Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018,
ISSN 2146-0590, ss. 530-568

KAMU HUKUKU

İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme

Judicial Review of Administration's Soft Law Acts: Focus on French Law

Bige AÇIMUZ*

Öz

İdarenin tek yanlı bir işleminin idari işlem olarak değerlendirilebilmesi ve iptal davasına konu edilebilmesi için icrai olması aranır. İdarenin faaliyet alanındaki değişimler ve özellikle regülasyon faaliyeti, hukuki sonuç doğurmayan esnek hukuk araçlarının kullanımının artması sonucunu doğurmuştur. Bu durum hukuki işlem ve normatiflik hakkında tartışmalara ve esnek hukuk işlemlerinin denetime tabi olmamalarının sorgulanmasına neden olmuştur. Esnek hukuk işlemlerini iptal davasına konu etmekte başlangıçta temkinli davranan Devlet Konseyi, 2013 yılı etüdünü bu konuya ayırarak esnek hukuka ilişkin ölçütler geliştirmiştir. 2016 yılı sonrasında ise bağımsız idari otoritelerin doğrudan hukuki sonuç doğurmayan bazı tasarruflarının iptal davasına konu edilebileceğini kabul etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Esnek hukuk, İdari işlem, İcrailik, Normatiflik, Regülasyon

Abstract

The act of the administration must be an executory one in order to be denominated administrative act and therefore be subject to judicial review. The transformation of administrative functions and especially the regulation activity have increased the issue of soft law instruments that do not have legal consequences. This situation has generated discussions concerning legal act and normativity as well as critics of the absence of the judicial control. The Council of State which has been initially cautious to accept to review these instruments have developed criteria of definition of soft law in his 2013 study. Since 2016, the judge has also accepted to review some regulatory agencies' acts despite their lack of direct legal consequences.

Keywords: Soft law, Administrative act, Executory force, Normativity, Regulation

* Dr. Öğretim Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, bige.acimuz@ozyegin.edu.tr.

Makale Gönderim Tarihi: 29.9.2018
Yayına Kabul Tarihi: 5.12.2018

GİRİŞ

Esnek hukuk, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkmış ve yaygınlaşmış olup "bağlayıcı nitelikte olmayan belgelerde yer alan veya bağlayıcı bir hukuki belgede yer alsa da pozitif hukuk yükümlülüğü içermeyen veya pek az zorlayıcı yükümlülükler içeren ve bu sebeple normatif değeri sınırlı olan kuralları[1]" ifade etmektedir. Bazı uluslararası esnek hukuk işlemleri özel kişiler tarafından da benimsenmekte[2], özel hukukta da özellikle kurumsal sosyal sorumluluk ve iş etiği standartlarının belirlenmesi gibi esnek hukuk usulleri şirketler tarafından uygulanmaktadır.

Kamu hukukunda ise esnek hukuk, aslında kavramın yaygınlaşması öncesinde uygulama alanı bulmuştur. Öyle ki idarenin eskiden beri kullandığı ve bağlayıcılığı tartışılan plan, program ve strateji belgesi gibi araçlar bugün esnek hukuk işlemleri kapsamında değerlendirilmektedirler[3]. Ancak esnek hukuk araçlarının çeşitliliğinde ve etkililiğindeki artış, devlet yönetiminde işletmeci anlayışın yarattığı değişimden kaynaklanmakta olup bu değişimin kendisini en belirleyici şekilde gösterdiği alanlardan biri regülasyondur. Regülasyon hukukunun hukuk düzenlerinde yer alması ile pragmatik ve esnek özellikleriyle kendini gösteren bir hukuk ortaya çıkmıştır; zorlama yerine ikna ederek etkilemeye yönelik esnek hukuk işlemlerinin de bu hukukun araçlarından oldukları kabul edilmektedir[4].

Türk hukukunda örneğin Rekabet Kurulu, rekabet ihlalini saptadığı durumlarda ceza vermek yerine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un verdiği imkanlardan yararlanarak düzeltici önlemleri bildirme veya görüş bildirme yöntemlerini izleyebilmektedir[5]. Bunun gibi Sermaye Piyasası Kurulu'nun Danıştay tarafından idari işlem olarak kabul edilmeyen uyarıları, bu idarenin regülasyon faaliyeti çerçevesinde yaptığı işlemlerdendir[6].

İdarenin yönlendirme faaliyeti kapsamında kalan bu işlemlerinin icrai olmamaları sebebiyle iptal davasına konu edilememeleri bir hukuksal sorun haline gelmiştir. Zira önemli fiili etkiler doğuran ve kişilerin davranışlarını yönlendiren bu işlemler regülasyon otoriteleri tarafından yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Bu durumda idarenin bazı faaliyetlerinin yargısal denetim dışı kalması gibi bir sonuç doğmaktadır. Çünkü hem Türk hukukunda hem Fransız hukukunda idarenin herhangi bir tasarrufunun idari işlem olarak kabul edilerek iptal davasına konu olabilmesi için hukuki sonuç doğurması aranmaktadır (I). Bu yaklaşım son yıllarda Devlet Konseyi tarafından kısmen esnetilerek bazı esnek hukuk işlemlerinin denetleneceği kabul etmiştir (II).

---

1 CAZALA Julien "Le Soft Law International entre inspiration et aspiration", in Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2011/1 (Vol. 66), s. 41.

2 Bunlara örnek olarak *Incoterms* ve *Unidroit* ilkeleri verilebilir. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, "Entre droit souple et droit dur: les "Principes" en droit des contrats internationaux", *in* CONSEIL D'ETAT, Le droit souple, EDCE 2013, La documentation française, n° 64, s. 257.

3 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 32.

4 TAN Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2015, s. 26.

5 TAN, s. 27.

6 D13D, 9.10.2013, E/2012/1925, K. 2013/1542, aktaran TAN Emre, "Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi", *in* KUTLU GÜRSEL Meltem (ed.), Sermaye Piyasası, Seçkin, Ankara, 2016, s.143-144.

I. İŞLEMİN HUKUKİ SONUÇ VE ETKİ DOĞURMA GEREKLİLİĞİ

İdarenin herhangi bir tasarrufunun bir idari işlem olarak kabul edilmesi ve buna bağlı olarak iptal davasına konu edilebilmesi için hukuki bir sonuç ve etki doğurması gerekir ki bu olgu idari işlemin icrailiği şeklinde ifade edilmektedir (A). İdarenin dış görünüşüyle hukuk düzeninde bir değişiklik meydana getirmeyen ya da getirdiği değişiklik işlemin yargı denetimine tabi tutulmasını gerektirmeyecek kadar önemsiz kabul edilen işlemlerinin bir bölümü ise yargıcın içerik denetimi sayesinde idari işlem olarak kabul edilebilmektedir (B).

A. İDARİ İŞLEMİN HUKUKİ ETKİSİ VE İCRAİLİK KAVRAMI

İcrailik öğretide ve yargı kararlarında hem birden fazla anlamda hem de birden fazla işlevi karşılayacak şekilde kullanılmakta olup[7] idari işlemin ölçütü olması yanında (1) bir işlemin iptal davasına konu edilebilme koşullarından biridir (2).

1. İdari İşlemin Ölçütü Olarak Hukuki Sonuç ve İcrailik

İdarenin faaliyetlerini yürütürken kullandığı başlıca hukuki araç olan[8] idari işlemleri idarenin tek yanlı diğer tasarruflarından ayıran bunların icrailik özelliğidir. Ancak öğretide idari işlem, kimi zaman idarenin icrai işlemleri dışındaki işlemlerini kapsayacak şekilde geniş anlamda da kullanılmaktadır.

Duran'ın ifadesiyle "[d]evlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin idari işlev konusunda yaptığı her işlem, esas itibariyle, idari işlemdir"[9]. Chapus de idari işlemi geniş anlamıyla kullanmakta ve tek yanlı işlemin, bu işlemi yapanın irade beyanının hukuk düzenini değiştirecek bir norm yapma veya mevcut düzeninin aynı şekilde kalması yönünde oluşması halinde bir "karar" niteliği taşıyacağını

7 İcrailik yürütmeyi durdurma kararlarında, re'sen icra bağlamında, Fransız hukukunda ivedi yargılama usulünde ve ayrıca işlemin uygulanabilirliği anlamında da kullanılabilmektedir. Örneğin Fransız hukukunda mahalli idarelerin kararlarının yayımlanmalarıyla icrai olacaklarına ilişkin hüküm aslında bunların yürürlüğünü ve kişilere uygulanabilirliğini ifade etmektedir. İcrailik aynı zamanda doğrudan uygulanabilirlik anlamında da kullanılmaktadır. Doğrudan uygulanabilirlik, işlemin uygulanabilir olması için kendisinden başka bir araca ihtiyaç duyulmaması olup Hauriou'nun anlayışına göre bu özellik idari kararları yargı kararları ve yasama işlemleri ile uygulanma gücü açısından aynı seviyeye taşır. DARCY Gilles, "La décision exécutoire, esquisse méthodologique", AJDA 1994, s. 663. İcrailiğin farklı işlevleri için bkz. DELVOLVE Pierre, "La définition des actes administratifs", RFDA 2016, s. 35. Danıştay'ın da ender de olsa icrailiği uygulanabilirlik anlamında kullandığı görülmektedir: "Başka bir anlatımla iptal edilen düzenleyici işlemin uygulanabilirlik (icrailik) niteliği son bulur ve işlemin yapılmasından önceki durum yürürlük kazanır". D5D, 25.02.1998, E.1997/13, K. 1998/515, D5D; 24.05.1999, E.1998/4622, K. 1999/1685; D12D, 23.06.2004, E.2001/1678, K. 2004/2216, Aktaran YILMAZ Dilşat, İdari İşlemin İcrailik Özelliği, Astana Yayınları, Ankara, 2014, s. 52.

8 RIVERO Jean – WALINE Marcel, Droit administratif, Dalloz, Paris 2000, s. 96; LAVERGNE Benjamin, Recherche sur la soft law en droit public français, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse 2013, s. 61.

9 DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 333.

ifade etmektedir[10]. Rivero ve Waline tek yanlı işlemi geniş anlamıyla kullanmakta ve bu işlemler kapsamında icrai kararların ve icrai olmayan işlemlerin yer aldığını kabul etmektedirler[11].

Fransız hukukunda ayrıca, benimsenen idari işlem tanımına göre bazı hallerde daha dar, bazı durumlarda ise eşanlamlı olarak[12] icrai karar (*décision exécutoire*)[13] kavramı kullanılmaktadır. İcrailiğin farklı anlamları ve idari kararın aslında zaten icrai kararı ifade ediyor olması sebebiyle bu kullanımın karışıklığa neden olduğu ve terk edilmesi gerektiği de öne sürülmektedir[14].

Bunun yanında Fransa'da 2015'te yeniden düzenlenen Kamu ve İdare Arasındaki İlişkilere Dair Kanun'un (*Code des relations entre le public et l'administration*) L 200-1. maddesinde " (…) bu kitabın uygulanmasında işlemden, karar niteliğinde olan ve olmayan tek yanlı idari işlemler anlaşılır." ifadesine yer verilmiştir. Ancak Delvolvé, buradaki "işlem" tanımının kapsamına hukuki sonuç doğurmayan işlemlerin de giriyor olması sebebiyle burada maddi anlamda değil biçimsel anlamda bir işlemden bahsedildiğini düşünmektedir[15].

Bu örnekler dışında idari işlem, öğreti ve yargı kararlarında genelde maddi amlamıyla anlaşılmaktadır. Buna göre idari işlem, idarenin, idare işlevine ilişkin olarak, kamu gücü kullanmak suretiyle yaptığı tek yanlı idare açıklaması olarak tanımlanabilir[16]. İdari işlemlerin sadece idare değil özel hukuk kişileri tarafından da yapılabilecek olması sebebiyle bu tanıma özel kişiler de eklenebilmektedir[17]. İdari işlem hukuki sonuç doğuran işlem olarak icrailik niteliğini

10 CHAPUS René, Droit administratif général, C.1, Montchrestien, 15. Bası, Paris 2001, s. 502. Yazar bu anlamda olumsuz işlemlerin de idari karar niteliğinde olduklarını belirtmekle birlikte idari kararla icrai kararı ayırmakta ve örneğin ret kararlarının icrai olmadıklarını ifade etmektedir (s. 503). Yazarın burada icrailiği, kararın maddi dünyada icra edilebilme kabiliyeti olarak kullandığı düşünülebilir. Zira aynı zamanda icrai kabul etmediği bu işlemlerin iptal davasına konu edilebileceklerini, önemli olanın bir kararın varlığı olduğunu da değerlendirmesine eklemektedir.

11 RIVERO-WALINE, s. 98. Bununla birlikte aynı eserde idarenin hukuki işleminin hukuk düzenini değiştirmeye yönelik bir idari işlem olduğu da ifade edilmektedir. (s. 95)

12 DARCY, s. 663. YILMAZ, İcrailik, s. 23-24. ERKUT Celâl, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s. 117-119.

13 İdari işlem kuramı içerisinde önemli bir yer tutmuş olan icrai karar kavramı öğretide yaygın olarak Hauriou'ya atfedilmektedir. Bkz. DELVOLVE, "La définition des actes administratifs", s. 35; ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 117. Ancak Darcy, kavramın ilk olarak 1888 yılında, Hauriou'dan dört yıl önce Lafferrière tarafından kullanıldığını ifade etmektedir. Lafferrière, icrai karar kavramını idari işlemin ölçütü olarak değil yargılama hukukuyla sınırlı olarak bir işlemin iptal davasına konu olup olamayacağının belirlenmesi amacıyla ortaya atmıştır. Hauriou ise, icrailiği idari işlemin – ve hatta idari rejimin – merkezine konumlandırmış ve böylelikle dağınık ve belirsizlikler içeren kullanımını sistematik bir hale getirmiştir. DARCY, s. 664.

14 SEILLER Bertrand, Droit administratif, 2. Action administrative, Flammarion, Paris, 2001, s. 120.

15 Yazar ayrıca hukuki sonuç doğurmayan işlemlere idari işlem kapsamında yer verilmesini eleştirmektedir. DELVOLVE, s. 35. Bu karışıklığın en önemli sebeplerinden biri kavramın re'sen icrayı ve işlemin doğrudan uygulanabilirliğini ifade edecek şekilde kullanılmasıdır.

16 YILDIRIM Turan – YASİN Melikşah – KAMAN Nur – ÜSTÜN Gül – OKAN TEKİNSOY Özge (YILDIRIM ve d.), İdare Hukuku, 6. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 366.

17 AKYILMAZ Bahtiyar – SEZGİNER Murat – KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 385.

içinde barındıracak şekilde anlaşıldığından yukarıda bahsi geçen idari karar ve icrai işlemin özdeş olduğunu kabul etmek gerekir[18].

Bu şekilde tanımlanan idari işlem, öncelikle tek yanlı bir işlem olup tek bir tarafın irade açıklaması ile[19] hukuki değer kazanır[20]. İdare, kamu gücü ayrıcalıkları sebebiyle herhangi bir yargı merciine başvurmaksızın ve işlemin muhatabının onayına ya da kabulüne ihtiyaç duymaksızın yükümlülükler öngörebilir ve haklar tanıyabilir[21]. Bu anlamda bir işlemin yapılış sürecinde başvurulan katılım ya da müzakere usulleri işlemin tek yanlılığına etki etmeyecektir[22].

İcrailik ise işlemin hukuki etkisine ilişkin bir kavramdır. Buna göre bir işlemin idari işlem olarak kabul edilmesi için hukuki bir sonuç yaratması, yani hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmesi gerekir[23]. Bu etki düzenleyici işlemler bakımından yeni bir kural koyulması veya mevcut bir kuralın değiştirilmesi ya da kaldırılması şeklinde ortaya çıkar[24]. Birel işlemler açısından ise bir kişinin veya şeyin hukuki statüsünün değiştirilmesi, yeni bir hukuksal durumun yaratılması, ortadan kaldırılması ya da mevcut durumun korunması şeklinde kendini gösterebilir[25].

Bir idari işlemden bahsedebilmek için hukuki sonuç veya etkinin somut olarak gerçekleşmiş olması aranmaz; işlemin "hukuksal durumlarda yeni birtakım etkiler yaratma gücüne sahip olması" icrai kabul edilmesi için yeterlidir[26]. Bu anlamda idari işlem bir hukuki sonuç yaratmaya yöneliktir ve bu sonuç işlemin kendisiyle ortaya çıkar[27].

18 ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 117. Ancak örneğin Günday idari kararı birel idari işlem anlamında kullanmaktadır. GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 11. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017. s.123.

19 D5D, 17.5.1996, E. 1995/4416, K. 1996/1911 (UYAP, e.t. 3.7.2018)

20 ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 13.

21 CHAPUS, Droit administratif, s. 501.

22 CHAPUS, Droit administratif, s. 493.

23 GÜNDAY, s. 124.

24 Düzenleyici işlemin icrai nitelik taşımadığına ilişkin görüşler ve bu konudaki değerlendirmeler için bkz. YILMAZ, İcrailik, s. 51-53.

25 GÜNDAY, s. 124; FİŞ ÜSTÜN Gül, "Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanaklarının Niteliği", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2) 2011, s. 68.

26 ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 120.

27 AKYILMAZ – SEZGİNER-KAYA, s. 664. Hukuki sonucun işlemin kendisiyle ortaya çıkmasının bir anlamı da işlemin icrai olmasının diğer koşullar mevcutsa idari işlem olarak kabul edilmesi için yeterli olmasıdır. Buna göre örneğin işlemin re'sen icra edilebilir oluşu icrailiğe bağlı bir sonuç olup bir ölçüt olarak nitelendirilemez. Bkz. Günday, s. 124; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.1, İkinci Bası, Ekin, Bursa 2009, s. 675. Gözübüyük ve Tan da işlemin idare tarafından icra edilebilirliğinin ayrı bir konu olduğunu ifade etmekte ve bu nedenle icrai karar yerine etkili karar terimini tercih etmektedirler. GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 282, 304. İcrailik ve re'sen icra kavramları arasında fark için ayrıca bkz. DURSUN Hasan, "İdari İşlemin İcrailiği (I)", Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 6, S. 57, Mayıs 2011, s. 41. Ancak Danıştay'ın iptal davasına konu olabilecek işlemi nitelediği bazı kararlarından re'sen icrayı işlemin ölçütü olarak kabul ettiği sonucu çıkabilmektedir. Yargıcın ifadesiyle "*[i]dari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken işlemler, öğreti ve içtihatlarda idari makam ve mercilerin kamu gücüne dayanarak idare işlevine (idare hukuku alanına) ilişkin olarak yaptıkları ve resen icra edilebilme kabiliyetini taşıyan irade açıklamaları olarak tanımlanmaktadır.*" D11D, 29.1.2013, E. 2012/1436 K. 2013/588 (Lexpera, et.t. 5.3.2018)

İşlemin hukuki sonuç yaratıyor olması aynı zamanda normatif niteliğiyle de açıklanmaktadır. Normatiflik ya da işlemle doğan hukuki sonuç, klasik anlayışa göre[28], hukuk düzenine yeni bir norm ekleme, hak ve yükümlülük öngörme olarak ifade edilmekte olup işlemin hukuksal durumlar üzerindeki sonucu henüz somut olarak gerçekleşmemiş olsa dahi, böyle bir etkiyi içerme potansiyeli olarak ortaya çıkar[29]. Hukuk normu izin veya yetki vererek, yasak koyarak ya da emir vererek olması gerekeni gösterir[30]. İdare hukuku öğretisinde de idari işlemin hukuk düzenini etkilemesini işlemin "*normateur*" niteliği olarak adlandıran yazarlar mevcuttur[31].

Bu durumda idarenin bu niteliğe sahip olmayan, yani hukuk düzeninde veya hukuki statüler üzerinde bir değişiklik meydana getirmeyip sadece fiili etki ya da sonuç yaratan işlemleri normatiflikten yoksun olduklarından idari işlem olarak kabul edilmeyip iptal davasının konusunu oluşturamazlar[32].

2. İptal Davasının Konusunu Oluşturan İşlem ve İcrailik

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun[33] (İYUK) 2. maddesine göre iptal davaları, "idari işlemlerin" hukuka aykırılıkları sebebiyle iptal edilmeleri için açılırlar. Yani idarenin herhangi bir tek yanlı işlemi iptal davasının konusunu oluşturamaz; bu işlemin yukarıda açıklanan özelliklere sahip olması, yani öncelikle icrai olması gerekir. İYUK'un 14. maddesine göre ise bir işleme karşı dava açılabilmesi için bu işlemin aynı zamanda "kesin ve yürütülmesi gereken" bir işlem niteliğinde olması gerekir.

