

## İDARE HUKUKU VE ÖZEL HUKUK ARASINDA YARIŞMA MI UZLAŞMA MI?

Dr. Dilşat YILMAZ\*

### ÖZET

Türkiye idari rejimi benimsemiş bir ilkedir. Bunun anlamı, idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde idare hukuku kurallarına göre çözümlenmesidir. Ancak son yıllarda idarenin faaliyetlerin özel hukuk işlemleri yoğun olarak ilişkili hale gelmesiyle, idari uyuşmazlıklarda özel hukuk kurallarının yeri tartışılır hale gelmiştir. Başka bir ifadeyle idari yargıcın idari uyuşmazlıkların çözümünde özel hukuk kurallarından yararlanıp yararlanamayacağı; yararlanabilecekse bunun sınırı ayrı bir incelemeyi gerektirmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İdare Hukuku, Özel hukuk, İdari Yargıç, Adli Yargıç, bekletici sorun

### COMPETITION OR COMPROMISE BETWEEN ADMINISTRATIVE LAW AND PRIVATE LAW?

### ABSTRACT

Turkey is one of the states that adopted "administrative regime". It means, the disputes arising from administrative act and actions are judged at the administrative courts by applying rules of administrative law. But in the recent years, because of the fact that, the operations of the

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

administration have become strict related with the acts of private law, the role of the private law rules in "administrative dispute" has become a subject that has been arguing. In other words, if administrative judge is allowed to apply private law rules to the administrative disputes, and if the reply is positive, the scope of this usage necessitate a special consideration.

**Keywords:** Administrative Law, Private Law, Administrative judge, Ordinary judge, prejudicial issue

## GİRİŞ

Ülkemizde de uygulanan, "İdari rejim" ya da "Kıta Avrupası" denen sistemde, idare hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargı yerlerinde çözülür ve, idarenin işlem ve eylemlerine özel hukuk faaliyetlerinden farklı, kendine özgü özellikleri bulunan idare hukuku kuralları uygulanır. İdari yargı yerleri kural olarak yargılama faaliyetleri sırasında idare hukuku ve idari yargılama hukuku kurallarını kullanırlar. *"İdari rejimde ihtisaslaşmış olan idari mahkemeler, kendi usul kuralları çerçevesinde yargılama faaliyeti yapan ve uyuşmazlıkların çözümünde doğrudan idare hukuku kurallarını uygulayan, adalet mahkemelerinden ayrı, farklı bir yargı kolu içinde yer alan bağımsız mahkemelerdir"*<sup>1</sup>.

İdare Hukuku ise, *"İdare hukuku, idarenin etkinliklerini(işlemlerini ve yerine getirmekle görevli olduğu hizmetleri), kuruluşunu, işleyişini, insan ilişkilerini düzenleyen kuralları içeren hukuktur"*<sup>2</sup>.

İdare hukuku kurallarının temel özelliği, idarenin kamu yararı için faaliyet gösteren cihaz olmasına bağlı olarak şekillenmiştir. Anılan sebeple idare, özel hukuk kişilerinin sahip olmadığı birtakım ayrıcalıklı yetkilere sahiptir ve idare hukuku ilişkileri idare lehine yaratılan bir eşitsizlik üzerine kurulmuştur. Güran bu gerçeği şöyle ifade etmektedir:

---

<sup>1</sup> AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat- KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 91.

<sup>2</sup> ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku C. 2, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 101.

"...idari davaların, Kamu Hukuku'nun kendine özgü kavramlarına, mantığına, muhakemesine sahip ve bilgileri ile donanmış olan ve de hukuk devletine bu kapsamda bakmak "uzmanlığına" sahip bulunan yargıçlar tarafından yargılanması; bireylerin de, davalı İdare'lere karşı, İdari Yargı'nın farklı, etkin silahlarından yararlanması demektir"<sup>3</sup>.

İdarenin faaliyetlerinin her geçen gün çeşitlenmesi, idarenin farklı farklı, özellikle de ekonomik alanlarda da faaliyet göstermesi, kamu hizmetlerinin görülmesinde özel hukuk kişilerinin de yer almaya başlaması, idarenin bazı özel hukuk işlemleri içine girmesine yol açmıştır. Söz konusu faaliyetler tamamen "özel hukuk işlemi"<sup>4</sup> olabileceği gibi idarenin özel hukuk işlemleri içinde yer alan veya onunla bağlantılı idari nitelikli işlem ya da eylemleri olabilmektedir. İşte bu noktada karşımıza sorun olarak, idari yargıcın yargılama faaliyetini sürdürebilmek bakımından özel hukuk hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı, bu yararlanmanın sınırı gibi sorunlar ortaya çıkmaktadır.

