

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİMDALI

İDARİ İŞLEMİN KONU UNSURU
DOKTORA TEZİ

MUHAMMED GÖÇGÜN

İstanbul, 2016

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİMDALI

İDARİ İŞLEMİN KONU UNSURU
DOKTORA TEZİ

MUHAMMED GÖÇGÜN

Danışman: Prof. Dr. TURAN YILDIRIM

İstanbul, 2016

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi
Muhammed Göçgün'nun [DARİ İŞLEMİN KONUSU UNSURU] adlı tez çalışması, Enstitümüz
Yönetim Kurulunun 01.12.2016 tarih ve 2016-41/30 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından
~~ayrılık~~ / oy çokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 16.12.2016

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. TURAN YILDIRIM	
2.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. HASAN NURİ YAŞAR	
3.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. NUR ZELİHA KAMAN	
4.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. H. EYÜP ÖZDEMİR	
5.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. GÜL ÜSTÜN	

ÖZET

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesindeki düzenleme doğrultusunda idari işlemin unsurlarının yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olduğu kabul edilmiştir. Bu unsurlar arasında yer alan ve idari işlemin doğurduğu hukuki sonucu ifade eden konu unsuru, idari işlemin en önemli ve geniş kapsamlı unsurudur. Bu kanaat; özellikle, konu unsurunun idari işlemin özellikleriyle olan irtibatı ve işlemin bizzat içeriğine ilişkin bir unsur olması neticesinde hasıl olmuştur. Zira idari işlemin; icrailik, idari işleve ilişkin olma, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ve tek yanlılık özellikleri de esasında işlemin hukuk alanında meydana getireceği değişikliklerle alakalıdır. İdari işlemin konu unsuru bakımından üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise konu unsurunun belirlenmesidir. Kural olarak idari işlemin ortaya çıkaracağı sonuç mevzuatta gösterilir. Bununla birlikte yasama organı ve idare, idari işlemin konu unsurunun belirlenmesi aşamasında kanunilik ve normlar hiyerarşisi ilkeleri çerçevesinde hareket etmelidir. Bu aşamada kanun koyucu, idareyi bağlı yetki içine sokabileceği gibi, idareye işlemin konu unsuruna yönelik takdir yetkisi de tanıyabilir. Önemli olan asli nitelikteki yasama yetkisinin idareye bırakılmamasıdır. Bunun için Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda temel ilkelerin mutlaka kanunda yer alması ve idarenin kullanacağı yetkinin kanun koyucu tarafından sınırlandırılmış olması gerekir. İdari işlemin konu unsuru yönünden hukuka uygunluğunu sağlayan temel ilkeler ise eşitlik, hukuki güvenlik ve ölçülülüktür. Bu üç ilke de idari işlemin ortaya çıkaracağı hukuki sonuca ilişkin olup bu ilkelerin ihlali durumunda, idari işlemin konu unsuruna tekabül eden hukuka aykırılıklar ortaya çıkar. Ne var ki; idari işlemin yargısal denetimi aşamasında idari yargıç, sözü edilen ilkeler kapsamında ortaya çıkan hukuka aykırılıkları gerekçelendirirken bu ilkelerin işlemin konu unsurunu ilgilendirdiğine değinmemektedir. Bu durum, konu unsurunun idari işlemin en zor tespit edilen ve en geniş kapsamlı unsuru olarak kabul edilmesindeki en temel etkenlerdendir.

ABSTRACT

It is accepted that the elements of the administrative act in terms of the regulation in Article 2 of Administrative Procedure Law No. 2577 are power, form, reason, subject and purpose. Among these elements, the subject element, which expresses the legal result of the administrative act is the most important and comprehensive element. This opinion is based on the connection between the subject element and the features of the administrative act and the fact that the subject element is concerned with the content of the administrative act itself. Because, the features of administrative act that are unilateralism, executability, being in relation to the administrative function and to benefit from the legality presumption are related to the change that the administrative act will bring about in the world of law. Another issue that needs to be considered in terms of the subject element of the administrative act is the determination of the subject element. As a rule, the result of the administrative act is stated in the legislation. However the administration and the legislative body must act in accordance with legality and the hierarchy of norms while determining the subject element of the administrative act. The legislative authority may insert administration into the dependent power or may also allow discretionary power to determine the subject element of the administrative act. It is important that the primary legislative power is not allowed to the administration. To provide this, the basic principles must be included in the act, in matters that should be regulated by act in accordance with the constitution and it must be limited to the power which the administration will use by the legislator. The basic principles that ensure compliance with the law in terms of the subject element of administrative act are equality, legal security and proportionality. These three principles relate to the legal consequences of the administrative act, and in the event of violation of these principles, there arises a breach of law corresponding to the subject element of the administrative act. However, the administrative judge in the course of judicial review of administrative act does not refer to the fact that these principles are concerned with the subject element of the administrative act, while justifying the contradictions that arise under the mentioned principles. This is one of the most important factors why the subject matter is considered to be the most difficult and most comprehensive element of the administrative act

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM:

İDARİ İŞLEM, İDARİ İŞLEMİN ÖZELLİKLERİ VE KONU UNSURU

I. Hukuki İşlem	6
A. Hukuki İşlemin Tanımı ve Kurucu Unsurları.....	6
B. Hukuki İşlemin Geçerlilik Şartları.....	6
II. İdari İşlem	7
A. İdari İşlemin Tanımı.....	7
B. İdari İşlemin Unsurları.....	9
1. İdari İşlemin Unsurlarının Tasnifi ve Yasal Düzenlemeler	9
2. Yetki Unsuru.....	11
3. Şekil Unsuru	13
3.1. Yazılılık	13
3.2. Gerekçe	14
3.3. Esasa Etkili Şekil Sakatlığı	15
4. Maksat Unsuru.....	16
5. Sebep Unsuru.....	17
6. Konu Unsuru.....	20
6.1. Konu Unsurunun Tanımı	20
6.2. Konu Unsurunun Özellikleri.....	21
6.2.1. İdari İşlemin Doğuracağı Sonucun Meşru Olması	21
6.2.2. İdari İşlemin Doğuracağı Sonucun İmkansız Olmaması	22
III. Konu Unsuruyla İlişkisi Bakımından İdari İşlemin Özellikleri	24
A. İcrailik.....	24
1. İcrailiğin Tanımı	24
2. İcrai Olmayan İşlemler	28

B. İdari İşleve İlişkin Olma	30
1. İdari İşlevin Tanımı	30
2. İdari İşlevin Konusu.....	32
3. İdari İşlev ve Kamu Yararı	34
4. İdari İşlev ve Kamu Gücü Ayrıcalıkları	34
C. Hukuka Uygunluk Karinesinden Yararlanma	35
1. Hukuka Uygunluk Karinesinin Tanımı.....	35
2. Karinenin Doğurduğu Hukuki Sonuç	37
3. Karinenin Sona Ermesi	39
D. Tek Yanlılık.....	43

İKİNCİ BÖLÜM:

İDARİ İŞLEMİN KONU UNSURUNUN BELİRLENMESİ

I. Yürütme Organının İşlemlerinde Konu Unsurunun Anayasa ile Sınırlandırılması	45
II. Konu Unsurunun Yasama Organı Tarafından Belirlenmesi	47
A. Yasama Fonksiyonunun Niteliği.....	47
B. Yasama Yetkisinin Özellikleri	48
1. Genellik.....	48
2. Aslilik.....	50
3. Devredilmezlik.....	51
C. Yasama İşlemleri.....	55
1. Kanun.....	55
1.1. Maddi Anlamda Kanun.....	56
1.2. Şekli Anlamda Kanun.....	58
2. Parlamento Kararı	59
3. Yasama Organının İdari İşlev Kapsamındaki İşlemleri.....	61
D. Yasama Organının Düzenleme Yetkisinin Sınırı	66
1. Düzenleme Yetkisinin Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Sınırlanması	66
1.1. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Tanımı	66
1.2. 1982 Anayasası'nda Kuvvetler Ayrılığı	67
1.3. Kuvvetler Ayrılığı ve İdare Hukuku	68
1.4. Yasama Organının Kanun Yoluyla İdarenin Düzenleme Alanına Müdahalesi	69
2. Düzenleme Yetkisinin Normlar Hiyerarşisi Uyarınca Sınırlanması.....	74

E. Birel İşlemin Konu Unsurunun Belirlenmesi	76
1. Birel İşlemin Konu Unsurunun Belirlenmesinde Bağlı Yetki	76
2. Bağlı Yetkinin Tanımı	76
3. İdarenin Bağlı Yetki İçinde Olduğu Konular	77
3.1. Anayasa Uyarınca İdarenin Bağlı Yetki İçinde Olduğu Konular	77
3.2. İdarenin Bağlı Yetki Kullanmasını Öngören Yasal Düzenlemeler	79
3.2.1. İdari Yaptırım Öngören Yasal Düzenlemeler	79
3.2.2. İdareye Yönelik Emredici Hüküm İçeren Yasal Düzenlemeler	80
3.2.3. İdari Bir Usule İlişkin Yasal Düzenlemeler.....	81
3.2.4. İdari İşleme İlişkin Alt ve Üst Sınır Koyan Yasal Düzenlemeler.....	83
F. Düzenleyici İşlemin Konu Unsurunun Belirlenmesi	84
III. Konu Unsurunun İdare Tarafından Belirlenmesi	86
A. Konu Unsurunun Belirlenmesinde İdarenin Düzenleme Yetkisi	86
1. Düzenleme Yetkisinin Tanımı	86
2. Düzenleme Yetkisinin Kaynağı	88
3. Düzenleme Yetkisinin İdarenin Kanuniliği İlkesi Uyarınca Kullanılması	90
3.1. İdarenin Kanuniliği İlkesinin Tanımı	90
3.2. Düzenleme Yetkisinin Ancak Daha Önce Kanunla Düzenlenmiş Bir Alanda Kullanılabilmesi.....	93
3.3. Düzenleme Yetkisinin Kullanılacağı Alanın Kanun Tarafından Sınırlandırılmış Olması.....	97
3.3.1. Anayasa'da Kanunla Düzenlenmesi Öngörülen Konular	97
3.3.1.1. Kanunda Temel İlkelere Yer Verilerek Çerçevenin Çizilmesi	100
3.3.1.1.1. Temel İlkelere Kanunda Yer Verilmesi.....	102
a. Kamu Görevlilerine İlişkin Konular	103
b. İdari Teşkilata İlişkin Konular	109
3.3.1.1.2. Çerçevenin Kanunla Çizilmesi	112
a. Kamu Görevlilerine İlişkin Konular	113
b. İdari Teşkilata İlişkin Konular	116
c. Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Konular.....	117
3.3.1.2. Uzmanlık Gerektiren ve Teknik Konuların İdareye Bırakılması.....	120
3.3.1.2.1. Kamu Görevlilerine İlişkin Konular	122
3.3.1.2.2. Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Konular	124
3.3.1.2.3. İdarenin Hızlı Karar Alması Gereken Konular	127
3.3.2. Anayasa Uyarınca Kanunla Yapılması Zorunlu Düzenlemeler.....	129
3.3.2.1. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması	132
3.3.2.2. Kişisel Verilerin İşlenmesi.....	133
3.3.2.3. Ceza ve Ceza Yerine Geçen Güvenlik Tedbirlerinin Konulması	134
3.3.2.4. Malî Yükümlülüklerin Konulması, Değiştirilmesi ve Kaldırılması .	135
3.3.2.5. Türk Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybedilmesi	138

3.3.2.6. Merkezi Yönetime İdari Vesayet Yetkisi Tanınması	139
3.3.3. Anayasa’da Kanunla Düzenlenmesi Öngörülme Konular	144
4. Düzenleme Yetkisinin Sınırı.....	146
4.1. Düzenleme Yetkisinin Normlar Hiyerarşisi Uyarınca Sınırlanması.....	146
4.1.1. Normlar Hiyerarşisinin Tanımı.....	146
4.1.2. Düzenleyici İşlemin Üst Norma Aykırılığı.....	148
4.1.2.1. Düzenleyici İşlemin Kanuna Aykırılığı	149
4.1.2.1.1. Kanun Hükmüne Açıkça Aykırı Düzenleme Yapılması.....	149
4.1.2.1.2. Kanunun Kapsamının Genişletilmesi	150
4.1.2.1.3. Kanunun Kapsamının Daraltılması.....	151
4.1.2.1.4. Kanunun Amacına Aykırı Düzenleme Yapılması	153
4.1.2.2. Düzenleyici İşlemin Diğer Bir Düzenleyici İşleme Aykırılığı	155
4.2. Düzenleme Yetkisinin Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Sınırlanması	157
B. Konu Unsurunun Belirlenmesinde İdarenin Takdir Yetkisi	160
1. Takdir Yetkisinin Tanımı.....	160
2. Takdir Yetkisinin Gerekliliği	161
3. Takdir Yetkisinin Sınırı	163
4. Konu Unsurunda Takdir Yetkisi.....	166
4.1. Genel Olarak.....	166
4.2. Konu Unsurunda Takdir Yetkisinin Görünüş Biçimleri.....	169
4.2.1. İdareye Farklı Seçenekler Arasında Tercih Hakkı Tanınması.....	169
4.2.2. Belirsiz Kavramların İdare Tarafından Somutlaştırılması.....	169
4.2.3. İdarenin Mevzuatta Belirlenen Alt ve Üst Sınırlar Arasında İşlem Tesis Etmesi	170

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

KONU UNSURU YÖNÜNDEN HUKUKA UYGUNLUĞU SAĞLAYAN TEMEL İLKELER

I. EŞİTLİK	172
A. Eşitlik İlkesinin Tanımı	172
B. Mutlak ve Nispî Eşitlik Anlayışları	176
1. Mutlak Eşitlik	176
2. Nispî Eşitlik	176
C. Eşitlik İlkesinin Uygulanma Biçimleri	177
1. Aynı Hukuki Durumdakilerin Aynı Kurallara Tâbi Olması	177
2. Aynı Hukuki Durumdakilere Aynı Muamelede Bulunulması	185