Fransız hukukunda da iptal davası İdari Yargılama Kanunu m. R. 421-1 uyarınca "kararlara"[34], yani icrai nitelikte işlemlere karşı açılabilir. İşlemin, etkisi bakımından iptal davasına konu olmasına ilişkin olarak da ilgililerin hukukunu etkileyen işlem olarak tercüme edilebilecek *acte faisant grief* kavramı kullanılmaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken nokta her iki hukuk düzeninde de idari işlem ile "kesin ve yürütülmesi gereken işlem" veya "*acte faisant grief*" olarak ifade edilen iptal davasının konusunu oluşturan işlemin[35] "işlemin doğası bakımından" aynı şeyi ifade edip etmediğidir. Zira aşağıda görüleceği üzere esnek hukuk işlemleri, hukuki etkileri olmamakla birlikte bazı hallerde denetlenebilen işlemler olup bu konudaki içtihat değişikliğinin işlemin doğasıyla mı yoksa yargılama hukukuyla mı ilgili olduğunu belirlemede bu nokta önem taşımaktadır.

28 Normatiflik konusundaki farklı yaklaşımlar için bkz. Bölüm II/A.

29 ÖZTÜRK Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 46-47.

30 GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş, 15. Baskı, Ekin, Bursa 2018, s. 25.

31 FRIER Pierre-Laurent – PETIT Jacques, Prècis de droit administratif, 6. Baskı, Montchestien, Paris 2010, s. 281

32 KARAHANOĞULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 263.

33 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı kanun, 20.1.1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmi Gazete.

34 İdari karar buradaki anlamıyla sadece birel işlemlerle sınırlı olmayıp, düzenleyici işlemleri de kapsar. CHAPUS, Droit administratif, s. 524.

35 DE FONTENELLE Louis, "La notion d'influence dans le recours pour excès de pouvoir", RFDA 2018, s. 312.

Öncelikle yürütülmesi gereken işlem kavramı genellikle icrailiğin yargılama usulündeki görünümü olarak kabul edilmektedir[36]. Erkut'a göre icrailik ve yürütülebilirlik, işlemin kimliğine ilişkin kavramlar olup bir "idari" işlemin iptal davasına konu edilip edilmesinde sınırlayıcı olan ölçüt kesinliktir[37]. Danıştay'ın ifadesiyle işlemin kesinliği, "*idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan, yani nihai nitelikte*"[38] yani "*uygulanmaya hazır, tamam bir işlem olmasını*"[39] ifade eder. Ancak öğretide bu olgunun işlemin kesinliği değil icrailiği ile ilgili olduğu da savunulmaktadır[40].

Danıştay'a göre "*[i]ptal davası açılabilmesi için ortada idarenin kamu gücüne dayanarak tek yanlı irade beyanıyla tesis ettiği, hukuk düzeninde değişiklik yapan başka bir deyişle ilgililerin hukukunu etkileyecek nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem bulunmalıdır*"[41]. Burada kullanılan ifadeden, "hukuk düzeninde değişiklik yapan" işlem ile "ilgililerin hukukunu etkileyecek nitelikte" işlem arasında nitelik itibarı ile bir fark gözetilmediği söylenebilir.

Ancak hukuk düzeninde değişiklik meydana getirme ve ilgililerin hukukunu etkileyecek nitelikte bulunma olgularının özdeş olarak nitelenmesi öğretide eleştirilmiştir. Erkut'a göre bir idari işlemin hukuksal sonuçlar doğurabilmesi ve haklar ve yükümlülükler yaratabilmesi anonim bir durumdur. İlgililerin hukukunu etkilemeden bahsedildiğinde ise işlemin öznel etkisi devreye girmekte ve bu da aslında menfaat ihlaline karşılık gelmektedir. Menfaat ihlali ise işlemi kimin yargı önüne götüreceğiyle ilgili olup idari işlemin kimliğiyle ilgili değildir[42].

---

36 KARAHANOĞULLARI, Yasallık, s. 264. YILMAZ, İcrailik, s. 22.

37 ERKUT Celâl, "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası, 1991, s. 112.

38 D7D, 19.01.2000, E. 1999/1760, K. 2000/67, Kazancı

39 D12D, 13.04.2005, E. 2004/4077, K. 2005/1353, Kazancı. Aynı yönde D12D, 23.3.2016, E. 2012/10636 , K. 2016/1598 (UYAP, e.t. 25.6.2018): "*Zira "kesin ve yürütülmesi gereken" tanımlaması, icrailik ve kesinlik kavramlarını bir arada içermektedir. İcrai işlem, kamu kudretinin üçüncü kişiler üzerinde ayrıca başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler olarak tanımlanmaktadır. İcrailik kavramından farklı bir anlam taşıyan kesinlik ise, işlemin uygulanmaya hazır, tamam bir işlem olduğunu ifade etmektedir. (Erkut, Celal; İdari İşlemin Kimliği, 2015, s.144,146)"*

40 İşlemin kesinliği esnek hukuk işlemleri bakımından belirleyici olmadığından, kesin işlem ve kesinleşmenin farklı kullanımları ile bu konudaki farklı yaklaşımlar inceleme dışı bırakılacaktır. Bu konuda ki tartışmalar ve farklı yaklaşımlar için bkz. ÖZTÜRK, İtiraz, s. 49-55; YILMAZ Dilşat, "Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin "Kesinliği" Üzerine Bir Değerlendirme: "Kime Göre?", "Ne İçin?". Kesinlik", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, Y. 2017, Sa. 2, s. 105-153. Aynı şekilde işlemin yürürlüğü ile ilgili tartışmalara da girilmeyecektir. Zira esnek hukuk işlemleri hukuki sonuç doğurmayıp etkileri fiili olduğundan bunların yürürlüğe girmeleri de söz konusu değildir.

41 D5D, 2.2.2005, E. 2001/2787, K. 2005/522, DD 110, (2005), s. 183 vd., aktaran GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 407. Yargıcın ifadesiyle "*[b]ir idari işlemin kesin ve yürütülebilmesi zorunlu sayılabilmesi ise; hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını da geçirmiş bulunmasına bir başka idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine yani idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlı bulunmaktadır.*" D3D, 4.6.1986, E. 1986/1733, K. 1986/1500, DD 64-65, s. 103.

42 ERKUT, İşlem, s. 111. Aynı yönde KAYA, Cemil, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.9, S. 1-2, Haziran-Aralık 2005, s. 256. SANCAKDAR ve d. de icrailiğin işlemin niteliği bakımından, etkililiğin işlemin üçüncü kişiler üzerinde doğurduğu sonuç bakımından önem taşıdığını ve daha çok "menfaat" koşulunu ilgilendirdiğini ifade etmektedirler. SANCAKDAR Oğuz; US Eser – KASAPOĞLU TURHAN Mine, ÖNÜT Lale Burcu; SEYHAN Serkan, İdare Hukuku, Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, 2017, 274.

İlgililerin hukukunu etkileme; kişileri hak sahibi ya da borçlu yapma, farklı hukuki statüye sokma, bir haktan yararlanma biçimini belirleme, malvarlığında artma veya azalmaya yol açma, özgürlükleri kısıtlama, bir hakkın kullanmasını kısıtlama, erteleme, tehlikeye sokma gibi şekillerde ortaya çıkar[43]. Bir işlemin icrai olup olmadığını anlayabilmek için muhataplarının hukuki statülerini etkileyip etkilemediğinin, onlara hak ve borç yükleyip yüklemediğinin belirlenmesi hem nesnel hem de öznel nitelikte bir değerlendirme gerektirir. Bu anlamda nesnel olarak içeriğin belirlenmesinin idari işlemin etkisine ve sonucuna dair olup öznel içeriğinin menfaat ihlaline karşılık geldiği düşünülebilir[44]. Özellikle birel işlemlerde, işlemin hukuki bir etkisi veya sonucu olup olmadığının tespiti, işlemin yöneldiği kişinin ya da nesnenin hukuki durumunu etkileyip etkilemediğinin incelenmesini gerektirebilecektir.

Menfaat ihlali idari işlemin kurucu unsuru olmadığından, kişilerin hukuki statülerinin değil sadece menfaatlerinin etkilenmesi durumunda işlemin iptal davasına konu olabilmesi de kural olarak[45] mümkün olmayacaktır. Zira kişilerin durumlarının bir işlemden etkilenmesi, işlemin kendisi "hukuki" durumları üzerinde bir etki yaratmadığı sürece işlemin icrai nitelik kazanması sonucu doğurmaz[46] ki bu nitelikte bir etki de zaten hukuk düzeninde bir değişiklik anlamına gelecektir.

Fransız hukukundaki "*acte faisant grief*" ise işlemi yapanın iradesinin hukuk düzenini değiştirmeyi veya mevcut şekliyle korumayı hedefleyen bir norm yaratmaya yönelmesi şeklinde ifade edilmektedir. Bu anlamda bir işlemin kişilerin hukukunu etkilediğinden bahsedebilmek için mevcut hukuksal durumda bir değişiklik meydana getirmesi aranır[47].

İptal davasına konu olabilecek karar Seiller tarafından hukuk düzenini, davacının durumundan da yola çıkarak doğrudan ve önemli bir biçimde etkileyen karar olarak açıklanmaktadır[48]. Yazar bu nitelikte olmayan işlemlere iç düzen işlemlerini[49] ve hazırlık işlemlerini örnek vermektedir. Bu işlemlerin öğretide icrai olmayan işlemler kategorisi içerisinde değerlendirildikleri

43 CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Yetkin, 7. Baskı, Ankara, 2017, s. 86-87.

44 Bu değerlendirmede Fransız hukukunda kullanılan "*acte faisant grief*"e dair tespitlerden esinlenilmiştir. TRUCHET Didier, Droit administratif, 4. Bası, PUF, Paris, 2011, s. 229. Aynı yönde bkz. BROYELLE Camille, Contentieux administratif, LGDJ, 4. Bası, Paris 2016, s. 69. Hatta bazı yazarlar bu menfaat ihlali ile olası bir karışıklığı önlemek amacıyla daha genel bir ifade olarak "dava edilebilir işlem" kavramını tercih etmektedirler. COURREGES Anne – DAEL Serge, Contentieux administratif, 4. Bası, PUF, Paris, 2013, s. 114.

45 Aşağıda bazı esnek hukuk işlemleri bakımından hukuki bir etki veya sonuç yaratmayan işlemlerin de iptal davasına konu edilebildikleri görülecektir.

46 CE, 27.5.1987, *SA Laboratoires Goupil*, b.n. 83292, Rec., s. 181, conclusions LAROQUE Martine, aktaran PAILLER Pauline, "Consécration d'un contrôle juridictionnel du droit souple", Revue de Droit bancaire et financier, no 3 Mayıs 2016, comm. 144.

47 BEAL Antoine, Introduction de l'instance, Jcl. Justice administrative, Fasc. 40, 1 Sept. 2015, prg. 36.

48 SEILLER, s. 124-125.

49 Bilindiği üzere iç düzen işlemleri hukuki etkiden bütünüyle yoksun işlemler değildirler. Yargı denetimine tabi olmamalarının nedeni ise bilgililerin hukuki durumunda değişiklik yapmamaları değil bu etkinin bir yargı denetimini gerektirecek önemde olmamasıdır. "*De minimis non curat praetor*" ilkesi uyarınca önemsiz işler yargıca götürülemeyeceğinden bu işlemler yürütülebilir işlem olarak değerlendirilmemektedirler. Truchet, s. 230. Bu işlemler hukuki etkileri belli bir eşiği aştığında artık iç düzen işlemi olarak kabul edilmeyip icrai nitelik kazanmaktadırlar. BROYELLE, s. 69.

düşünüldüğünde[50] icrai işlem ile iptal davasına konu edilebilen işlem arasında nitelik bakımından bir fark olmadığı düşünülecektir. Nitekim Fransız hukukunda idari karar ve iptal davasına konu olabilen işlem arasında doğrudan bir bağ olduğu kabul edilmektedir.

Sonuç olarak hukuki durumlarda değişiklik ve yenilik yaratma, ilgililerin iradesi veya rızası dışında, hatta iradelerine rağmen[51], hukuki durumlarını etkileme gücü olup[52] bu özellikler işlemin icrai niteliğiyle büyük ölçüde örtüşmektedir[53]. Bu durumda işlemin kesinliği ve doğrudan uygulanabilirliği bir kenara bırakılırsa idari işlem ile iptal davasına konu olabilecek işlemin, işlemin doğası bakımından birbirini karşıladıkları ortaya çıkar[54]. Bu nitelikte olmayan işlemler ise icrai olmayan işlemler olarak adlandırılmakta ve kural olarak iptal davasına konu edilememektedirler. Ancak isimlendirmeleri ve biçimleri bakımından "görünürde" icrai olmayan işlemler hukuki etki ve sonuç doğurmaları halinde yargısal denetime tabidirler.

B. İDARENİN "GÖRÜNÜRDE" İCRAİ OLMAYAN İDARİ İŞLEMLERİ

İdarenin hukuki sonuç ve etki yaratmayan ya da çok sınırlı etki yaratan tasarrufları idari işleyişin önemli bir parçasını oluştururlar. Bu nitelikteki işlemler farklı şekillerde isimlendirilmekte olup genel eğilim bunları idarenin icrai olmayan işlemleri olarak ifade etme yönündedir[55]. İdarenin icrai olmayan tasarrufları çok çeşitli olduklarından öğretide bunların bütününü kapsayacak bir tanım yapmak yerine bu tasarruflar gruplandırılarak incelenmektedir[56]. Frier ve Petit, hazırlık

50 Bkz. aşağıda icrai olmayan işlemlerin sınıflandırılmasına ilişkin 56 numaralı dipnot.

51 ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi 2004, s. 405.

52 DURAN, s. 341.

53 KAPLAN Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2016, s. 210; ERKUT, "İdari İşlemin Kimliği" s. 119-120. Yıldırım vd. ise kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan icrai işlemlerin de bulunduğunu ifade etmektedirler. YILDIRIM ve d., s. 368.

54 Aksi yönde değerlendirme için bkz. SEE Arnaud, "Le droit souple des autorités de régulation", Droit Administratif n° 5, Mai 2016, comm. 34.

55 Öğretide bu işlemleri etkisiz işlem olarak adlandıranlar da mevcuttur. YILDIRIM ve d., s. 406. Gözübüyük ve Tan da etkili karar-etkisiz karar ayrımını benimsemektedirler. GÖZÜBÜYÜK Şeref-TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2017, s. 307. Erkut, etkisiz işlem ifadesinin kullanımını eleştirmektedir, Erkut, s. 118. Karahanoğulları da benzer şekilde bu işlemlerin hukuki etkiye sahip olmasalar da yönetsel etkiye sahip oldukları gerekçesiyle etkisiz nitelemesinin irade açıklamasının hukuk öznelerinin statülerinde veya kurallar düzenindeki sonucuna ilişkin olduğunu ifade etmektedir. KARAHANOĞULLARI, Yasallık, s. 264. İdari işlemi geniş anlamıyla kullanan Duran ise bu işlemleri "idari karara benzeyen işlemler" olarak adlandırmaktadır. DURAN, s. 397.

56 Türk idare hukuku öğretisinde Duran, bu işlemleri gösterici işlemler, hazırlayıcı işlemler ve iç düzen işlemleri olarak gruplandırmaktadır. DURAN s. 398-400. Aynı sınıflandırma Yıldırım ve d. (İdare Hukuku, s. 593) ve Günday (GÜNDAY, s. 124) tarafından da benimsenmektedir. Erkut, icrai olmayan işlemleri idarenin iç düzen işlemleri, hazırlık işlemleri, bilgi verici ve açıklayıcı nitelikte işlemler, uygulamaya ilişkin işlemler, hukuki etkisini yitirmiş işlemler ve idarenin yersiz işlemleri şeklinde tasnif etmektedir. Erkut, İdari işlemin kimliği, s. 133-148. Kaya bu işlemleri hazırlık işlemleri, görüş belirten işlemler, bildirici işlemler, iç düzen işlemleri ve uygulamaya ilişkin işlemler olarak ayırmaktadır. KAYA, s. 261; aynı yönde AKYILMAZ – SEZGİNER-KAYA, s. 383. Gözler ve Kaplan ise hazırlık işlemleri, teyit edici işlemler, iç düzen işlemleri ve enformel işlemler başlıkları altında inceleme yapmaktadırlar. GÖZLER Kemal – KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa 2017, s. 296-303. Gözübüyük-Tan ise bunları görüş belirten işlemler, danışma işlemleri, hazırlık çalışmaları, uygulama ile ilgili kararlar ve idarenin içyapısı ve işleyişi ile ilgili kararlar olarak ayırarak incelemektedir. GÖZÜBÜYÜK – TAN, Yargılama, s. 309.

işlemleri veya tasdik edici işlemler, gösterici işlemler ve iç düzen işlemleri şeklinde üçlü bir ayrım yapmakta olup üstlerin hizmet birimlerine yönelik olarak hazırladıkları "düzenleyici" nitelikteki iç düzen işlemlerine gösterici işlemler arasında yer vermektedirler[57]. Bu işlemlerin icrai nitelikte olmasalar dahi idare edilenlere çeşitli kanallarla duyurulmaları ve dolayısıyla idari işleyişe ilişkin olarak bilgi vermeleri sebebiyle iç düzen işlemleri yerine gösterici işlemler kapsamında değerlendirmeleri daha uygun görülmektedir[58].

"Görünürde" icrai olmayan bazı işlemler, hangi kategoride yer aldıklarından bağımsız olarak Danıştay'ın ve Devlet Konseyi'nin yerleşik içtihatlarına göre yarattıkları hukuki sonuçlar ve etkiler sebebiyle idari işlem olarak kabul edilmekte ve yargı denetimine tabi tutulmaktadırlar. Bu içtihat, yargıcın kendisini işlemin hamiliyle (*instrumentum*) bağlı görmeyip işlemin içeriğini (*negotium*) inceleyerek bir değerlendirme yapmasıyla ortaya çıkmış olup[59] hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

İkinci bölümde ele alınacak olan esnek hukuk işlemleri çoğunlukla idarenin gösterici işlemleri kapsamında yer aldıklarından bu bölümde iç düzen işlemleri ve bir idari işlem dizgesi içinde yer alan ve tek başlarına doğrudan hukuki sonuç doğurmayıp ancak belli hallerde dava konusu yapılabilen hazırlık işlemleri[60] incelenmeyecektir. Gösterici işlemler genel düzenlemeler içerebildikleri gibi (1) birel nitelikte de (2) olabilmektedirler.

