrecht**, München, Verlag Franz Vahlen, 2007.
- Koch, Charles H. Jr.: “Judicial Review of Administrative Discretion”, **George Washington L. R.**, C. 54, S. 4, 1986, s. 469-511.
- König, Klaus: “Der Staat: Mehr als eine juristische Person?”, **Der Staat Am Ende Des 20. Jahrhunderts – Sempozyum 25 Juni 1998**, Detlef Merten (ed.), Forschungsinstitut Für Öffentliche Verwaltung, 1998, s. 83-114 (sempozyum tartışmaları)
- König, Klaus, “Von der verwaltungsreform zur

- Füchtner, Natascha: **Verwaltungsmodernisierung”, “Schlanker Staat” – Verwaltungsmodernisierung im Bund: Zwischenbericht, Praxisbeiträge, Kommentare**, Klaus König, Natascha Füchtner (ed.), Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung, Kitap No: 178, Spreyer, 1998, s. 3-154.
- Krislov Samuel, Rosenbloom, David H.: **Representative Bureaucracy And The American Political System**, New York, Praeger Publishers, 1981.
- Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6 C., 6. bs., İstanbul, Demir Demir, C:III, 2001.
- Kutlu Gürsel, Meltem: **“Sermaye Piyasası Kurulu’nun Denetimi”, Sempozyum-Danıştay ve İdari Yargı Günü 137. Yıl**, Danıştay Yayın No: 72, Ankara, Danıştay Matbaası, 2005, s. 39-99.
- Landis, James: **The Administrative Process**, tekrar bs. (ilk bası 1938), Connecticut, Greenwood Press Publishers, 1974.
- Latin, Howard: **“Good Science, Bad Regulation, and Toxic Risk Assesment”, Yale J. on Regulation**, C.5, S.K1ş, 1988, s. 89-148.
- Lawson, Gary: **Federal Administrative Law**, 2. bs., St. Paul Minnesota, West Group, 2001.
- Lepsius, Oliver: **Verwaltungsrecht unter dem Common Law: Amerikanische Entwicklung bis zum New Deal**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.
- Linneweber, Axel: **Einführung in das US-amerikanische Verwaltungsrecht**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994.
- Lubbers, Jeffrey S.: **“Federal Administrative Law Judges: A Focus On Our Invisible Judiciary”, Administrative L. R.**, C.33, S.1, 1981, s. 109-131.
- Ludwigs, Markus: **“Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht”, JZ**, C. 64, S. 6, 2009, s. 290-297.

- Lynch, Stephen M.: "A Framework for Judicial Review of an Agency's Statutory Interpretation: Chevron, U. S. A., Inc. v. Natural Resources Defense Council", **Duke L. J.**, C.34, S.2, 1985, s. 469-496.
- Mashaw, Jerry L.,
Merrill, Richard A.,
Shane, Peter M.: **Administrative Law: The American Public Law System Cases and Materials**, 3. bs., St. Paul – Minnesota, West Publishing Co., 1992.
- Mashaw, Jerry L.: "Law And Engineering: In Search Of The Law-Science Problem", **Law And Contemporary Problems**, C.66, S.4, 2003, s. 135-153.
- Maurer, Hartmut: **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 16. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2006.
- McAlinn, Gerald Paul,
Rosen, Dan,
Stern, John P.: **An Introduction to American Law**, Durham North Carolina, Carolina Academic Press, 2005.
- McCormack, Wayne: "The Purpose of Due Process: Fair Hearing or Vehicle for Judicial Review?", **Texas L. R.**, C. 52, S. 7, 1974, s. 1257-1302.
- McCraw, Thomas K.: **Prophets of Regulation: Charles Francies Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn**, Cambridge – Massachusetts, Harvard University Press, 1984.
- Metin, Yüksel: **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002.
- Mikasen, Jody L. (ed.) v.d. "Administrative Law", **American Jurisprudence 2d**, 83 C., 2. bsk., New York, Lawyers Cooperative Publishing, C:II, 1994, s. 1-632.
- Morgan, Douglas,
Rohr, F., John A.: "Traditional Responses To American Administrative Discretion", **Administrative Dcretion and Public Policy Implementation**, Douglas H. Shumavon, H. Kenneth Hibbeln (ed.), New York, Praeger Publishers, 1986, s. 211-232.
- Morrison, Alan B.: "The Administrative Procedure Act: A Living And Responsive Law", **Virginia L. R.**, C. 72, S. 2, 1986, s. 253-270.