3. Tarafsızlık ve Ayrımcılık Yasağı.....	189
3.1. Tarafsızlık	189
3.2. Ayrımcılık Yasağı.....	191
3.2.1. Düzenleyici İşlemlerde Ayrımcılık Yasağı.....	193
3.2.2. Birel İşlemlerde Ayrımcılık Yasağı	195
3.3. Pozitif Ayrımcılık	197
4. Fırsat Eşitliğinin Sağlanması	198
II. HUKUKİ GÜVENLİK.....	200
A. Hukuki Güvenlik İlkesinin Tanımı	200
B. Hukuki Güvenlik İlkesinin Unsurları	203
1. İdari İstikrar	204
1.1. İdari İstikrarın Tanımı.....	204
1.2. İdari Teamüllerin İdari İstikrarın Oluşmasındaki Yeri	205
1.3. İdari İşlemin Geri Alınmasında İdari İstikrar İlkesi	216
2. Öngörülebilirlik ve Belirlilik	219
2.1. Öngörülebilirlik	219
2.2. Belirlilik	223
2.3. Öngörülebilirlik ve Belirlilik Arasındaki İlişki	227
3. Geriye Yürümezlik	231
3.1. Kanunların Geriye Yürümezliği	233
3.2. İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği.....	236
3.2.1. Geriye Yürümezlik Bakımından Kanun ve İdari İşlem İlişkisi	237
3.2.2. Danıştay Kararlarında İdari İşlemin Geriye Yürümezliği	240
3.2.3. İdari İşlemin Geriye Yürümezliği Kuralının İstisnaları.....	242
C. Hukuki Güvenliğin Sağlanması Amacıyla Uygulanan İlkeler.....	244
1. Kazanılmış Hakların Korunması	244
1.1. Kazanılmış Hakkın Tanımı	244
1.2. Kazanılmış Hakkın Doğması İçin Gereken Şartlar.....	246
1.3. Kazanılmış Hak Doğurmayacak İşlemler	251
1.4. Kazanılmış Hakların Korunmasının Gerekliliği	253
2.1. Haklı Beklentinin Tanımı	259
2.2. Haklı Beklentilerin Karşılanmasının Gerekliliği	261
2.3. Haklı Beklentilerin Karşılanmasında Geçiş Hükümlerinin Önemi	265
III. ÖLÇÜLÜLÜK.....	267
A. Ölçülülük İlkesinin Tanımı	267
B. 1982 Anayasası'nda Ölçülülük.....	271
C. Ölçülülük İlkesinin Unsurları.....	273
1. Elverişlilik.....	274

2. Gereklilik	276
3. Orantılılık.....	279
D. İdari İşlemlerde Ölçülülük İlkesi	282
SONUÇ	286
KAYNAKÇA.....	292



KISALTMALAR

a.g.e.	Adı Geçen Eser
AİD	Amme İdaresi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBD	Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
B.N.	Başvuru Numarası
bkz.	Bakınız.
C.	Cilt.
Ç.Ü.	Çukurova Üniversitesi
D.D.	Danıştay Dergisi
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	Dipnot
DÜHFD	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
EÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜSBE	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
HAD	Hukuk Araştırmaları Dergisi
İHİD	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İİBFD	İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
KİBB	Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

KÜSBD	Kırkklareli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
m.	Madde
MÜHF	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MÜHFD	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÜSBE	Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
No.	Numara
R.G.	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
sa.	Sayfa aralığı
SDÜ	Süleyman Demirel Üniversitesi
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜSBE	Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
T.	Tarih
TODAİE	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
vd.	Ve devamı
Vol.	Volume
Yay.	Yayınları
Y.	Yıl

GİRİŞ

Hukuki işlemin sonuç doğurmaya yönelik bir irade beyanı ile ortaya çıktığı, bunun sonucunda da “irade beyanı” ve “hukuki sonuç”un hukuki işlemin kurucu unsurları olduğu kabul edilir. İdarenin, idari işleve ilişkin bir alanda kamu gücünü kullanmak suretiyle ve tek yanlı olarak ortaya koyduğu, doğrudan hukuki sonuç doğurma niteliğine sahip irade açıklamaları olan idari işlemler de esasında hukuki işlemin bir çeşididir. Zira idari işlemlerde de ortaya konan bir irade beyanı vardır ve bu irade beyanı ile hukuk alanında birtakım sonuçlar doğar. Bu nedenle hukuk alanında sonuç doğurmayan irade açıklamalarının idari işlem olarak nitelendirilmemesi gerekir. Bu bakımdan, idarenin hukuk alanında herhangi bir sonuç doğurmayan ya da kamu gücü kullanmaksızın tesis ettiği işlemlerinin idari işlem vasfı taşımadığı kabul edilir.

İdari işlemlerin özel hukuk işlemlerinden ayrılan en önemli yanı kamu gücü kullanılarak tesis ediliyor olmasıdır. İdare, devletin egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak kullandığı kamu gücü sayesinde muhatabı olduğu kişilerin iradesine ve rızasına bakmaksızın sonuç doğurabilir nitelikte işlemler tesis eder. Tesis edilen bu işlemle ortaya çıkan sonuçlarsa aksi bir mahkeme kararıyla tespit edilene kadar hukuka uygun kabul edilerek kişiler üzerindeki etkisini göstermeye devam eder.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda iptal davaları; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı oldukları iddiasıyla menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır. Buna göre idari işlem tesis eden idarenin ortaya koyduğu iradenin yargısal denetiminde; dava konusu idari işlemin yetkili kişi tarafından yapılıp yapılmadığı, kanunda öngörülen şekil ve usule riayet edilip edilmediği, işlemin tesisini gerektiren sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği, işlemin kamu yararı amaçlanarak yapılıp yapılmadığı ve son olarak işlemle ortaya çıkan sonucun hukuka uygun olup olmadığı idari yargıç tarafından incelenir.

Bu noktada, kısaca “idari işlemin doğuracağı sonuç” olarak tanımlanan konu unsurunun ne olduğunun, diğer bir ifadeyle idarenin tesis ettiği işlemle ortaya çıkan hukuki sonucun ne anlama geldiğinin tespiti önem arz eder. Zira işlemin doğurduğu

hukuki sonucun tespitinden sonra, işlemin hangi açılardan hukuka aykırı olduğunu belirlemek gerekecektir. İşlemin hangi hukuki sonuçları doğurduğunu tespit etmek nispeten kolay olsa da işlemin doğurduğu bu sonuçların hangi açılardan hukuka aykırı olduğunun ve hangi hukuka aykırılıkların işlemin konu unsurundaki sakatlıktan kaynaklandığının belirlenmesi, işlemle doğan hukuki sonucun tespiti kadar kolay değildir. İdari yargıda verilen kararlarda idari işlemlerin konu yönünden hukuka aykırı bulunduğuna dair ifadeler nadiren rastlanılıyor olması da bu durumun bir göstergesidir. İdari yargıç, önüne gelen uyuşmazlıklarda dava konusu işlemin doğurduğu sonucun çok çeşitli gerekçelerle hukuka aykırılığına ve işlemin iptaline hükmedebilmektedir. Buna rağmen; idari yargıcın, kararlarında işlemdeki bu hukuka aykırılığın konu unsurundan kaynaklandığını ifade etmekten kaçınması dikkate değerdir. Kuşkusuz bu durum, konu unsurunun çok geniş bir alanı ilgilendirmesinden bağımsız düşünülemeyeceği gibi; doktrinde, işlemin konu unsurundaki hukuka aykırılıkların tespiti bakımından uygulanabilecek bir ölçütün bulunmamasıyla da yakından ilgilidir. Bu husus bizi “idari işlemin konu unsuru” başlıklı bir çalışma ortaya koymaya sevk eden temel etken olmuştur.

İdari işlemin doğurduğu sonucu ifade eden konu unsurunun işlemin özellikleriyle ilişkisinin ele alınması idari işleme ilişkin bütüncü ve kuşatıcı bir bakış açısı kazanmaya yardım eder. Böylece konu unsurunun işlemin diğer unsurlarından farkı ve idari işlem açısından taşıdığı önem ortaya konulmuş olur. İdari işlemin konu unsurunun neyi ifade ettiğinin ve ne anlama geldiğinin anlaşılmasına katkıda bulunacağı düşüncesiyle çalışmanın ilk bölümünde idari işlemin konu unsuru ile idari işlemin özellikleri arasındaki ilişkiye vurgu yapılmıştır. Bunun yanında çalışmanın ilk bölümünde konu unsurunun temel özellikleri olan “meşru ve mümkün olma” üzerinde de durularak, idari işleme ilişkin konu yönünden yapılacak hukuka uygunluk denetiminin daha somutlaştırılmış ve kapsamı belirlenmiş bir alanda gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır.

Konu unsurunun kapsamı ve idari işlem teorisi bakımından bulunduğu yer böylece ele alındıktan sonra üzerinde durulması gereken husus idari işlemin konu unsurunun belirlenmesidir. Bu noktada idari işlemin konu unsurunun kanun koyucu ya da idare tarafından belirlenebileceği söylenebilir. Kanun koyucu sahip olduğu asli

düzenleme yetkisi sonucunda herhangi bir konuyu araya başka bir irade girmeksizin doğrudan düzenleyebilir. Öte yandan kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği uyarınca da Anayasa'ya aykırı olmamak şartıyla istediği konuda düzenleme yapabilir. İdarenin idari işlemin konu unsurunu belirlerken kullanacağı yetkiler ise düzenleme yetkisi ve takdir yetkisidir. Kanun koyucunun düzenleme yetkisiyle idarenin düzenleme yetkisi arasındaki bağlantı ise yasama yetkisinin devredilmezlik özelliği neticesinde kurulmuş olur. Burada çalışmanın ikinci bölümünde ele alınan “kanunla düzenlenme” kavramının önemi ortaya çıkar. Kanunla düzenlenme hususunda Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu ölçütler oldukça önemlidir. Zira Mahkeme, ilgili kanun hükmüne ilişkin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi bakımından yaptığı Anayasaya uygunluk denetiminde, idareye, konu unsurunun belirlenmesi bakımından sınır teşkil edecek kıstaslar belirlemiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki; çalışmada, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin vermiş olduğu ve çok fazla sayıdaki kararların hepsi değil; idari teşkilata, kamu personeline ve kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin kararlar incelenmiştir.

İdarenin hangi hususları idari işlemin konusu kılabilceği; hangi konularda sadece kanunun uygulanması işlevini yerine getirebileceği hususu da; takdir yetkisi, düzenleme yetkisi ve bağlı yetki kavramları çerçevesinde çalışmanın ikinci bölümünde ele alınmıştır. Bunun yanı sıra idarenin kanuniliği ve normlar hiyerarşisi ilkesi de konu unsurunun belirlenmesi aşamasında idarenin uymakla yükümlü olduğu temel prensipler arasındadır. Düzenleyici işlemin normlar hiyerarşisi uyarınca üst sırada yer alan hukuk normuna uygun hukuki sonuçlar doğurması; birel işleminse idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca gerek Anayasa ve kanunlara gerekse genel, soyut ve objektif nitelikteki işlemlere uygun olması idari işlemin konu unsuru bakımından hukuka uygunluğunu sağlar.

Öte yandan, idari işlemlerle ortaya çıkacak hukuki sonucun hukukun genel ilkelerine de uygun olması gerekir. Aksi takdirde işlemin konu unsuru bakımından hukuka aykırılığı gündeme gelir. Bununla birlikte Danıştay ya da idare mahkemesi kararlarında idari işlemin hukukun temel ilkelerine aykırı sonuçlar doğurması iptal sebebi sayılsa da verilen kararlarda idari işlemin konu unsurunun zikredilmediği göze çarpmaktadır. Halbuki idari işlemlerin yargısal denetiminin İYUK'un 2. maddesi gereği

yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönleri bakımından yapılması gerekir. Nasıl ki yetki, şekil, sebep ya da maksat bakımından hukuka aykırı nitelikteki işlemlerin iptali durumunda, karar gerekçelerinde bu unsurların ismi çoğunlukla zikrediliyorsa konu unsuru bakımından gerçekleşecek hukuka aykırılıklarda da aykırılığın konu unsuruna ilişkin olduğu belirtilmelidir. Bu noktada idari işlemin konu unsurundaki hukuka aykırılığın çok çeşitli alanlarda ve farklı sebeplerle gerçekleşebiliyor olması; konu unsurunun, yargısal denetim aşamasındaki öneminin azalmasına ve idari işlemler hakkında bir değerlendirme kriteri olmaktan çıkmasına yol açmamalıdır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde eşitlik, hukuki güvenlik ve ölçülülük ilkeleri idari işlemin konu unsuru bakımından hukuka uygunluğunu temin edecek ilkeler olmaları yönünden incelenmiştir. Bu doğrultuda, konu unsurunun hukukun temel ilkeleriyle olan ilişkisi gerek doktrindeki görüşler gerekse yargı kararları çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılmıştır. İdari işlemin temel ilkelere aykırı sonuçlar doğurması halinde konu unsuru bakımından ortaya çıkacak hukuka aykırılık halleri idari işlemin bu ilkelerle olan bağlantısının da bir göstergesi niteliğindedir.

Hukukun temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesi, 1982 Anayasası'nda yer bulmuş ve gerek yasama organının gerekse idarenin işlem ve eylemlerinde bu ilke doğrultusunda hareket etmesi öngörülmüştür. Buna göre idare aynı hukuki durumda bulunan kişilere aynı hukuki sonuçları doğuracak şekilde işlem tesis etmelidir. Bu durum idarenin gerek düzenleyici işlemleri gerekse birel işlemleri bakımından geçerlidir. Öte yandan eşitlik ilkesi, çalışmada farklı uygulama biçimleriyle ele alınmıştır. Bu doğrultuda, idarenin eşitlik ilkesinin tezahür şekillerinden olan tarafsızlık ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edecek nitelikte ve fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik tesis ettiği işlemler de idari işlemin konu unsuru bakımından incelenmiştir.

Üçüncü bölümde incelenen bir diğer temel ilke ise hukuki güvenliktir. Hukuk devletin vazgeçilmez bir gereği olan hukuki güvenlik, çalışmada; ilkenin unsurları olan idari istikrar, öngörülebilirlik ve belirlilik ile geriye yürümezlik ilkeleriyle birlikte ele alınmıştır. Bunun yanında kazanılmış hakların korunması ve haklı beklentilerin karşılanması gibi ilkeler de idari işlemin tesis edilmesi aşamasında hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla uygulanan temel ilkelere aittir. Çalışmada, hukuki güvenliğin

unsurlarının birbirleriyle olan bağlantısı da ortaya konularak idari işlemlerle doğacak sonuçların hukuk devletinin gereklerine uygunluğunun temininde hukuki güvenlik ilkesine belirleyici bir işlev yüklenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde yer verilen temel ilkelerin sonuncusu ise ölçülülüktür. İdarenin özellikle temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması sonucunu doğuran işlemlerinde idareye konulan anayasal sınırı ifade eden ölçülülük ilkesi; gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerek Anayasa Mahkemesi gerekse de Danıştayın sıkça kullandığı temel nitelikte bir ilkedir. Öte yandan ölçülülük ilkesi, çalışmanın son bölümünde; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurları çerçevesinde incelenmiştir. Bu durumda ifade etmek gerekir ki, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ya da bozulan düzeni yeniden kurmak isteyen idarenin bu amacına ulaşmak için kullanacağı elverişsiz ya da gereksiz araçların orantısız sonuçlar doğurması durumunda idari işlem konu unsuru yönünden sakatlanmış olacaktır.