---

57 FRIER – PETIT, Prècis de droit administratif, 6. Baskı, Montchestien, Paris 2010, s. 281.

58 Genelge ve yönergelerin iç düzen işlemi olarak değerlendirilmemeleri gerektiği hakkında ayrıca bkz. LAVERGNE, s. 372.

59 COSTA Delphine, "Des directives aux lignes directrices, une variation en clairs-obscurs", AJDA 2015, s. 806.

60 Bilindiği üzere zincir işlemler kuramına göre bir idari işlemin yapılma sürecinin bir parçası olan ve icrai nitelikte kabul edilmeyen işlemler kural olarak iptal davasına konu edilemezler; hukuka aykırılıkları nihai işlemin dava edilmesi durumunda nihai işlemle birlikte ileri sürülebilir. Ancak halka işlem, iptal davasına konu olabilecek nitelikleri bünyesinde bulunduruyorsa, yani nihai nihai işlemden bağımsız olarak ilgililerin hukuki durumunu etkiliyorsa ayrılabilir işlem kuramı uyarınca iptal davasına konu edilebilmektedir. (SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin, 2000, s. 56-59) Bu konudaki tipik örnek Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler arasında kabul edilen rektör ataması sürecinde yer alan Yükseköğretim Kurulu işleminin ayrılabilir işlem olarak değerlendirilerek denetlenebileceğine ilişkin Danıştay içtihadıdır (D8D, 14.11.1995, 1994/7723, K. 1995/3624, DD 91, Sayı: 91, 1996, s. 1017-1018). Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.1, Ekin, Bursa, 2009, s. 712-714. Danıştay ayrıca içtihat değişikliğine giderek üniversite Etik Kurulu işlemlerinin de bu kurama göre denetlenebileceğine karar vermiştir. Yüksek mahkemenin önceki içtihadına göre "*etik ihlali yapıldığının tespiti halinde ancak yaptırım önerme yetkisi bulunan Üniversite Etik Kurulunun*" bir davranışın etik ihlali olduğuna yönelik kararı "*idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve icrai nitelikte bir işlem*" değildir (D8D, 6.11.2013, E.2011/7786, K.2013/7707, Lexpera). Daha yeni tarihli kararlarına göre ise "*etik ihlali tespitinden sonra kararın aday hakkında disiplin mevzuatına göre gerekli işlemlerin tesis edilmesi için davacının görev yaptığı İstanbul Üniversitesi Rektörlüğüne, bilgilendirme amaçlı olarak da davacıya ve Üniversitelerarası Kurul Başkanlığına gönderilmesine karar verilmiş ise de; bu haliyle de, davacının akademik hayatını büyük ölçüde etkileyebilecek ve olumsuz birçok sonuca yol açabilecek durumda bulunan davaya konu işlemin, davacının menfaatini ve hukuki durumunu etkiler nitelikte bir işlem olduğu açıktır. Bu itibarla, davaya konu işlemin bir idari süreç içinde yer alması ve hukuki sonuç yaratmış olması nedeniyle ilgilinin hukuksal durumunda değişiklik meydana getirdiği görüldüğünden, bu haliyle kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu ve idari davaya konu edilebileceği sonucuna varılmıştır*" (D8D, 19.2.2016, E.2015/1757, K.2016/1425, Lexpera). Ayrıca kamu görevlilerinin atanmaları sürecinde yapılan güvenlik soruşturmaları sonucu hazırlanan ve Danıştay'ın hazırlık işlemi ve iç düzen işlemi olarak nitelediği raporlar da olumsuz olmaları halinde atamayı imkansız kılacak olmaları sebebiyle dava edilebilecek niteliktedirler. Bkz. YILDIRIM ve d., s. 407. Karahanoğulları da güvenlik soruşturması raporlarının ve

1. Genel Düzenlemeler İçeren Gösterici İşlemler

Genelge, sirküler, yönerge, tebliğ, tamim gibi isimler alan ve öğretide genellikle iç düzen işlemi olarak değerlendirilen bazı işlemler, idarenin kendi örgütüne yönelik olarak yaptığı düzenlemeler olup ayırt edici özellikleri kişilerin hukuki durumlarını etkileyici nitelikte olmamalarıdır[61]. Bu işlemler hukuki veya fiili durumun saptanması, açıklanması, belirginleştirilmesi, yorumlanması ve duyurulması için gerçekleştirilirler[62].

Danıştay, idarenin soyut hukuk kuralları koymayan, daha önce yürürlüğe konulan hukuk normunu yineleyen veya bu üst hukuk normunun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda alt idari birimlere ya da idare edilenlere açıklamalar getiren tasarruflarının, hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik oluşturamayacaklarından, idare edilenler yönünden bağlayıcı ve dolayısıyla düzenleyici olmadıklarını ifade etmektedir[63].

Buna karşılık yeni kural koyan veya idarenin iç işleyişinin ötesinde düzenlemeler getiren işlemler icrai işlem olarak kabul edilmekte ve yargı denetimine konu olabilmektedirler. Örneğin Türkiye Barolar Birliği'nin "Bir Avukat Yanında, Avukatlık Ortaklığında veya Avukatlık Bürosunda Ücret Karşılığı Birlikte Çalışan Avukatlar Yönergesi", Avukatlık Kanununun uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin ancak yönetmelikle yapılabileceği, yapılan düzenlemenin idarenin iç işleyişinden daha çok avukatların sözleşme ve çalışma koşullarını düzenlemesi ve bu anlamda da kişi hak ve hürriyetlerine ilişkin hükümler içermesi nedeniyle icrai kabul edilerek Danıştay tarafından iptal edilmiştir[64].

Fransız hukukunda ise icrai olmayan düzenlemeler arasından sirkülerler/genelgeler (*circulaires*) ve direktifler/yönergeler/talimatlar (*directives*, yeni adıyla *lignes directrices*[65]) ön plana çıkmaktadır.

---

bilgi fişlerinin kişileri sakıncalı statüsüne sokmaları ve anayasal hakların sınırlandırılması sonucunu doğurmaları sebebiyle iptal davasına konu edilmeleri gerektiği düşüncesindedir. KARAHANOĞULLARI Onur, "Güvenlik Soruşturması", AÜSBFD, 53/1 (Ocak-Aralık 1998), s. 183-184. Bkz. Aksi yönde DURSUN, İcrailik (I), s. 48.

61 GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 332.

62 Örneğin İçişleri bakanlığının il özel idarelerinin bütçelerinin nasıl hazırlanacağına yönelik olarak valiliklere gönderdiği genelge yürütülmesi zorunlu idari işlem olarak kabul edilmemektedir, DDK, 5.11.1971, E. 1971/640, K. 1971/886, AİD, c. 5, S. 1, 1972, s. 150. Danıştay, Maliye Bakanlığı'nın çıkardığı gelir vergisi genel tebliğinin de kişiler hakkında icrai niteliği olmadığından iptal davasına konu edilemeyeceğini ifade etmektedir, D4D, 1.11.1977, E. 1977/495, K. 1977/2795, DD S. 30-31, s. 178, Kararlar için bkz. GÖZÜBÜYÜK-TAN, Genel Esaslar, s. 406. Bunun gibi işveren prim desteğinden yaralanan işverenlerin hakedişlerinden yapılacak kesintilerin muhasebeleştirilme sürecine dair olan yazı da idarenin iç işleyişiyle ilgilidir. D15D, 8.11.2016, E. 2016/4804, K. 2016/5263, (Kazancı, e.t. 28.6.2018)

63 D7D, 8.2.2007, E. 2006/5220, K. 2007/394 (UYAP, e.t. 28.6.2017)

64 D8D, 9.7.2014, E. 2013/10851, (Kazancı, e.t. 28.6.2017)

65 Devlet Konseyi Esnek Hukuk başlıklı incelemesinde Avrupa Birliği işlemlerinden olan yönerge ile karışmaması amacıyla idarenin yaptığı *directives*'in *lignes directrices* olarak adlandırılmalarının gerekliliğini ifade etmiştir. CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 139. 19 Eylül 2014 tarihli kararıyla da *lignes directrices* hakkında *directives* için benimsediği yaklaşımı izleyerek karar vermesi karşısında öğretide artık bu dönüşümün gerçekleştiği kabul edilmiştir. CE, 19.9. 2014, Jousselin, b.n. 364385, AJDA 2014, s.1798.

Genelgeler hiyerarşik üstlerin mevcut yasa ve yönetmeliklerin uygulanması amacıyla kendi hizmet birimlerine yönelik olarak hazırladıkları emir, tavsiye ve açıklamalardır[66]. Uygulamada kamu görevlileri açısından belirleyici olan bu işlemler icrai nitelikte olmayıp idari işlemlere dayanak teşkil edemezler, idare veya ilgililer tarafından ileri sürülemezler ve iptal davasına konu edilemezler[67]. Ancak idareler bazı hallerde genelge adı altında hukuki sonuç doğuran işlemler yaparak yeni kurallar koyabilmektedirler.

Bu konuda Devlet Konseyi ilk önce 29 Ocak 1954 tarihli *Institution Notre Dame de Kreisker* kararıyla yorumlayıcı ve düzenleyici genelge ayrımını yapmıştır. Genelge hükümlerinin hukuk düzenini değiştirdikleri, yani kişilere yeni haklar ve güvenceler sağladıkları veya ek yükümlülükler öngördükleri andan itibaren icrai kabul edildiklerini; aksi takdirde bunlara karşı dava açılamayacağını kabul etmiştir[68]. Ancak özellikle hukuka aykırı düzenlemelerin yorumlayıcı genelgeler aracılığıyla idareler tarafından uygulanıyor olması sorunu içtihadın değiştirilmesini gerektirmiş ve *Mme Duvignères* kararıyla genelgeler, içerdikleri hükümlerin formüle ediliş şekillerine göre emredici (*impératif*) olanlar ve olmayanlar şeklinde ikiye ayırmıştır[69]. Emredici hükümler içeren genelgeler mevcut hukuk kurallarını hatırlatmakla sınırlı kalıp herhangi bir yenilik eklemeseler dahi iptal davasına konu olabilirler[70]. Devlet Konseyi'ne göre bir genelgenin buyurucu nitelikte kabul edilerek iptal edilebilmesi üç ihtimalde söz konusu olabilir. Bunlardan ilki idarenin üst hukuk normlarıyla tanınmayan bir yetkiyi kullanarak yeni bir kural koyması[71], ikincisi idare yetkili de olsa işlemin başka bir sebepten sakat olması; üçüncüsü ise genelgeyle benimsenen yorumun, açıklamayı hedeflediği yasa ve düzenleme hükümlerinin anlamını ve kapsamını yanlış ifade etmesi ya da bir üst hukuk normuna aykırı bir kural koymasıdır[72]. Bu içtihadın önceki ölçütlere göre daha kapsayıcı olduğu ileri sürülmekle birlikte[73], Devlet Konseyi'nin genelgenin hükümlerinin emredici olup olmamasını genelde içeriğinin hukuka uygunluğuyla ilişkilendirilmesi, bunun tam tersinin yapılmasının gerekececeği gerekçesiyle eleştirilmektedir[74]. Emredici hükümler içermeyen genelgeler ise bugünkü anlayışta esnek hukuk işlemi olarak kabul edilmektedirler[75].

66 CHAPUS, Droit administratif, s. 513; GÖZLER-KAPLAN, s. 298.

67 CHAPUS, Droit administratif, s. 515; GÖZLER-KAPLAN, s. 299-300.

68 *Ibid.*

69 BEAL, prg. 40; TRUCHET, s. 292.

70 COURREGES-DAEL, s. 115, CHAPUS René, Droit du contentieux administratif, 13. Bası, Montchrestien, Paris 2008, s. 548.

71 Burada Fransız hukukunda bakanlıkların düzenleme yetkilerinin Türk hukukuna göre çok daha sınırlı olduğunu hatırlatmak gerekir. Ayrıca birçok bağımsız idari otorite de bu yetkiyi haiz olmayıp kamu tüzel kişiliği olmayan bağımsız idari otoritelere genel bir düzenleme yetkisi verilmesinin anayasaya aykırı olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. AUTIN Jean-Louis – BREEN Emmanuel, Autorités administratifs indépendantes, Jcl. Administratif Fasc. 75, prg. 89-91. Regülasyon faaliyetinde bulunan otoritelerinin çoğunluğunun kamu tüzel kişiliği olmadığı düşünüldüğünde burada, incelenen konu açısından geniş bir uygulama alanı olan bir durum söz konusudur.

72 CE, 18.12.2002, Mme Duvignères, b.n. 233618, RFDA 2003, s. 280, concl. P. Fombeur.

73 BEAL prg. 40; TRUCHET, s. 292.

74 TRUCHET, s. 291. CHAPUS, Contentieux, s. 551; COLLET Martin, Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, LGDJ, Paris 2003, s. 49.

75 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 35.

Yönergeler (*directives/lignes directrices*) ise hiyerarşik üstün, düzenleme yetkisine sahip olmasa dahi, takdir yetkisi çerçevesinde astlarına belli bir konuda hangi yöntemin izleneceğine ilişkin olarak verdiği somut emirler olarak ifade edilmektedir[76]. Devlet Konseyi'nin *Crédit Foncier de France* kararıyla[77] geçerlilikleri kabul edilen bu işlemler, idarelerin mevcut düzenlemelere dayanarak yapacakları birel işlemlere ilişkin uygulama esaslarını ortaya koyarlar. Yönergeye başvurmadaki temel amaç idari uygulamalarda tutarlılığın, eşitliğin ve öngörülebilirliğin sağlanmasıdır. İdarenin düzenleme yetkisi olmasa dahi yönerge çıkarabilmesinin dayanağı, idareye birel işlemleri yapma konusunda tanınan takdir yetkisinin bu yetkinin ne şekilde kullanılacağı konusundaki esasları belirlemeyi de içeriyor olmasıdır[78].

Yönergeler, yapılacak işlemlerin içeriğine dair yönlendirmeler içerdiklerinden bunların genelgelerden farklı olarak ilgililer tarafından idareye karşı ileri sürülebilmeleri ve idarenin işlemlerine dayanak teşkil etmeleri mümkündür[79]. Ancak buna rağmen yönergeler yönetmeliklerden, idarenin bunları dikkate almama imkanının varlığı sebebiyle ayrılırlar ve kural olarak iptal davasına konu olamazlar. Öyle ki, ilgili idareler birel işlemleri yaparken somut olayın koşulları veya kamu yararı gerekleri sebebiyle ve gerekçelerini ortaya koymak suretiyle yönergedeki esaslardan ayrılarak karar verebilirler[80].

Yönergeler, özellikle bağımsız idari otoritelerin, uygulamalarına dair esasları belirleme ve duyurmada bu usule başvurmaları sebebiyle iç düzen işlemi olmaktan öte bir işleve sahip olmuşlardır. Bu anlamda hukuki etkilerine göre kimi zaman icrai olmayan açıklayıcı/yönlendirici işlem, bazı hallerde de icrai işlem niteliğinde olabilirler. Nitekim Devlet Konseyi 2013 yılı etüdündeki "dereceli normatiflik" incelemesinde bunları esnek hukuk işlemleri ile katı hukuk işlemleri arasında bir yere yerleştirmektedir[81].

2. Birel Nitelikli Gösterici İşlemler

Enformel idari işlemler kapsamında da değerlendirilen[82] açıklayıcı, bilgilendirici, gösterici ve yönlendirici işlemler idarelerin başvuru üzerine veya re'sen, mevcut mevzuatın yorumlanması, kişilere hak ve yükümlülükleri hakkında bilgi verilmesi, bunların hatırlatılması veya herhangi bir hak ve yükümlülük tanımaksızın kişilere belli davranışları benimsemeleri konusunda tavsiyede bulunulması şeklinde ortaya çıkarlar[83]. Bu işlemlerin icrai kabul edilip edilmemeleri formüle ediliş biçimlerine ve içeriklerine göre belirlenmektedir.

76 CHAPUS, Droit administratif, s. 519; LAVERGNE, s. 209,

77 CE, Sect., 11.12.1970, *Crédit foncier de France*, b.n. 78880, Rec. s. 750.

78 Cytermann'ın Hauriou'dan aktardığı üzere "*Takdir yetkisinin kuralları olmayan bir yetki olduğunu zannetmemek gerekir; [takdir yetkisi] kendi kurallarını, kendisi için, kendisi koyan bir yetkidir*" CYTERMANN Laurent, "Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France", RFDA 2013 s.1119.

79 CHAPUS, Contentieux, s. 650.

80 COSTA Delphine, s. 806, CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 65-66.

81 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 70.

82 CHAPUS, Contentieux, s. 486; GÖZLER-KAPLAN, s. 303.

83 ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 144; ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, 4. Bası, Turhan, 2014, s. 436

Somut bir durum hakkında verilen görüşler veya idarenin belli bir davranışın benimsenmesine ilişkin dilek ve istekleri icrai nitelikte kabul edilmemektedirler[84]. Bunların icrai kabul edilmeleri ancak genel ve emredici hükümler içermeleri veya bireysel emirler öngörmeleri[85] ya da karar vermede yetkili idare açısından bağlayıcı olmaları halinde[86] mümkündür. Nitekim Devlet Konseyi bir regülasyon otoritesinin belli bir konuda işlem yapmada yetkili olan idarenin kararını etkileyebilecek nitelikteki görüşlerine karşı dava açılabileceğini kabul etmektedir[87].

Mevcut bir işlem hakkında bilgi veren ya da bu işlemi hatırlatan işlemler icrai olmayıp bu niteliği ancak muhataplarınca belli bir davranışın benimsenmesini emretmeleri halinde kazanırlar[88]. Bu noktada regülasyon otoritelerinin de sıklıkla başvurdukları işlemler olan uyarıları (*mise en garde*) ve ihtarları (*mise en demeure*) birbirlerinden ayırt etmek gerekecektir.

İhtarlar genellikle bir yaptırım tehdidi içeren ya da ilgilisine bir davranışın benimsenmesi ya da bir davranıştan kaçınılması için belli bir süre tanıyan işlemler olup icrai oldukları kabul edilmektedir[89]. Hatta böyle bir içerik taşımasalar dahi emredici bir şekilde formüle edilmeleri halinde bu işlemlere karşı iptal davası açılabilir[90]. İşlemin kendisi yaptırım tehdidi içermiyorsa bile işlemi yapan idarenin başkaca bir işlem yapmaksızın ilgili hakkında bir yaptırım uygulama yetki veya imkanına sahip olması da icrailik için yeterli sayılabilmektedir[91].

Uyarılar ise ihtarlardan bilgi verici mahiyetleriyle ayrılmakta olup kural olarak icrai değildirler[92]. Bir yaptırımın öncülü olmaları veya çoğunlukla göz korkutucu bir şekilde kaleme alınmaları bu niteliklerini değiştirmediğinden uzun süre iptal davasına konu edilemeyecekleri kabul edilmiştir[93]. Danıştay, Sermaye Piyasası Kurulu'nun görüş ve uyarı niteliğindeki işlemlerinin

84 COLLET, s. 57; DURSUN Hasan, "İdari İşlemin İcrailiği (II)", Terazi Hukuk Dergisi, Y. 6, S. 58, Haziran 2011, s. 75.

85 CE, 11.10.2012, *Sté Casino Guichard-Perrachon*, b.n. 346378, AJDA 2012, s. 2373.

86 GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 311; ODENT Raymond, Contentieux administratif, T.1, Dalloz, Paris 2007, s. 775; YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2010, s. 109.

87 Devlet Konseyi bir regülasyon kurumu olan Demiryolu Faaliyetlerini Düzenleme Otoritesi'nin, uluslararası demiryolu taşımacılığı şirketlerinin ulusal sınırlar içerisinde faaliyette bulunmalarının ilgili bölgedeki mevcut demiryolu taşımacılığına olumsuz etkisi olmayacağına ilişkin görüşüne karşı iptal davası açılabileceğine karar vermiştir. Yargıcın gerekçesi, bu görüşün varlığı halinde Taşımacılığı Düzenleme Otoritesi'nin ilgili faaliyeti yasaklama ya da sınırlama yönünde karar alamayacak oluşudur. CE, 30.1.2015, Région Province-Alpes Côte d'Azur, b.n. 374022, Conclusions DOMINO Xavier, "Le Conseil d'Etat juge du régulateur ferroviaire: une première", AJDA 2015, s. 875. Note IDOUX-NICINSKI, AJDA 2015, s. 671.

88 CHAPUS, Contentieux, s. 556.

89 GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 308; FİŞ ÜSTÜN, s. 71. Dursun, İcrailik (II), s. 78. Danıştay'ın aksi yöndeki, yaptırım tehdidi taşıyan uyarıların iptal davasına konu olmayacaklarına ilişkin kararları için bkz. AKYILMAZ – SEZGİNER-KAYA, s. 399.

90 CHAPUS, Contentieux, s. 557.

91 DURAN, s. 344-345.

92 COLLET, s. 59.

93 Örneğin Görsel-İşitsel Üst Kurul başkanının (*Conseil Supérieur de l'Audiovisuel – CSA-)* bir televizyon şirketini uyararak konseyin kınadığı bu davranışlarda ısrarcı olunması halinde bunun sonuç doğuracağını ifade ettiği mektup icrai kabul edilmemiştir. CE, 4.10.1996, *Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux*, Lebon, s. 381. Bu ve benzer yöndeki kararlar için bkz. COLLET, s. 60.

kesin ve yürütülebilir nitelikte işlemler olmadıklarına hükmetmektedir[94]. Rekabet Kurulu'nun ihlal başvuruları üzerine verdiği görüşler de içerik itibarı ile uyarı niteliğinde olup bunlara uyulup uyulmaması konusunda takdir davacıya ait olduğundan[95] yüksek mahkemenin yerleşik içtihadına göre iptal davasına konu edilememektedirler[96]. Hatta Danıştay, ilgililere aralarındaki anlaşmaları sonlandırmaları için süre tanıyan ve aksi takdirde soruşturma açılacağını bildiren işlemlerin de icrai olmadıklarına hükmetmektedir[97].