### **I- İDARİ YARGIÇ ÖZEL HUKUK HÜKÜMLERİNE BAŞVURABİLİR Mİ?**

Anayasamızın "mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesi uyarınca "*Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*". Normlar hiyerarşisinde idare hukuku ve idari yargılama normlarının de temelini oluşturan söz konusu maddede, herhangi bir ayırım gözetmeksizin hakim "hukuka" ve "kanuna" uygun karar vereceğinden bahsetmektedir. Çeşitli yazarlarca idari yargının anayasal dayanağı olarak kabul edilen Askeri Yüksek İdare Mahkemesine ilişkin Anayasamızın 157. maddesi<sup>5</sup> ve

<sup>3</sup>GÜRAN Sait, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", 2008 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, s. 58.

<sup>4</sup>Akıllıoğlu 1983 dönemi sonrasındaki mevzuat incelendiğinde özel hukuk alanının genişleyip, idare hukuku alanının daraldığına dikkat çekmektedir. AKİLLİOĞLU Tekin, "Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yönetim Hukuku Ölçüleri". AİD, Cilt. 20, Sayı. 3, s. 27-28.

<sup>5</sup>GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 352.

Danıştay'a ilişkin 155. maddeleri de incelendiğinde<sup>6</sup>, söz konusu mercilerin "mahkemelerin bağımsızlığı" prensibine göre işleyeceğinden bahsedilmektedir<sup>7</sup>.

Kaldı ki, İdare Hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olması, onun diğer hukuk dallarından tamamen ayrı bir hukuk dalı olması anlamına gelmemektedir. Söz konusu bağımsızlık, hukuk prensiplerinin idare hukukunda aynı konularda özel hukuktakinden farklı bir yoruma tabi tutularak değerlendirilmesidir. Atay idare hukukunu miks bir hukuk dalı olarak nitelendirmektedir: *"Bu hukuk dalının bir kısmı kamu hukuku kurallarından kaynaklanmakta diğer bir kısmı da özel hukuktaki kurallardan hareketle uygulanmaktadır"*<sup>8</sup>.

Atay ayrıca bir zorunluluğa dikkat çekmektedir: *"Nitekim bazı durumlarda idari yargıç Özel Hukuku uygulamakta buna karşılık adli yargıçta aynı şekilde bazen İdare Hukukunu uygulamak durumunda kalmaktadır. Böylece geleneksel doktrinin arzuladığı gibi idari yargıcın etkisi katı bir şekilde İdare Hukukunun tanımına bağlı değildir. Bazı durumlarda idari yargıcın Özel hukuku uygulamasına örnek olarak idari yargıdaki ehliyet kavramı gösterilebilir. İdari yargıç bazen de Özel Hukuk kavramlarını İdare Hukukunun özelliklerini dikkate alarak kullanmak zorunda kalmaktadır. Bu husus özellikle idarenin sözleşmeleri ve idarenin sorumluluğunda söz konusudur"*<sup>9</sup>.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, 1973 yılında vermiş olduğu kararında, adli yargıcın uyuşmazlığın gerekli kılması halinde özel hukuk hükümlerini uygulayabileceğine karar vermiştir. İçtihatların

---

<sup>6</sup> ATAY E. Ethem, "İdare Hukukuna İlişkin Temel Prensipler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri", GÜHFD, C. 11, S. 1,2, s. 507.

<sup>7</sup> Bkz. ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 47.

<sup>8</sup> ATAY, s. 505. Ataya göre idare hukuku kurallarının özel hukuk kurallarından farklı olduğu katı bir şekilde ifade edilmemelidir. Uyuşmazlığın niteliğine göre aynı kurumun hem özel hukuk hem idare hukukunda "aynı anlam ve içerikte" uygulanması söz konusu olabilir. Ancak söz konusu örtüşmenin ortaya çıkma olasılığı genellikle söz konusu olmaz. ATAY, a.g.m., s. 513.

<sup>9</sup> ATAY E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 25.