İdari işlemin konu unsuru bu çalışmada; idari işlemin özellikleriyle arasındaki ilişki, işlemin doğuracağı hukuki sonuçların neyi ifade etmesi gerektiği, bu sonuçların önceden kim tarafından ve ne şekillerde tespit edileceği ile idari işlem tesis edilirken hangi temel ilkelere öncelikle riayet etmek gerektiği yönleriyle ele alınmıştır. Çalışmada bu hususlar ele alınırken idari işlemin konu unsurundaki hukuka aykırılık hallerinin neler olduğu da, ayrı bir başlığa ya da bölüme gerek kalmaksızın ortaya konulmuştur. Böylelikle idari işlemin belirlenmesi en zor olan ve çok geniş bir alana yayılan unsuru niteliğindeki konu unsurunun tespitine, idari işlemler bakımından ifade ettiği anlama ve hukuka uygunluk ölçütlerine ilişkin bir bakış açısı ortaya konulmak istenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM:

İDARİ İŞLEM, İDARİ İŞLEMİN ÖZELLİKLERİ VE KONU UNSURU

I. Hukuki İşlem

A. Hukuki İşlemin Tanımı ve Kurucu Unsurları

Hukuki işlemler, hukuk normlarının belirlediği ve öngördüğü hukuki sonucu doğurmaya yönelik ortaya konan irade açıklamalarıdır¹. Başka bir tanımda ise hukuki işlemlerin “hukuk düzeninin çizdiği sınırlar dahilinde hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanları” olduğu ifade edilmiştir². Bu tanımlardan hareketle hukuki işlemin kurucu unsurlarının “irade beyanı” ve “hukuki sonuç” olduğu ve hukuki işlemde söz edilebilmesi için; kişinin bir iradesinin söz konusu olması, kişinin bu iradeyi açıklamış olması ve hukuk düzeninin bu açıklamaya amaçlanan hukuki sonucu bağlamış olması gerektiği belirtilmiştir³. Bu noktada özel hukuk işlemlerinde kişilerin iradelerini ortaya koyarken kamu yararını değil kişisel yararlarını amaçlayacaklarını söyleyebiliriz.

B. Hukuki İşlemin Geçerlilik Şartları

Hukuki sonucu hedefleyen bir irade beyanıyla kurulan hukuki işlemin geçerli sayılabilmesi için gereken şartların ilki, işlemi yapan kişinin fiil ehliyetinin bir parçası olan hukuki işlem yapma ehliyetine sahip olmasıdır. Bunun yanında hukuki işlemin konusunun emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması ve imkansız bir sonucu içermemesi gerekir⁴. Aynı zamanda kişilerin kural olarak kamu

¹ Gökhan ANTALYA-Murat TOPUZ, Medeni Hukuka Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 173; Mehmet AYAN-Nurşen AYAN, Medeni Hukuka Giriş, 10. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2014; M. Kemal OĞUZMAN- Nami BARLAS, Medeni Hukuk, 20. Baskı, İstanbul 2014, s.170-171; Hüseyin HATEMİ, Medeni Hukuk’a Giriş, 7. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 143; Turan YILDIRIM, “İdari İşlemler”, (içinde: Turan YILDIRIM, Melikşah YASİN, Nur KAMAN, Halit Eyüp ÖZDEMİR, Gül ÜSTÜN, Özge OKAY TEKİNSOY, İdare Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.) s. 363.

² Ayan-Ayan, s. 139.

³ Antalya-Topuz, s. 179; Oğuzman-Barlas, s. 184; Ayan-Ayan, s. 143; Hatemi, s. 152.

⁴ Hatemi, s. 159; Antalya-Topuz, s. 196; Ayan, s. 144-145; Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 275; İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 450. Ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesinde; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

düzenini sağlama gibi bir işlevleri olmadığından, özel hukuk işlemlerinin konusu kamu yararı ya da kamu düzenini ilgilendirmez. Hatta aksine kamu yararı ve kamu düzeni özel hukuk işlemlerinin sınırlandırılma sebebi olabilir. Ayrıca özel hukukta, irade özerkliği ve sözleşme serbestliği esasının getirdiği bir sonuç olarak “yasak olmayan her şeyin serbest olduğu” prensibi uygulanır⁵. Dolayısıyla özel hukuk işlemlerinin konusu ve içeriği taraflarca serbest bir biçimde belirlenebilir⁶.

Hukuki işlemin geçerlilik unsurlarından bir diğeri ise işlemin muvazaalı olmamasıdır. Muvazaa, “hukuki bir muamelede birden fazla kimsenin gerçek iradeye uymayan bir beyanda bulunmayı aralarında kararlaştırmaları” olarak tanımlanır⁷ ve muvazaalı işlemler hukuk düzeni tarafından geçersiz kabul edilir. Bununla birlikte hukuki işlemin geçerli olabilmesi için hukuki işlemde bulunan kişinin iradesi; hata, hile ya da ikrah sonucu sakatlanmamış olmalıdır⁸. Son olarak her ne kadar hukuki işlemlerde kanun koyucu tarafından aksi belirtilmediği sürece herhangi bir şekil şartı aranmasa da kanunda bir şeklin öngörüldüğü durumlarda belirtilen bu şekil şartına uyulmadan yapılan hukuki işlemler de geçersiz olur⁹.

II. İdari İşlem

A. İdari İşlemin Tanımı

Hukuki işlemin bir türü olan ve gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında çeşitli tanımları yapılmış olan idari işlemlerin; “İdarenin idare işlevine ilişkin olarak, kamu gücü kullanmak suretiyle yaptığı tek yanlı irade açıklamaları” şeklinde tanımlanması mümkündür¹⁰.

Doktrinde çok sayıda idari işlem tanımı yapılmış; ayrıca Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarında idari işlem tanımlanmıştır. En kısa tanımıyla idarenin idari işleve

⁵ Onar, C. I, s. 312.

⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşme Özgürlüğü başlıklı 26. maddesi şu şekildedir: “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”

⁷ Kubbealtı Lugatı, “muvazaa” maddesi, www.kubbealtilugati.com.

⁸ Oğuzman-Barlas, s. 196 vd; Ayan-Ayan, s. 144-145; Antalya-Topuz, s. 196.

⁹ Oğuzman-Barlas, s. 213; Antalya-Topuz, s. 200.

¹⁰ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 366.

ilişkin irade açıklamaları¹¹ olan idari işlemler bir tanıma göre “idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerince, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belli bir süreç içinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya onlara ait nesnelerin hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli, tek yanlı irade açıklamaları”dır¹². Başka bir yazar ise idari işlemi; bir idari otoriteden neşet eden, kamu yararına matuf, hukuk düzeninde değişiklik meydana getirebilecek nitelikteki tek yanlı hukuki işlemler olarak tanımlamıştır¹³. Doktrindeki bir diğer görüş ise “hukuki işlemin idari makamlar ya da mevzuatça istisnai durumlarda görevlendirilen özel kişilerin idari işlevin gerçekleştirilmesi amacıyla kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilmesi halinde” idari işleminden söz edileceğini belirtmiştir¹⁴.

Danıştay da bir tasarruf veya kararın idari işlem sayılabilmesi için bu kararın “bir kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması” gerektiğini belirtmiştir¹⁵. Bunun yanında başka bir kararda ise idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli işlemleri “idari makam ve mercilerin kamu gücüne dayanarak idare işlevine (idare hukuku alanına) dair olarak yaptıkları ve ilgililer hakkında çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğurmak suretiyle hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir anlatımla ilgililerin hukukunu etkileyen irade açıklamaları” olarak kabul etmektedir¹⁶.

Anayasa Mahkemesi ise eski tarihli bir kararında idari işlemlere ilişkin yaptığı açıklamada şu ifadelerle yer vermiştir:

¹¹ Lûtfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 385, Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, 10. Baskı (Aynı baskı), İmaj Yayınevi, Ankara 2013, s. 121.

¹² Bahtiyar AKYILMAZ-Murat SEZGİNER-Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 373.

¹³ Bkz. Hasan Nuri YAŞAR, İdare Hukuku, DER Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 328.

¹⁴ Ender Ethem ATAY, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 424.

¹⁵ Danıştay İDDK, 8.2.2007 tarih ve E. 2006/4286, K. 2007/60 sayılı; Danıştay 12. Daire, 15.5.2006 tarih ve E. 2005/6811, K. 2006/1959 sayılı; Danıştay 12. Daire, 13.4.2005 tarih ve E. 2004/4077 K. 2005/1353 sayılı kararlar, KİBB.

¹⁶ Danıştay 5. Daire, 18.11.2015 tarih ve E. 2013/4111 sayılı; 9.11.2015 tarih ve E. 2013/8353 sayılı; 28.11.2013 tarih ve E. 2012/10789 K. 2013/8615 sayılı; Danıştay 2. Daire, 24.2.2015 tarih ve E. 2014/8861 K. 2015/1735 sayılı kararlar, KİBB.

“Bir tasarruf veya kararın idari işlem sayılabilmesi için, o tasarruf veya kararın bir kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir. Başka bir deyimle bir kamu kurumunun kamu hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili kararları idari nitelik taşıyan kararlardır.”¹⁷

İdari işleme ilişkin yapılan bu tanımlar dikkate alındığında özel hukuk işlemiyle idari işlemler arasındaki fark da ortaya çıkmış olur. Buna göre; hukuki işlemi tesis eden irade idareye ait değilse, bu işlemin tesisi için kamu gücü kullanmak gerekmiyorsa veya işlemin konusu serbestçe belirlenebiliyorsa (işlemin konusu, idari işleve ilişkin değilse) o işlemin özel hukuk işlemi olduğu kabul edilir. İdari işlem ise idarenin kamu gücü kullanarak tek yanlı biçimde tesis ettiği, muhatabı hakkında idari işlev kapsamında sonuç doğuran hukuki işlemlerdir.

B. İdari İşlemin Unsurları

1. İdari İşlemin Unsurlarının Tasnifi ve Yasal Düzenlemeler

İdari işlemin unsurlarına ilişkin günümüzde yapılan; yetki, şekil, sebep, konu ve amaç şeklindeki tasnifin dayanağı Fransa’da Conseil d’État’ın idari işlemin iptal nedeni olarak kabul ettiği hususlardır¹⁸. Fransa’da idare hukukçuları idari işlemin dört, beş ve altı unsuru olduğu konusunda görüşler ileri sürmüşlerdir. İdari işlemlere ilişkin en eski sınıflandırma, Conseil d’État içtihatlarından yola çıkılarak Laferrière tarafından yapılan sınıflandırmadır. Buna göre idari işlemin unsurlarını “yetkisizlik”, “şekil sakatlığı”, “yetki saptırması”, “kanunun ihlali” biçiminde sınıflandırmak mümkündür¹⁹. Daha sonra ise yine Fransız hukukçu Bonnard, idari işlemin unsurlarını günümüzde olduğu gibi beşli bir ayırım yapmak suretiyle; yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olarak tasnif etmiştir²⁰. Son

¹⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 1976/1, K. 1976/28 sayı ve 25.5.1976 tarihli kararı, 16.8.1976 tarihli R.G.

¹⁸ Güher ULU, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Seçkin Yayıncılık, Bursa 2012, s. 98.

¹⁹ Chapus Rene, Droit administratif général, C. I, Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, s. 1020 (Aktaran: Ulu, s. 99.)

²⁰ Onar, C. I, s. 280.

olarak Gazier de usul ve şekil unsurunu ayırarak idari işlemin altı unsuru olduğunu belirtmiştir²¹.

1990'lı yıllardan sonra Fransız idare hukukunda idari işlemin unsurlarına ilişkin yapılan tasnif ise daha farklıdır. Fransız idare hukukçuları idari işlemin yetki, şekil ve usul unsurlarını işlemin “dış kanunilik (hukukilik)”; sebep, konu ve maksat unsurlarını ise “iç kanunilik (hukukilik)” başlığı altında inceleyerek ikili bir ayrıma gitmektedirler²².

İdari işlemin unsurlarının pozitif hukukumuzdaki ilk dayanağı 23 Kasım 1925 tarih ve 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu'nun 19. maddesinde yer alan düzenlemedir. Bu maddede idari işlemin “idari mukarrerat ve muamelat hakkında salahiyet ve şekil ve esas ve maksat cihetlerinden biri ile kanuna yahut nizama muhalefetinden dolayı” dolayı iptal edilebileceği düzenlenmişti. Bu Kanun'un ardından Şurayı Devletin daha iyi ve verimli çalışması amacıyla çıkarılan 21 Aralık 1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu'nun 23. maddesinde iptal davaları “idari fiil ve kararlar hakkında esas, maksad, salahiyet, ve şekil cihetlerinden biriyle kanunlara veya nizamnamelere aykırı olduklarından dolayı ibdali için menfaatleri haleldar olanlar tarafından açılacak davalar” şeklinde tanımlanmış ve böylece idari işlemin unsurlarının her iki kanunda da esas, yetki, şekil, amaç olarak belirlendiği kabul edilmişti.

İdari işlemin unsurlarının günümüzdeki gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olarak tasnifi ise 1961 Anayasası'nın 140. maddesi uyarınca çıkarılan 21 Aralık 1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 30'uncu maddesi ile gerçekleşmiştir. Kanun'un bu maddesinde, idari işlemin unsurlarına ilişkin; “idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile kanuna aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak davalar” ifadeleri yer almıştır.

6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ise idari dava türlerinden olan iptal davaları “İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl

²¹ Melleray Fabrice, Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation), Répertoire Dalloz de contentieux administratif, Dalloz, Paris 2007, s. 4. (Aktaran: Ulu, s. 101.)

²² VEDEL Georges - Pierre DELVOLVÉ, Droit administratif, C. I, 12. Baskı, Paris 1992, s. 302. (Aktaran: Ulu, s. 101.)

edilenler tarafından açılan” davalar olarak tanımlanmıştır. Bu tanım uyarınca günümüzde gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında idari işlemin unsurları; yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olarak tasnif edilmektedir. İdari işlemin sayılan bu unsurlarının her biri idari işlem hakkında sorulan soruların bir cevabı niteliğindedir. Buna göre “idari işlemi kim tesis etmiştir?” sorusu yetki unsurunun; “idari işlem nasıl/ne şekilde tesis edilmiştir?” sorusu şekil unsurunun; “idari işlemin tesisini gerekli kılan neden nedir?” sorusu sebep unsurunun; “idari işlemin ortaya çıkardığı sonuç nedir?” sorusu konu unsurunun ve “idari işlemin hangi amaçla tesis edilmiştir?” sorusu da maksat unsurunun tespitini kolaylaştıran sorulardır²³.