- Munro, William B.,
Hanford, A. C.: "Book Review" **American Political Science R.**, C.20, S.2, 1926, s. 429-431.
- Nachmias, David,
Rosenbloom, David H.: **Bureaucratic Government USA**, New York, St. Martin's Press, Inc, 1980.
- Neubauker, David W.: **Judicial Process: Law, Courts, And Politics In The United States**, 2.bs., Harcourt Brace College Publishers, 1997.
- Novak, William J.: **The People's Welfare**, Chapel Hill – North Carolina, The University of North Carolina, 1996.
- Novak, William J.: "Law and The Social Control of Capitalism", **Emory L. J.**, C.60, 2010, s. 377-405.
- Nylander, Jill: "The Administrative Procedure Act: A Public Policy Perspective", **Michigan Bar J.**, S. 85, Ekim 2006, s. 38-41.
- O'Brien, David: "Administrative Discretion, Judicial Review, And Regulatory Politics", **Administrative Dcretion and Public Policy Implementation**, Douglas H. Shumavon, H. Kenneth Hibbeln (ed.), New York, Praeger Publishers, 1986, s. 29-49.
- Oberrath, Jörg-Dieter: **Öffentliches Wirtschaftsrecht: Eine Einführung in das Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsverfassungsrecht**, Stuttgart, Schäffer-Poeschel Verlag, 1999.
- Oberrath, Jörg-Dieter: **Öffentliches Recht: Verfassungsrecht, Europarecht, Allg. Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht mit Grunlagen des öffentlichen Wirtschaftsrechts**, 4. bs., München, Verlag Franz Vahlen, 2012.
- Oğurlu, Yücel: **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, 2000, Seçkin Kitabevi, Ankara.
- Oğurlu, Yücel: **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 2002, Seçkin Kitabevi, Ankara.
- Oğurlu, Yücel: "İdari Usul Kanunu Neden Acil Ve Zorunludur?", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 73-88.

- Okay Tekinsoy, Özge: **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, İstanbul, On İki Levha, 2011.
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3 C., İstanbul, İsmail Akgün Hak Kitabevi, C:I, 1966.
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3 C., İstanbul, İsmail Akgün Hak Kitabevi, C:III, 1966.
- Oster, Jan: “The Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal System”, **German L. J.**, C. 9, S. 10, 2008, s. 1267-1297.
- Oster, Jan: **Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht: Eine vergleichende Untersuchung behördlicher Entscheidungsspielräume in der deutschen und amerikanischen Netzinfrastukturregulierung**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010.
- Oytan, Muammer: “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri İle Sınırlandırılması”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargı**, 3 C., Ankara, Danıştay Matbaası, 1991, C:I, s. 149-157.
- Öncel, Mualla, Kumrulu, Ahmet, Çağan, Nami: **Vergi Hukuku**, 13. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.
- Özay, İl Han: “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Dramı”, **İHİD**, C.5, S.1-3, 1984, s. 93-106.
- Özay, İl Han: **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, İÜHF Yayınları No: 691, 1985.
- Özay, İl Han: **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Alfa, 2002.
- Özay, İl Han: “Hukuk-Ekonomi İlişisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008: Ekonomi ve Hukuk**, Ankara, 2008, C:IV, s. 17-24.
- Özay, İl Han: “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, **Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara, Ankara Barosu,

- 2000, s. 3077-314.
- Özay, İl Han: “İdari Kolluk-Adli Kolluk”, **İÜHFM**, C.71, S.1, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, 2013, s. 946-691.
- Özön, Mustafa Nihat: **Küçük Osmanlıca Türkçe Sözlük**, 5. bs., İstanbul, İnkılap Kitabevi, 1995.
- Öztürk, K. Burak: **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Özyörük, Mukbil: **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1972-1973.
- Pache, Eckhard: **Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum: zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- Pierce, Richard J.: **Administrative Law**, 2. bs., New York, Foundation Press, 2012.
- Pierce, Richard J., Shapiro, Sidney A., Verkuil, Paul R.: **Administrative Law And Process**, 2. bs., Westbury – New York, The Foundation Press, 1992.
- Pitofsky, Robert, Goldschmid, Harvey J., Wood, Diane P.: **Trade Regulation Cases and Materials**, 5. bs., New York, Foundation Press, 2003.
- Posner, Richard A.: **The Federal Courts: Challenge and Reform**, 2. bs., Cambridge – Massachusetts, Harvard University Press, 1996.
- Posner, Richard A.: **Natural Monopoly And Its Regulation**, Washington D.C., Cato Institute, 1999.
- Proelss, Alexander: “Das Regulierungsermessen - eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?”, **AöR**, C. 136, Mohr Siebeck, 2011, s. 402-427.
- Reich, Charles: “The New Property”, **Yale L. J.**, C.73, S.5, 1964, s. 733-787.
- Reich, Charles: “The Law Of The Planned Society”, **Yale L. J.**,