Devlet Konseyi ise konuyla ilgili içtihadını esneterek örneğin bir regülasyon otoritesi olan Bankacılık Komisyonu'nun kredi kuruluşlarına uymaları gereken kuralları hatırlatan ve somut olarak almaları gereken tedbirleri içeren uyarılarının iptal davasına konu edilebileceklerine

94 Danıştay, davacının hesaplarını başkalarına kullandırmaması ve konusu suç teşkil eden fiillerden kaçınması hususunda uyarılmasına ilişkin Sermaye Piyasası Kurulu işleminin iptali talebini " (…) *dava konusu işlemin, davacının sermaye piyasasına ilişkin olarak gerçekleştireceği işlemlerde daha dikkatli olması gerektiği hususunda bir uyarı niteliğinde olduğu, bu haliyle hukukî durumunda bir değişiklik yapmadığı gibi, idari davaya konu olabilecek eksin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliği taşımadığından*" reddeden İdare Mahkemesi kararını onamıştır. Aktaran D13D, 9.10.2013, E/2012/1925, K. 2013/1542, aktaran TAN Emre, s.143-144.

95 "*Dava konusu edilen Kurul kararı; 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, davacı Dernek tarafından yayımlanan asgari ücret tarifesinin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlâl teşkil edeceği ve Kanun'un 4. maddesi uyarınca bir soruşturmaya konu olabileceği konusunda görüş içeren, aksi halde haklarında soruşturma açılacağı konusunda bilgilendirilmesine ve uyarılmasına yönelik bir işlem olup, işlemde 9. maddenin dördüncü fıkrasında öngörülen geçici tedbir niteliği de bulunmamaktadır. (…) [D]ava konusu Kurul kararının, kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı, buna karşılık takdirin davacı Derneğe bağlı olmak üzere, Kanun'un 4. maddesine aykırı görülmesi nedeniyle, asgari ücret tarifesi belirlemesini öngören tüzük hükmünün değiştirilmesi ve asgari ücret uygulamasına son verilmesi konusunda uyarılmasına ve bilgi verilmesine yönelik bir işlem olduğu anlaşılmaktadır.*", D13D, 13.05.2009, E.2007/6241, K. 2009/5268, (www.rekabet.gov.tr, e.t. 13.9.20189)

96 DHMİ'nin, havaalanlarında yer tahsis hizmetlerine yönelik uygulamalarına ilişkin olarak yer tahsis tarifesindeki bir ibarenin kaldırılması ve tüm tarifelerdeki 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil edebilecek hükümlerin gözden geçirilerek havaalanlarında yer tahsis hizmetlerine ilişkin olarak kiracı teşebbüsler arasındaki farklı uygulamalara son verilmesi aksi halde hakkında soruşturma açılacağı konusunda uyarılmasına ilişkin işlem de iptal davasına konu olmamaktadır. D13D, 01.02.2010, E: 2007/13545, K: 2010/768. Gözübüyük-Tan haklı olarak burada soruşturma tehdidinin varlığına dikkat çekmektedirler. (GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 309) Aynı yönde D13D, 20.09.2011, E: 2011/2345, K: 2011/3890; D13D, 14.01.2009, E: 2007/367, K: 2009/170; D13D, 20.07.2009, E: 2009/3565, K: 2009/8045. (www.rekabet.gov.tr, e.t. 13.9.2018) Ancak Ankara 8. İdare Mahkemesi daha yakın tarihli bir kararında Rekabet Kurulu tarafından açılan soruşturma sonucunda "*Tivibu Ev Hizmeti ve iptal engelleme içeren kampanyaların ileride piyasa kapamaya yol açabileceği ve Tivibu Ev hizmeti içeren kampanyaların kampanya süresi biliminden itibaren mevcut şartlarla yenilenmemesi*" yönünde uyarı yazısı yazılmasına yönelik tesis edilen (…) *Rekabet Kurulu kararını*" iptal davasına konu etmiştir. Ankara 8. İdare Mahkemesi, 9.6.2015, E: 2014/1044, K: 2015/966. (www.rekabet.gov.tr, e.t. 13.9.2018) Burada da diğer kararlardaki olaylarla benzer şekilde bir uyarı yazısı varsa da Rekabet Kurulu kararı Danıştay kararlarına konu olan olaylardan farklı olarak soruşturma öncesinde değil sonrasında alınmıştır.

97 "*Dava konusu Rekabet Kurulu kararı; 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tesis edilen, dikey anlaşmaların 18.09.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanabildiği, bahse konu dikey anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet de tanınamayacağı, bu nedenle taraflara gerekçeli kararın tebliği tarihinden itibaren 30 gün içinde aralarındaki dikey anlaşmaları sonlandırmaları gerektiği, aksi takdirde haklarında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem başlatılacağı konusunda uyaran bir işlem olup, işlemde 9. maddenin dördüncü fıkrasında öngörülen geçici tedbir niteliği de bulunmamaktadır. İdarî işlemlerin yukarıda belirtilen niteliği ve dava konusu işlemin içeriği birlikte değerlendirildiğinde; dava konusu Kurul kararının, kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı, buna karşılık takdirin anlaşmaların taraflarında olmak üzere, Kanun'un 4. maddesine aykırı görülen dikey anlaşmalara son verilmesi konusunda uyarılmasına ve ilgililerin bilgilendirilmesine yönelik bir işlem olduğu anlaşılmaktadır.*" D13D, 20.09.2011, E: 2011/2704, K: 2011/3891 (rekabet.gov.tr, e.t. 13.9.2018)

karar vermiştir[98]. Benzer şekilde, İçişleri Bakanlığı'nın mevcut düzenlemelere göre öngörülen yasaklara uyulması gerektiğini hatırlatan mektupları da idarenin konuyla ilgili olarak kolluk yetkisinin varlığı gerekçesiyle iptal davasına konu olabilmektedirler[99].

Açıklayıcı işlemlerden uygulama işlemleri de bir işlemin etki kazanabilmesi için yapılmakta olduklarından idari işlemden ayrı olarak kendilerine özgü bir hukuka aykırılık taşımadıkları takdirde icrai olmayan işlemler kapsamında değerlendirilmektedirler[100]. Bu işlemler açıklayıcı ve bilgi verici nitelikte kabul edilmekte olup iptal davası kural olarak bildirimin konusunu oluşturan işleme karşı açılacaktır[101]. Ancak hukuki etkisi olmayan işlem ve raporların yayımlanarak halkın bilgisine sunulmasına ilişkin işlemler iptal davasına konu olabilmektedirler. Bu durumun söz konusu olabilmesi için yayımlanma kararının yayımlanmaya konu işlemden ayrılabilir nitelikte olması aranır[102].

Örneğin Devlet Konseyi, bir raporun yayımlanmasına ilişkin Başbakanlık kararının iptal davasına konu edilebileceğini kabul etmektedir[103]. Benzer şekilde normatif tasarrufta bulunma yetkisi olmayan Haksız Şartlar Komisyonu'nun (*Commission des clauses abusives*) tavsiyelerinin[104] yayımlanmasına ilişkin bakanlık kararı da iptal davasına konu olabilmektedir[105].

Devlet Konseyi özetle, işlemin yenilik doğuruyor olması veya irade beyanının buyurucu/zorlayıcı bir şekilde formüle edilmesi durumunda hukuki bir sonucu olacağı kanaatine ulaşmaktadır. Yargıç, değerlendirmesinde, işlemi yapan idarenin iradesinin formüle edilişi üzerinde durarak işlemin icrai olup olmadığına karar vermektedir. Buna göre mevcut yasal düzenlemeleri hatırlatmakla

98 CE, 28.7.2011, *Crédit Immobilier de France Ouest*, b.n. 328655, Lebon, s. 426. Somut olayda uyarı metninde herhangi bir yaptırım tehdidi olmamakla birlikte mevzuat uyarınca uyarıya aykırı davranılması halinde disiplin yaptırımına başvurulması mümkündür. MARTIN Didier R. – SYNVET Hervé, "Droit bancaire janvier 2011-décembre 2011", Recueil Dalloz 2012, s. 1908.

99 CE, 7.2.2017, Soc. Casino de Trouville, b.n. 395588. https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000034013216&fastReqId=2073632052&fastPos=1 (e.t. 20.6.2018).

100 ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 146.

101 FİŞ ÜSTÜN, s. 69. Yazar, bu yöndeki Danıştay içtihadını sorgulamakta ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun idari para cezalarının ilgililere bildiren ve Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen Bildirim Tutanaklarının icrai nitelik taşıdıklarını ifade etmektedir. Zira bu tutanaklar hem işlemden farklı bir miktarı – hukuka aykırı olarak – içerebilmekte, hem de ilgililere ödeme zamanını ve yerini göstermektedirler. Ayrıca bildirimin tebellüğünden itibaren 30 gin içinde ödeme yapılmaması halinde idarenin herhangi bir başka işlem yapmasına gerek kalmaksızın cebren takip ve tahsil usullerinin uygulanabilmesi söz konusudur (s. 70-71).

102 CE, 16.1.2006, *Féd. Crédit Mutuel centre Est Europe*, b.n. 274721, AJDA 2006, s. 828, concl. GUYOMAR.

103 CE, 21.10.1988, *Eglise de Scientologie*, b.n., Lebon, s. 354. Olayda Fransa'daki tarikatlarla ilgili raporun başbakan tarafından yayımlanması işlemine karşı dava açılmıştır.

104 Bu tavsiyelerin kendileri iptal davasına konu olamamaktadırlar. Zira burada yeni bir kural konulmamakta olup haksız olduğuna kanaat getirilen sözleşme şartının kaldırılmasına veya değiştirilmesine yönelik tavsiyede bulunulmaktadır. DEUMIER Pascale, "La réception du droit souple par l'ordre juridique", Le droit souple, Journées nationales Tome XIII, Dalloz, Paris 2009, s. 120, 24 numaralı dipnot.

105 CE, 16.1.2006, *Féd. Crédit Mutuel centre Est Europe*, *op.cit.*

veya yorumlamakla sınırlı kalan tavsiyeler[106] ve görüşler[107] icrai olarak nitelendirilmediklerinden iptal davasına konu olamayacaklardır. Özellikle regülasyon kurumlarının işlemleri bakımından öğreti tarafından sorgulanan[108] bu yaklaşıma göre, kişilerin işlemi algılama şekilleri ve buna bağlı olarak işlemden fiilen etkilenip etkilenmedikleri dikkate alınmamaktadır. Bir başka ifadeyle kişilerin durumlarının bir işlemden etkilenmesi, hukuki durumları üzerinde bir etki doğmadığı sürece işlemin icrai nitelik kazanması sonucu doğurmaz[109].

Bu anlamda 2016 öncesindeki içtihada göre Rekabet Otoritesinin piyasada faaliyet gösteren aktörlerin tutumlarını düzeltmelerine ya da yapacakları sözleşmelerde dikkat etmeleri gereken hususlara ilişkin olan tavsiyelerinin yargı denetimine tabi olmadıkları kabul edilmiştir[110].

Bunun gibi, ayrımcılığın önlenmesi amacıyla kurulan ve yaptığı incelemeler üzerine sadece belli tespitler yapıp önerilerde bulunan Eşitlik ve Ayrımcılıkla Mücadele Üst Otoritesi'nin (*Haute Autorité contre les discriminations et pour l'égalité – HALDE*) kararları idari işlem niteliğinde değildir. Bu kararlar yayımlanmakta olup ayrımcılık yaptığı tespit edilen işletme açısından hukuki bir sonuç doğurmamakla birlikte şirketin itibarını zedeleyebilmektedirler. Devlet Konseyi, HALDE'a yapılan başvuruların değerlendirmeye alınmamasına ilişkin kararlara karşı da iptal davası açılamayacağına karar vermiştir[111].

Bağımsız idari otoritelerin işlemlerinin bazılarının gösterici ve açıklayıcı işlemler kategorisinde değerlendirilmesi ve normatifliklerinin yok sayılması bu otoritelere yasa koyucu tarafından tanınan özel konum ve görevler sebebiyle eleştirilmiştir[112]. Benzer şekilde devletin dönüşümüyle bağlantılı olarak idarenin zorlayıcı olmayan ve fakat kişilerin davranışlarını, tercihen onların da katılımıyla yönlendirmeye yönelik esnek hukuk işlemlerinde görülen artış[113], mevcut normatif

106 CE, 27.9.1989, *Chopin et Compagnie*, b.n. 74548, Lebon, s.181. Ulusal Bilişim ve Özgürlükler Komisyonu (Commission nationale d'informatique et de libertés) kararına konusu siyasi seçimlere aday olan kişilerin ve siyasi partilerin propaganda belgeleri göndermek ve finansman aramak için kişilerin özel ve kamusal verilerine erişimdir. Komisyonun işlemi kişisel verileri elinde bulunduran veri ve yönlendirme profesyonellerine yönelik olarak verdiği tavsiye kararı, mevcut yasal düzenlemeleri hatırlatmakla ve yorumlamakla sınırlı kalması sebebiyle iptal davasına konu olamayacaktır.

107 CE, 29.9.2011, *Société Alssas*, b.n. 349820, AJDA 2011, s. 1868. Kararda İhtiyati Denetim Otoritesi tarafından bir şirketin geçici olarak yönetiminde olan bir kişiye yetkileri, görev süresi ve personel istihdamı konusunda mevcut düzenlemelerden yola çıkarak verilen bilgiler icrai kabul edilmemişlerdir.

108 BARTHEZ Anne-Sophie, "Les avis et recommandation des autorités administratives indépendantes", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT (CAPITANT), Le droit souple, Journées nationales Tome XIII, Dalloz, Paris 2009, s. 69.

109 CE, SA Laboratoires Goupil, b.n. 83292 concl. LAROQUE.

110 CE, 11.10.2012, *Sté Casino Guichard-Perrachon*; CLAUDEL Emmanuelle, Une activité confortée: les avis de l'Autorité de la concurrence ne font pas grief et ne sont pas susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir, RTD Com. 2012, s. 747.

111 CE, 13.7.2007, *Ste Ed. Tissot*, b.n. 294195, conclusions Derepas, AJDA 2007, s. 2145. Kamu raportörü Derepas, konuyla ilgili düşüncesinde, ret kararına ilişkin yapılacak hukuka uygunluk denetiminin ister istemez başvuru konusu ayrımcılığın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda bir değerlendirmeyi yapmayı gerektireceğini ve ayrımcılıkla ilgili olarak esastan karar verecek yargıçla ret kararını inceleyecek yargıç arasındaki olası içtihat farkının hukuk güvenliğini zedeleyebileceğini ifade etmiştir.

112 COLLET, s. 182.

113 LAVERGNE, s. 63-64.

düzen anlayışının sorgulanmasına neden olmuştur. Önce idare hukuku öğretisi, sonrasında da Devlet Konseyi tarafından benimsenen esnek hukuk kapsamında, bu çok çeşitli işlemlerin sınıflandırılmasına ve bunların yarattıkları sonuç ve etkilerin belirlenmesine çalışılmış; bu süreç Devlet Konseyi'ni hukuki sonuç doğurmayan bazı işlemleri denetlemeye sevk etmiştir.

II. ESNEK HUKUK İŞLEMİNİN FİİLİ ETKİSİNİN İSTİSNAİ OLARAK YETERLİLİĞİ

İdarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi, idari kurumlar arasında ilişkilerin düzenlenmesi, planlama faaliyetleri ve ekonomik alandaki müdahalelerinde idari işlemler dışında farklı isimler verilen araçlara başvurmasındaki artış idarenin icrai olmayan işlemleri kapsamında düşünülen işlemlerin bir kısmının bugün esnek hukuk işlemleri kapsamında değerlendirilmesine yol açmıştır[114]. Bu işlemlerin hukuki niteliklerinin belirlenmesi gayreti, hukuk kuralının tanımlanması ve normatif değerlerinin nasıl ve neye göre saptanacağı konusunda tartışmalara ve sorgulamalara neden olmuş, nihayetinde Devlet Konseyi'ni de "dereceli normatiflik" kavramını benimsemeye ve esnek hukukun idare hukuku alanındaki varlığını tanımaya yöneltmiştir (A). Devlet Konseyi ayrıca son yıllarda verdiği bazı kararlarla sınırlı da olsa esnek hukuk işlemlerinin iptal davasına konu olabileceğine karar vermiştir (B).

A. ESNEK HUKUKUN GÖRÜNÜMLERİ VE KAVRAMSALLAŞTIRILMASI

Esnek hukukun kamu hukukunda kullanımının yaygınlaşması, hukukun ve devletin dönüşümü ve özellikle regülasyon faaliyeti ile açıklanmaktadır (1). Esnek hukuk işlemlerinin ölçütlerinin ve normatif değerlerinin saptanması da ister istemez normatiflik kavramı üzerinde yeniden düşünmeye ve bir işlemin hukuki işlem olup olmadığının hangi ölçütlere göre saptanacağına ilişkin sorgulamalara neden olmaktadır (2).

1. Devletin Dönüşümü, Regülasyon, Esnek Hukuk

Hukukun ve devletin dönüşümü kamu hukuku alanında devletin işlevlerinin, faaliyetlerinin, bu faaliyetlerin dayandıkları değerlerin ve buna bağlı olarak da kullanılan araçların değişmesi şeklinde kendini göstermiştir. Burada kabaca iki temel eğilim görülür. Bunlardan ilki refah devletinin krizi ile birlikte bu modelin bir parçası olan devletin ekonomiye müdahalesinin, kamu hizmetlerinin bizzat üstlenmesinin ve bürokratik sistemin sorgulanması ve bunun paralelinde işletmeci bir yaklaşımın kamusal faaliyetlerde etkili olmasıdır[115]. Bir diğer eğilim ise yönetimin demokratikleşmesidir ki buna da temsili demokrasi krizi ve idarenin işleyişinin insan hakları

114 Bu konuda bkz. LAVERGNE, s. 203-229.

115 *New Public Management* anlayışı ile saydamlık, hesap verilebilirlik, performans analizi, strateji, müzakere, "müşteri" odaklı kamu hizmeti anlayışı, pragmatizm gibi kavramlar kamu hukukuna nüfuz etmekte ve girişimci ruhun kamu "sektörünü" dönüştürdüğünü göstermektedir. BOUDET Jean-François, La "grammaire lolftienne"", RFDA 2015, s. 1215.

hukukunun ve toplumsal yaşamın dinamiklerinin gereklerine artık cevap verememesi eleştirisi eşlik etmiştir[116].

Esnek hukuka ilişkin Fransızca dilindeki literatürde kamusal usullerde bir değişim ve hatta dönüşüm yaşandığı, geleneksel araçlara yenilerinin eklendiği ve devletin işlevlerinin değiştiği yönünde ortak değerlendirmeler yapılmaktadır[117]. Değişimlere örnek olarak idarenin sözleşme usulünü uygulamasının yaygınlaşması, idari kararların muhataplarına danışılarak ve hatta müzakereler sonucunda alınması, devletin yeni bir işlevi olarak regülasyonun ortaya çıkması ve hukuken bağlayıcı olmayan işlemlerdeki gözle görülür artış verilebilir[118]. Hatta kimilerine göre devlet modelinin kendisi ve buna bağlı olarak da hukuk değişime uğramış olup[119] hukukun temel direklerinden olan normlar hiyerarşisinin sembolü olan piramit anlayışının yerine – ya da buna ilave olarak – ağ biçiminde bir hukuku düşünme gerekliliği ortaya çıkmıştır[120].

Bir yaklaşıma göre yeni devlet modeli olan "regülatör devlet", devletin müdahalesinin ancak sosyal regülasyon mekanizmalarının yetersizliği halinde meşru sayıldığı, sorunların çözümünün en yakın noktadan sağlandığı ve toplumsal aktörlerle işbirliği içinde bir yönetimin sağlandığı bir yapıdır[121]. Devlet, bu yeni modelde, ekonomi alanında aktör değil hakem olarak yer alır, piyasada dengeyi sağlar ve değişen rolüne bağlı olarak kullandığı araçlar da değişiklik gösterir; regülasyon hukuku genel ve soyut kuralların öne çıktığı klasik düzenleme anlayışından farklı olarak esnek, pragmatik, muhataplarıyla yakın ilişki süreciyle oluşturulan bir hukuk olup teşvik edici özelliği ön plandadır[122].

Burada regülasyon, idarenin regülasyon faaliyetine göre hem daha geniş hem de daha dar anlamda kullanılmaktadır. Daha geniş anlamda olmasının sebebi aslında belirli bir işlevin ya da

116 AUBY Jean-Bernard, "Droit administratif et démocratie", Droit administratif, S. 2, Şubat 2006, Etude 3.

117 LAVERGNE, s. 61.

118 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 7.