Bu yasal düzenlemelere ilişkin dikkat çeken husus adı geçen yasal düzenlemelerde; doktrinde ve yargı kararlarında “idari işlemin unsurları” olarak kullanılagelen kavramların aslında idari işlemin unsurları olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Bu maddelerde, kanun koyucunun idari işlemin iptal davasına konu edildiğinde idari yargıcın bu işlemleri hangi yönlerden incelemesi gerekliliğine dair bir yol gösterdiği söylenebilir. Yani idari yargıcın iptali istenilen bir işlem hakkında, Kanun’da sayılan yönler bakımından bir inceleme yapıp işlemin hukuka aykırılığına hükmetmesi durumunda işlemi hukuka aykırılık gördüğü unsuru belirterek iptal kararı vermesi gerekir.

2. Yetki Unsuru

Kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile yükümlülüklerini; sınırlama, yasaklama ya da düzenleme yoluyla etkileyecek sonuçlar doğuracak olan idari işlemler, idari makamların kamu gücü kullanmalarının bir sonucudur²⁴. Bu bakımdan idare hukukundaki “aslolan yetkisizliktir”²⁵ kuralı gereği kişiler açısından son derece önemli sonuçlar doğuracak idari işlemlerin kamu gücünü kullanan hangi makam, organ ya da kişiler tarafından tesis edilebileceğinin mevzuatta belirtilmesi gerektiği muhakkaktır²⁶.

²³ Kemal GÖZLER, İdare Hukuku C. I, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2009, s. 743-744.

²⁴ Yayla, s. 116.

²⁵ Yayla, s. 117; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 357; Onur KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 347.

²⁶ Yayla, s. 116.

İdari işlemin yetki unsuru, ilgili mevzuat uyarınca, idari işlemin, kamu gücünü kullanan hangi makam, organ, kişi ya da kişiler tarafından tesis edilebileceğini gösteren unsurdur²⁷.

Doktrinde bazı yazarlar²⁸ idari işlemin en önemli unsurunun yetki unsuru olduğunu açıkça ifade etmişler; bazı yazarlar ise eserlerinde yetki unsuruna diğer unsurlara nazaran daha geniş yer ayırarak yetki unsuruna atfettikleri önemi ortaya koymuşlardır²⁹.

Yetki unsurunun idari işlemin en önemli unsuru olduğunu ifade eden yazarların, bu görüşlerini, gerek Anayasa'nın 6. maddesindeki düzenleme doğrultusunda³⁰ yetkinin anayasallık özelliği gereği sıkı bir kanunilik barındırmasına, gerekse idare hukukunda yetkinin kamu düzeninden sayılmasına dayandırdıkları görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, yetkinin kamu düzeninden sayılması kamu hukukunda kullanılan ve kolluk faaliyetlerinin amacını ifade eden "kamu düzeni" kavramıyla alakalı değildir³¹. Yetkinin kamu düzeninden olması sonucunda, yetkiye ilişkin hukuka aykırılıkların yargılamanın her safhasında öne sürülebileceği ve bu aykırılıkların hakim tarafından yargılamanın her safhasında re'sen dikkate alınabileceği kabul edilmiştir³². Yetki unsurunun adı geçen yazarlarca idari işlemin diğer unsurlarına kıyasla daha önemli kabul edilmesinin bir diğer sebebi ise yetki kurallarına aykırılık hallerinden fonksiyon gaspı ve ağır yetki tecavüzü durumlarının idari işlemin yok hükmünde sayılmasına neden olmalarıdır³³. Şüphesiz yetki unsurunun bu özelliği de idare hukukunda yetkinin kamu düzeninden sayılmasıyla alakalandırılabilir.

²⁷ Yıldırım, "İdari İşlemler", (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku), s. 435. Yetki unsuru hakkında ayrıntılı bilgi ve açıklama için bkz. ULU, İdari İşlemin Yetki Unsuru, 2012.

²⁸ Duran, Ders Notları, s. 401; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 357.

²⁹ Bkz. Yıldırım, "İdari İşlemler", (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku), s. 435 vd; Günay, s. 134 vd; Atay, s. 460 vd.

³⁰ Anayasa'nın 6. maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir: "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."

³¹ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 348.

³² Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 357.

³³ Ulu, s. 339 vd.

3. Şekil Unsuru

İdari işlemin şekil unsuru, idari işlem tesis edilirken uyulması gereken şekil ve usul kurallarını ifade eder³⁴. İdari işlemlere ilişkin şekil ve usul kurallarının öngörülmesi idari işlemi tesis edecek kişi ya da organın işlemin sonuçları hakkında daha etraflıca düşünmesini sağlamaya yöneliktir³⁵. Şekil unsuru, idari işlemin maddi aleme yansıtılma biçimi olarak şekil ve idari işlemin tesisi aşamasında izlenilen yöntem anlamında usul kurallarından oluşmaktadır³⁶. Bu bakımdan her ne kadar şekil ve usul kuralları birbirinden ayrılrsa da 2577 sayılı Kanun'da idari işlemlerin ancak "şekil" yönünden iptal davasına konu olabileceği düzenlenmiştir³⁷.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, idari işlemlerin belli bir şekil ve usul uyarınca yapılması gerektiğinin bir kural olarak öngörülmesi; hukuk devleti ilkesi uyarınca idareyi keyfilikten uzak tutmanın³⁸ yanı sıra işlemin hangi makam ya da merci tarafından ve nasıl yapıldığının anlaşılmasını sağlama gibi de bir işlevi bulunmaktadır³⁹.

3.1. Yazılılık

İdari işlemler tesis edilirken uyulması zorunlu, genel nitelikte bir şekil şartı doğrudan öngörülmemiştir. Buna karşılık Anayasa'nın 125. maddesinde idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 74. maddesinde de "Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir."

³⁴ Yıldırım, "İdari İşlemler", (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku), s. 446.

³⁵ Günday, s. 143. Danıştay da bu konuda aynı görüştedir: "Özel hukukta, şekil serbestliği ve irade özgürlüğünün asıl olmasına karşılık idari işlemlerde yazılı şekil esastır. İdarenin işlemlerinde yazılı şekle bağlılık, idareleri daha dikkatli bir incelemeye, görüşüp tartışmaya ve bu suretle hukuka uygun bir karar tesisine götürür. İlgililer yönünden ise, şekle bağlılık idareye ve işleme güveni sağlar." Danıştay 5. Daire, 22.11.1988 tarih ve 1988/2845, K. 1988/2749 sayılı karar, KİBB.

³⁶ Günday, s. 144; Yayla, s. 122; Yıldırım, "İdari İşlemler", (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku), s. 446; Özyay, Günişığında Yönetim, s. 492; Şeref GÖZÜBÜYÜK-Turgut TAN, İdare Hukuku, C. I, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 390.

³⁷ Doktrinde Yaşar, şekil unsurunu "şekil ve usul" başlığı altında ele almıştır. Bkz. Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 368. Gözler-Kaplan ise konuyu "şekil unsuru" ve "usul unsuru" olarak ayrı başlıklarda incelemiştir. Kemal GÖZLER-Gürsel KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2013, s. 326 vd.

³⁸ Yıldırım, "İdari İşlemler", (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku), s. 448; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 369.

³⁹ Özyay, Günişığında Yönetim, s. 491.

cümlesine yer verilerek idarenin kişilerin taleplerini yazılı olarak cevaplandırması gerektiği vurgulanmıştır. Bu durumda, Anayasa uyarınca idari işlemlerin herhangi bir süreye tabi olmaksızın sürekli iptal edilme tehdidi altında bulunmasının engellenmesi ve kişilerin de hak arama özgürlüklerini kullanabilmeleri amacıyla idarenin işlemlerini yazılı bir şekilde tesis etmesi gerekir⁴⁰.

İdari işlemlerin yazılık şartına uygun olması kuralının istisnası ise İYUK'un 10. ve 11. maddelerindeki zımni ret düzenlemesidir. Bu maddelerde ilgililerin, idareye yapacakları başvuruların idare tarafından altmış gün içinde cevaplandırılmadığı takdirde reddedilmiş sayılacağı belirtilmişse de doktrinde bu hususun Anayasaya açıkça aykırı olduğu ifade edilmiştir⁴¹.

3.2. Gerekçe

İdari işlemlerdeki bir diğer şekil kuralının gerekçe olduğunu söyleyebiliriz. Gerekçe, idari işlemin yapılmasına neden mevzuat hükümlerinin değil, idari işlemin tesisine yol açan maddi ve hukuki olayların açıklanarak ilgili işlemin tesis edilmesine yönelik çıkarımda bulunulmasının sağlanmasıdır⁴². İdare hukukunda idari işlemlerin gerekçeli olması gerektiğine dair bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak çeşitli yasal düzenlemelerde bazı idari işlemlerin gerekçeli olarak tesis edilmesi gerektiği

⁴⁰ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 417; Gözübüyük-Tan, C. I, s. 396. Danıştay da bir kararında Anayasanın 125. maddesindeki hükmü yorumlayarak şu ifadeleri kullanmıştır:

“Anayasanın 125. maddesinde ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin 2-a bendinde, İdari İşlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağı hükmüne bağlanmak suretiyle İdari davalarda dava süresinin başlamasında "yazılı bildirim" in esas alınması öngörülmüştür. Bu kural, yönetilenlere menfaatlerini ihlal eden nitelikteki işlemlerin idare tarafından açık ve anlaşılır bir biçimde duyurularak bir yandan onların bu işlemlere karşı idari yollara veya dava yoluna başvurmaları konusunda inceleme ve düşünme imkanı sağlamak, öte yandan gereksiz, müphem ve mükerrer başvurulara meydan vermemek amacını taşımaktadır.” Danıştay 5. Daire, 18.9.1991 tarih ve E. 1990/2812, K. 1991/1539 sayılı karar, KİBB. Yakın tarihli bir kararında ise Danıştay, idari işlemin şekil unsurunun yazılı olması anlamına geldiğini şu şekilde ifade etmiştir: *“İdari işlemin unsurlarından olan ve işlemin fiziki görünümü olarak tanımlanan şekil unsuru, öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte kural olarak idari işlemlerin yazılı şekil kuralına tabi olmasını ifade eder ve idari işlem olarak nitelenen yazılı belgenin birtakım bilgileri içermesi gerektiği de izahtan vareste bir husustur.”* Danıştay 12. Daire, 21.1.2016 tarih ve E. 2012/2159, K. 2016/152 sayılı karar, KİBB.

⁴¹ Bkz. Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 447. Ayrıca zımni ret hakkında bkz. Halit UYANIK, “Türk İdare Hukukunda Zımni Ret ve Zımni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler”, İÜHF, C. 72, S. 1, 2014, sa. 673-694.

⁴² Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 374; Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 422.

düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca yürürlüğe konulan idari işlemler, gerekçesi açıklanmadan tesis edildiklerinde şekil unsuruna aykırılık meydana gelir⁴³.

3.3. Esasa Etkili Şekil Sakatlığı

İdari işlemin şekil unsuru işlemin gerçekleşmesinden önce uyulması gereken şekil ve usul kurallarını içerdiğinden, şekil unsurunun işlemin doğuracağı sonucu etkileme gücünü haiz olduğu durumlarda esasa etkili şekil unsuru sakatlığından söz edilir⁴⁴. Diğer bir deyişle esasa etkili şekil sakatlıkları işlemin şekil unsurunun işlemin konu bakımından da hukuka aykırılığına neden olma potansiyelini ifade eder⁴⁵.

Öte yandan belirtmek gerekir ki esasa etkili şekil unsuru sakatlığı genellikle usule ilişkin aykırılıklarda gündeme gelmektedir. Mevzuata uygun bir soruşturma yürütme, savunma alma, toplantı ve karar yeter sayılarına uyma gibi usule ilişkin kural ihlallerinin, idari işlem sonucunda doğması öngörülen sonucu etkileyecek güç ve nitelikte olduğu görülür. Böyle durumlarda, idari işlemin şekil unsurunun sakatlığı gerekçesiyle iptal edilebilmesi için, bu sakatlığın işlemin konu unsurunu da etkileyecek nitelikte olması gerekir. Nitekim Danıştay da bir kararında; *“Kaldı ki, Kanun'da öngörülen disiplinler sürelerine uyulmaması söz konusu olsa bile, esasa etkili olmayan usul*

⁴³ Örnek olarak 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 7. maddesinde “Bu Kanun hükümleri uyarınca Kuruma yapılan izin başvuruları, denetimin etkin bir şekilde ifa edilmesine engel olabilecek nitelikte doğrudan veya dolaylı herhangi bir ilişkinin varlığı veya izne tâbi işlem için öngörülen koşulların, niteliklerin, yeterliliklerin izin başvurusu esnasında ya da değerlendirme sürecinde sağlanamaması veya kaybedilmesi halinde Kurulca reddedilir. Red kararları ilgililere gerekçeli olarak bildirilir.” kuralı yer almaktadır. Buna göre, ret kararının ilgililere gerekçesiz biçimde açıklanması durumunda işlem şekil unsuru bakımından hukuka aykırı hale gelir. İdarenin gerekçeli işlem tesis etmesini düzenleyen diğer yasal düzenlemeler için bkz. Sinan SEÇKİN, “Türk İdare Hukukunda İdari İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2014, s. 88 vd.

⁴⁴ Şekil unsuru sakatlıklarını esasa etkili olan-olmayan şeklinde ayırmanın hukuka aykırı olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 448-449.

⁴⁵ Özay, Günışığında Yönetim, s. 491. Nitekim, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin savunma alınmadan verilen bir disiplin cezasını yok hükmünde saydığı kararında da şekil unsurundaki sakatlığın işlemin sebep ve konu unsuruna sirayet edeceği vurgulanmıştır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“Geniş anlamda savunma hakkı, sadece iddia karşısında yapılan savunmayı değil, aynı zamanda yaptırım uygulanana kadar geçen süreç ve usulde bilgi ve belgelere ulaşma, talebi reddetme gibi hakları da kapsadığından tanınmaması halinde esaslı bir noksanlık söz konusu olur. Zira bu hak tanınmadığı takdirde, sadece usulî bir sakatlık değil, failin yerine başkasının cezalandırılması veya fiilin farklı değerlendirilmesi sonucu daha ağır veya hafif bir yaptırımın uygulanması yahut herhangi bir cezayı gerektirmemesi, yahut da hafif ceza tayin olunması gibi sebep ve konu unsurlarını etkileyen haller ortaya çıkabilir.” AYİM 3. Daire, 12.10.2006 tarih ve E. 2006/155, K. 2006/1139 sayılı karar, KİBB. Aynı yönde bkz. AYİM 3. Dairesi'nin 7.4.2005 tarih ve E. 2004/677, K. 2005/505 sayılı; 28.1.2004 tarih ve E. 2003/151, K. 2004/159 sayılı; 25.2.2004 tarih ve E. 2003/72, K. 2004/231 sayılı kararları, KİBB.

eksikliklerinin davaya konu işlemi kusurlandırıcı niteliği bulunmayacağı açıktır.” ifadelerini kullandığı kararında bu görüşü desteklemiştir⁴⁶. Buna göre usule ilişkin bir eksikliğin işlemin iptali sonucunu doğurabilmesi için bu eksikliğin, işlemin muhataplarının hak ve yükümlülükleri üzerinde bir etki meydana getirmesi gerekir.