birleştirilmesi gereğini doğuran olayda, idarenin hataya düştüğünü anlayıp, yaptığı fazla ödemelerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenip istenemeyeceği konusundaki çelişik kararlar olmuştur. Yargıtay söz konusu olayda geri almaya ilişkin prensipler ortaya koymuş ancak bundan önce şu açıklamaları yapmıştır: "*Borçlar Kanununun 61 ve sonraki maddelerinde düzenlenmiş bulunan sebepsiz zenginleşmede sebep, ile bunun sonuçlarını ayırmak gerekir. Eğer bu sebep kamu ( idare ) hukukunu ilgilendiren bir sebep ise, bu geçerli ( muteber ) olup olmadığı kamu ( idare ) hukuku ilkelerine göre çözümlenecek, konu çözümlendikten sonra, sonuçlarının tayin ve tespitinde Borçlar Kanununun 61 ve sonraki maddeleri uygulanacaktır. (Oser Schönerberger Borçlar Hukuku, R.S.çevirisi, 1950 Sh. 560, 561 Bussy Andre, İsviçre Türk Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme, K.G. çevirisi, 1948, Sh. 16, 17 Becker İsviçre Medeni Kanun Şerhi, Cilt VI, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Fas. 2, K. Reisoğlu çevirisi, Sh. 372; ). Ancak sebepsiz zenginleşmenin sonuçlarına Borçlar Kanununun 61 ve sonraki maddeleri hükümlerinin uygulanabilmesi için kamu ( idare ) hukukunda bu hükümlerin aksine hüküm bulunmaması gerekir. Diğer bir deyimle, Borçlar Kanunu hükümleri, kamu ( idare ) hukukunda bu hüküm bulunmadığı hallerde tamamlayıcı hüküm olarak uygulanır ( Fiek F., Commentaire du Code Federal des Obligations, cilt I, 1915 Sh. 175 ). Yine, Türk Borçlar Kanununa alınmamış olan ve memurların görevlerini ifa sırasında sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı sorumluluklarına ait İsviçre Borçlar Kanununun 61. maddesinin yorumunda, memurun kendi fiillerinden dolayı kamu kuruluşlarına karşı sorumluluğunun derecesini kamu hukuku kurallarının tayin edeceği ve örneğin kendisine tanınmış takdir veya yorum hakkını kullanırken hataya düşmesini, kamu ( idare ) hukuku kurallarınca, kusur olarak telakkisine imkan bulunmadığı kabul edilmektedir. ( Oser Schönerberger, a.g.e., Sh. 551- 552 Funk Fritz, Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I, Umumi Hükümler, H. Veldet ve C.H. Selek çevirisi, 1938, Sh. 106, 107 ). Türk sisteminin uygulama şekli de ayrıca bizi yukarıdaki kabul tarzına götürmektedir. Şöyle ki: İdarenin, mahkemeye başvurmadan, resen istirdada kalkması halinde, bu istirdat*

işlemi aleyhine açılacak iptal davası Danıştay'da görülecek ve tabiidir ki, Danıştay, bu anlaşmazlığı çözmek için, idare hukuku kurallarını uygulayacaktır. İdare fazla ödemeleri resen memurun aylığından kesmeyip de olayda olduğu gibi mahkemeye başvurduğu takdirde işlem aynı anlaşmazlık olduğu halde, bu kez idare hukuku kurallarının değil de Borçlar Yasası kurallarının uygulanması ve belki de tamamen aksi sonuca varılması adalet ve hukuksal düzenin kabul edemeyeceği bir durum yaratacaktır. *Hukuk alanında devamlılık ( istikrar ) ve güven ise temel ilkelerdendir. Onun için, anlaşmazlık sebebi idare hukukunu ilgilendiren bir sebep ise bu çelişkiyi önlemek, ikili sonuca varma ihtimalini ortadan kaldırmak, uygulamada yeknesaklığı sağlamak, için de, tasarrufun ait bulunduğu hukuk dalı kurallarının uygulanması zorunludur.*

*Bu suretle idarenin, yanlış tasarrufunu geri alması üzerine geri alma tarihine kadar ödediği fazla paraları, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tahsilini istemesi davalarında yanlış tasarrufun geri alınıp alınamayacağı, geri alınabilse dahi geçmişteki durumların hukukça tanınması gerekip gerekmediği, bunun sonucu olarak ödenmiş paraların geri istenip istemeyeceği konusundaki sorunun idare hukuku kurallarından faydalanılarak çözümlenmesi gerektiği belirlenmiş olmaktadır<sup>10</sup>.*

Bu karardan kısa bir süre sonra ise Danıştay, Ticaret Bakanlığının anonim şirketin sözleşme değişikliği izninin iptali için açılan davada, görevsizlik kararı vermiştir. Görevsizlik kararının gerekçelerinden bir tanesini uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği ve Danıştay'ın bu konuda görevi olmaması oluşturmuştur<sup>11</sup>.

Aktarılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararından sonraki tarihli Yargıtay kararlarının bazıları da, bu içtihada aykırı niteliktedir. Örneğin

---

<sup>10</sup> YİBGK, E. 1972/6, K. 1973/2, 27.01.1973, www.kararevi.com., 16.09.2013.

<sup>11</sup> NAKLEDEN: AKILLIOĞLU Tekin, " Ticaret Bakanlığının Anonim Ortaklık Ana Sözleşme Değişikliğine İzninin Çıkardığı Yönetim Hukuku Sorunları, BATIDER, C. 10, S. 2, s. 459.

tapu kaydının düzeltilmesi istemiyle yerel mahkemede açılan davada, tapu kaydının dayanağını olup olmamasının idare hukukuna ilişkin bir durum olup denetimde idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiş ve Yargıtay'ca da bu karar hem onanmış hem de karar düzeltme talebi reddedilmiştir. Yine Yargıtay Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından alınan tek yanlı kararın geçerliliğinin adli yargıda dava edilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>12</sup>.