119 Bu süreç aynı zamanda modernitenin ve pozitivizmin sorgulandığı bir döneme denk gelir. Jacques Chevallier gibi bazı yazarlar, hukuktaki değişimi moderniteden kopuş olarak değerlendirerek post modern bir hukukun mevcudiyetini ortaya koymaktadırlar. Chevallier'ye göre hukuk düzeninin – temelde – bir kamu otoritesi tarafından yapılan, muhatapları açısından bağlayıcı olan tek yanlı işlemlerden oluşması modern hukuka ait bir anlayıştır. Bağlayıcı veya zorlayıcı nitelikte olmayan esnek hukuk ise post modern devletin aracıdır. Modern hukuk bir cebir ve yaptırım düzeni olup buyurucu veya izin verici bir şekilde formüle edilir; bu anlamda da herhangi bir saptama ya da tavsiye, hukuk normu olarak nitelendirilmez. Post modern hukukta ise hedefler, yönlendirmeler ve tavsiyeler ön plana çıkmakta olup bu modelde muhatapların uyacakları standartların idare ile işbirliği çerçevesinde belirlenmesi söz konusudur. (CHEVALLIER Jacques, L'Etat post-moderne, LGDJ, Paris 2003, s. 123-124.) Diğer bazı hukukçular yeni araç ve yöntemlere başvurunun bir paradigma değişikliğine yol açsa da bir kopuşu değil dönüşümü işaret ettiği sonucuna vararak neo-modern hukuktan bahsedeceklerdir (MORAND Ch-Albert, Le droit néo-moderne des politiques publiques, LGDJ, Paris 1999). Kimileri için ise bu yeni usul ve düşünme biçimleri modernitenin uç noktası kapsamında düşünülmelidir. (Giddens'tan aktaran: MAISANI Pauline – WIENER Florence, "Réflexions autour de la conception post-moderne du droit", in Droit et société, n° 27, 1994, Production de la norme juridique. s. 462). Nitekim devletin dönüşümü – örneğin personel rejiminde statü hukukundan sözleşme usulüne kayma – devletin "modernleşmesi" olarak ifade edilmektedir.

120 Bu konuda bkz. OST François, "De la pyramide au réseau: un nouveau paradigme pour la science du droit", in SUPIOT Alain (ed.), Tisser le lien social, Maison des siences de l'Homme, 2004, s. 175.

121 CHEVALLIER Jacques, "L'Etat régulateur", Revue française d'administration publique, 2004/3 (n°111), s. 480.

122 CHEVALLIER, L'Etat post-moderne, s. 58.

faaliyetinin değil bir yönetim ve hukuk anlayışının ortaya konmasıdır[123]. Dar anlamda olması ise idarenin regülasyon faaliyetinin bünyesindeki düzenleme, denetim, izin ve yaptırım gibi kolluk usullerine[124] değinilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Marcou'nun ifadesiyle "*regülasyon, kamu gücünün, rekabetçi bir piyasada, ekonomik olan ve olmayan amaçlar ve değerler arasında uzlaşmayı hedefleyen bir işlevidir. (…) Başka bir ifadeyle regülasyon, kamu otoritesinin rekabetçi bir rejim dahilinde ekonomik nitelikli faaliyetlerle toplu ihtiyaçların karşılanmasını hedefleyen faaliyetidir*"[125]. Regülasyon işlevi, aynı zamanda "*belli bir faaliyete ilişkin olarak oyunun kurallarının belirlenmesi – düzenleme-, bu kurallara riayetin sağlanması – denetim – ve rekabet ortamına ve plüralist bir yapıya doğru sevketme – yönlendirme-*"[126] olarak da tanımlanmaktadır. Regülasyon bu bağlamda hem kamu hizmeti hem kolluk yönü bulunan ve bunların yanında yönlendirme faaliyetini de kapsayan bir işlev olup kimi yazarlara göre yönlendirme faaliyeti hukuk dışında kaldığından hukuksal bir kavramsallaştırmaya esas alınması mümkün değildir[127]. Öncelikli olarak deontolojik kuralların hatırlatılması, ikna edici yöntemlere başvurulması[128] şeklinde kendini gösteren yönlendirme faaliyeti[129] kapsamında zorlayıcı olmayan ve dolayısıyla icrai kabul edilmeyen işlemlere sıklıkla başvurulmaktadır. Burada buyruklardan çok sosyal aktörlerin otonomisini güvenceye alan ve idarenin belirlediği hedeflere ulaşmak için tavsiyelerde bulunduğu yumuşak usuller tercih edilir[130]. Bu görece yeni usullerin yaygınlaşmasının temel sebebi, liberal bir ekonomik anlayışın ürünü olan ve hukuki boyutla sınırlı olmayan[131] regülasyon faaliyetinde doğrudan müdahaleciliğin değil piyasaları dolaylı olarak yönlendirmenin amaçlanmasıdır[132].

---

123 Benzer şekilde Timsit için de regülasyon soyut bir hukuktan somut bir hukuka geçişle kendini gösteren hukuk sisteminin dönüşümüdür. Frison-Roche ise regülasyonun hukuk ve ekonomi arasında yeni bir ilişkiyi ortaya koyan yeni bir hukuk dalı olduğu görüşündedir. Regülasyon konusundaki farklı yaklaşımlar için bkz. MARCOU Gérard, "La notion juridique de la régulation", AJDA 2006, s. 347.

124 Hatta bazı yazarlar regülasyonu ayrı bir faaliyet olarak değerlendirmemektedirler. Marcou'nun aktardığı üzere regülasyon Mescheriakoff'a göre kolluk usullerinin ekonomi alanında kullanılması, Gaudemet'ye göre ise rekabete açılma amaçlı bir ekonomik kolluktur. MARCOU Gérard, "La notion juridique de la régulation", *op.cit*. s. 347. Delvolvé, regülasyonu özel kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirirken regülasyon araçlarını izinler, emirler ve yaptırımlarla sınırlı tutmaktadır. DELVOLVE Pierre, Droit public de l'économie, Dalloz, Paris 1998, s. 42, 427. Tan ise regülasyona ilişkin olarak post modern yazarların görüşlerine de yer vermekle birlikte faaliyetin "yumuşatılmış" idari kolluk olarak düşünülebileceğini ifade etmektedir. TAN, s. 27.

125 Marcou, karşılaştırmalı hukuktan elde ettiği verilerle regülasyonda gözetilen ekonomik olmayan amaçları tüketicinin korunması, temel hakların gerçekleştirilmesi, geniş anlamda kamu hizmeti ve sürdürülebilir gelişmeye ilişkin kamu yararı amaçları olarak dörde ayırmaktadır. MARCOU, s. 347.

126 ULUSOY Ali, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 21.

127 ÖZTÜRK Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin, 2009, s. 136.

128 ULUSOY, s. 22, 27.

129 Buna karşılık Şahin'e göre "*"yönlendirme" idarenin düzenleme ve yargısal benzeri karar alma fonksiyonları sayesinde hayata geçirilebilen, bu yüzden onların dışında, ayrı bir kategoride yer verilmesi mümkün olmayan, niteliği itibarı ile onlara benzer bir hukuksal kalıba oturtulamayacak bir etkinliktir*". ŞAHİN Cenk, Amerikan Federal İdare hukukunda "Regülasyon" (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları), Oniki Levha, İstanbul, 2010, s. 69.

130 TAN, s. 26.

131 ULUSOY, s. 27.

132 Fransız hukukuna özgü bir diğer sebep ise bazı regülasyon kurumlarının düzenleme yetkilerinin olmayışıdır. Dolayısıyla bu kurumlar genel nitelikli bağlayıcı düzenlemeler yapamayacaklar, ancak üçüncü kişileri

İçlerinde regülasyon yapan kurumları da barındıran bağımsız idari otoritelerin tavsiyeleri, görüşleri, yönlendirici işlemleri bazı durumlarda yasal düzenlemeler kapsamında öngörülmekte, bazı hallerde ise açık bir düzenlemeye dayanmamaktadırlar; bu ikinci ihtimalde idarelerin bu işlemleri genel regülasyon görevleri kapsamında gerçekleştirdikleri kabul edilmektedir[133]. Bu işlemlerin özellikleri bağlayıcı nitelikten yoksun olmalarıdır.

Bağlayıcı olmayan bu işlemlere kişilerin hukuken uyma yükümlülükleri olmadığı gibi bu işlemlerin yargıç tarafından dikkate alınmaları ya da dava edilebilmeleri de kural olarak mümkün değildir. Çünkü bunlar hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmez, kişilerin hukuki statülerini etkilemezler. Ancak bu kabul, teorik olarak doğru olsa da regülasyon otoritelerinin görüş ve tavsiyelerinin sadece danışma işlevlerine hasredilerek hukuken önemsiz görülmesi yanıltıcı olabilir. Zira bu idarelerin teşvik ve yönlendirme alanındaki faaliyetleri uygulamacıların davranışlarını ve bazı durumlarda hukuki değerlendirmeleri doğrudan etkilemektedir[134]. Nitekim bir regülasyon faaliyetinin etkililiği ve başarısı da herhangi bir zorlama içermeyen esnek hukuk işlemlerinin kişiler tarafından ne ölçüde dikkate alındığına göre belirlenmektedir[135].

Bu işlemlerin dikkate alınıyor olmaları ise hem işlemlerin yapılış süreçleri hem de işlemleri yapan otoritelerin ağırlığı ile ilgilidir. Bu otoriteler tavsiye kararlarının önemli bir kısmını bu kararlardan etkilenebilecek grup ve kişilerle görüşerek ve onlara danışarak, hatta bazı durumlarda müzakere süreçleri sonrasında almaktadırlar[136]. Bu da tavsiyelerinin muhataplarının, en azından varsayımsal olarak baştan ikna olmaları anlamına gelmektedir. Bu sebeple işlemlerin uygulanmalarındaki başarı, zorlayıcılıklarına değil ikna ediciliklerine bağlanmaktadır[137]. Bunun yanında bağımsız idari otoritelerin alanlarına dair uzmanlıklarına duyulan güven, yürüttükleri

yönlendirebilecek bazı kararlar alabileceklerdir. Aksi takdirde genelgelere ilişkin genel içtihat uyarınca yaptıkları işlemler yetki unsuru yönünden sakat olacaktır. CHAPUS, Contentieux, s. 548.

133 LOMBARD Martine – NICINSKI Sophie – GLASER Emmanuel, "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", AJDA 2014, s. 1874.

134 Örneğin France Télécom'un ücret tarifesine ilişkin olarak Telekomünikasyon Regülasyon Otoritesi'nin olumsuz görüş vermesine karşın bakanlığın bu tarifeyi onaması sonrasında Rekabet Kurulu, Telekomünikasyon Regülasyon Otoritesi'nin görüşünü benimseyerek kendisine yapılan başvuru üzerine bu tarifenin kaldırılmasına karar vermiştir. Bu karar sonrasında Bakanlık ve France Télécom tarifelerle ilgili sonraki kararlarında regülasyon otoritesinin görüşünden uzaklaşmamak konusunda hassasiyet göstermişlerdir. İdari işlemin yapılış sürecinde verilen görüşlerin bağlayıcı olmasalar da işlemin denetiminde dikkate alınmaları idare hukuku açısından yeni değildir. Ancak burada, sonraki işlemler açısından, bu görüş adeta bağlayıcıymışçasına hareket ediliyor olması bu esnek hukuk işleminin fiili etkisini göstermektedir. Benzer şekilde regülasyon otoritelerinin yönlendirmeleri, tavsiyeleri ve tebliğleri (*communication*) de bağlayıcı olmayıp sadece bir niyet ifadesi içerseler de uygulamada dikkate alınmaktadırlar. Örnekler için bkz. JEANNEY Pierre-Alain "Le régulateur producteur de droit" *in* FRISON-ROCHE Marie-Anne, Droit et économie de la régulation. 2, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) "Hors collection", 2004 s. 47-49.

135 BARTHEZ, s. 61.

136 ŞAHİN, s. 134-137; COLLET, s. 74-76. Regülasyon alanındaki kuralların bir bölümünün sektör temsilcileriyle müzakere sonucunda ortaya çıkması yapılan işlemlerde güdülen kamu yararının sorgulanması sonucunu doğurabilmektedir. Hatta bunun baskı gruplarının bağlayıcı kurallardan kaçmalarına imkan verdiği ve vahşi bir neo-korporatizme neden olduğu ifade edilmektedir. Bkz. MEKKI Mustapha, "Propos introductifs sur le droit souple", CAPITANT, s. 22. Bu durum temsili demokrasi kriziyle birleştiğinde normun yapılış sürecinde katılımcı demokrasi usullerine başvuru sorunu ortadan kaldırmasa da hafifleten bir çare olarak ortaya çıkmaktadır. Normun oluşum süreci ve katılım usullerine ilişkin olarak bkz. J. Habermas, Droit et démocratie, Gallimard, Paris, 1992.

137 BARTHEZ, s. 64-65.

soruşturmalar kapsamındaki yetkilerinin genişliği ve sahaya, piyasanın işleyişine dair bilgileri de kararlarının etkililiğine tesir etmektedir[138].

Fransız hukukunda bazı bağımsız idari otoritelerin esnek hukuk işlemlerinin "katı" hukuk işlemlerine ve yargısal denetime etkileri de bu idarelerin rollerini güçlendirmektedir. Öyle ki bu otoriteler kendilerine yasayla verilmiş olan imkanlardan yararlanarak belli yasal düzenlemelerin değiştirilmesi için tavsiyede bulunabilmektedirler; ayrıca yasa yapma sürecinde de uzmanlıklarına başvurulabilmektedir[139]. Ayrıca yine yasal düzenlemelerle yargıcın bir davanın görülmesi esnasında bağımsız idari otoritelerin görüşlerine başvurma imkanı da açıkça öngörülmüştür[140]. Bu görüşler bağlayıcı nitelikte olmasalar da bu otoritelerin yetkinliklerini ortaya koymakta ve aslında tek başına bağlayıcı olmayan kararlarının katı hukuk kurallarına ve yargı kararlarına etki edebileceklerini göstermektedirler[141]. Bu durum da bu işlemlerin muhataplarının görüş ve tavsiyelere göre hareket etme eğilimini güçlendirmektedir.

Dolayısıyla özellikle bağımsız idari otoritelerin görüş ve tavsiye gibi esnek hukuk işlemleri bağlayıcı olmasalar da muhatapları tarafından bu şekilde algılanabilmekte ve buna bağlı olarak da hukuki sonuç doğurmamakla birlikte piyasayı ve kişilerin davranışlarını yönlendirmekte[142], fiili sonuç ve etkiler yaratmaktadırlar[143]. Bu durum, idarenin denetimi ve hukuki güvenlik açısından sorgulamalara neden olmaktadır. Zira kamu otoritelerinin hukuk kuralı olarak kabul edilmeyen ancak toplumsal yaşama etki eden işlemlerinin yaygınlaşması, hukuk alanının dışında yer alan ve keyfilik riski barındıran bir alan ortaya çıkarır. Üstelik düzenleme yetkisi olmayıp regülasyon yetkisi bulunan bazı idari otoritelerin yargısal denetime tabi olmayacak esnek hukuk işlemlerine yaygın bir şekilde başvurmaları yetki açısından da sorun yaratır.

İşte bu sebeplerle esnek hukuk işlemlerinin nitelenmesi, bu işlemlerin normatif değerinin belirlenmesi ve hatta esnek hukuk işlemleri üzerinden hukuki normatiflik üzerine yeniden düşünme gereği doğmuş, yapılan teorik tartışmalar Devlet Konseyi'nin yaklaşımını da etkilemiştir.

2. Esnek Hukuk İşlemlerinin Normatif Değeri

Esnek hukuk işlemlerinin normatif değerlerinin saptanabilmesi için hangi işlemlerin esnek hukuk işlemi olduğunun öncelikle belirlenmesi gerekeceği düşünülebilirse de geleneksel

138 *Ibid*. Devlet Konseyi'nin ifadesiyle regülasyon yapanın kuvveti sadece kamu gücü ayrıcalıklarından değil, aynı zamanda regülasyona tabi olan profesyonel çevreler ve sektördeki sorunlar hakkındaki bilgisinden kaynaklanır. Bu durum da benimsedikleri yaklaşıma iştirak edilmesini sağlar. CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 35.

139 BARTHEZ, s. 70-71.

140 AUTIN Jean-Louis – BREEN, Emmanuel, Autorités administratifs indépendantes, Jcl. Administratif Fasc. 75, prg. 97.

141 BARTHEZ, s. 72-73. Örneğin Rekabet Otoritesi'nin başvuru üzerine veya re'sen açıkladığı görüşlerinin gerektirmesi durumunda çoğunlukla yasal değişiklik süreci başlatılmaktadır. CLAUDEL, s. 747.

142 Bu etkilere örnek olarak imaj zedelenmesi, yatırımcıların memnuniyetsizliği, diğer şirketler tarafından kınanma gösterilebilir. CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 11.

143 Nitekim bu sebeplerle bu işlemlerin idari karar olarak kabul edilmeleri gerektiği Devlet Konseyi'nin 2016 sonrası içtihadı öncesinde savunulmuştur. BARTHEZ, s. 69.

işlem tipleri arasına girmeyen hemen her tür işlem günümüzde esnek hukuk işlemi olarak değerlendirildiğinden[144] burada homojen bir kategoriden bahsetmek ve hem kapsayıcı hem de anlamlı bir tanım yapmak zordur[145]. Bu sebeple somut işlem ve o işlemin özellikleri ve etkilerinden yola çıkarak bir değerlendirme yapmanın gerekliliği bir kabul olarak ortaya konulmalıdır.

Esnek hukukla ilgili Fransızca dilinde yapılan çalışmalarda, bu konudaki ilk eserlerden birini yazan ve esnek hukuk işlemlerini sınıflandırmaya çalışan Thibierge'in ayrımından yola çıkılmaktadır. İşlemin hamilini/taşıyanını (*instrumentum)* ve içeriğini (*negotium*) ayırt eden Lavergne'e göre işlemin hamiline, yani biçimine bakıldığında karşımıza bağlayıcı (*obligatoire*) veya zorlayıcı (*contraignant*) nitelikte olmayan "yumuşak hukuk"[146] işlemleri çıkmaktadır[147]. İdare hukukunda icrai olmayan işlemlerin bir kısmı bu kategoride değerlendirilebilir.

Maddi anlamda esnek hukuk işlemleri ise belirsiz hukuk (*droit flou*) olarak ifade edilmektedir. Buna göre herhangi bir hükmün – ki bu biçimsel olarak bir "katı" hukuk işlemi de olabilir – içeriğinde ilkelere, anlamı ve kapsamı sonradan doldurulması gereken genel ifadelere yer verilmesi, maddi anlamda esnek hukuk olarak kabul edilmektedir[148]. Ancak bu son kategoride yer alan işlemlerin esnek hukuk işlemleri olarak değerlendirmek karışıklığa neden olabilir. Zira bir buyruk içermeyen hükümler veya somut olmayan kavramlar kimi değer ve ilkelere ilişkin olabilirler. İçeriklerindeki "belirsizlik" bunları normlar hiyerarşisinin dışarısına çıkarmaz; üstelik bu değerler ve ilkeler, diğer kuralların belirlenmesinde ve birel işlemlerin yapılmasında çerçeve oluşturmaktadırlar.

Esnek hukuk işlemleri belli bir davranışın benimsenmesini öneren, teşvik eden, bazı durumlarda ise belli bir davranışın benimsenmediğini ifşa eden işlemler olup[149] bazı esnek hukuk işlemleri kamusal bir gücü elinde bulunduran idareler tarafından yapılmakta, katı hukuk kurallarıyla öngörülmekte, kişilerin davranışlarını ve hatta hukuk kurallarını etkileyebilmektedirler[150]. Ancak yine de hukuk kuralı olarak nitelenmelerini sağlayacak zorlayıcılık ve yaptırım içerme özelliğinden yoksundurlar. Burada mesele bu eksikliğin bu işlemleri hukuk alanından bütünüyle

144 Sadece ulusal kamu hukukuyla sınırlı kalınırsa Fransız hukukunda emredici olmayan genelgeler, yönergeler, idare edilenlere yönelik şartlar, Devlet-Bölge sözleşmeleri, regülasyon otoritelerinin öneri, tavsiye, tebliğ gibi işlemleri ve bazı mekansal plan türleri esnek hukuk işlemlerine örnek olarak gösterilebilir. CONSEIL D'ETAT, s. 70-71.