4. Maksat Unsuru

Amaç kelimesinin eş anlamlısı olan maksat Arapça’dan dilimize geçen ve “kasd etmek” kökünden türeyen bir kelimedir. Sözlükte “niyet etme, yönelme” olarak karşılık bulan⁴⁷ maksat; idari faaliyetler bakımından idare hukukunun finalist niteliğini ifade eder⁴⁸. Öte yandan maksat, idari işlemler söz konusu olduğunda idari işlem ile ulaşılmak istenen ve o işlemin yürürlüğe girmesiyle beklenen nihai sonuçtur⁴⁹. İdari işlemin maksat unsuru işlemle ortaya çıkacak sonucun, hangi amaç ya da hedef doğrultusunda hukuk alanında doğması gerektiğine ilişkindir. Bu durum, idari işlemin amacının işlemin sonuç doğurmadan önce de var olan bir “niyet”i ifade ettiği şeklinde de yorumlanabilir.

Tüm idari işlemler bakımından geçerli olan “ulaşılmak istenen nihai sonuç”, yani işlemin tesis edilmesindeki amaç, kamu yararıdır. Bu nedenle, idari işlemin maksat unsurunun, idarenin idari işlemi tesis ederken kamu yararı dışında bir amaç gütmeksizin hareket etmesi olarak tanımlanması mümkündür. İdari işlemin maksat unsuru bakımından hukuka uygunluk denetiminde; işlemin ideolojik yakınlık, nefret, kin, ekonomik menfaat, siyasi çıkar, vs. gibi amaçlarla tesis edilip edilmediğinin her somut olayda tespiti önem arz eder⁵⁰. Başka bir deyişle, idari işlemin maksat unsuru bakımından kamu yararı, “idarenin bu işlemi yapmaktaki gerçek ve nihai maksadı nedir?” sorusunun değişmez cevabı olmalıdır.

⁴⁶ Bkz. Danıştay 13. Daire, 28.1.2014 tarih ve E. 2010/2941, K. 2014/145 sayılı karar, KİBB.

⁴⁷ Kubbealtı Lugatı, “maksad-maksat” maddesi, bkz. www.kubbealtilugati.com.

⁴⁸ Özay, Günışığında Yönetim, s. 499.

⁴⁹ Günay, s. 160.

⁵⁰ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku), s. 464.

İdari işlemin maksat unsuru bakımından hukukiliğine ilişkin ölçüt olan kamu yararı kavramının soyut, genel⁵¹ ve belirlenmesi zor⁵² bir kavram olması, maksat unsuru açısından yapılacak yargılamanın zorluğu olarak idari yargıcın karşısına çıkar. Bu nedenle idari işlemin beklenen nihai sonucu doğurup doğurmadığının, diğer ifadeyle işlemin yürürlüğe girmesiyle ulaşılmak istenen “maksadın hasıl olup olmadığının” tespiti, genel nitelikteki kamu yararının her işlem ve olay bakımından somutlaştırılmasını gerekli kılar. Bu somutlaştırma ise gerek kanun koyucunun mevzuatta yetkili idare için belirlediği özel nitelikteki amaçların, gerekse bazı durumlarda işlemin ortaya çıkarmış olduğu sonucun dikkate alınmasıyla mümkün hale gelir⁵³.

5. Sebep Unsuru

İdari işlemin tesis edilmesine yol açan hukuki işlem veya maddi olay şeklinde tanımlanan sebep unsuru, aynı zamanda işlemin dayanağını ve gerekçesini oluşturur⁵⁴. İdari işlemin konu unsurunun sebep unsuruyla olan ilişkisinin diğer unsurlarla olan ilişkisine göre daha kuvvetli olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira bu ilişki, sebep unsurunun idari işlemin ortaya çıkardığı sonucun, yani konu unsurunun yasal dayanağı ve gerekçesini oluşturması nedeniyle bir sebep-sonuç ilişkisidir. Diğer söyleyişle, idari işlemin sebep unsuru ve konu arasında bir illiyet bağı bulunmaktadır. Bu nedenle idari işlemin yargısal denetimi sırasında bu iki unsur birbirinden ayırmak kolay olmaz. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere 521 sayılı Danıştay Kanunu’ndan önceki yasal düzenlemelerde sebep unsuru “esas” unsuru altında, konu unsuruyla birlikte yer almıştır. Her ne kadar 521 sayılı Danıştay Kanunu’yla birlikte esas unsuru sebep ve konu olarak ikiye ayrılmış olsa da bu iki unsurun birbiriyle olan ilişkisi önemini korumaktadır. Nitekim gerek çok sayıda Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararında⁵⁵, gerekse eski tarihli bazı Danıştay kararlarında idari işlemin yargısal denetimi “sebep ve konu”

⁵¹ İsmet GİRİTLİ-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK, İdare Hukuku, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2013, s. 1276.

⁵² Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 141.

⁵³ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1276; Yaşar, İdare Hukuku, 2. Baskı, Der Yayınları, 2014, s. 293.

⁵⁴ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku), s. 454.

⁵⁵ Örnek kararlar için bkz. AYİM 3. Daire, 18.11.2011 tarih ve E. 2011/1128, K. 2011/2329 sayılı; AYİM 1. Daire, 9.11.2010 tarih ve E. 2010/885, K. 2010/1118 sayılı; AYİM 1. Daire, 16.2.2010 tarih ve E. 2009/703, K. 2010/193 sayılı kararlar, KİBB.

unsurları birlikte zikredilerek gerçekleştirilmektedir⁵⁶. Bu durum, mevzuatta yer alan ve idari işlemin sebep unsurunu teşkil etmesi gereken bir düzenlemenin hukuka uygun bir biçimde gerçekleşmediği halde, idari işleme dayanak gösterilmesi halinde söz konusu olur⁵⁷. Zira dayanağı hukuka uygun biçimde var olmayan bir işlemin doğurduğu sonuç da hukuka aykırı olur. Bu durum ise gerek işlemin sebep unsurunun, gerekse işlemin ardından ortaya çıkacak olan hukuki sonucun, yani konu unsurunun hukuka aykırılığını gündeme getirir.

Danıştay 2001 yılında vermiş olduğu bir kararda, davacı hakkında tesis edilen işlemin, davacının bölücü örgüt sempatisini olduğuna yönelik istihbari bir bilgiye dayandırılmasını şu gerekçelerle idari işlemin “sebepe ve konu” unsuruna aykırı bulmuştur:

“... idare hukukunda sebebin, işlem tesisinden önce var olan ve idareyi bir karar almaya, işlem kurmaya götüren hukuki ve fiili bir durum olduğu, idarenin işleme gösterdiği sebebin o işlemi haklı kılan hukuken geçerli bir sebepe olmasının zorunlu olduğu, dava konusu işlemin sebebinin ise salt istihbari nitelikte bir bilgidir ibaret olduğu, bunun gerçek ve hukuken geçerli bir neden olmadığı, hizmet gerekleri yönünden de işlemin kurulmasını gerekli ve haklı kılmadığı, belirtilen nedenle dava konusu işlemde neden ve konu yönünden mevzuata uyarlılık bulunmadığı,...”⁵⁸

Kararda neden ve konu yönlerinden hukuka aykırılığın birlikte zikredilmesi, idari işlemin sebepe unsurunu ile konu unsuru arasındaki ilişkiyi ve aslında bu iki unsuru bazı durumlarda birbirinden ayırmanın da zorluğunu ortaya koymaktadır. Bu durumlarda kanunda öngörülen netice, idare tarafından yine kanunda öngörülen bir sebebe dayandırılarak idari işlemin konusu halini almıştır. Ne var ki, idarenin idari işlemin konusunu dayandırdığı sebepe ya hiç gerçekleşmemiş ya da hukuka uygun bir biçimde gerçekleşmemiştir. Diğer ifadeyle, idare sebepe unsuru gerçekleşmeyen bir işlemi sanki gerçekleşmişçesine yürürlüğe koymuştur. Bunun sonucunda, mevcut durum gereği, yani

⁵⁶ Danıştay 3. Daire, 13.3.1986 tarih ve E. 1985/442, K. 1986/850 sayılı karar, KİBB; Danıştay 5. Daire 12.3.1987 tarih ve E. 1986/412, K. 1987/394 sayılı karar, KİBB.

⁵⁷ Şeref GÖZÜBÜYÜK-Turgut TAN, İdare Hukuku C. II: İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 472.

⁵⁸ Danıştay 5. Daire, 11.12.2001 tarih ve E. 1998/1346, K. 2001/4937 sayılı karar, KİBB.

mevzuatta öngörülen sonucu doğurmaya yetecek geçerli ve yasal bir neden henüz yokken yürürlüğe konulan işlem konu unsuru bakımından sakat hale gelmiştir. Diğer taraftan ise mevzuatta öngörülen sonucun doğmasını sağlayacak bir sebep olmaksızın idarenin bu sebep varmış gibi hareket etmesi, işlemin sebep unsuru bakımından hukuka aykırılığını gündeme getirmiştir. Dolayısıyla idari işlem gerek konu gerekse de sebep unsurları bakımından hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Konuyu sarahate kavuşturmak amacıyla disiplin cezalarından örnek verilebilir. Buna göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca ilgili hakkında tesis edilecek bir disiplin cezası, Kanun'da o ceza yerine başka bir cezayı gerektiren hal ve şartlardan birinin gerçekleşmiş olmasına rağmen verilirse bu işlem konu unsuru bakımından hukuka aykırı hale gelir. Zira disiplin cezası gerektiren hallerden biri gerçekleşmiştir; fakat gerçekleşen bu halin sonucu hakkında Kanun'da öngörülen netice farklıdır. Örneğin, verilen emirlere itiraz etmek, 657 sayılı Kanun'da kınama cezasını gerektiren fiillerden biri olarak sayılmıştır. Bu durumda, kendisine verilen emre itiraz eden bir memura kınama yerine aylıktan kesme cezası verildiğinde, bu işlemin konu unsuru bakımından hukuka aykırılığundan söz edilir. Diğer yandan, Kanun'un aynı maddesine göre özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemenin karşılığı, aylıktan kesme cezasıdır. Özürlü olarak bir veya iki gün göreve gelmediği halde özürsüz olarak gelmemiş gibi hakkında aylıktan kesme cezası verilen memur hakkında tesis edilen işlem ise öncelikle, aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve hallerden biri gerçekleşmediği için, yani işlemin dayanağı olmadığından sebep unsuru bakımından hukuka aykırıdır. Öte yandan, aynı işlem, Kanun'da özürlü olarak bir veya iki gün gelmemenin karşılığı olarak herhangi bir düzenleme öngörülmediğinden, ilgili hakkında doğurmaması gereken bir sonucu doğurmuş olması nedeniyle de konu unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil eder.

Bunun yanı sıra 657 sayılı Kanun'da uyarma cezasını gerektiren hal ve davranışlar sayılmıştır. İlgiliye verilen uyarma cezası, bu hal ve davranışlardan biri gerçekleştiği halde sayılan davranışlardan başka birinin gerçekleştiği gerekçesiyle verilirse, bu durumda da işlem konu unsuru bakımından hukuka uygunken sebep unsuru açısından hukuka aykırı olur. Örneğin, 125. madde uyarınca uyarma cezası gerektiren

davranışlardan olan usulsüz müracaat veya şikayette bulunan bir memura, yine uyarma cezası gerektiren başka bir davranış olan “Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak” suçunu işlediği gerekçesiyle bir uyarma cezası verilmiş olabilir. Bu durumda verilen uyarma cezası konu unsuru bakımından hukuka uygun olacakken sebep unsurundaki sakatlık işlemi hukuka aykırı hale getirir.

6. Konu Unsuru

6.1. Konu Unsurunun Tanımı

Hukuki işlemlerin konusu, bu hukuki işlemten doğması beklenen netice, daha açık ifadeyle bu işlem sonucu ortaya çıkacak hukuki sonuçtur⁵⁹. Bu durum hukuki işlemin konusu ile sonucunun aynı olması şeklinde de ifade edilebilir. İdari işlemin unsurlarından en zor tespit edileni ve idari işlemin yargısal denetimindeki en zor aşama olarak kabul edilen⁶⁰ konu unsuru ise o işlemin somut ve doğrudan hukuk alanında meydana getirdiği değişiklikleri, doğurduğu sonuçları ifade eder⁶¹. Bu nedenle idari yargıç bir idari işlemi konu bakımından denetlerken bu işlemle ortaya çıkan sonucu çok yönlü bir şekilde değerlendirmelidir.

Konu unsuru açıklanırken verilen klasik örnek kamulaştırma işlemidir. Buna göre kamulaştırma işleminin konusu, idarenin özel mülkiyetteki bir taşınmazı temellük etmesidir. Bununla birlikte örnekleri arttırdığımızda; görevden uzaklaştırma işleminin konusu, idarenin kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca gördüğü Devlet memurunun görevinden geçici olarak uzaklaştırılması; özelleştirme işleminin konusu ise idarenin kamu kurum ve kuruluşlarının mal ve hizmetlerinin özel kesime çeşitli usullerle devredilmesi olduğunu söyleyebiliriz. Örneklerin sayısı idarenin icrai işlemleriyle doğru orantılı olarak arttırılabilecek olmakla beraber tanım ve örneklerden çıkan sonuç, bir idari işlemin varlığından söz edilebilmesi için o işlemin bir konusunun olması gerektiğidir. Diğer bir deyişle idare, kamu gücü kullanarak tek yanlı ve icrai bir işlem tesis ettiğinde zorunlu olarak işlemin konu unsurunu

⁵⁹ Onar, C. I, s. 311.

⁶⁰ Yaşar, İdare Hukuku 2016, s. 380.

⁶¹ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 458. Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 422; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1275.

da gerçekleştirmiş olur. Böylelikle Onar'ın da belirttiği gibi işlemin “özünü ve cevherini”⁶² ilgilendirecek biçimde ele alınabilecek olan konu unsurunun işlemin tamamını kuşatabilecek kadar kapsamlı bir unsur olduğu görülür.