Duran, 1982 yılında yapılan idari yargı reformundan sonra verilen söz konusu kararlara ilişkin şu değerlendirmeyi yapmaktadır: " 6 Ocak 1982 tarihli ve 2577 numaralı *İdari Yargılama Usulü Kanunu, Danıştay uygulamalarına göre bu tür idari işlemlerin sağlık ve geçerlik denetimini de sağlayan "yorum davası"na<sup>13</sup> artık yer vermemekte ve yalnız genel "iptal davası" yolunu açık tutmaktadır. Oysa yorum davası, Adalet mahkemelerince idari bekletici sorunlarını Danıştay'a havale kararıyla göndermesi üzerine, süre kaydı aranmaksızın, öncelik ve ivedilikle karara bağlanmasına imkan vermekte idi...1982 tarihli *İdari Yargı kanunlarıyla ortaya konan yargı düzeninde(adlileşme) artık idari bekletici soruna yer bırakmadığı, bunların Adalet mahkemelerince bir ön sorun sayılarak çözümlenebileceği kabul edilmek gerekir. ...Adli yargının, davanın esası gibi, bu sorunların da tabii hakimi olduğu savunulabilir... Ancak bu çözümler benimsendiği takdirde "idari yargı" özgürlüğünü ve bağımsızlığını yitirmiş olur"<sup>14</sup>.**

Sezginer ise, şu saptamayı yapmaktadır: "*Hukuk sistemimizde idari yargıda görülmekte olan bir dava sırasında, çözümlenmesi gereken özel*

<sup>12</sup> NAKLEDEN: DURAN Lütfi, Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar" AİD, C. 18, S. 2, s. 29 vd.

<sup>13</sup> "Genel olarak yorum davasının konusunu, bir yönetsel işlemin anlamı, kapsamı ya da geçerliliği konusunda çıkan anlaşmazlıklar oluşturur. 521 sayılı Danıştay Kanunu, yorum davasını, "adalet mahkemelerinde bakılmakta olan bir davada, bu dava ile ilgili idari bir işlemin manası veya şumülünün tayini hususunda çıkacak uyuşmazlıkların halli için mahkeme kararı üzerine" açılacak davalar olarak tanımlamış ve yorum davasının kapsamını dar tutmuştur. Uygulamada pek başvurulmayan yorum davası, *İdari Yargılama Usulü Kanunu ile kaldırılmıştır*". GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 12.

<sup>14</sup> DURAN, s. 31.

*hukuk uyumsuzlukları söz konusu olduğunda bekletici sorun yoluyla uyumsuzluğun adli yargıda çözümlenmesini öngören bir mekanizma mevcut değildir. Bu sebeple de özel hukuk alanında görülen idari işlemlerde, işlemin konusunu teşkil eden özel hukuk hükümlerinin göz önünde bulundurulduğu gibi, işlemin denetimde de kısmen de olsa iptal davası yargıcının bu hükümleri göz önünde bulundurması gerektiğini söyleyebiliriz. Burada yargı düzenlerinin görev alanlarını ihlal etme riski mevcut olmakla birlikte, aksi durumda da her iki yargı düzeninin olarak davaya bakmaması sebebiyle yargısal denetim dışında bir işlem kesiminin ortaya çıkması söz konusu olabilir ki, bu da kabulü mümkün olmayan bir husustur"<sup>15</sup>.*

## **II- ASLİ Mİ YARDIMCI MI?**

İdari yargıcın özel hukuk normlarını kullanabileceğinin saptanmasının ardından, söz konusu normların uyumsuzluğu çözümedeki değeri saptanmalıdır. Uyuşmazlığın çözümünün temel olarak özel hukuk normuna dayandırılması yani uyumsuzluğu çözen esas normun özel hukuka ait olması halinde "aslî" norm olma hali söz konusu olacaktır.

İdari rejimi benimseyen ülkelerde kural, idare hukukundan kaynaklı uyumsuzlukların idari yargıda çözülmesi olduğundan, idari bir uyumsuzlukta özel hukuk normlarını temel alarak uyumsuzluğu çözmek, adli- idari yargı ayırımının anlamını ortadan kaldıracaktır. Bu sebeple, idari rejimin benimsenmiş olduğu bir ülkede, gerek aynen gerek yorumlanarak uygulansın özel hukuk kurallarının idari yargılamada yardımcı nitelikte olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, idari uyumsuzluğu çözecek derecede olmalıdır.

Anayasamızın 138. maddesinde yargı kararlarının yasama, yürütme ve idareyi bağladığından bahsedilip, ayrıca "yargı" organından bahsedilmemesine açıklık getiren yazarlar haklı olarak şu vurguyu yapmaktadırlar: " *Anayasa koyucu, 138. maddede yargı organından bilinçli olarak bahsetmemiştir. Ancak bu durum, kesinlikle bir yargı kararının bir*

---

<sup>15</sup> SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 93.