145 LAVERGNE, s. 64.

146 Lavergne, Thibierge'den yola çıkarak işlemin bağlayıcı nitelikte olmaması (*droit mou*) ile içeriğine uyulmamasının bir zorlamaya veya yaptırıma tabi tutulmaması halini (*droit doux*) ayrı ayrı incelemektedir. LAVERGNE, s. 68-84. Türkçe'de her iki hali de kapsayacak şekilde "yumuşak hukuk" tabiri kullanılabilir. Zira hukuk kuralının ihlalinin bir yaptırıma tabi tutulmaması esnek hukuk işleminin normatif niteliği konusunda belirleyici değildir.

147 Bunun yanı sıra görünürde esnek hukuk işlemi olan ve fakat içeriği bakımından zorlayıcı ya da emredici hükümler içeren ve bu sebeple icrai olarak değerlendirilen işlemler de esnek hukuk işlemi olarak değerlendirilmeyecektir.

148 Thibierge'den aktaran MEKKI, s. 3.

149 Örneğin belli bir davranış çizgisinden sapıldığının kamuya açıklanmasını ifade eden *name and shame* sayesinde ilgilinin itibarının zedelenmesi suretiyle hukuki değil ahlaki ve ekonomik bir yaptırım hedeflenmektedir. BISMUTH Régis, "Fairvesta d'un autre point de vue. Une réflexion sur ce que "soft law" veut dire", in DEUMIER Pascale-SOREL Jean-Marc (ed.), Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international, LGDJ, Paris 2018, s. 259.

150 DEUMIER, s. 124.

çıkarıp çıkarmadığının belirlenmesidir. Bu sorunun yanıtı ise normatiflikten, hukukilikten[151] ve pozitif işlemlerden ne anlaşıldığına göre değişecektir. Bu konuda iki temel yaklaşımdan söz edilebilir.

Bunlardan klasik, pozitivist veya biçimsel olarak nitelenen anlayışa göre hukuk bir buyruktur; hukuk normu emredici nitelikte[152] ve yaptırım taşıyan ya da taşıyabilen bir önermedir[153]. Bu anlayışa göre işlemin normatifliği emir vermesi, yasak koyması veya yetki vermesi ile kendini gösterir[154]. Esnek hukuk işlemleri ise bu özelliklere sahip olmadıklarından normatif değerden de yoksundurlar.

Ancak esnek hukuk işlemlerinin yaygınlaşması ve hukukun her alanında görülmesi sonucunda bazı yazarlar bu ikili (hukuki olan/olmayan) anlayışın mevcut hukuk düzeninin çeşitliliğini ve kapsamını açıklayamadığını ve bu sebeple normatiflikten ne anlaşılması gerektiği konusunda paradigma değişikliğine ihtiyaç duyulduğunu vurgulamaktadırlar[155].

Normun işlevini esas alan yaklaşıma göre norm, toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde referans olmaya yönelen bir modeldir[156]. Bu modelin işlevi ise davranışlara yön vermektir. Normun gücü bu yön vermenin etkililiğine göre belirlenir. Zorlayıcı hukuk kuralı bir model olma, davranışlara yön verme ve bu yön vermenin etkililiği anlamında tam bir normatiflik örneği sunar[157]. Esnek hukuk işlemlerinin birçoğu (örn. tavsiyeler, iyi davranış ilkeleri) belirli bir model ya da standart oluşturup davranışlara yön verme işlevine sahiptirler. Hukuk normunun da bir özelliği olan "olması gerekene"[158] ilişkin bildirimde bulunurlar. Nitekim Amselek bunu, "davranışların otoriter olmaksızın hukuken yönlendirilmesi" olarak ifade eder[159]. Ancak bu işlemler normatif güç anlamında hukuk kurallarıyla aynı değere sahip değildirler. Yine de bu durum onların tümüyle normatiflikten ve hukukilikten yoksun oldukları anlamına gelmez. Zira yukarıda regülasyon faaliyeti kapsamında yapılan işlemlerde görüldüğü üzere bu işlemler kişilerin davranışlarını ve hatta yargı kararlarını etkileme gücüne sahiptirler. Bu sebeple de normatif olan/olmayan ayrımının dışına çıkarak dereceli bir normatiflikten bahsetmek gerekecektir. Buna göre normatif gücü olmayan ya da çok az olan işlemlerle buyruk içeren ve yüksek normatif gücü olan işlemler

151 Hukukilik, hukuk alanına dair olma (*juridicité*) anlamında kullanılmakta olup diğer bir kullanımı olan hukuka uygunlukla karıştırılmamalıdır.

152 "Emir", hukuk kuralının unsurlarından biri olarak değerlendirilmektedir. BİLGE Necip, Hukuk Başlangıcı, 35. Bası, Turhan kitabevi, Ankara 2017, s. 19.

153 Konuya norm teorisi açısından yaklaşıldığında hukuk önermesinin yüklemi bir bildirimde bulunmak olmakla birlikte bu bildirim belli özellikler taşır; "*muhatap açısından bir rica, dilek ya da öğüt olmayıp yerine getirilmesi gereken bir emirdir*". IŞIKTAÇ Yasemin – METİN Sevtap, Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 121.

154 GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 25.

155 THIBIERGE Catherine, "Rapport de synthèse", in CAPITANT, s. 149.

156 HACHEZ Isabelle, "Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law"", Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2010/2 (Vol. 65), s. 19.

157 Bu anlamda zorlayıcılık ve yaptırım gücü normun bir özelliği olup normu tanımlayan olgular değildirler. THIBIERGE, s. 150.

158 IŞIKTAÇ-METİN, s. 127.

159 "*La direction juridique non autoritaire des conduites, AMSELEK"* Paul, "L'évolution de la pensée juridique dans les sociétés occidentales", RDP, 1982, s. 275, aktaran CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 52.

arasındaki alanda birçok işlem yer alır; bunlar da zorlayıcı olmasalar da bir normatif güce sahip olan işlemlerdir[160].

Öğretideki bu normatiflik paradigması tartışması Devlet Konseyi'nin esnek hukuk konusundaki yaklaşımını da etkilemiştir. Başlangıçta yumuşak hukuk olarak adlandırdığı, "gaz ve toz bulutu halindeki hukuk"[161] dediği esnek hukuku, tabiri yerindeyse ciddiye almaya başlayarak[162] 2013 yılı etüdünde esnek hukuk ve normatifliğe dair yaklaşımları irdelemiş ve buna göre bazı esnek hukuk ölçütleri geliştirmiştir.

Birlikte aranan ölçütlerden ilkine göre işlem, kişilerin davranışlarını değiştirme ya da yönlendirme amacı taşımalıdır. Bu ölçütün esnek hukuk kurallarını idari işlemin yapım sürecinde alınan görüşlerden ve diğer hazırlık işlemlerinden ayırmaya yaradığı kabul edilmektedir. İkinci ölçüt ise bunların tek başına hak ve yükümlülük doğurmamalarıdır ki esnek hukuk işlemleri "katı" hukuk işlemlerinden bu özellikle ayrılırlar. Ancak bu işlemler yine de hukuk kapsamında kabul edilirler. Zira üçüncü ölçüte göre içerikleri ya da yapılma biçimleri bir derece biçimsellik taşır. Biçimsellik ise hukuk kuralının bir özelliği olup bu işlemlere hukuki nitelik kazandıran ölçüt olarak kabul edilmektedir[163].

Devlet Konseyi bu işlemlerin hukukiliklerini ortaya koyarken öğretide esnek hukuk işlemini norm olarak değerlendiren yaklaşımı tam anlamıyla benimsememekte ve esnek hukuk "normları" yerine esnek hukuk "araçları" nitelemesini kullanmaktadır[164]. Esnek hukuk araçlarının çeşitliliğinden yola çıkarak bunlara atfedilecek normatif gücün, işlemin biçimsel olarak hukuk normuna yakınlığına ve davranışları etkileme gücüne göre değişeceğini ortaya koymakta ve işlemleri dereceli bir normatifliğe göre sınıflandırmaya çalışmaktadır. Buna göre bir ucu katı hukuk[165], diğer ucu katı hukuk tarafından tanınmayan ve hiçbir yükümlülük yaratmayan esnek hukuk[166] arasında farklı normatiflik derecelerinde işlemler bulunur[167].

160 Bu anlayışa göre bir metnin hukuk normu kabul edilmesi için bir buyruk içermesi gerekmese de hukuk normu sosyal normdan farklıdır. Zira kendiliğinden ortaya çıkmaz; önceden belli olan usullerle oluşur, hukuki kaynaklara dayanır ve siyasi bir eylemle (bir otorite tarafından yapılmasıyla) ortaya çıkar. HACHEZ, s. 18.

161 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 48

162 NICOLAS Emeric-ROBINAU Mathieu, Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013, La Semaine Juridique Edition Générale n° 43, 21 Octobre 2013, doctr. 1116.

163 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 61-63.

164 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 64.

165 Örneğin anayasa, yasalar, düzenleyici işlemler, içtihat.

166 Örneğin deontoloji şartları, emredici olmayan genelgeler, devlet idareleri arasında imzalanan performans sözleşmeleri, idare edilenlere yönelik şartlar (kamu hizmetlerinde laiklik şartı, hastanede yatanlara yönelik şartlar vb.)

167 Bunlar da üçe ayrılır. İlk gruptaki işlemlerde muhatabın işleme uymama imkanı vardır; ancak bu davranışını açıklaması ve haklı göstermesi gerekir. Bunun tipik örneği ise yukarıda ilk bölümde değinilen yönergelerdir. İkinci gruptaki işlemler AB hukuku ve Avrupa hukukunda öngörülmektedirler. Buna göre tavsiye niteliğindeki işlemlere uyuluyor olması bu işlemlerin gerçekleştirildiği alana (gıda, sağlık gibi) ilişkin mevzuata uygun davranıldığı konusunda bir karine oluşturmaktadır. Bu durum da muhatapları tavsiyelere uymaya teşvik eder. Son grupta ise esnek hukuk aracıyla bağdaşma yükümlülüğü yer almakta olup bunun da tipik örneği çevre ve şehircilik alanlarında yapılan farklı ölçekteki planların ilişkisidir. Bağdaşabilirlik/uyumluluk (*compatibilité*), hukuken uygun olmaya/uygunluğa (*conformité*) benzer olup burada katı hukuka yaklaşılmaktadır. CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 65-68.

Devlet Konseyi'nin ampirik bir yaklaşımla yaptığı sınıflandırma, somut bir işlemle karşılaşıldığında normatifliğin neye göre tespit edileceği sorununu çözememektedir. Bu sebeple bir irade açıklaması olan esnek hukuk işleminin normatif değerinin iradeye ve iradenin açıklanma biçimine mi, açıklamanın içeriğine mi, yoksa irade açıklamasının muhatabında yarattığı etki ve sonuca göre mi belirleneceği üzerinde durulmalıdır.

Öncelikle yargıç, görünürde icrai işlemler başlığı altında değinildiği üzere, işlemi maddi olarak inceleyerek, işlemi yapanın iradesini araştırmanın ötesinde işlemin anlamını – kimi zaman dilbilimsel çözümlemeler yaparak – metnin lafzından, kullanılan ifadelerden çıkarmaktadır. Yönergeler konusunda 2001'deki içtihat değişikliği ile düzenleyici/yorumlayıcı yönerge ayrımının terk edilerek hükümdeki ifadelere bakılması suretiyle emredici olup olmama ayrımı yapılmasının bu paradigma değişikliğini gösterdiği ileri sürülmektedir[168].

Ancak işlemin nitelenmesinde muhatabının üzerinde yarattığı etkinin ve hatta muhatabın algısının dikkate alınması daha yeni bir düşüncedir. Sosyolojik ya da realist olarak ifade edilen bu yaklaşıma göre normatiflik, normun kaynağında değil algılanmasında, kabulünde, karşılanmasında kendini gösterir ve bu noktada muhatapların davranışlarında oluşabilecek etki önem kazanır[169]. Bu durumda Devlet Konseyi'nin normatifliği derecelendirirken kullandığı "davranışları etkileme gücünün" ölçülmesi, işlemin yarattığı sonuçların ve etkinin ne olduğunu veya olabileceğini değerlendirmek anlamına gelecektir. Bu değerlendirme yapılırken de ister istemez muhatapların algıları üzerinde durulacaktır[170]. Nitekim bağımsız idari otoritelerin tavsiye kararları ve görüşleri konusunda muhatapların bunlara uyulmasının zorunlu olduğunu varsaymaları veya davranışlarını bu işlemlere göre şekillendirmeleri bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır[171]. Ancak bu öznel değerlendirme[172], yukarıda da belirtildiği üzere regülasyon otoritesinin – ya da diğer bir idarenin – yetkinliği, somut işlemde kendisini göstermese de genel olarak sahip olduğu kamu gücü ile işlemin yapılması süreci ve yayımlanmasında belli usullerin izlenmesi şeklindeki bir biçimselliğin varlığı gibi olgulardan etkilenmektedir[173].

Ancak mekansal planlama işlemlerinin genel olarak esnek hukuk işlemleri kapsamında değerlendirilmesi bu işlem kategorisini fazlaca genişletmektedir.

168 MONTAY Benoît, Le Conseil d'Etat, la norme et le comportement: chronique d'une autre démolition inachevée», Droits 2016/1 (n° 63), s. 196.

169 MEKKI, s. 10.

170 Collet, bağımsız idari otoritelerin "yumuşak" hukuk işlemlerinin herhangi bir icrai olmayan işlem gibi değerlendirilmesine karşı çıkmakla birlikte bir işlemin bağlayıcı niteliğinin o işleme saygı gösteriliyor olmasına neden olan pratik sonuçlarda aranamayacağını ifade etmektedir. COLLET, s. 197. Yazara göre burada idarenin iradesi önemli olup bu iradenin anlamı işlem metninde değil işlemin hukuksal bağlamında ve konumunda aramak gerekir. s. 202.

171 BARTHEZ, s. 69. Muhatabın algısının ölçümünün son derece zor olduğu ve bu etkinin bazı hallerde işlemin yapılması anında bilinemeyeceği, belli bir süre geçtikten sonra ortaya çıkabileceği gözden kaçırılmamalıdır. PERES Cécile, "La réception du droit douple par les destinataires", CAPITANT, s. 98-101.

172 MONTAY, s. 191. Yazar, hukuk kuralının değerlendirilmesinde muhatabın davranışının değerlendirilmesini ifade eden öznelleşmeyi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının etkisine bağlayan görüşe katılmaktadır.

173 BARTHEZ, s. 69.

Bu değerlendirmeler karşısında fiili olarak bazı idari işlemlerden daha etkili ancak hukuki olarak zayıf normatifliği, bir başka ifadeyle hukuki sonuç doğurmaması sebebiyle idari işlem kabul edilmeyen esnek hukuk işlemlerinin yargısal denetime konu olup olmamaları bir sorun oluşturmaktadır. Zira bunları yargısal denetimin dışında tutmak demek, özellikle bu işlemlerin idari faaliyet içinde artan payları sebebiyle, işlemlerin hukuka aykırı olmaları ihtimalinde muhataplarını hukuki güvenceden mahrum bırakmak anlamına gelebilecektir[174]. Ancak esnek hukuk işlemlerinin pratik veya potansiyel etkileri sebebiyle yargı denetimine tabi tutulmaları da hukuki sınıflandırmaların istikrarına ve hukukun kalitesine zarar verme riski taşımaktadır[175]. Bu kuramsal tartışmaların ve değerlendirmelerin etkisi 2016 yılı ve sonrasında Devlet Konseyi kararlarında görülmüş, yargıç yerleşik içtihadını değiştirerek bazı esnek hukuk işlemlerinin[176] iptal davasına konu edilmesini kabul etmiş, bunu yaparken de mevcut sistemi bozmamak adına bazı koşullar ortaya koymuştur.

B. ESNEK HUKUK İŞLEMLERİNİN YARGISAL DENETİMİNDE ÖLÇÜTLER

Regülasyon faaliyeti kapsamında başvurulan görüş, tavsiye, uyarı ve kanaat açıklaması (*prise de position*) gibi işlemlerin idari yargı tarafından dikkate alınarak sınırlı da olsa yargı denetimine tabi tutulması aslında 2016 öncesinde gerçekleşmiştir.

Genelgelere ilişkin *Duvignères* içtihadından esinlenerek geliştirilen ve metnin formüle ediliş biçimini esas alan yaklaşıma göre hukuk düzeninde bir değişiklik meydana getirmeyen – yani bir idari karar niteliğinde olmayan – ve fakat emredici hükümler içeren işlemler yargı denetimine konu olabilmektedirler[177]. Burada esnek hukuk işleminden farkı olarak emredici hüküm içeren bir işlem vardır. Ancak bu işlem bir başka işlemde düzenleneni sadece tekrar etmekte, hukuk dünyasında bir değişiklik yaratmamaktadır.

Bunun yanında daha sonra uygulanacak bir yaptırıma etki edebilecek nitelikteki işlemler de icrai kabul edilmektedirler[178]. Burada yaptırıma mutlaka o işlemi yapan idare tarafından başvurulabilecek olması aranmamaktadır. Buna örnek olarak Yüksek Sağlık Otoritesi'nin sağlık çalışanlarına yönelik olarak geliştirdiği tıbbi deontoloji kapsamında iyi uygulama tavsiyeleri

174 Örneğin CSA "başkanının", yetkilendirilmemiş olmasında rağmen yaptığı uyarı, işlemin icrai kabul edilmemesi sebebiyle denetlenememektedir. CE, 4.10.1996, *Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux, op.cit.* Burada idare, icrai kabul edilen ihtar işlemi yerine uyarıyı tercih ederek hem fiili bir etki yaratmış olmakta hem de yargı denetimine tabi olmaktan kurtulmaktadır. Kararın eleştirisi için bkz. COLLET, s. 218.

175 TRUCHET, s. 55-56.

176 Devlet Konseyi kararlarında bu işlemlerin esnek hukuk işlemleri oldukları açıkça zikredilmemektedir. Ancak Devlet Konseyi, 2013 etüdünde ilgili işlemleri esnek hukuk işlemleri kapsamında ele almıştır. Ayrıca kararlarda mütalaa veren kamu raportörleri de bu işlemleri açıkça esnek hukuk işlemi olarak değerlendirmiş olup bu değerlendirme öğretinin kararlar sonrası yaptığı incelemelerle de kuvvetlenmiştir.

177 SCHMITZ Julia, "Le droit "souple", les autorités administratives indépendantes et le juge administratif. De la doctrine au prétoire, RFDA 2017, s. 1087.

178 CHIFFLOT Nicolas, "Conditions de recevabilité du recours pour exces de pouvoir, Procédures no 5, Mai 2016, comm. 186.

(*recommandation de bonnes pratiques*) verilebilir[179]. Bu tavsiyeler belli bir tıbbi standardı ortaya koyan teknik içerikli metinler olup birçok alanda referans olma özelliğine sahiptirler ve özellikle de sağlık çalışanlarının görevlerini yerine getirmede kusurlu davranıp davranmadıklarının tespitinde kullanılırlar[180]. Bu sebeple bu tavsiyelere karşı dava açılabileceği yerleşik bir içtihat haline gelmiş olup bu içtihat esnek hukuk işlemlerinin denetimlerine ilişkin ilk gelişme olarak kabul edilmektedir[181].

Asıl değişiklik, 21 Mart 2016 tarihli *Fairvesta* ve *Numericable* kararlarıyla meydana gelmiştir. Bu kararlarla geliştirilen ölçütlere göre "*regülasyon otoriteleri tarafından kendilerine yüklenen görevler kapsamında benimsenen görüşler, tavsiyeler, uyarılar ve kanaat açıklamaları*" (1) sadece "*genel ve zorlayıcı nitelik taşımaları veya bu otoritelerin daha sonra aykırılığı yaptırıma tabi tutabilecekleri bireysel talimatlar (prescription) içermeleri*" halinde değil, "*aynı zamanda (…) ekonomik sonuçlar da dahil olmak üzere önemli sonuçlar doğurmaları veya yöneldikleri kişilerin davranışlarını kayda değer derecede etkilemeyi hedeflemeleri*" (2) halinde de iptal davasına konu olabileceklerdir[182].