İdari işlem tesis edilirken, mevzuat gereği idari işlemi yapmaya yetkili kılınmış bir makam, kanundaki ya da düzenleyici işlemlerdeki sebep gerçekleştiğinde ilgili şekli kurallara uymak ve kamu yararı doğrultusunda hareket etmek suretiyle hukuk alanında bir değişiklik meydana getirmektedir. Bu durum yani hukuk alanında meydana gelen bu değişiklik karşımıza konu unsuru olarak çıkmaktadır. Bu nedenle yetki, şekil, sebep ve maksat unsurlarının aslında idari işlemin konusunu gerçekleştirme gibi bir işlev üstlendiklerini de söyleyebiliriz. Konu unsurunun idari işlemin diğer unsurlarından ayrılan ve belki de idari işlemi diğer unsurlara nazaran daha önemli kılan neden; yetki, şekil, sebep ve maksat unsurlarının her birindeki hukuka aykırılıkların işlemle ortaya konulmak istenen sonucun yani işlemin konu unsurunun gerçekleşmesine engel olmasıdır. Diğer bir deyişle işlemin yetki, şekil, sebep ve amaç unsurlarında bir sakatlık söz konusu olduğunda, bu sakatlıklar işlemin konu unsuru üzerinde etkili olacak ve işlemle herhangi bir hukuki sonuç doğmayacaktır.

6.2. Konu Unsurunun Özellikleri

6.2.1. İdari İşlemin Doğuracağı Sonucun Meşru Olması

Doktrinde özel hukuktaki işlemler gibi idari işlemlerin konusunun da meşru ve mümkün olması gerektiği genel olarak kabul görmüştür. İdari işlemlerde meşruluk; idare hukukunda irade özerkliği ve sözleşme serbestliği esasının uygulanmamasından ötürü, işlemin konusunun idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca önceden mevzuat tarafından belirlenmiş olmasını⁶³ ve hukukun genel ilkelerine, Anayasa, kanun ya da idari işlem niteliğindeki üst hukuk normlarına uygun olmasını gerekli kılar. Öte yandan idari işlemin

⁶² Onar, C. I, s. 315. Aynı yönde Gözler konu unsurunun işlemin bizatihi kendisiyle ilgili olduğunu belirtmiştir. Bkz. Gözler, C. I, s. 744.

⁶³ Atay, İdare Hukuku, s. 503; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1275, Atay, İdare Hukuku, s. 503; Ramazan YILDIRIM-Mustafa AVCI, Türk İdari Rejimine Giriş, Astana Yayınları Ankara 2015, s. 169.

konusunun, mevzuat uyarınca işlem tesis edilmesi yasaklanan bir alana ilişkin olmaması da işlemin konusunun meşru olmasıyla ilgilidir⁶⁴.

Konu unsurunun meşruluk özelliği gereğince; kanunlarda ve düzenleyici işlemlerde, işlemin doğuracağı sonucun, yani konusunun önceden belirlenmiş olması ya da idareye işlemin konu unsurunda bir takdir yetkisi tanınmış olması gerekir. Mevzuatta belirlenme söz konusu olduğunda bu durumu kanunlarla ve düzenleyici işlemlerle belirlenme şeklinde ayrı ayrı ele almak gerekir. Zira kanun koyucu idareye bağlı yetki tanıyarak birel idari işlemlerin konusunu kanunla belirleyebileceği gibi kanun uyarınca doğması gereken bir sonucun birel işlemin ya da düzenleyici işlemin konusunu oluşturma bakımından idareye bir serbestlik de tanıyabilir.

İdarenin tesis edeceği bir düzenleyici işlemde, normlar hiyerarşisine göre daha aynı ya da alt sırada bulunan bir düzenleyici işlemin ya da birel işlemlerin konusu idareye bağlı yetki içine sokulmak suretiyle belirlenmiş olabilir. Diğer yandan işlemin konu unsuru mevzuatla belirlenmek yerine bu hususta idareye takdir yetkisi verilerek konunun idarece tesis edilecek birel işlemler sonucu gerçekleştirilmesi de öngörülebilir. Bu doğrultuda idari işlemde doğması beklenen hukuki sonuç, bağlı yetki içindeki idarenin mevzuatı uygulaması sonucu gerçekleşeceği gibi idarenin takdir yetkisini kullanması sonucu mevzuata uygun bir şekilde tesis edeceği birel işlemlerle de ortaya çıkabilir.

6.2.2. İdari İşlemin Doğuracağı Sonucun İmkansız Olmaması

Konu unsurunun geçerliliğini sağlayan bir diğer özellik ise idari işlemin ancak hukukun ya da madden doğma imkanı bulunan bir konuya ilişkin olmasıdır. Diğer bir deyişle idari işlemle ulaşılmak istenen sonuç hukuk aleminde ya da maddi alemde gerçekleşebilecek bir sonuç olmalıdır⁶⁵. Hukuki imkansızlık idarenin emredici mevzuat kurallarına açıkça aykırı bir işlem tesis ettiğinde gündeme gelir. Bu durumda hukukun

⁶⁴ Danıştay tarafından verilen bir kararda da idari işlemin konu unsuruna ilişkin şu hususlara değinilmiştir: “... içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri göz önüne alındığında, “bir idari bir işlemin doğuracağı hukuksal sonuca” o işlemin konusu denir. Konusu meşru ve mümkün olması gereken idari işlemlerin doğuracağı sonuçlar, önceden yasalarla ve diğer düzenleyici işlemlerle belirtilmiştir. Bu bakımdan, idari işlemlerde ilgililerin işlemin konusunu değiştirmeye ya da istedikleri gibi belirtmeye yetkileri yoktur.” Danıştay 4. Daire, 23.5.2011 tarih ve E. 2009/248, K. 2011/4403 sayılı karar, KİBB.

⁶⁵ Gözler, C. I, s. 932.

imkansız bir konu, herhangi bir sonuç doğurmayacağı gibi bu nitelikte işlemlerin yok hükmünde olduğu kabul edilir. Örneğin zaten özel mülkiyette olan bir taşınmaz hakkında alınacak özelleştirme kararı ya da kamunun mülkiyetinde olan bir taşınmaz hakkındaki kamulaştırma kararı hukuki imkansızlığa örnek gösterilebilir. Öte yandan Danıştay da konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda İngilizce programı ve kursu açma izni bulunmayan bir kursa devam edip sertifika alan kişinin sertifikasının idarece yok hükmünde sayılması işlemini hukuka uygun bulmuştur⁶⁶. Diğer bir kararda ise Anayasaya açıkça aykırı şekilde, devlet ormanı statüsündeki bir alanın üniversite lehine intifa hakkına konu edilmesi yönündeki işlemin yok hükmünde olduğu şu şekilde ifade edilmiştir:

“Anayasanın 169. maddesinin ikinci fıkrasında, devlet ormanlarının mülkiyetinin devrolunmayacağı, bu ormanların zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı hükmü mevcuttur.

...

Bu durumda, Anayasa ve orman yasasının hükümleri uyarınca kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacak olan ve devlet ormanı vasfında bulunan taşınmazın, orman statüsü ve rejiminden çıkarılması ve hazine adına tescili ile Maliye Bakanlığınca Abant İzzet Baysal Üniversitesi adına tahsisi işlemleri yok hükmündedir. Yoklukla özürlü bir işlem hukuk aleminde sonuç doğuracak bir işlem olarak kabul edilmeyeceğinden, bu işlemlere karşı açılan davalarda süre aranmayacağından, davanın süre aşımından reddinde hukuki isabet görülmemiştir.”⁶⁷

Kararda da görüldüğü üzere, idarece tesis edilen birel işlemin Anayasaya ya da emredici bir hukuk kuralına açıkça aykırı sonuçlar doğurması durumunda ya da bir düzenleyici işlemin normlar hiyerarşisinde üst sırada yer alan bir kurala ağır ve bariz şekilde aykırı kurallar içermesi halinde bu işlemler yok hükmünde kabul edilir⁶⁸. Bir hukuka aykırılığın açık ya da ağır olması ise bu hatanın derhal fark edilebilecek nitelikte

⁶⁶ Danıştay İDDK 11.4.2008 tarih ve E. 2005/2493, K. 2008/1095 sayılı kararı, KİBB.

⁶⁷ Danıştay, 8. Daire, 26.12.2001 tarih ve E. 1999/1382, K. 2001/6147 sayılı kararı, KİBB.

⁶⁸ Celal ERKUT, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İHİD, S. 1-3, Y. 9, İstanbul 1988, sa. 69-91, s. 76.

belirgin bir sakatlık içermesi halinde söz konusu olabilir⁶⁹. Bu durumda işlem dava açma süresine tâbi olmaksızın her zaman idari yargıya taşınabilir.

İdari işlemlerde maddi imkansızlık ise idarenin statüsünü değiştirmek istediği kişi ya da nesnenin mevcut olmadığı durumlarda söz konusu olur⁷⁰. Bu durumlarda da idare açık ve ağır şekilde hukuka aykırı işlem tesis etmiş olacağından, maddi imkansızlığın yaptırımını da konu unsurundaki sakatlık nedeniyle işlemin yok hükmünde olmasıdır.

III. Konu Unsuruyla İlişkisi Bakımından İdari İşlemin Özellikleri

A. İcraîlik

1. İcraîliğin Tanımı

Arapça’da akmak, vaki olmak, yürümek anlamına gelen “cereyan” kelimesinden türemiş olan icraîliğin sözlük anlamı, “Bir şeyi fiil hâline getirme, yapma, yürütme, uygulama” dır⁷¹. İdare hukukunda ise icraîlik kelimesinin yerine uygulanabilirlik, ya da yürütülebilirlik kavramları kullanılmaktadır.

İdari işlemin hukuk alanında doğuracağı etkiye ilişkin bir özellik olan icraîlik, idari işlemin sahip olduğu; hukuk alanında doğrudan doğruya bir değişiklik ya da bir sonuç meydana getirebilme gücüdür⁷². Başka bir tanımda ise icraîlik, “idarenin iradesinin açıklanması suretiyle mevcut hukuk düzeninde etkiler yaratması, hukuki sonuçlar ortaya çıkarması” olarak ifade edilmiştir⁷³.

İdari işlemleri özel hukuk işlemlerinden ayıran bir nitelik olan icraîlik özelliğinde kamu gücünü kullanan yetkili idarenin doğmasını istediği hukuki sonucun

⁶⁹ Erkut, Yokluk, s. 78. Öte yandan iptal edilen bir idari işlemle aynı nitelikte tesis edilen işlemlerin de konu unsurundaki sakatlık nedeniyle yok hükmünde sayılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Hüseyin Melih ÇAKIR, “Danıştay Kararları Çerçevesinde Yokluk Teorisi” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, 2010, s. 68.

⁷⁰ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 532.

⁷¹ Bkz. Kubbealtı Lugatı, “icraîlik” maddesi, www.kubbealtilugati.com.

⁷² Celal ERKUT, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s. 119; Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 394; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 333-334.

⁷³ Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 390. İcraîlikle alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. Dilşat YILMAZ, İdari İşlemin İcraîlik Özelliği, Astana Yayınları, Ankara 2014.

hukuk aleminde geçerlik kazanabilmesi için araya herhangi başka bir iradenin girmesine gerek yoktur⁷⁴.

Danıştay da bir kararında icrailiğe ilişkin “*Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icrai niteliktedir.*” ifadelerini kullanmıştır⁷⁵.

İdari işlemin kişiler bakımından etkili sonuçlar doğurmasını sağlayan icrailik özelliğinin; Danıştayın da bir kararında vurguladığı üzere “*idari işlemlerin hukuk düzenindeki etkileri ve hukuksal değerleri devam ettiği sürece*” varlığını devam ettirdiği kabul edilir⁷⁶. Bu ise idari işlemlerin tıpkı hukuka uygunluk karinesinde olduğu gibi yürütmenin durdurulması ve iptal kararı verilene kadar veyahut idare tarafından geri alınana ya da kaldırılana kadar, öngördüğü sonuçları doğuracağı anlamına gelir.

Bununla birlikte idarenin icrai bir işlem tesis ederek hukuk aleminde meydana getirdiği değişikliğin sonuçlarını, maddi alemde de hayata geçirebilmesi için bazı işlemler gerçekleştirmesi gerekebilir. Yani icrailiğin, hukuki sonucun tam manasıyla ortaya çıkması için yeterli olmadığı durumlar da söz konusu olabilir. Bu durumda da idare uygulama işlemi adı verilen, yeni birtakım işlemler gerçekleştirmek suretiyle genel, soyut ve objektif nitelikteki icrai işlemi re’sen icra ederek işlemin maddi anlamda bütün sonuçlarıyla beraber doğmasını sağlar⁷⁷. Bu nedenle idari işlemlerin kişiler üzerindeki etkisinin tam olarak ortaya çıkabilmesi için icrailik özelliğinin, kamu gücünü kullanmanın bir sonucu olan re’sen icra yetkisiyle beraber düşünülmesi kaçınılmazdır. Böylelikle idari işlem gerek hukuki gerekse maddi anlamda sonuçlarını tam ve eksiksiz biçimde doğurmuş olur⁷⁸.

İcrailik özelliği idari işlemlerin dava konusu edilebilirliğiyle de yakından ilişkilidir. Zira icrai bir işlem, bünyesinde hukuk alanında sonuçlar doğurma ve kişilerin

⁷⁴ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 394; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 334.

⁷⁵ Danıştay 5. Daire, 17.5.1996 tarih ve E. 1995/4416, K. 1996/1911 sayılı kararı, KİBB.

⁷⁶ Bkz. Danıştay 6. Daire, 24.9.2014 tarih ve E. 2013/8711, K. 2014/5615 sayılı karar, KİBB.

⁷⁷ Günday, s. 124-125; Duran, Ders Notları, s. 413; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 335.

⁷⁸ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 335.

hak ve menfaatlerini etkileyebilme gücünü de barındırır. Aksi ihtimalde, yani idari bir işlemin muhatapları üzerinde bir sonuç doğurma gücü bulunmadığı durumlarda, bu işlemde olumsuz şekilde etkilenecek bir menfaat de bulunmayacağından işlem dava konusu edilemez. Nitekim, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14/3-d. maddesinde yer verilen ve idari yargıcın davanın esasına geçmeden ilk inceleme sırasında dikkate alacağı hususlardan biri de, olayda idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir bir idari işlemin bulunup bulunmadığıdır. İşte idari işlemlerin icrailik özelliğini taşımaları İYUK m. 14/3-d. kapsamında idari davaya konu olabilecek bir işlemin varlığını sağlamaktadır. Diğer bir söyleyişle, icrai olmayan bir işlem idari yargıcın önüne gittiğinde idari yargıç bu işlemi İYUK m. 14/3. doğrultusunda inceledikten sonra İYUK m. 15/1-b uyarınca davanın esasına girmeksizin reddeder. Dolayısıyla idari işlem bir davaya konu olduğunda, davaya konu olan şey aslında işlemin icrailik vasfı sayesinde hukuk alanında ortaya çıkmış olan sonuçtur. Bu nedenle de icrailik vasfı taşımayan bir işlemin idari yargıç tarafından denetlenebilirlik özelliği de bulunmuyor demektir.