*başka yargı organını bağlamayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim tarafları ve konusu aynı olan ve farklı yargı mercilerinde yargılama konusu edilen hukuki uyuşmazlıklarda, eğer yargılama faaliyeti, aynı maddi sebeplerin ve aynı ihlalin araştırılması niteliğinde ise bir yargı yerince verilen kararın diğer yargı yerini bağlayacağı muhakkaktır"<sup>16</sup>.*

### **III- İDARİ YARGILAMANIN FARKLI AŞAMALARINDA ÖZEL HUKUK**

İdari yargıcın özel hukuk hükümlerini uygulaması, yargılamanın farklı aşamalarında söz konusu olabilir. İlk olasılık söz konusu değerlendirmenin ilk inceleme aşamasında yapılmasıdır. Yıllardır yargı kararlarında ve doktrinde yoğun olarak tartışılmakla beraber, yargı yerlerinin son dönemlerdeki genel yaklaşımı, bir uyuşmazlığın çözüm yerini belirlemede yasa koyucunun takdir yetkisi bulunduğu yönündedir<sup>17</sup>. Böyle bir belirleme bulunmaması halinde, söz konusu uyuşmazlığı çözenin görev alanına girip girmediğini yargıç kendisi belirleyecektir<sup>18</sup>. Bu noktada yargıcın başvuracağı kriter elindeki uyuşmazlığın idare hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ait bir uyuşmazlık olduğunu saptamak olacaktır. Söz konusu uyuşmazlık idare hukukuna ilişkin ise, ilk incelemenin diğer safhalarına geçilecek, özel hukuka ait ise görevsizlik nedeniyle davanın reddine karar verilecektir. İşte uyuşmazlığın ait olduğu hukuk dalını bulmak hem idare hukuku hem de özel hukuk kurallarının gözden geçirilmesini gerekli kılacaktır. Örneğin idari yargıç önüne gelen bir işlemin kendi görev alanına girip girmediğini saptayabilmek için idari işlemler olduğu kadar Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye ilişkin düzenlemelerini dikkate almak zorunda kalacaktır.

<sup>16</sup> AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 80.

<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları için bkz. ÇAĞLAYAN, s. 47-48.

<sup>18</sup> Adli yargıcın özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda "olumsuz açıdan" da olsa idare hukuku kurallarını uygulamak zorunda kalabileceğine dikkat çekmektedir: "...yönetimin özel hukuk ilişkisine mutlaka özel hukuk kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir. Ancak, bu uygulamanın koşulları belirlenirken olumsuz açıdan da olsa yönetim hukuku kuralları uygulanmaktadır. Örneğin, bu olayda, adli yargıç özel hukuk ilişkisini saptayabilmek için öncelikle ilişkinin "idare yasalarının izin verdiği biçimde" kurulup kurulmadığını araştırmak zorundadır". AKILLIOĞLU, BATİDER, s. 463.

İdari yargıcın özel hukuk kuralları ile karşı karşıya gelebileceği ikinci ve aslında pek çok sorunu barındıran durum ise, esasa ilişkin denetim aşamasında söz konusu olacaktır. İdari işlemlerin bazılarının hukuka uygunluğu, bir özel hukuk işlemine dayanabilir ya da idarenin işlemi bir özel hukuk işlemler dizisinin arasına girerek onun sonuçlarını pekiştirebilir ya da işlerliğini sağlayabilir<sup>19</sup>. Akıllıoğlu bu işlemlere "özel hukuk alanıyla etkileşen idari işlemler" adını vermektedir: "*Bazı durumlarda bir yönetsel işlemle bir özel hukuk işlemi arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır*"<sup>20</sup>. Bu gibi durumlarda idari uyuşmazlığın çözülebilmesi için öncelikle yakın ilişkili olunan özel hukuka ilişkin sorunun da çözülmüş olması gerekir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20. maddesine göre "Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi" idarenin sözleşmeyi feshine imkan veren hallerden biridir. Mücbir sebep halleri dışında ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeme, 4735 sayılı Kanun'un 25nci maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlardandır ve bu durumda Kanun'un 26ncı maddesi hükmüne göre yüklenici hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Örneğin söz konusu yasaklama kararının hukuka uygun olup olmadığına idari yargı tarafından denetlenebilmesi için, idari yargıcın öncelikle bir özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmesinin feshinin hukuka uygun olup olmadığı noktasında bir sonuca varması gerekmektedir.

Bu noktada da sorun çeşitli olasılıklar kapsamında ele alınmalıdır. Birinci olasılık, idari yargıda açılmış dava öncesinde aynı konuda daha önce adli yargı yerinde açılmış olan yani derdest bir dava bulunmasıdır. İdari yargıç, yasaklama kararının hukukiliğine ilişkin yaptığı denetim sırasında, sözleşmenin feshini hukuka aykırı bularak, yasaklama kararını iptal etmiş olsun. Bu arada adli yargıda devam eden sözleşmenin feshine ilişkin dava sırasında adli yargıç ise, söz konusu feshi hukuka uygun

---

<sup>19</sup> AKILLIOĞLU, BATİDER, s. 469.

<sup>20</sup> AKILLIOĞLU, BATİDER, s. 467.

bulmuş olsun. Görülüyor ki, aynı sebepten kaynaklanan uyuşmazlıkta adli ve idari yargı yerlerinin farklı çözümler üretmesi söz konusu olabilme olasılığı az bir ihtimal değildir.