1. Organik Ölçüt: İşlemi Yapan İdare Olarak Regülasyon Otoriteleri

Esnek hukuk işlemlerine ilişkin kararlar incelendiğinde yargıcın bunları denetlemeye yönelik içtihadının regülasyon otoritelerinin işlemleriyle sınırlı kaldığı görülmektedir; yani yargıç, yargı denetimine tabi tutulacak olan esnek hukuk işlemine ilişkin olarak organik bir ölçüt geliştirmiştir. Konuyla ilgili bütün kararlarda işlemin etkisi değerlendirilmeden önce işlemin "bir regülasyon otoritesi tarafından kendisine yüklenen görev" kapsamında yer alıp almadığı incelenmektedir. Bu idareler arasında Finans Piyasaları Otoritesi (*Autorité des marchés financiers* – AMF)[183] ve Yüksek Sağlık Otoritesi gibi bağımsız kamu otoriteleri ile Regülasyon Otoritesi[184] ve Enerji Regülasyon Komisyonu[185] gibi bağımsız idari otoriteler yer almaktadır. Bu yaklaşım, Devlet Konseyi'nin regülasyon otoritelerinin yaptıkları esnek hukuk işlemlerindeki artışın yarattığı denetimsiz alanı sınırlama amacıyla örtüşmektedir. Ancak sadece regülasyon otoritelerinin esnek hukuk işlemlerinin denetlenmesi, pratik kaygılar açısından anlaşılabilir olsa da bazı sorgulamalara neden olmaktadır.

179 Buna karşılık regülasyon otoritelerinin diğer idarelere verdiği görüşler üçüncü kişilere yönelik olmadıklarından hazırlık işlemi olarak kabul edilmekte ve bu kapsamda değerlendirilmemektedir. CE, 28.12.2017, b.n. 404155. (Legifrance.gouv.fr)

180 CE, 27.4.2011, *Formindep*, b.n. 334396, AJDA 2011, s. 1326.

181 PAILLER Pauline, "Consécration d'un contrôle juridictionnel du droit souple", Revue de Droit bancaire et financier, no 3 Mayıs 2016, comm. 144. Ancak örneğin Rekabet Otoritesi'nin danışma faaliyeti çerçevesinde verdiği görüşler bu kapsamda kabul edilmemiştir. CE, 11.10.2012, *Sté ITM entreprises*, b.n. 346378 ve *Sté Casino Guichard-Perrachon*, *op.cit.*

182 CE, 21.3.2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a.*, b.n. 368082, Lebon, s. 76; RFDA 2016, 497; AJDA 2016, s. 717; CE, 21.3.2016, *Sté NC Numericable*, b.n. 390023, Lebon, s. 88.

183 CE, *Fairvesta*, *op.cit.*

184 CE, *Numericable*, *op.cit.*

185 CE, 13.7.2016, *Sociéte GDF Suez*, b.n. 388150, AJDA 2016, s.1481.

Konuyla ilgili en radikal eleştiri Fransız hukukunda esnek hukuk ile regülasyonun adeta özdeşleştirilmesine yönelik olarak geliştirilmiştir. Bu görüşe göre, regülasyon esnek hukukla benzerlikler taşımakla ve regülasyon otoriteleri esnek hukuk araçlarını en aktif olarak kullanan idareler olmakla birlikte, esnek hukuk regülasyona indirgenemez[186].

Bunun yanında regülasyonun organik anlamla sınırlı tutulmaması, maddi anlamda regülasyonu da kapsaması gerektiği ileri sürülmektedir. Zira sadece regülasyon otoriteleri değil diğer idareler de regülasyon kapsamında esnek hukuk işlemlerine başvurabilmektedirler[187].

Son olarak bazı işlemler regülasyon faaliyetine özgü olmayıp diğer idareler tarafından da yapılmaktadırlar. Geleneksel olarak iç düzen işlemleri kapsamında nitelenmekle birlikte idarelerin davranışları konusunda ilgililere bilgi verdikleri için artık bu kapsamı aşan yönergeler (*directives/ lignes directrices*) bunun tipik örneğidir. Bu konuda yargıç, Elektronik İletişim ve Posta Regülasyon Otoritesi'nin yönergesinin, yöneldiği kişilerin davranışlarını önemli biçimde etkilediğinden iptal davasına konu edilebileceğine karar vermiştir[188]. Bu kararı verirken "*regülasyon otoritelerinin yetkilerini ne şekilde ve hangi koşullara göre kullanacaklarını belirledikleri yönergeler*" ifadesini kullanmıştır. Öğretide genel olarak bu kararın regülasyon otoritelerine özgü olarak verildiği ve örneğin bakanlıkların yönergelerinin bu kapsamda yer almadığı kabul edilmektedir[189].

Organik ölçüt, bağımsız idari otoritelerden ne anlaşılması gerektiği ve regülasyon faaliyetinin ne olduğu konusundaki belirsizlik ileri sürülerek de eleştirilmektedir[190]. Konuyla ilgili ilk kararlar ekonomik regülasyon alanında verilmiş olmakla birlikte yargıcın regülasyonu ekonomik regülasyonla sınırlı tutmamadığı sonraki kararlarla ortaya çıkmıştır.

Devlet Konseyi, ekonomiye yabancı bir alanda verdiği kararında Görsel-İşitsel Üst Kurul'un (*Conseil Supérieur de l'Audiovisuel – CSA*-) bazı kanallarda yayımlanan mesajlara ilişkin iki işlemine karşı dava açılabileceğine karar vermiştir. Olayda üç televizyon kanalı tarafından, "Sevgili müstakbel anne" başlıklı ve Trizomi 21 (Down sendromu) konusunda duyarlılığı artırmaya yönelik bir film, reklam kuşağı kapsamında gösterilmiştir. CSA ise basın duyurusu olarak yayınlanan ilk işleminde bu filmin reklam kuşağında gösterilebilecek olan reklam ya da kamu yarına yönelik yayın[191] kapsamına girmediğini saptadıktan sonra ilgilileri ileride bu

186 BISMUTH, s. 259. Bu yaklaşımın Devlet Konseyi içtihadı öncesinde eleştirisi için bkz. LAVERGNE, s. 191.

187 MELLERAY, s. 679.

188 CE, 13.12.2916, *Société Bouygues Telecom*, b.n. 401799, AJDA 2017, s. 2497. Karara konu yönergeler mobil işletmeciler arasında şebeke paylaşımına ilişkin olup amaçları operatörlere birbirleriyle yapacakları anlaşmalarda mevzuattaki amaçlara ve lisanslarında yer alan taahhütlerine uygun davranmak konusunda rehberlik etmekte olup bu nedenle kişilerin davranışlarını ciddi biçimde etkilemeyi hedeflemektedirler.

189 DE FONTENELLE Louis, "Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation", AJDA 2018, s. 571; DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis – ODINET Guillaume, "Un recours souple pour un droit souple", AJDA 2016, s. 717.

190 PERROUD Thomas, "Le recours pour exces pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation", La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 30 Mai 2016, s. 623.

191 Fransız hukukundaki düzenlemelere göre reklam kuşağında gösterilebilecek filmler arasında "kamu yararına mesajlar" bulunmaktadır. İlgili film, down sendromlu çocukların mutlu ve aktif olduklarını göstererek kişisel ve sosyal yaşamlarını olumlu bir yaklaşımla yansıttığından kamu yararı amacına hizmet etmektedir. Ancak müstakbel

gibi yayınların gösterilme şekilleri konusunda dikkatli davranmaya davet etmiştir. İkinci bir duyuruyla da filmin gösterilmesini engelleme niyeti taşımayıp bu tür bir filmin reklam kuşağında gösterilmesinin uygun olmadığına dikkat çekmek istediğini belirtmiştir[192]. Devlet Konseyi bu işlem ve duyuruların herhangi bir hukuki etkileri olmamakla birlikte televizyonculuk hizmeti sunanları işlem konusu film gibi tartışmalı mesajlar yayınlamaktan imtina etmeye ya da bunları reklam kuşağında yayımlamamaya davet ettiklerinden kişilerin davranışlarını önemli bir biçimde etkilemeyi amaçladıkları gerekçesiyle bu işlemlere karşı iptal davası açılmasını kabul etmiştir[193].

2. Maddi Ölçüt: İşlemin Önemli Fiili Sonucu ve Etkisi

Devlet Konseyi *Fairvesta* ve *Numericable* kararlarıyla bir işlemin hukuki bir etki yaratmasa da iki ihtimalde iptal davasına konu olabileceğini ifade etmiştir. Bunlardan ilki bu işlemlerin – ekonomik sonuç da dahil olmak üzere – önemli sonuçlar doğurmaları-, diğeri ise yöneldikleri kişilerin davranışlarını etkilemeyi hedeflemeleridir. Bazı işlemler her iki ölçütü karşılıyor olsalar da bunlardan birinin varlığı işlemin denetlnebilmesi için yeterlidir.

Fairvesta kararının konusunu oluşturan işlemler AMF tarafından bu idarenin resmi internet sitesinden yapılan uyarılardır. Bunlardan "tebliğ" başlığıyla kaleme alınan metinlerde AMF, Fransa'da faaliyet gösterme iznine sahip olmayan Fairvesta International GmbH tarafından aracı şirketler vasıtasıyla halka sunulan yatırım araçları konusunda kamuyu dikkatli davranmaya, yatırım yapmadan önce ürünlerin içerdikleri riski değerlendirmeye ve ürünlerin nitelikleri ile değerleme ve elden çıkarma usulleri hakkında derinlemesine bilgi sahibi olmaya davet etmiştir[194]. Bu tebliğin yayımlanmasından sonra Fransa'da Fairvesta International GmbH'nın sunduğu yatırım ürünlerine talep şiddetli bir şekilde düşmüştür.

AMF'in buradaki işlemi, daha sonra uygulayabileceği bir yaptırım konusunda uyarma veya faaliyeti yasaklayarak veya düzenleyerek engel olma şeklinde hukuki sonuç doğuran bir işlem

annelere yönelik olarak hazırlandığından gebeliğini sonlandırma konusunda kişisel bir seçime sahip olan kadınlar açısından farklı anlamlara çekilecek niteliktedir. Bu sebeple de kamu yararına mesaj olarak değerlendirilmemiştir. CE, 10.11.2016, *CSA*, b.n. 384692, 38492, 394107, AJDA 2016, s. 121.

192 *Ibid.*

193 Yüksek mahkeme bu kararda kamu raportörünün mütalaasını izleyerek ilgili kararların önemli etkiler yarattıkları için değil, yöneldikleri kişilerin davranışlarını önemli ölçüde etkileyebilecekleri için davaya konu olabileceklerini kabul etmiştir. MARION Laurence, Conclusions sous CE, 10.11.2016, *CSA*, AJDA 2016, s. 121. Marion'un ifadesiyle bu işlemler sonucunda ilgili filmin reklam kuşaklarında gösterilmemesinin yanı sıra bu tip tartışmalı filmlerin televizyonda gösterimi konusunda da kanalların çekimser ve hatta isteksiz davranmaları söz konusu olabilecektir. Bu davranış da aslında Trizomi 21'den etkilenen derneklerin bu iletişim kanallarının dışında bırakılmasına neden olabilecektir.

194 Metnin başlangıcı şu şekildedir: "*Finans Piyasaları Otoritesi Fairvesta şirketinin faaliyetlerine ilişkin bireysel ve profesyonel yatırımcılardan çok sayıda soru almaktadır. (…) Bu şirket (…) [piyasaya] yüksek kârlılık perspektifi sunan gayrımenkul yatırımları arz etmektedir. Bu yatırımlar Fransa'da sermaye riski konusunda bazen dengesiz bir söylem benimseyen kişiler tarafından faal olarak pazarlanmaktadırlar. Bu ürünler menkul kıymetlere ilişkin Fransız mevzuatına tabi değildirler. Ayrıca Fairvesta şirketinin Fransa'da yatırım hizmeti veya yatırım danışmanlığı hizmeti yapma konusunda izni olmadığı gibi şirket, bankacılık veya finansal kapıdan satış konusunda da yetkilendirilmemiştir.*" *CE, Fairvesta, op.cit*

değildir. Ancak tebliğ, yatırımcının davranışını etkilemiştir – ki zaten bunu hedeflemektedir – ve bunun sonucunda da davacı açısından ciddi ekonomik sonuçlar doğmuştur. Devlet Konseyi de yukarıdaki ölçütlerin her ikisini de olaya uygulayarak tebliğlerin, yatırımcıları açıkça belirlenen yatırım araçları konusunda uyardığını ve böylelikle yatırımcıların davranışlarını tebliğin yöneldiği yatırım araçlarına ilişkin olarak ciddi şekilde değiştirme amacını güttüklerini ifade etmiştir. Bu tebliğlerin yayımlanmasının kayda değer ekonomik sonuçlar doğuracak nitelikte olduğunu kabul ederek işlemin iptal davasına konu olabileceği sonucuna varmıştır[195].

Burada yargıcın dogmatik bir yaklaşımdan ziyade 2013 raporunda ortaya koyduğu pragmatik yaklaşımı benimsediği söylenebilir. Zira işlem hiçbir hukuksal etki yaratmamakla birlikte yatırımcının davranışı değişmiş, bu sebeple de Fairvesta maddi bir zarara uğramıştır. Yargıç aynı zamanda bu tebliğlerin AMF'in internet sitesinde yayımlanmaları, geniş bir yayılımları olması ve yayımlandıkları tarihten itibaren erişilebilir olmaları üzerinde durmaktadır. Bunların birlikte değerlendirilmesi sonucunda işlemin hukuki niteliği değil yarattığı fiili ve özellikle de ekonomik sonucun ciddiyeti, iptal davasına konu edilmesine neden olmuştur[196].

Aynı gün verilen Numericable kararı ise internet üzerinden yapılan televizyon yayını hizmetlerine ilişkindir. Karara konu olay öncesinde Rekabet Otoritesi, Groupe Canal Plus (GCP) ile rakibi Télévision Par Satellite (TPS)'in birleşme izni vesilesiyle GCP'nin anlaşma yapacağı internet operatörlerini koruyan bazı emirler (*injonction*) vermiştir[197]. Davaya konu olan işlem ise GCP'nin münhasır yayın hakkı yasağına yönelik emrin piyasada faaliyet gösteren Numericable[198] isimli şirket açısından geçerli olmaması sonucunu doğuran kanaat açıklamasıdır.

Rekabet Otoritesi bu açıklamayla önceki emrini kaldırmamakta olup GCP'nin kendi dağıtım ağı olmayıp televizyon hizmetleri sunan yayıncılık platformlarına ilişkin olarak münhasır yayın hakkı edinememesine ilişkin yasak, yani mevcut hukuki durum devam etmektedir. Ancak bu açıklamanın GCP'nin Numericable ile rekabet edebileceği anlamına geldiğini belirten mahkeme,

195 CE, *Fairvesta*, *op.cit*.

196 Devlet Konseyi'nin "ekonomik anlamda önemli etkileri olan" işlemleri yargı denetimine tabi tutma yönünde geliştirdiği içtihadı iktisadi menfaatlerin diğer menfaatlerden üstün tuttuğu ve bu dolayısıyla büyük sermayeye hizmet etttiği gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir. ROLIN Frédéric, "Le droit administratif est-il au service du Grand Capital?", AJDA 2016, s. 921.

197 Rekabet Kurulu işlemine konu olayda kendi internet platformu olmayan GCP'nin internet operatörleri üzerinden televizyon yayını yapması söz konusudur. Bu operatörlerin kendileri de televizyon yayıncılığı yapmaktadırlar. Ancak GCP ile aralarında iki yönden farklılık mevcuttur. İlk olarak diğer şirketler sadece kendi platformlarından yayın yapabiliyor iken GCP birçok platform üzerinden yayın yapabilmektedir. Bunun yanı sıra GCP bir yayın grubu olduğundan bazı kanalları bünyesinde bulundurmakta olup diğer operatörlerin kendi yayın hizmetleri bu kanalları içerememektedir. Dolayısıyla müşterilerine bu kanalları da sunabilmek için GCP ile anlaşmak durumundadırlar. Bu da GCP'ye bir rekabet avantajı sağlamaktadır. CE, 21.3.2016, *Sté NC Numericable*, Conclusions DAUMAS M. Vincent, http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=10&texte=DAumas+num%E9ricable&Page=3&querytype= simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True (e.t. 15.3.2018)

198 Piyasada faaliyet gösteren şirketlerden Numericable, birçok televizyon kanalıyla yayın anlaşması olduğundan diğer operatörlerden farklı konumda olup GCP ile benzer bir hizmet vermektedir. Rekabet Otoritesi'nin açıklaması, Numericable'ın internet dağıtım platformlarından SFR ile birleşmesi sonrasında gerçekleşmiştir. Dolayısıyla GCP'nin bu şirketle ilgili olarak bir rekabet avantajı bulunmamaktadır. *Ibid*.

bunun Numericable üzerinde önemli ekonomik sonuçları olacağı ve dolayısıyla da işlemin dava edilebileceği sonucuna varmıştır[199].

Bu iki kararla yapılan içtihat değişikliği öğretide genelde olumlu bir gelişme olarak karşılanmakla birlikte burada hukuki bir değerlendirme hatası yapıldığı da ileri sürülmektedir. Esnek hukuk işlemi olarak nitelendirilen bazı işlemlerin aslında hukuki işlem değil davranış olduğunu ve bu sebeple de bunların iptal davasına konu edilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre bu açıklama ve uyarılar işlem olarak değerlendirilemeyeceklerinden bu davranışlardan zarar doğurması halinde şartları oluşmuşsa tazminat yoluna gidilmelidir[200].

Bir esnek hukuk işleminin iptal edildiği ilk karar[201], Enerji Regülasyon Komisyonu'nun (*Commission de Régulation d'Energie – CRE*) kendisine sunulan bir sözleşme hükmüne ilişkin olarak internet sitesinde yayımladığı açıklamaya (*communiqué*) ilişkin olarak verilmiştir. Açıklamanın konusu, elektrik piyasasında belli bir sayının altında müşteriye hizmet sunan tedarikçi şirketin işletme masraflarının dağıtım şirketi tarafından karşılanması ve bu bedelin tarifeye yansıtılmasına yönelik sözleşme hükmünün CRE tarafından uygun bulunmasıdır. CRE yaptığı açıklamayla aynı yönde bir sözleşmenin benzer konumdaki diğer tedarikçilerle de imzalanabileceğini ifade etmiştir[202].

Devlet Konseyi önceki kararlarında benimsediği, işlemin yetkili bir idare tarafından yapılması ve yaygın bir şekilde duyurulması ölçütlerinin karşılandığını ifade ettikten sonra bu tebliğin etkisi üzerinde durmuştur. Yargıca göre kurulun bu imkanı sadece belli sayının altında müşterisi olan tedarikçilere tanıması, bu operatörlerin davranışlarını ciddi şekilde etkilemeyi amaçladığını göstermektedir. Ayrıca bu açıklama tedarikçilerin gelirlerini, dağıtımcının giderlerini ve tarifeyi etkileyeceğinden burada ciddi bir ekonomik sonuç mevcuttur ve işlem "enerji" müşteri sayısı bu tür bir sözleşme yapabilmek için belirlenen sınırı aşan GDF Suez üzerinde etki yaratmaktadır [203].

---

199 CE, *Numericable, op.cit*. Bu olayda Rekabet Otoritesi her ne kadar mevcut talimatını değiştirme yönünde bir irade beyanında bulunmamış olsa da yaptığı açıklamada ilgili talimatların Numericable açısından geçerli olmadığını ifade etmesinin talimatı kısmen değiştirdiği de düşünülebilir. Ancak ilgili talimatlar sadece tek platformlu internet operatörlerine ilişkin olup Numericable ve SFR'in birleşmesi sonrasında bu nitelik zaten ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla Rekabet Otoritesi burada bir tespit yapmış ve yaptığı tespit de Numericable üzerinde ekonomik sonuç doğurmuştur.

200 Bismuth'a göre Fairvesta davasında bir esnek hukuk işlemi yoktur. Zira AMF, tasarrufların korunması hedefini gerçekleştirmek amacıyla, piyasadaki operatörleri kurallara uygun davranmaya yönlendiren bir *soft law* işlemi yapmamış, yatırımcıları uyararak *soft power* uygulamıştır. BISMUTH, s. 258.