Danıştay icrai olmayan bir işlemin icrai olmasa bile bir idari işlem olduğu gerekçesiyle idarenin sorumluluğuna yol açabileceği, dolayısıyla tam yargı davasına dayanak olarak alınabileceğini kabul etmiştir. Yakın tarihli bu kararında Danıştay, görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

*“Sonuç olarak, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliği bulunmasa bile idari işlem özelliği bulunan sağlık kurulu raporuna dayalı olarak açılan tam yargı davasının, idari yargı yerinde idarenin hukuki sorumluluk alanının ve sebeplerinin incelenerek çözümlenmesi gerekmektedir”.*⁷⁹

Ancak belirtmek gerekir ki, İYUK m. 14/3-d’de iptal ve tam yargı davası ayrımı yapılmaksızın dilekçelerin “idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı” yönünden inceleneceği düzenlenmiştir. Bu inceleme üzerine eğer böyle bir işlem mevcut değilse dava ilk inceleme aşamasında reddolunur. Bu nedenle Kanun’un bu açık hükmü karşısında Danıştayın vermiş olduğu kararın isabetli olmadığını

⁷⁹ Bkz. Danıştay 15. Daire, 23.1.2014 tarih ve E. 2013/3732, K. 2014/137 sayılı karar, KİBB.

söylemek mümkündür. Nitekim daha eski tarihli bir Danıştay kararında konuya ilişkin şu ifadeler kullanılmıştır: *“hukuk aleminde herhangi bir etki doğurmayan, belirli bir hukuki durumu ya da olguyu belirtmekle yetinen "icrailik" niteliğinden yoksun işlemlerin, idari bir davaya konu edilmesi mümkün bulunmamaktadır.”*⁸⁰

Tam yargı davası da idari bir dava olduğundan idari işlem den kaynaklı açılacak tam yargı davalarının da davaya konu olacak işlemin ilk inceleme aşamasında “idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı” yönünden incelenmesi gerekir. Bununla birlikte söz konusu kararda Danıştay sağlık kurulu raporlarının normal şartlarda icrai olmayan işlemler kategorisinde yer almakla birlikte, olayda idarenin sorumluluğunun tespitine yönelik bir etki taşıdığını, dolayısıyla somut olaydaki sağlık kurulu raporunun icrai bir nitelik kazandığını belirtmiş olsaydı daha isabetli bir karar vermiş olduğu söylenebilecekti.

Konu unsurunun idari işlemin özellikleri arasında en yakın ilişki içerisinde olduğu özellik icrailiktir. Zira icrailik, idari işlemlerin hukuk aleminde sonuç doğurma ve kişilerin haklarını, menfaatlerini ya da yükümlülüklerini etkileyebilme özelliğine sahip olmasını sağlayan bir vasıftır. İdari işlemin konu unsuru ise idari işlemin ortaya çıkarmış olduğu hukuki sonuç, idari işlemle hukuk aleminde meydana gelen değişiklik olarak tanımlanmıştır. İşte idari işlemlerin konu unsuru olarak karşımıza çıkan değişiklik, ya da sonuçlar; icrailik vasfı taşıyan idari işlemlerin sahip oldukları değişiklik meydana getirebilme, sonuç doğurabilme özellikleri sonucu gerçekleşen durumlardır. Diğer bir ifadeyle, icrailik niteliği konu unsurunun gerçekleşmesinde bir araç konumundadır. İdari işlemin icrailik özelliğinin bu aracılığı sonucunda meydana gelen değişikliklerin hukuka uygun olup olmadığı, yani idari işlemin konu unsuru bakımından sakat olup olmadığı ise idari işlemin iptal davasına konu olmasıyla ortaya çıkar. Burada idari işlemin icrailiği aracılığıyla ortaya hukuka aykırı bir sonucun da çıkabilecek olması önemlidir. Zira aksi mahkeme kararıyla tespit edilmedikçe idari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmalarının bir sonucu olarak hukuk alemindeki varlıklarını koruyacak; icrai olma özellikleri sayesinde ise uygulanabilirliklerini sürdüreceklerdir.

⁸⁰ Danıştay 7. Daire, 25.1.2011 tarih ve E. 2009/7121, K. 2011/221 sayılı; 12.4.2010 tarih ve E. 2008/7280, K. 2010/1734 sayılı kararlar, KİBB.

İdari işlemin icrailiği, idari işlemin idari dava konusu olma şartlarından biridir. Bu noktada idari işlemin icrai olmasının bir sonucu olarak ortaya çıkan konu unsurunun varlığı ve niteliği de idari işlemin yargılanma aşamasında önem arz etmektedir. İcrai bir işlem hukuk aleminde bir değişiklik meydana getiren, hukuki bir sonuç doğuran işlem olduğuna göre; bu işlemin sonucu ortaya çıkan sonuç, yani konu unsuru da idari davaya konu olabilecek bir sonucu ifade etmektedir.

2. İcrai Olmayan İşlemler

Bununla beraber idarenin her işleminin icrai olmayacağı, dolayısıyla idarenin her işleminin idari işlem sayılmayacağı, idari işlemin tanımından çıkan bir sonuçtur. Daha açık ifadeyle, idarenin icrai olmayan bir işleminin “idari işlem” olduğundan söz etmek doğru olmaz⁸¹. Bu kapsamda idarelerin hazırlık, tavsiye, görüş bildirme gibi, hukuk aleminde başlı başına sonuç doğuramayacak ve ilgilisinin hukuki durumunu etkilemeyecek işlemlerin idari işlem sayılmayacağı vurgulanmalıdır. Bununla birlikte doktrinde icrai olmasa da bazı hazırlık işlemlerinin ilgilisinin hukuki durumunu etkileyecek nitelikte olduğu ve bu nedenle de iptal davasına konu olabileceği belirtilmiştir⁸². Dolayısıyla icrai olmayan işlemlerin her somut uyuşmazlık bakımından ayrı ayrı değerlendirilmeleri; hukuki bir sonuç doğurmadıkları ya da kişilerin hak, menfaat ya da yükümlülüklerini etkilemedikleri sürece de idari işlemler kategorisi altına dahil edilmemeleri gerekir⁸³.

Burada idarenin icrai olmayan işlemlerinin gerek idari işlem olarak kabul edilmemesi, gerekse bu işlemlerde bir konu unsurundan söz edilemeyecek olmasının sonucu ise kesin ve yürütülebilir bir işlem olma vasfını taşımayan bu işlemlerin idari davaya konu olamamasıdır. Yani icrai olmayan işlemlerin idarenin işlemlerinden olması, bu işlemlerin idari davaya konu olma bakımından idari işlemin taşıması gereken şartları taşımadığı sonucunu değiştirmez.

⁸¹ Yayla, s. 109.

⁸² Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 407.

⁸³ Cemil KAYA, “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, GÜHFD, Ankara 2005, C. IX, S. 1-2, Y. 2005, sa. 253-284, s. 284.

Belirtmek gerekir ki, icrai olmasa bile bir işlemin konusuz olması düşünülemeyeceğinden söz konusu icrai olmayan işlemlerin eksik yanlarının konularının olmaması değil; hukuksal sonuç doğurmaya muktedir bir konularının olmamasıdır. Bu nedenle icrailik özelliğiyle, konu unsurunun işlemin dava konusu edilebilirliği bakımından kesiştiğini söylemek mümkündür. Yani bir işlemin icrai olmamasının ifade ettiği bir diğer anlam, o işlemin konusunun işlemi idari davaya konu edebilecek nitelikten uzak olmasıdır.

Konuya ilişkin, Danıştayın 1992 yılında vermiş olduğu bir karara⁸⁴ yazılan karşıoyda şu görüşler paylaşılmıştır:

“İdari yargı yerinde dava konusu edilen bir işlemin idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olarak kabul edilebilmesi için; bu işlemin her tür idari işlemde bulunması gerekli olan sebep ve konu unsurlarını içermesi gerekmektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden, Osmaneli Mal Müdürlüğü’nün 27.7.1984 günlü 4/1107 sayılı yazısının, bir istekten ibaret olduğu, söz konusu yazıda isteğin sebebinin açıklandığı, ancak bu yazının idari işlemin konu unsurunu içermemesi nedeniyle hukuksal sonuçlarının Tapu Sicil muhafızlığının tescil işlemi ile ortaya çıktığı ve bu haliyle bir idari işlem niteliği taşımadığı anlaşılmaktadır.”

Karara karşıoy yazan üyeler, yukarıda belirtildiği üzere, idarenin icrai bir işleminden yani aslında idari işlemin varlığından söz edilebilmesi için bu işlemin bir konu unsurunun bulunmasının gerektiğini vurgulamışlardır. Karara konu olan uyuşmazlık *“Bilecik İlinin Osmaneli İlçesi Kazancı Köyü, Kozdere mevkiinde yer alan 146.000 hektar boş arazinin, kayıp şahıslardan hazineye intikal etmiş ve devletin senetsiz olarak tasarruf ettiği yerlerden olması sebebiyle bu yerin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 20.9.1955 tarihli genelgesi uyarınca Maliye Hazinesi adına tescili yolunda Osmaneli Mal Müdürlüğü’nce Tapu Sicil Muhafızlığına, yazılan”* bir yazıdan kaynaklanmıştır. Karşıoy gerekçesinde ise bu yazının hukuk alanında bir sonuç doğuramayacağı için icrai nitelikte olmadığı, dolayısıyla bir konu unsurundan

⁸⁴ Danıştay İDDGK, 6.11.1992 tarih ve E. 1992/460 K. 1992/184 sayılı karar, KİBB.

bahsedilemeyeceği, sonuç olarak da idari davaya konu olabilecek nitelikte bir idari işlemin söz konusu olmadığı vurgulanmıştır. Çoğunluk görüşünde ise bir idareden başka bir idareye yazılmış da olsa niteliği ve sonuçları itibarıyla üçüncü kişileri etkileyebilecek olması gerekçesiyle işlemin idari davaya konu olabileceği kabul edilmiştir. Halbuki Danıştay içtihatlarında belli bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin işlemlerin; ancak işlemde o yükümlülüğün yerine getirilmediği durumda karşılaşılabilecek yaptırımın da belirtilmiş olması koşuluyla icrailik özelliği taşıyacağı kabul edilmiştir⁸⁵. Bu bakımdan belli bir yükümlülüğü içeren ihbarname, ödemeye çağrı mektubu ya da bildirim tutanağı gibi işlemlerin her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilerek iptal davasına konu edilip edilemeyeceği belirlenmelidir⁸⁶. Bu durumda alıntılarımız karara konu olan ve hukuki sonucu doğurmaya yetkili olmayan bir idareden başka bir idareye yazılan ve söz konusu işlemin sebebini bildiren bir yazının, muhatabı bakımından bir yaptırım tehdidi barındırmadığı da dikkate alındığında karşıoy yazan üyelerin de belirttiği üzere icrai işlem olarak kabulü olanaklı değildir. Bu yazının olsa olsa Osmaneli Mal Müdürlüğünün işlemin sebep unsurunu yetkili idare olan Tapu Sicil Muhafızlığına gösterdiği icrai ve etkili olmayan nitelikte bir işlem olabileceği açıktır.

B. İdari İşleve İlişkin Olma

1. İdari İşlevin Tanımı

İdari işlevi, yasama ve yürütme organları tarafından belirlenen amaç ve kurallar doğrultusunda kamu gücü ve kamusal usuller kullanılarak yürütülen toplumun zorunlu ve müşterek ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla icra edilen faaliyetler olarak tanımlamak mümkündür⁸⁷. İdari işlev her ne kadar, kavramın içinde yer aldığı geniş içeriksel alan

⁸⁵ Konuya ilişkin örnek kararlar için bkz. Gül ÜSTÜN, 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 78 vd.

⁸⁶ Üstün, 6183 Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, s. 80. Danıştay, Kamulaştırma Kanunu gereğince kamulaştırmayı yapacak idare tarafından tesis edilecek kıymet takdir belgesinin kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığını şu şekilde ifade etmiştir: “Kamulaştırma Kanunu gereğince idarenin, yapılacak pazarlığa esas olmak üzere kendi bünyesinde oluşturacağı bir komisyon marifetiyle taşınmazın tahmini bedelinin tespitini yapması zorunludur. Bu işlem ise idarenin kendi iç bünyesinde yaptığı kişinin hukuki durumunda bir değişiklik meydana getirmeyen kesin ve yürütülebilir olmayan işlemdir.” Danıştay 6. Daire, 10.9.2015 tarih ve E. 2015/7660 K. 2015/5138 sayılı karar, KİBB.

⁸⁷ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 34.

sebebiyle “ne olmadığı” biçiminde daha kolay tanımlanacak olsa da⁸⁸ idari işlemin özellikle konu unsuruyla olan yakın ilişkisi, kavramın daha ayrıntılı biçimde ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.

İdari işlevi idarenin tüm faaliyetlerinin, tutum ve davranışlarının ortak konusunu ve varlık sebebini oluşturan genel bir kavram olarak niteleyen⁸⁹ Duran ise idari işlemlerin de bu kavramın kapsadığı alanda yer aldığını ortaya koymuş olmaktadır. Gerçekten de idari faaliyetin gerçekleştirilme araçlarından biri olan idari işlemler çoğu kez toplumun gündelik ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik teknik nitelikteki kamu işlerinin⁹⁰ görülmesinde; başka bir deyişle idari işlemin gerçekleştirilmesinde rol oynamaktadır. Nitekim idari işlemin tanımı yapılırken vurgulanan; idarenin tüm irade açıklamalarının değil, idari işleve ilişkin irade açıklamalarının idari işlem kavramı içinde yer alacak olması da idari işlemlerin idari işleve ilişkin olduğu⁹¹ ve idari işlevle sınırlı bir alanda varlık gösterdiği sonucunu ortaya koymaktadır.

İdarenin kişilerle olan ilişkisinin en sık ve en görünür biçimde hayata geçmesini sağlayan idari işlemin en temel özelliklerinden biri sürekli icra edilen bir işlev olmasıdır. Kamu hizmetlerinin de temel özelliklerinden biri olan süreklilik, idari işlemin bir özelliği olarak idarenin herhangi bir talep, başvuru ya da teklife ihtiyaç duymaksızın⁹², yasama ve yargılamanın aksine devamlı olarak⁹³ işlevini yerine getirmesi anlamına gelir.