Esasa ilişkin değerlendirme konusunda bir diğer sorun yaratacak durum, davanın önce idari yargı yerinde açılması sonrasında adli yargı yerinde dava konusu olmasıdır. Başta da ifade edildiği üzere, söz konusu idari uyuşmazlık ile ilgili özel hukuk işleminin dava konusu edilmemesi halinde, idari yargıcın değerlendirme yapabileceği muhakkaktır ve buna engel bir durum da bulunmamaktadır. Ancak bu son olasılıkta, idari yargıcın özel hukuk işlemi hakkında yaptığı değerlendirme sonrasında adli yargı yerinden aynı konuda tamamen farklı bir karar çıkma olasılığı da bulunmaktadır.

Benzer sorun yani elindeki uyuşmazlığın idare hukuku ile bağlantılı olması ve bu konuda adli yargıda dava açılması halinde, adli yargıç anılan sıkıntıya düşmemek adına bu durumu "ön sorun" ya da "bekletici sorun" haline de getirebilir.

*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 163. maddesi uyarınca "(1)Yargılama sırasında, davaya ilişkin bir ön sorun ortaya çıkarsa, ilgili taraf, bunu dilekçe vermek suretiyle yahut duruşma sırasında sözlü olarak ileri sürebilir".*

*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165. maddesi uyarınca "(1) Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir. (2) Bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya idari makamın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurması için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir".*

O halde, "ön sorun"<sup>21</sup> ve "bekletici sorun"un ne olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Aşık her iki kurumun niteliğine ilişkin şu saptamayı yapmaktadır: *"Bir davada asıl sorunun çözümlenebilmesi için izlenecek prosedür sırasında, bu prosedürle ilgili olarak ortaya çıkan tali nitelikteki ihtilaflar, ön sorun(hadise) olarak nitelendirilmektedir... Geniş anlamda ön sorun, dava içinde çözümlenmesi gereken her sorunu ifade etmektedir. Bu anlamda bekletici sorun da geniş anlamda ön sorun içinde yer alır. Ancak davanın çözümlenebilmesi için öncelikle karara bağlanması gereken ön sorun hakkında başka bir mahkeme veya merciin karar vermesi gerekiyorsa bu ön sorun, bekletici sorun olarak nitelendirilmektedir... bekletici sorun kararı verilmesi durumunda derdest başka bir dava vardır"*<sup>22</sup>.

Başka bir ifade ile yargıcın önündeki uyuşmazlığın çözümü ile bağlantılı uyuşmazlığı çözmeye görevli değilse ve bu konuda diğer yargı kolunda açılmış bir dava söz konusu değil ise, "ön sorun" söz konusu iken iken, aynı konuda diğer yargı kolunda önceden ya da daha sonra açılan derdest bir dava var ise, "bekletici sorun" söz konusu olacaktır<sup>23</sup>. Aşık 165. maddenin ikinci fıkrasına ilişkin şu saptamayı yapmaktadır. *"Mahkeme bekletici sorun kararı vermek amacıyla ilgili tarafa dava açması veya idari makama başvuru yapması için süre vermediği müddetçe kural olarak karşısına çıkan ön sorunu kendisi çözebilecektir. Ancak mahkeme bu konuda ilgili tarafa dava açması veya idari makama başvuru yapması için süre vermişse bu sorunu artık kendisi çözemez"*<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> " Usul hukuku açısından bir sorunun ön sorun olarak nitelenebilmesi için bu sorunun, asıl sorundan önce çözümlenmesi, bir başka ifadeyle bir sorunun çözümünün başka bir sorunun öncelikli olarak çözümüne bağlı olması söz konusudur. Bu nedenle ön sorunda "ön" kelimesi, sorunun ortaya çıktığı zamana ilişkin olmamakta aksine çözümün zamanına, çözümün önceliğine ilişkin olmaktadır". AŞIK İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012 , s. 23.

<sup>22</sup> AŞIK, s. 42. *"Bekletici sorun kararı verilmesi belki yargılamayı geciktirecek, ancak o sorun hakkında görevli mahkeme veya merci tarafından karar verildiği için adil karar verilmesi ve hukuki barışın sağlanmasına hizmet etmiş olacaktır"*. AŞIK, s. 29.

<sup>23</sup> Bkz. AŞIK, s. 19.

<sup>24</sup> AŞIK, s. 136.

Görüldüğü üzere, adli yargıç bakımından özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği halde ortaya çıkması muhtemel bütün sorun olasılıkları ortadan kaldırılmıştır. Başka bir ifadeyle eğer özel hukuk sorununa ilişkin derdest bir dava var ise ya da söz konusu davanın daha sonra açılması halinde adli yargıç, "bekletici sorun" kurumunu işletebilecektir<sup>25</sup>.