201 MELLERAY Fabrice, "Précisions sur les modalités de contestation d'un acte de droit douple", AJDA 2016, s. 2119.

202 "Enerji Regülasyon Kurulu, 26 Temmuz 2012 tarihinde Poweo Direct Energie ve ERDF arasındaki anlaşmada ERDF Poweo Direct Energie'ye 1 750 000'den az müşterisi olduğu sürece tek bir sözleşme yapmış olan müşterilerinin işletme masraflarını karşılamak üzere belli bir bedel ödeyeceğine ilişkin geçici sözleşme hükmünün rekabet hukukunun genel ilkelerine ve Enerji Kanunu'na uygun olduğuna karar vermiştir. Kurul ayrıca "bu tür bir sözleşmenin Poweo Direct Energie ile müşteri işletme masrafları ve müşteri yapısı açısından benzer durumda olan, yani tek bir elektrik ya da gaz sözleşmesi yapan ve müşteri sayısı 1 750 000'den az olan başka operatörlerle (piyasaya yeni giren tedarikçilerle) yapılacağına karar vermiştir. Kurul böylece müşteri sayısı bu sınırı aşan tedarikçileri dışlamaktadır. Kurul son olarak ERDF'in tedarikçilere ödediği bedelin Kamusal elektrik kullanım tarifesiyle karşılanacağını ifade etmiştir." CE, *Sociéte GDF Suez, op.cit*.

203 CE, *Sociéte GDF Suez*, *op.cit*.

Devlet Konseyi'nin ekonomik ilişkileri konu edinen bazı uygulamalar konusunda açıkça ekonomik sonuç doğurma ölçütünü kullanmaksızın genel olarak "önemli sonuç doğurma" ölçütüne dayanarak verdiği kararlar da mevcuttur.

Örneğin İhtiyati Denetim ve Çözümleme Otoritesi'nin (*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* – ACPR)'un hayat sigortalarının pazarlanması konusunda yapılacak sözleşmelere ilişkin tavsiyelerinin iptal davasına konu olabileceğine karar verirken ekonomik sonuca değil sigorta şirketleri ile aracı şirketler arasındaki ilişkiler üzerinde doğacak sonuca dayanmıştır[204]. Bu ölçütü ikinci ölçütüyle birlikte kullanarak güdülen amacın sigorta şirketlerini ve aracı şirketleri karşılıklı ilişkilerini önemli ölçüde değiştirmeye sevk etmek olduğu ifade etmiştir[205]. Zira tavsiyelere uyulması zorunlu olmasa da[206] tavsiyede öngörülen hususlar referans teşkil etmekte ve tavsiyelere uymak şirketin itibarı açısından önemi olduğundan kayda değer bir fiili etki doğmaktadır[207].

Son olarak yargıç bazı kararlarında işlemin sonucuna değil, geliştirdiği ikinci yeni ölçüt olan davranışları önemli ölçüde yönlendirmeyi hedeflemeye dayanmaktadır.

Yüksek Sağlık Otoritesi'nin tavsiye niteliğinde bir işlemine ilişkin olarak açılan davaya konu olan olayda Sağlık Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, devlet tarafından karşılanan ilaçlar listesinden yüksek tansiyon tedavisinde kullanılan bazı ilaçların çıkarılmasına karar vermişlerdir. Yüksek Sağlık Otoritesi de internet sitesinde ilaç kullanımına ilişkin bir not yayınlayarak bu ilaçların bedellerinin ödenmesinin neden durdurulduğunu açıklamış, listeden çıkarılan ilaçların reçetelere yazımının durdurulmasını önermiş ve alternatif ilaçlar hakkında bilgi vererek tedaviyi değiştirmek için izlenecek yolu açıklamıştır. Devlet Konseyi bu tavsiyenin, yüksek tansiyon tedavisinde hekimlerin reçete yazma alışkanlıklarını değiştireceğinden ve aynı zamanda eczanelerin ve hastaların davranışlarını da etkileyeceğinden iptal davasına konu edilebileceğine karar vermiştir[208].

204 Dava konusu tavsiyelerden biri, bir sigorta şirketinin ürünlerini pazarlayan birden fazla aracı kurumun mevcudiyeti halinde, sadece sigorta şirketiyle aracı kurum değil – ki bu yasal bir zorunluluktur-, aracı kurumlar arasında da anlaşma yapılmasıdır. Diğeri ise aracı şirketlerin reklam metinleri hakkında sigorta şirketinin onay vermesine yöneliktir. CE, 20.6.2016, *FFSA c/ ACPR*, b.n. 384297, Lebon T., 638 ve 862.

205 *Ibid.*

206 Bununla birlikte öğretide, kolluk yetkisine sahip olan ACPR'nin bu tavsiyelerine uyulmaması sonrasında uyarı ve olası bir yaptırım uygulama imkanı bulunduğundan, bu tavsiyelerin esnek hukuk işlemi olarak değil hukuk düzeninde değişiklik yapmaları sebebiyle norm olarak değerlendirilerek denetlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. MARTIN Didier R. – SYNVET Hervé, "Droit bancaire juillet 2015-septembre 2016", Recueil Dalloz 2016, s. 2305 note sous CE, 20.6.2016, *FFSA c/ ACPR*.

207 Davacı, aracı kurumların birbirleriyle sözleşme yapmalarının yasada öngörülmediğini ve bunun tavsiye metninde öngörülmesinin, ancak yasayla sınırlanabilecek olan sözleşme özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Devlet Konseyi ise tavsiyenin zorlayıcı nitelikte olmadığını ve şirketleri bağlamadığını, şirketlerin müşterilerinin menfaatini korumaya yönelik olarak başka tedbirler de alabileceklerini ifade ederek iptal istemini reddetmiştir. Aslında burada paradoksal bir durumla karşılaşılmaktadır: bir esnek hukuk işlemi, önemli fiili etkileri olduğundan iptal davasına konu olabilmekte, ancak hukuki olarak bağlayıcı gücü olmadığından hak sınırlamasına neden olmamakta, dolayısıyla da iptal edilmemektedir. Bu konuda bkz. MOREAU Jacques, "L'entrée du droit souple dans le contentieux administratif des assurances", RGDA nov. 2016, no:11, s. 561.

208 CE, 19.7.2017, *Soc. Menarini France*, b.n. 399766, AJDA 2017, s. 2449.

SONUÇ

Devlet Konseyi'nin pragmatik bir yaklaşımla bağımsız idari otoritelerinin bazı esnek hukuk işlemlerini ilgililerin hukukunu etkilemeleri nedeniyle artık iptal davasına konu ettiği ve 2016 sonrasında mevcut içtihadını esnettiği açıkça görülmektedir. Ancak bu içtihadın diğer idareleri de kapsayacak şekilde genişletilip genişletilmeyeceği – ki bunun gerekliliği öğretide savunulmaktadır – belirsizliğini halen korumaktadır.

Bu kararlar yargıcın artık bir işlemin iptal davasına konu edilebilmesi için mutlaka bağlayıcı, emredici, zorlayıcı bir nitelik taşımasını, kişilere hak ve borç yüklemesini veya hukuk düzeninde bir değişiklik meydana getirmesini en azından regülasyon otoritelerinin bazı kararları açısından beklemediğini göstermektedir. Ancak yargıcın içtihat değişikliğiyle idari işlemin – Fransız hukukundaki kullanımıyla idari kararın – tanımını mı değiştirdiği yoksa bir işlemin iptal davasına konu edilebilmesinin koşulu olarak "icrailiği" mi genişlettiği konusunda öğretide görüş birliği yoktur.

Bir görüşe göre maddi ölçüt değişikliği işleme karar niteliği kazandırmakta ve işlemin etkililiğine vurgu yapan Devlet Konseyi böylelikle hukuki işlem kavramını temelden değiştirmektedir[209]. Normatifliğe ilişkin olarak işlevsel yaklaşımın benimsenmesi halinde esnek hukuk işlemlerinin emredici nitelikte olmasalar da kişilerin davranışlarını yönlendirmeleri sebebiyle hukuki işlem olarak kabul edilmeleri söz konusu olacaktır.

Çoğunluk görüşüne göre ise Devlet Konseyi bu kararlarla tavsiye, uyarı, açıklama gibi işlemlerin doğaları hakkında hüküm vermemektedir; dolayısıyla bu işlemler icrai nitelikte değildirler[210]. Ancak hukuki etkileri olmasa da fiili etki yaratmakta olduklarından iptal davasına konu edilebilmektedirler[211]. Gerçekten de esnek hukuk işlemleri Fransız İdari Yargılama Kanunu'nun R. 421-1 hükmünde yer alan "karar" kapsamı dışında kalmaktadırlar. Ancak Devlet Konseyi yukarıda incelenen kararları ile bu kapsamı genişletmektedir[212]. Seiller'nin ifadesiyle bu işlemler bir idari karar olarak nitelenmemekle birlikte iptal davasına konu edilebilecekleri kabul edilmektedir; dolayısıyla bu içtihat, yargılama hukuku açısından değişiklik meydanda getirir[213].

İptal davasının kapsamının bu şekilde genişletilmesi hukuk devleti ilkesinin ve idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından olumlu karşılansa da bir esnek hukuk işleminin olası iptalinin ancak platonik[214] bir etki yaratması da ihtimal dahilindedir. Zira işlem zaten hukuki bir etki doğurmadığından hukuk düzeninden kaldırılması da tek başına davacının durumunu

209 PERROUD, *op.cit.*

210 SEE, *op.cit*.

211 MOREAU, *op.cit.*

212 TAIBI Achour, "L'élargissement de la recevabilité contentieuse du droit souple des autorités de régulation", Gaz. Pal. 17 mai 2016, no:18, s. 20.

213 SEILLER Bertrand, "La recevabilité des recours contre les actes composant le "droit souple"" Gaz. Pal., 14 Haziran 2016, s. 27. Aynı yönde DE FONTENELLE, Influence, s. 571; MELLERAY, s. 679.

214 LE BOT Olivier, "Chronique de contentieux administratif", La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, no: 37-38, 19 Septembre 2016, 2240.

değiştirmeyecektir. Esnek hukuk işlemlerinin fiili etki ve sonuçlarının ciddi olup olmadığı bunların yayımlanması ve yaygınlaştırılması dikkate alınarak belirlendiğinden yargıcın bu durumda yargısal emir yetkisini kullanılarak iptal kararının işlemle aynı yollarla yayılmasının sağlanmasına karar vermesi bir çözüm olarak sunulmaktadır[215].

KISALTMALAR:

AJDA : Actualité juridique. Droit administratif
AÜSBF : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
B.n. : Başvuru numarası
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
c/ : Contre
CE : Conseil d'Etat
Comm. : Commentaire
DD : Danıştay Dergisi
DİDDK : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E. : Esas
Ed. : Editör
E.t. : Erişim tarihi
Fasc. : Fascicule
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ibid. : Ibidem
Jcl. : JurisClasseur
K. : Karar
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
N° : Numéro
Op.cit. : Opus citatum
Prg. : Paragraf
PUF : Presse Universitaire de la France
Rec. : Recueil
RFDA : Revue française de droit administratif
RGDA : Revue générale du droit des assurances
RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial
S. : Sayı
s. : Sayfa
Ve d. : Ve diğerleri
Vol. : Volume
Y. : Yıl

215 SEILLER Bertrand, "Le contrôle du juge administratif sur les actes composant le "droit souple"" Gaz. Pal., 14 Haziran 2016, s. 31. (Lextenso.fr)

KAYNAKÇA:

AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat-KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2017.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Le droit souple, Journées nationales Tome XIII, Dalloz, Paris 2009.

AUBY Jean-Bernard, "Droit administratif et démocratie", Droit administratif, S. 2, Şubat 2006, Etude 3.

AUTIN Jean-Louis, BREEN Emmanuel, Autorités administratifs indépendantes, Jcl. Administratif Fasc. 75.

BEAL Antoine, Introduction de l'instance, Jcl. Justice administrative, Fasc. 40.

BISMUTH Régis, "Fairvesta d'un autre point de vue. Une réflexion sur ce que "soft law" veut dire", in DEUMIER Pascale-SOREL Jean-Marc (dir.), Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international, LGDJ, Paris 2018, s. 258.

BOUDET Jean-François, "La "grammaire lolftienne"", RFDA 2015, s. 1215.

BROYELLE Camille, Contentieux administrartif, LGDJ, 4. Bası, Paris 2016.

CAZALA Julien "Le Soft Law International entre inspiration et aspiration", in REvue interdisciplinaire d'études juridiques 2011/1 /Vol. 66), s. 41

CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017.

CHAPUS René, Droit administratif général, C.1, 15. Bası, Montchrestien, Paris 2001.

CHAPUS René, Droit du contentieux administratif, 13. Bası, Montchrestien, Paris 2008.

CHEVALLIER Jacques, L'Etat post-moderne, LGDJ, Paris 2003.

CHEVALLIER Jacques, "L'Etat régulateur", Revue française d'administration publique, 2004/3 (no 111), s. 480.

CHIFFLOT Nicolas, "Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, Procédures no 5, Mai 2016, comm. 186.

CLAUDEL Emmanuelle, "Une activité confortée: les avis de l'Autorité de la concurrence ne font pas grief et ne sont pas susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir", RTD Com. 2012, s. 747.

COLLET Martin, Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, LGDJ, Paris 2003.

CONSEIL D'ETAT, Le droit souple: EDCE 2013, La Documentation française, Paris, 2013.

COSTA Delphine, "Des directives aux lignes directrices, une variation en clairs-obscurs", AJDA 2015 s.806.

COURREGES Anne – DAEL Serge, Contentieux administratif, 4. Bası, PUF, Paris, 2013.

CYTERMANN Laurent, "Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France", RFDA 2013 s.1119.

DARCY Gilles, "La décision exécutoire, esquisse méthodologique", AJDA 1994, s. 663.

DAUMAS M. Vincent, Conclusions sous CE, 21.3.2016, Sté NC Numericable, http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.

asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=10&texte=DAumas+num%E9ricable&Page=3&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True

DE FONTENELLE Louis, "La notion d'influence dans le recours pour excès de pouvoir", RFDA 2018, s. 312.

DE FONTENELLE Louis, "Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation", AJDA 2018, s. 571.

DELVOLVE Pierre, Droit public de l'économie, Dalloz, Paris 1998.

DELVOLVE Pierre, "La définition des actes administratifs", RFDA 2016.

DOMINO Xavier, "Le Conseil d'Etat juge du régulateur ferroviaire : une première", AJDA 2015, s. 875.

DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

DURSUN Hasan, "İdari İşlemin İcrailiği (I)", Terazi Hukuk Dergisi, Y: 6, S. 57, Mayıs 2011, s. 40.

DURSUN Hasan, "İdari İşlemin İcrailiği (II)", Terazi Hukuk Dergisi, Y: 6, S. 58, Haz. 2011, s. 74.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis – ODINET Guillaume, "Un recours souple pour un droit souple", AJDA 2016, s. 717.

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

ERKUT Celâl, "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1991, s. 109.

FİŞ ÜSTÜN Gül, "Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanaklarının Niteliği", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2) 2011, s. 64.

GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş, 15. Baskı, Ekin, Bursa, 2018.

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C. 1, 2. Bası, Ekin, Bursa, 2009.

GÖZLER Kemal – KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa 2017.

GÖZÜBÜYÜK Şeref-TAN Turgut, İdare Hukuku I, Genel Esaslar, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 11. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.

HACHEZ Isabelle, "Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law"", Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2010/2 (Vol. 65), s. 19.

JEANNENEY Pierre-Alain, "Le régulateur producteur de droit", in FRISON-ROCHE Marie-Anne, Droit et économie de la régulation. 2, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) "Hors collection", 2004 s. 47.

KAPLAN Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.

KARAHANOĞULLARI Onur, "Güvenlik Soruşturması", AÜSBFD, 53/1 (Ocak-Aralık 1998), s. 159.

KARAHANOĞULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2012.

KAYA Cemil, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", GÜHFD, C. 9, S-1-2 (Haziran-Aralık 2005), s. 253.

LAVERGNE Benjamin, Recherche sur la soft law en droit public français, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2013.

LE BOT Olivier, Chronique de contentieux admi nistrratif, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales no 37-38, 19 Septembre 2016, 2240.

LOMBARD Martine – NICINSKI Sophie – GLASER Emmanuel, "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", AJDA 2014, s. 1874.

MAISANI Pauline – WIENER Florence, "Réflexions autour de la conception post-moderne du droit", in Droit et société, n°27, 1994, Production de la norme juridique. s. 462.

MARION Laurence, Conclusions sous CE, 10.11.2016, CSA, AJDA 2016, s. 121.

MARCOU Gérard, "La notion juridique de la régulation", AJDA 2006, s. 347.

MARTIN Didier R. – SYNVET Hervé, "Droit Bancaire janvier 2011-déc. 2011", Recueil Dalloz 2012, s. 1908.

MARTIN Didier R. – SYNVET Hervé, "Droit Bancaire juillet 2015-sept. 2016", Recueil Dalloz,. 2016 s. 2305.

MELLERAY Fabrice, "Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple", RFDA 2016, s. 679.

MONTAY Benoît, "Le Conseil d'état, la norme et le comportement: chronique d'une autre démolition inachevée", Droits 2016/1 (n° 63), s. 196.

MOREAU Jacques, L'entrée du droit souple dans le contentieux administratif des assurances, RGDA nov. 2016, n° 11, s. 561.

ODENT Raymond, Contentieux administratif, T.1, Dalloz, Paris 2007.

OST François, "De la pyramide au réseau: un nouveau paradigme pour la science du droit", *in* SUPIOT Alain (ed.), Tisser le lien social, Maison des siences de l'Homme, 2004, s. 175.

ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZTÜRK Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin, 2009.

ÖZTÜRK Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin, Ankara 2015.

PAILLER Pauline, "Consécration d'un contrôle juridictionnel du droit souple", Revue de Droit bancaire et financier, no:3, Mayıs 2016, comm. 144.

PERROUD Thomas, "Le recours pour excès pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation" La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 30 Mai 2016, 623.

RIVERO Jean – WALINE Marcel, Droit administratif, Dalloz, Paris 2000.

ROLIN Frédéric, "Le droit administratif est-il au service du Grand Capital?", AJDA 2016, s. 921.

SANCAKDAR Oğuz – US Eser – KASAPOĞLU TURHAN Mine, ÖNÜT Lale Burcu – SEYHAN Serkan, İdare Hukuku, Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, 2017.

SCHMITZ Julia, "Le droit "souple", les autorités administratives indépendantes et le juge administratif. De la doctrine au prétoire, RFDA 2017, s. 1087.

SEE Arnaud, "Le droit souple des autorités de régulation", Droit Administratif n° 5, Mai 2016, comm. 34.

SEILLER Bertrand, "Droit administratif, 2. Action administrative, Flammarion, Paris, 2001.

SEILLER Bertrand, "La recevabilité des recours contre les actes composant le "droit souple"" Gaz. Pal., 14 Haziran 2016, s. 27.

SEILLER Bertrand, "Le contrôle du juge administratif sur les actes composant le "droit souple"" Gaz. Pal., 14 Haziran 2016, s. 31.

SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin, Ankara, 2000.

ŞAHİN Cenk, Amerikan Federal İdare hukukunda "Regülasyon" (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları), Oniki Levha, İstanbul, 2010, s. 69.

TAIBI Achour, "L'élargissement de la recevabilité contentieuse du droit souple des autorités de régulation", Gaz. Pal. 17 mai 2016, no :18, s. 20.

TAN Emre, "Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi", *in* KUTLU GÜRSEL Meltem (ed.), Sermaye Piyasası, Seçkin, Ankara, 2016, s. 123.

TAN Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2015.

TRUCHET Didier, Droit administratif, 4. Bası, PUF, Paris, 2011.

ULUSOY Ali, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003

YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2010.

YILDIRIM Turan – YASİN Melikşah – KAMAN Nur – ÜSTÜN Gül – OKAN TEKİNSOY Özge, İdare Hukuku, 6. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

YILMAZ Dilşat, İdari İşlemin İcrailik Özelliği, Astana Yayınları, Ankara, 2014.

YILMAZ Dilşat, "Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin "Kesinliği" Üzerine Bir Değerlendirme: "Kime Göre?", "Ne İçin?" Kesinlik", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, Y. 2017, S. 2, s. 105.

İnternet kaynakları:

http://www.cairn.info

http://www.conseil-etat.fr

http://www.dalloz.fr

http://www.emsal.danistay.uyap.gov.tr

http://www.kazanci.com

http://www.legifrance.gouv.fr

http://www.lexisnexis360.fr

http://www.lexpera.com.tr

http://www.lextenso.fr

http://www.rekabet.gov.tr