- C.75, S.8, 1966, s. 1227-1270.
American Government at Work: The Federal Executive Branch, 9 C., Danbury Connecticut, Book Builders Inc., C:2, 2001.
- Remy, Richard C.,
 Kozlowski, Darrel,
 Roebuck, Dan (ed.):
- Revesz, Richard L.:
 “Specialized Courts And The Administrative Lawmaking System”, **University of Pennsylvania L. R.**, C. 138, S.4, 1990, s. 1111-1174.
- Rinfret, Thibaudeau:
 “The Relations Between Civil Law and Common Law”, **The Code Napoleon And The Common-Law World**, Bernard Schwartz (ed.), tekrar bsk., New York, Greenwood Press, 1975, s. 378-388.
- Rittner, Fritz,
 Kulka, Michael:
Wettbewerbs- und Kartellrecht, 7. bs., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008.
- Ronellenfitsch, Michael:
 “Rechtliche Probleme der Privatisierung und Regulierung aus der Sicht der Rechtswissenschaften”, **Privatisierung und staatliche Regulierung: Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk**, Klaus König, Angelika Benz (ed.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 1997, s. 118-138.
- Rosenbloom, David H.:
Public Administration and Law: Bench v. Bureau in the United States, New York, Marcel Dekker Inc., 1983.
- Ruffert, Matthias:
 “Grundfragen der Wirtschaftsregulierung”, **Besonderes Verwaltungsrecht: Öffentliches Wirtschaftsrecht**, Dirk Ehlers, Michael Fehling, Hermann Pünder (ed.), 3 C., 3. bs., München, C. F. Müller Verlag, 2012, C:I, s. 706-729.
- Ruge, Reinhard:
Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State: Zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.
- Ruthig, Josef,
 Storr, Stefan:
Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. bs., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2005.
- Ruthig, Josef,
Öffentliches Wirtschaftsrecht:

- Storr, Stefan: **Schwerpunktbereich**, 3. bs., München, C.F. Müller Verlag, 2011.
- Saban, Nihal: **Vergi Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2005.
- Sachs, Jasper: “Regulierungsermessen und Beurteilungsspielräume – Verfassungsrechtliche Grundlagen”, **NVwZ**, C.2012, S.11, 2012, s. 649-653.
- Savaş, Vural: **İktisatın Tarihi**, 4. bs., Ankara, Siyasal Kitabevi, 2000.
- Scalia, Antonin: “Judicial Deference To Administrative Interpretations Of Law”, **Duke L. J.**, C.38, S.3, 1989, s. 511-521.
- Schroeder, Christopher H., Glicksman, Robert L.: “Chevron, State Farm, and EPA in the Courts of Appeals During the 1990s”, **Environmental Law Reporter**, C.31, S.4, 2001, s. 10371-10412.
- Schliesky, Utz: **Öffentliches Wirtschaftsrecht: Deutsche und europäische Grundlagen**, 3. bs., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008.
- Schlink, Bernhard: “Proportionality In Constitutional Law: Why Everywhere But Here?”, **Duke J. of Comparative & International Law**, C.22, S.2, 2012, s. 291-302.
- Schmidt, Reiner, Vollmöller, Thomas: **Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht**, 3. bs., Heidelberg, Springer Verlag, 2007.
- Schmidt-Aßmann, Eberhart: “Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Reformbedarf und Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, **Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts**, Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhart Schmidt-Aßmann, Gunnar Folke Schuppert (ed.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993, s. 11-82.
- Schmidt-Aßmann, Eberhart: **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung**, 2. bs., Berlin, Heidelberg, Springer Verlag, 2004.