Ancak idari yargıç için sorunu aşmak bu kadar kolay görünmemektedir. İYUK'un HMK'ya atıf yapan 31. maddesine bakıldığında, gönderme yapılan konular arasında "ön sorun" ya da "bekletici sorun" bulunmamaktadır. Ancak Danıştay'ın uzun yıllar önce verdiği kararlarında da, idari yargıcın özel hukuk hükümlerini uygulamasına olumlu yaklaşıldığı görülmektedir. Maddi hukuka değil yargılama hukukuna ilişkin olmakla beraber, 521 sayılı Danıştay Kanunu döneminde Danıştay'ın, Danıştay Kanunu'nda HUMK'ya açık atıf yapılmayan hallerde, sürelerin hesabı, davaların birleştirilmesi ya da derdestlik konularında, özel hukuk hükümlerini uyguladığı belirtilmektedir<sup>26</sup>.

Bu noktada belki akla gelebilecek bir diğer durum, adli yargıç tarafından daha önceden verilmiş kararın "istinaf", "temyiz" ya da "yargılamanın iadesi" yollarına götürülmesi halinde idari yargıcın ne yönde hareket etmesi gerekeceğidir. HMK'nın 350. maddesi uyarınca istinafa, 367. maddesi uyarınca temyiz, 381. maddesi uyarınca yargılamanın iadesi yoluna başvurulması kararın icrasını durdurmaz. Bu hükümlere dayanarak, idari yargıcın adli yargıcın saptamalarına dayanarak idari uyuşmazlığı çözmesi gerektiği iddia edilebilir. Ancak idari yargıcın uyuşmazlığı bu şekilde çözmesinin ardından söz konusu kararların Yargıtay tarafından hukuka aykırı

<sup>25</sup> HMK'nın 165. maddesinde düzenlenen "ihtiyari bekletici mesele" dir. Çeşitli kanunlarda ve HMK'nın spesifik alanlara ilişkin bazı düzenlemelerinde(örneğin 54. maddesi) bekletici mesele uygulaması "zorunlu" kabul edilmiştir.

<sup>26</sup> EROĞLU Yaşar, "Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay'da Uygulanışı", DD, Y. 3, S. 8, s. 28 vd.

bulunması halinde, ortaya hukuka aykırılığı saptanan bir kararı dayanak yapan başka bir yargı kararı çıkacaktır<sup>27</sup>. Söz konusu durum aynı zamanda bireylerin adalet duygusunu incitip yargı yerlerine olan güveni sarsacaktır. Bu sebeple, anılan sıkıntıyı bertaraf etmek için Yargıtay incelemesinin sonucunun beklenmesi uygun olacaktır. Ne var ki, burada da kanun yolu incelemesinin genelde pek de kısa sürmemesi bir itiraz olarak karşımıza çıkacaktır. O halde çözüme ulaşmak için " idari yargılamanın kısa sürede sonuçlanması" ile "adalet duygusunu tatmin eden karar verilmesi" arasında, menfaatler dengesi gözetilerek bir tercih yapılması gerekir. Adaletin aslı "en erken geleni" olmakla beraber, yargı kararının içerik olarak tatmin edici olması da bundan önemsiz sayılmamak gerekir. Başka bir ifade ile adli yargıdaki kanun yolu incelemesinin sonucunu beklemek çelişkileri ortadan kaldırarak daha ikna edici ve tatminkâr bir karar çıkmasını sağlayarak, yargı yerlerine duyulan güvenin azalmasının önüne geçecektir.

Bazı ülkelerde de, yapılan yasal düzenlemelerle idari yargıcın söz konusu sıkıntıları yaşamasının önüne geçilmiştir. Örneğin Alman Yasa Koyucu, Alman İdare Mahkemeleri Kanunu'nun (WwGO) 94. maddesinde bekletici soruna ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Söz konusu madde uyarınca "hukuki uyuşmazlığın çözümü kısmen ya da tamamen başka bir hukuki uyuşmazlığın konusu olan ya da idari bir makamca saptanacak bir hukuki ilişkinin varlığına ya da yokluğuna bağlı ise, dava diğer uyuşmazlığın çözümü ya da idari makamın kararına kadar ertelenebilir".

İdari yargıcın özel hukuk kuralları ile ilişkisi Fransız Hukukunda<sup>28</sup> da güncelliğini korumaktadır. 2012 yılında Conseil D'État da yapılan bir

---

<sup>27</sup> Bir olasılık olarak, dayanağı olan adli yargı kararının hukuka aykırılığı saptanan söz konusu idari yargı kararının da kanun yollarına götürülmesi ihtimali akla gelebilir. Ancak, Yargıtay incelemesi sonuçlanana dek, kanun yollarına ilişkin sürenin sona ermiş olma ihtimali de bulunmaktadır.

<sup>28</sup> Fransız Hukuku'nda 16-24 Ağustos 1709 tarihli yasa ve Decret 26 fructior an III ile, adli- idari yargı ayrımının temellendirilmeye çalışıldığı ifade edilmektedir. Farklı görüşler için bkz. SAUVÉ Jean-Marc, "Le juge administratif et les actes et activités de droit privé", <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-juge-administratif>

konferansta Başkan Yardımcısı Sauvé, idari yargıç ve özel hukuk ilişkisi hakkında şu bilgileri aktarmaktadır: "İstisnalar sayılmazsa, idari yargıç sadece idari işlemler konusunda yetkili iken adli yargıç ise özel hukuk işlemlerinin anlam ve geçerliliğini değerlendirmeye yetkilidir"<sup>29</sup>... Ancak son zamanlarda yaşanan değişimler bu konuda daha önceden de bulunan istisnalara yenilerini eklemeyi zorunlu kılmaktadır. Bu diğer yargıcın alanını tanımama değil, bir diyalog olarak nitelendirilmelidir. Yargının iyi yönetimi, aynı uyumsuzluk hakkında bağlantılı olan yargıçların işbirliğini de zorunlu kılmaktadır"<sup>30</sup>.

#### IV- SONUÇ

Türkiye idari rejimin geçerli olduğu bir ülkedir. Bunun sonucu, idarenin faaliyetlerine kural olarak İdare Hukuku'nun uygulanması, idarenin idare hukuku alanında yaptığı işlem ve eylemlerinden kaynaklanan sorunların uzmanlaşmış idari yargı yerleri tarafından çözümlenmesidir. Ancak idarenin faaliyet alanlarının zamanla çeşitlenmesi idarenin işlemleri ile özel hukuk işlemlerini bağlantılı hale getirmiş, idari yargıç önüne gelen uyumsuzluklarda özel hukuk meseleleriyle karşı karşıya gelmiştir. İdari rejimi benimseyen bir ülkede, idari yargıcın özel hukuk meseleleri konusunda değerlendirme yapmasının söz konusu prensibi ihlal olduğu düşünülebilir. Ne var ki, hukuk sistemimizde "bekletici" sorun gibi bu meseleyi ortadan kaldıran bir mekanizma söz konusu olmadığı için tek çözüm olarak, idari yargıcın idari uyumsuzluğu çözmek adına çeşitli çareler üretmesi zorunlu görünmektedir. Yargıcın önüne gelen uyumsuzluğu çözme yükümlülüğü de

---

et-les-actes-et-activit.html, 04.08.2013. Ayrıca bkz. E Ethem Atay, "Fransa'da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı", KaHuKa, Ekim 1998, Y. 1, s. 111- 112., ÇAĞLAYAN, s. 10, GÖZLER Kemal- KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s. 28.

<sup>29</sup> Yazar, bu ayrımın söz konusu hukuki ilişkilerin kendi doğalarından kaynaklandığını ifade etmektedir. SAUVÉ Jean-Marc, "Le juge administratif et les actes et activités de droit privé", <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-les-actes-et-activit.html>, 04.08.2013.

<sup>30</sup> SAUVÉ Jean-Marc, "Le juge administratif et les actes et activités de droit privé", <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-les-actes-et-activit.html>, 04.08.2013.

bu mecburiyeti doğurmaktadır. O halde idari yargıç idari uyuşmazlığı sonlandırma konusunda öncelikli olan özel hukuk uyuşmazlığı hakkında derdest bir dava varsa ya da idari davadan sonra açılan bir dava var ise "bekletici sorun" a ilişkin HMK hükümlerini uygulayabilmelidir Böylelikle yargı yerlerinden farklı karar çıkması önleneceği gibi, idari rejimin temel prensipleri zorlanmamış olacaktır. Bu şekilde bir dava yoksa da, idari rejim açısından tartışmalı bir durum yaratacak olmakla beraber, uyuşmazlığı çözme zorunluluğu adına, "idari uyuşmazlığı çözmeye yardımcı olma" sınırlarını aşmamak kaydıyla özel hukuk sorunu hakkında idari yargıcın değerlendirme yapabileceğini kabul etmek gerekir.

### **KAYNAKÇA**

- AKILLIOĞLU Tekin, " Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yönetim Hukuku Ölümleri". AİD, Cilt. 20, Sayı. 3.
- AKILLIOĞLU Tekin, " Ticaret Bakanlığının Anonim Ortaklık Ana Sözleşme Değişikliğine İzinin Çıkardığı Yönetim Hukuku Sorunları, BATİDER, C. 10, S. 2.
- AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat- KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- ATAY E. Ethem, "Fransa'da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı", KaHuKa, Ekim 1998, Y. 1.
- ATAY E. Ethem, "İdare Hukukuna İlişkin Temel Prensipler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri", GÜHFD, C. 11, S. 1,2.
- ATAY E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012
- AŞIK İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012
- ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.



- DURAN Lütfi, Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar" AİD, C. 18, S. 2.
- EROĞLU Yaşar, "Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay'da Uygulanışı", DD, Y. 3, S. 8.
- GÜRAN Sait, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", 2008 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara.
- GÖZLER Kemal- KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- SAUVÉ Jean-Marc, "Le juge administratif et les actes et activités de droit privé", <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-les-actes-et-activit.html>, 04.08.2013.
- SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000.
- ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku C. 2, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