- Schwartz, Bernard: **French Administrative Law and the Common-Law World**, y.b., Clark – New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2011 (ilk bs. 1954).
- Schwartz, Bernard: **An Introduction To American Administrative Law**, 2. bs., Bath, Pitman Press, 1962.
- Schwartz, Bernard: “The Code and Public Law”, **The Code Napoleon And The Common-Law World**, Bernard Schwartz (ed.), tekrar bsk., New York, Greenwood Press, 1975, s. 247-266.
- Schwartz, Bernard: **Constitutional Law: A Textbook**, 2. bs., New York, Macmillan Publishing Co. Inc., 1979.
- Schwartz, Bernard: **Administrative Law**, 3. bs., New York, Aspen Publishers Inc, 1991.
- Schwartz, Bernard, Wade, H. W. R.: **Legal Control of Government: Administrative Law In Britain And The United States**, London, Oxford University Press, 1972.
- Sever, D. Çiğdem: “İdare Hukukunda Önemli Bir Gelişme Umudu (Mu?): Genel İdari Usul Yasa Tasarısı”, **İz Atılım Üniversitesi Dergisi**, S. 8, 2009, s. 38-41.
- Seyidoğlu, Halil: **Bilimsel Araştırma ve Yazma El Kitabı**, 9. bs., İstanbul, Güzem Can Yayınları, 2003.
- Sezen, Seriya: “Türkiye’de Düzenleyici Kurulları Kimler, Nasıl Yönetiyor?”, **AİD**, C.38, S.4, Aralık 2005, s. 85-115.
- Sezginer, Murat: **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin, 2000.
- Shapiro, Martin v.d. (ed.): **American National Government: Policy and Politics**, 4. bs., Glenview – Illionis, Scott, Foresman And Company, 1971.
- Shapiro, Martin: “Administrative Discretion: The Next Stage”, **Yale L. J.**, C: 9, 1983, s. 1487-1522.
- Shapiro, Martin: “APA: Past, Present, Future”, **Virginia L. R.**, C.72, S.2, 1986, s. 447-492.

- Shapiro, Martin: **Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration**, The Richard B. Russel Lectures No.6, Athens Georgia, The University of Georgia Press, 1988.
- Shapiro, Martin: **Independent Agencies: US and EU**, İtalya, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, 1996, s. 9.
- Shapiro, Stuart: “Two Months in the Life of the Regulatory State”, **Administrative & Regulatory Law News**, C.30, S.3, 2005, s. 12-15.
- Soybay, Selçuk: “Bağımsız İdari Otoriteler Eliyle İdarenin Denetimi”, **İHİD**, C.16, S.1, 1995, s. 43-55.
- Stober, Rolf: “Zur Entwicklung des Wirtschaftsrechts”, **DZWIr**, C.6, S.4, 1996, s. 133-142.
- Stober, Rolf: **Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht: Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts**, 2 C., 17. bs., Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, C: I, 2011.
- Stober, Rolf, Eisenmenger, Sven: **Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht: Gewerbe- und Regulierungsrecht, Produkt- und Subventionsrecht**, 2 C., 15. bs., Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, C:II, 2011.
- Stone, Ferdinand F.: “An Introduction To The Administrative Process”, **Miami L. Q.**, C. 6, S. 3, 1952, s. 281-298.
- Strauss, Peter L.: “The Place Of Agencies In Government: Separation Of Powers And The Fourth Branch”, **Columbia L.R.**, C.84, S.3, 1984, s. 573-669.
- Strauss, Peter L.: ““Deference” Is Too Confusing – Let’s Call Them “Chevron Space” And “Skidmore Weight””, **Columbia L. R.**, C.112, S.5, 2012, s. 1143-1173.
- Sunstein, Cass R.: “Chevron Step Zero”, **Virginia L. R.**, C.92, S.2, 2006, s. 187-249.
- Şahin, Cenk: **Amerikan Federal İdare Hukukunda**

“Regülasyon” (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları), İstanbul, On İki Levha, 2010.

- Şener, Esat: **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001.
- Tan, Turgut: “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, **AİD**, C.8, S.2, 1975, s. 33-49.
- Tan, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku**, Ankara, TODAİE Yayınları No: 210, 1984.
- Tan, Turgut: “Anayasal Ekonomik Düzen”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.7, 1990, s. 161-178.
- Tan, Turgut: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.8, 1991, s. 233-252.
- Tan, Turgut: “Kamu Hizmeti, Kriz Ve Yeniden Tanımlama”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargı**, 3 C., Ankara, Danıştay Matbaası, 1991, C:I, s. 329-335.
- Tan, Turgut: “Sınav Ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, **AÜSBFD**, C. 51, S. 1, 1996, s. 409-423.
- Tan, Turgut: “Bağımsız İdari Otoriteler”, **Perşembe Konferansları**, No: 4, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000, s. 3-32.
- Tan, Turgut: “Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya örnekleri)”, **Rekabet Dergisi**, C.1, S.4, 2000, s. 3-44.
- Tan, Turgut: “Ekonomik Düzen ve Anayasa”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı 9-13 Ocak 2001**, Türkiye Barolar Birliği Yayın No: 12, Ankara, 2001, s. 857-876.
- Tan, Turgut: “Ekonomi, <Regülasyon> ve Bağımsız Otoriteler”, **Sempozyum-Danıştay ve İdari Yargı Günü 137. Yıl**, Danıştay Yayın No: 72, Ankara, Danıştay Matbaası, 2005, s. 9-38.

- Tan, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Tandoğan, Haluk: “Yürürlüğe Girişinin Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **BATİDER**, C. 8, S. 4, 1976, s.1-25.
- Tarhanlı, İhtar: “Amerikan İdari Usul Kanunu”, **İHİD**, C. 6, S. 1-3, 1985, s. 225-264.
- Tettinger, Peter J., Wahrendorf, Volker: **Verwaltungsprozeßrecht**, 3. bs., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005.
- Tushnet, Mark: **The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis**, Portland – Oregon, Hart Publishing, 2009.
- Ulu, Güher: **İdari İşlemin Yetki Unsuru**, Ankara, Seçkin, 2012.
- Ulusoy, Ali: “Bağımsız İdari Kurumlar”, **Danıştay Dergisi**, S. 100, 1999, 3-17.
- Ulusoy, Ali: “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayını No: 59, 2000, s. 273-281.
- Ulusoy, Ali: **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.
- Ulusoy, Ali: **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, İstanbul, Ülke Kitapları, 2004.
- Ulusoy, Ali: “Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008: Ekonomi ve Hukuk**, Ankara, 2008, C:IV, s. 25-31.
- Ulusoy, Ali: “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Alfa, 2002, s. 289-311.
- Uran, Emrah: **Türkiye’deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi**, İstanbul, On İki Levha, 2012.

Urofsky, Melvin I.,
Finkelman, Paul:

A March of Liberty A Constitutional History of the United States: From The Founding to 1890, 2 C., 2. bs., New York, Oxford University Press Inc., C:I, 2002.

Urofsky, Melvin I.,
Finkelman, Paul:

A March of Liberty A Constitutional History of the United States: From 1877 to the Present, 2 C., 2 bs., New York, Oxford University Press Inc., C:II, 2002.

Usta, Murat:

Bağımsız İdari Otorite Sistemi İçerisinde Rekabet Kurulu ve Rekabet Uygulamaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

Uysal, Ali,
Eroğlu, Nurettin:

Açıklamalı Ve Örnekli Vergi Usul Kanunu, 4. bs., Ankara, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2009.

Uygun, Oktay:

Federal Devlet: Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, Kasım 2007.

Verkuil, Paul R.:

“A Study of Informal Adjudication Procedures”, **The University of Chicago L. R.**, C: 43, S. 4, 1976, s. 739-796.

Verkuil, Paul R.:

“The Status Of Independent Agencies After *Bowsher v. Synar*”, **Duke L. J.**, C. 35, S. 5, 1986, s. 779-805.

Verkuil, Paul R.:

“The Purposes and Limits of Independent Agencies”, **Duke L. J.**, C.37, S.2-3, 1988, s. 257-279.

Verkuil, Paul R. v.d. (ed.):

“A Blackletter Statement Of Federal Administrative Law”, **Administrative L. R.**, C.54, S.1, 2002, s. 1-83.

Wade, E. C. S.,
Bradley, A. W.:

Constitutional and Administrative Law, 11. bs., London, Longman, 1993.

Wade, H. W. R.:

Administrative Law, 3. bs, Oxford, Clarendon Press, 1971.

Wald, Patricia M.:

“Judicial Review In Midpassage: The Uneasy

- Partnership Between Courts And Agencies Plays On”, **Tulsa L. R.**, C.32, S.1, 1996, s. 221-258.
- Waldo, Dwight: **The Administrative State: A Study Of The Political Theory Of American Public Administration**, New York, The Ronald Press Co., 1948.
- Webb Yackee, Jason,
Webb Yackee, Susan: “Testing the Ossification Thesis: An Emprical Examination of Federal Regulatory Volume and Speed, 1950-1990”, **George Washington L. R.**, C.80, S.5, Haziran 2012, s. 1414-1492.
- Werhan, Keith: **Principles Of Administrative Law**, St. Paul – Minn., Thomson/West, 2008.
- Wilson, Woodrow: “The Study of Administration”, **Political Science Quarterly**, C.2, S.2, 1887, s. 197-222.
- Wirl, Franz: **Die Theorie der öffentlichen Firmen: Rahmenbedingungen für effiziente Versorgungsunternehmen**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991.
- Wolff, Hans J.,
Bachof, Otto,
Stober, Rolf: **Verwaltungsrecht: Ein Studienbuch**, 3 C., 6. bs. München, Verlag C. H. Beck, C:II, 2000.
- Wolff, Hans J.,
Bachof, Otto,
Stober, Rolf: **Verwaltungsrecht: Ein Studienbuch**, 3 C., 5. bs., München, Verlag C. H. Beck, C:III, 2004.
- Würtenberger, Thomas: **Verwaltungsprozessrecht: Ein Studienbuch**, 3. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2011.
- Yasin, Melikşah: **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Yasin, Melikşah: **İdari Yargılama Usulünde İspat**, İstanbul, On İki Levha, 2015.
- Yaşar, Nuri: **İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.
- Yayla, Yıldızhan: “İdarenin Takdir Yetkisi”, **İÜHFM**, C.30, S.1-2, 1964, s. 201-211.

- Yayla, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, Eylül 2009.
- Yenice, Kazım: “Yorum”, **Danıştay Dergisi**, C. 8, S.30-31, 1978, s. 11-16.
- Yet, Orhun: “İdari Yargının Etkinliğine İlişkin Sorunlar”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayını No: 59, 2000, s. 81-88.
- Yıldırım, Turan: “Türkiye’de Devletin Ekonomiye Düzenlemesi Örneği Olarak İhracat Rejimi”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1989.
- Yıldırım, Turan: “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayını No: 59, 2000, s. 201-206.
- Yıldırım, Turan: **İdari Yargı**, İstanbul, Beta, 2008.
- YILDIRIM, Turan v.d.: **İdare Hukuku**, 2 C., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, C:II, 2010.
- Yılmaz, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, 8. bs. Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.
- Yılmaz, Ejder: “İstinaf Kavramı”, **Perşembe Konferansları**, S. 19, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, Aralık 2004, s. 205-221.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım: **İdare Hukuku**, 2 C., Ankara, Yetkin Yayınları, C: I, 2012.
- Ziekow, Jan: **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, München, Verlag C. H. Beck, 2007.

www.danistay.gov.tr
www.kazanci.com.tr
www.rekabet.gov.tr
www.usgovernmentmanual.gov

ÖZGEÇMİŞ

Adana 1983 doğumlu. İstanbul Cağaloğlu Anadolu Lisesi’nde başladığı lise öğrenimini Ankara Anadolu Lisesi’nde (Almanca) tamamladı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2005 yılında mezun oldu. Yüksek Lisans Eğitimini Amerika Birleşik Devletleri’nin Philadelphia şehrindeki Temple Üniversitesi’nde tamamlamıştır. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında 2008 yılında başladığı doktora programında, Erasmus Programı ile 2012-2013 döneminde altı aylığına Almanya’nın Berlin şehrindeki Freie Universität Berlin’de (Berlin Özgür Üniversitesi’nde) kaynak araştırması yaparak “Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların İdari İşlemlerinde Yargısal Denetiminin Kapsamı ve Etkinliği” konulu doktora tezini hazırladı. İstanbul Barosu’nda kayıtlı avukat olarak faaliyet göstermektedir.