Sürekli bir devlet fonksiyonu olarak icra edilen idari işlemin bir diğer önemli özelliği ise bu işlemin siyasal nitelikte olan yasama ve hükümet işlevlerinin aksine teknik bir faaliyet olmasıdır⁹⁴. Diğer yandan, idari işlemin teknik bir faaliyet olmasının, sürekli bir faaliyet olmasıyla da ilgisi bulunmaktadır. Zira toplumun gündelik ihtiyaçlarının sürekli yürütülen bir faaliyet sonucu karşılanması, bu faaliyetin çok çeşitli gündelik

⁸⁸ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 367. Söz konusu tanımlamaya göre idari işlev; yasama, yargı ve yürütme işlevleri dışında kalan tüm kamusal faaliyetlerden oluşmaktadır. Erkut, s. 63.

⁸⁹ Duran, Ders Notları, s. 6.

⁹⁰ Duran, Ders Notları, s.7.

⁹¹ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 367.

⁹² Günday, s. 17.

⁹³ Duran, Ders Notları, s. 8.

⁹⁴ Duran, Ders Notları, s. 8; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 41.

ihtiyaçların gerektirdiği teknik nitelikte bir faaliyet olmasını zorunlu kılar. Diğer bir ifadeyle, sürekli bir faaliyet ancak teknik bir faaliyet olabilir.

Öte yandan organik anlamda idari işlem olmayan işlemlerle de idari işlev gerçekleştirilebilecektir. Nitekim yasama organı TBMM'nin idari bir teşkilat içinde yer alan bir kuruma üye seçmesi ya da mahkemelerin yargılama faaliyetleri dışındaki işlemlerinin idari işlev kapsamında olduğu belirtilmiştir⁹⁵. Bununla birlikte idarenin tesis ettiği bazı işlemler de organik anlamda idari işlem olmasına rağmen maddi anlamda yürütme işlevine ilişkin olduğundan bu işlemlerin idari işlem olarak değerlendirilemeyeceği ve iptal davasına konu olamayacağı kabul edilir. Yargısal denetimi mümkün olmayan bu işlemler, devlet organlarının kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca kurduğu ilişkiler çerçevesinde tesis edilen işlemlerdir⁹⁶. Bu kapsamda yürütme organının egemenlik yetkisi kullanması sonucu ortaya çıkan ve fakat 1982 Anayasası ve hukuk devleti ilkesi uyarınca artık hukukumuzda uygulanabilirliğini yitiren⁹⁷ hükümet tasarrufları teorisi kapsamına giren işlemlerin de yürütme işlevine dahil olduğu ve maddi anlamda idari işlem sayılmayacağı ifade edilmiştir⁹⁸.

2. İdari İşlevin Konusu

İdari işlevin konusunu toplumun günlük yaşamını sürdürebilmek için ihtiyaç duyduğu teknik nitelikteki kamusal işler⁹⁹ olarak ifade etmek mümkündür. Bununla beraber idari işlevin içeriğini, genel olarak ihtiyaçların belirlenmesi ve giderilmesinin yanı sıra kişilerin, mal ve değerlerin korunmasına yönelik sürekli olarak yürütülmesi

⁹⁵ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 368. Ayrıca bkz. “Yargılama faaliyeti kapsamında olmayan işlemlerin hâkimler, mahkemeler ya da hâkimlerden oluşan kurullar tarafından yapılması bunların yargısal işlem sayılması sonucunu doğurmaz. İdare işlevine ilişkin olan işlemler yargısal makamlar tarafından yapılsa dahi idari işlem niteliğini haizdir ve Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine tabidir.” Anayasa Mahkemesinin E. 2015/18, K. 2016/12 sayılı ve 10.2.2016 tarihli kararı, 17.5.2016 tarihli R.G.

⁹⁶ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 196. Yürütme işlevi ile idari işlev arasındaki farklar için bkz. Yayla, s. 20-21.

⁹⁷ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1269.

⁹⁸ Yaşar, İdare Hukuku, 2014, s. 39. Hükümet tasarrufları hakkında bkz. İsmet GİRİTLİ, Hükümet Tasarrufları, İÜHF Yayınları, İstanbul 1958; Ragıp SARICA, “Türk Devlet Şûrası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, İÜHFM, C. 8, S. 3-4, 1942, s. 457-472; Ömer Faruk EROL, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında Hükümet Tasarrufları Teorisi ve Yargısal Denetimi”, Kamu Hukuku Arşivi, S. 2013/2, Y. 16, sa. 81-89.

⁹⁹ Duran, Ders Notları, s.7.

gereken kamu hizmetleri oluşturur¹⁰⁰. Bu noktada belirtmek gerekir ki, toplumdaki düzen ve dirliğin sağlanması, diğer bir deyişle maddi anlamda kamu düzeninin tesisi de idari işlevin konusundan ayrı değildir¹⁰¹. Başka bir deyişle idari işlevin konusu esas olarak kamu hizmetleri olup kolluk faaliyetleri de geniş anlamda kamu hizmetleri kapsamında değerlendirilmek suretiyle idari işlevin konusunu oluşturur¹⁰².

Onar ise idarenin, genel olarak tüm milleti ilgilendirecek işleriyle (millet işleri) milleti oluşturan fertleri tek tek ilgilendiren işleri şeklinde bir ayrıma giderek bu ikincisinin yani halk işlerinin idari işlevin esas konusunu oluşturacağını ifade etmektedir¹⁰³. Onar ayrıca, idari işlevin sadece halk işleri olarak nitelendirdiği halkın gündelik ihtiyaçlarının karşılanmasıyla sınırlı tutulamayacağını belirtmektedir. Yazara göre milletin genel menfaatini ilgilendirecek ve siyasi nitelikteki faaliyetlerin gerektirdiği birtakım günlük işlemlerin de yine idari işlev kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir. Böylelikle idari işlevin halkın gündelik ihtiyaçlarının karşılanmasından öteye geçen geniş bir içeriğe sahip bulunduğu görülür¹⁰⁴. Bu durumda idari işlemlerin de sadece halkın gündelik ihtiyaçlarının gerektirdiği faaliyetlerin icrasında değil, siyasi alandaki, milletin genel menfaatine yönelik faaliyetlerin gerektirdiği durumlarda da araç olma rolünü devam ettireceğini söylemek mümkündür¹⁰⁵. Bununla birlikte bu görüşün, idari işlevle hükümet işlevi ayrımını yeterince dikkate almaması bakımından sakıncalı olduğunu da belirtmek gerekir. Zira milletin genel menfaatine yönelik, siyasi alana ilişkin faaliyetler esasen hükümet işlevi çerçevesinde tesis edilen işlemlerle gerçekleştirilir. Dolayısıyla bu alana ilişkin faaliyetlerin idari işlev kapsamında düşünülmesi doğru değildir.

Görülüyor ki, idari işlevin konusu idare hukukunun konusuyla aynı olup¹⁰⁶ bu geniş alanda faaliyet gösteren idare, idari işlevi yoğun bir biçimde idari işlemler

¹⁰⁰ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 367.

¹⁰¹ Duran, Ders Notları, s. 7.

¹⁰² Özay, Günışığında Yönetim, s. 417, dn. 795.

¹⁰³ Bkz. Onar, C. I, s. 59.

¹⁰⁴ Bkz. Onar, C. I, s. 59.

¹⁰⁵ Bu doğrultuda, siyasi tercihlerin kamu hizmetinin kuruluş aşamasında etkili olduğu belirtilmiştir. Bkz. Melikşah Yasin, “Kamu Hizmeti”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 491. Bu durumda idari işlevin konusunun belirlenmesinde de siyasi tercihlerin önemli olduğu söylenebilir.

¹⁰⁶ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 46.

aracılığıyla yerine getirmektedir¹⁰⁷. Bu noktada idari işlevin konusuyla idari işlemin konusu, yani konu unsurunun da kesiştiği söylenebilecektir. Zira idari işlemin sonuçlarını doğurduğu alan da idari işlevinki gibi kamu hizmeti ve kolluk faaliyetlerinin yürütüldüğü alandır. Bu bakımdan idari işlemle ortaya çıkacak sonuçlar, yani işlemin konusu idari işlevin konusunun kapsamında yer alır.

3. İdari İşlev ve Kamu Yararı

İdari işlevin amacı da konusu gibi idare işlemlerle paralellik arz etmektedir. Bu amaç, her ne kadar soyut ve değişken bir kavram¹⁰⁸ olsa da “bireylerin sahip oldukları hürriyetleri kullanarak gerektiği gibi sağlayamadıkları müşterek ve zorunlu ihtiyaçlarının idare tarafından kanunilik ilkesine bağlı olarak karşılanması suretiyle elde edilen yarar”¹⁰⁹ olarak tanımlanan kamu yararıdır.

İdari işlevin konusunu oluşturan kamusal nitelikteki faaliyetlerin önemli bir kısmı ya faaliyetin doğası gereği özel hukuk kişilerince yürütülemeyecek niteliktedir ya da yeterince kâr getirmeyecek olması gibi nedenlerden dolayı özel hukuk kişilerince yürütülmek istenmeyecek hizmetlerdir¹¹⁰. İşte idari işlevin amacı olarak kamu yararı, özel hukuk kişilerinin yerine getir(e)meyeceği bu kamu hizmetlerinin kişisel yarar düşünülmezsizin yürütülebilmesindeki nihai gerekçeyi ifade eder. Bu yüzden de idari işlev kapsamındaki bir faaliyetin kamu yararı dışında bir amaç gütmeyen idare tarafından yürütülüyor olması, söz konusu faaliyet kapsamında sunulacak kamu hizmetlerine sürekli olarak ihtiyaç duymakta olan kişiler için önemli bir güvence anlamına da gelmektedir.

4. İdari İşlev ve Kamu Gücü Ayrıcılıkları

İdari işlev, devletin sahip olduğu temel yetkilerden biri olan yürütme yetkisinin, kişilerin günlük ihtiyaçlarının karşılanması ve temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanması

¹⁰⁷ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 41.

¹⁰⁸ Nur KAMAN, “Kamu Malları”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 336.

¹⁰⁹ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 51. Kamu yararı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. N. Münici ÇAKMAK, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013; Cemil KAYA, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştayın Bakışı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

¹¹⁰ Günday, s. 16.

yoluyla kullanılması sonucu yerine getirilir. İdari işlev devletin egemenlik yetkisinin doğal bir uzantısı olarak var olan kamu gücünün idare tarafından kullanılması sayesinde hukuk alanında etkisini doğurur. Diğer bir deyişle; idare, idari işlevin konusunu oluşturan kamu hizmetini idari işlevin amacı olan kamu yararı doğrultusunda kullanırken kamu gücünü kullanıyor olmanın sağlamış olduğu ayrıcalıklardan yararlanır¹¹¹. Devletin özel kişilerle kurmuş olduğu ve özel hukukun aksine iradelerin eşitliğine dayanmayan hukuki ilişkilerin temelinde de bu ayrıcalıklar vardır¹¹².

Kamu yararının sağlanması amacıyla idareye tanınan üstün güç ve yetkiler bütünü olarak da tanımlanabilecek¹¹³ bu kamu gücü ayrıcalıkları, esasen idareye tanınan emretme/hükmetme (imperium) yetkisinin¹¹⁴ doğal bir sonucudur. İdarenin emretme yetkisine bağlı olarak kullandığı bu ayrıcalıklar; idarenin özel hukuk kişileriyle kurduğu ilişkilerde tek yanlı kararlar alabilmesi, bu kararların muhatapları üzerinde doğrudan doğruya ve başka bir işlemin varlığına gerek duymaksızın sonuçlar doğurması (yani icrai olması) ve bu kararların hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının yanı sıra re'sen ve cebren icra ile bu yetkilerin gerektirdiği diğer ayrıcalıklardan oluşmaktadır¹¹⁵. Bu ayrıcalıklar, kamu gücü kavramının sırf soyut haliyle özel hukuk kişileri üzerinde görülemeyecek etkilerinin somutlaşmasını sağlamakta olup idari işlevin gerçekleştirilmesinin de hukuki araçları niteliğindedir¹¹⁶.

C. Hukuka Uygunluk Karinesinden Yararlanma

1. Hukuka Uygunluk Karinesinin Tanımı

Aksi belirlenip ispat edilinceye kadar hukuken geçerli varsayılan bir durumu ifade eden karine¹¹⁷, idari işlemler bakımından işlemin hem yasal bir dayanağının

¹¹¹ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 48.

¹¹² Gözübüyük-Tan, C. I, s. 6.

¹¹³ Celal ERKUT, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004, s. 38.

¹¹⁴ Bu yetki, Roma İmparatorluğu döneminde İmparator'a tanınan en geniş yetkiler anlamına gelmekte olup kamu gücü ayrıcalıklarının temelini "imperium" yetkisine dayandığı kabul edilmektedir. Bkz. Erkut, Kamu Kudreti, s. 42-43.

¹¹⁵ Erkut, Kamu Kudreti, s. 57-58.

¹¹⁶ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 48.

¹¹⁷ Özay, Günışığında Yönetim, s. 407.

bulunduğunun hem de bir üst norma uygun olduğunun kabul edilmesidir¹¹⁸. Hukuka uygunluk ise sadece normlar hiyerarşisi bakımından üst norma uygunluğu değil, hukukun genel ilkeleri ve Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalara uygunluğu da kapsamaktadır¹¹⁹.

İdari işlemin en önemli özelliklerinden biri olan hukuka uygunluk karinesinden yararlanma, doktrinde ve yargı kararlarında; kanunilik karinesi, hukukilik karinesi ve doğruluk karinesi olarak da adlandırılır. İdari işlemin kamu yararı doğrultusunda tesis edildiği varsayımına dayanan¹²⁰ hukuka uygunluk karinesi; idari işlemlerin, aksi bir mahkeme kararıyla ispatlanıncaya kadar hukuk alanında doğurduğu sonuçların hukuka uygun olması anlamına gelir.

İdari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, işlemin doğurmuş olduğu hukuki sonuçları ifade eden konu unsuru bakımından önem arz etmektedir. Şöyle ki; hukuka uygunluk karinesinden yararlanan bir idari işlemde, karinenin konusu aslında idari işlemin konu unsurundan başka bir şey değildir. Zira idari işlemin konu unsuru işlemin ortaya çıkardığı hukuksal netice olarak tanımlanmakta olup hukuka uygunluk karinesinden yararlanan da konu unsuruyla ortaya çıkmış olan hukuki durumdur. Diğer bir ifadeyle, hukuka uygunluk karinesi sonucunda; idari işlemin yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkan hukuksal sonuç, bu işlem hakkında verilecek olan bir yürütmenin durdurulması¹²¹ ya da iptal kararına kadar hukuka uygun kabul edilir. İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmayıp, bu işlemlerin hukuka uygunluğu idarenin ispatı sonucu kanıtlanabilecek olsaydı idarenin kamu gücünü kullanıyor olmasının, bunun sonucunda da tek yanlı ve icrai işlem tesis edebiliyor olmasının önemi kalmayacaktı¹²².

¹¹⁸ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 331; Erdoğan BÜLBÜL, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 2.

¹¹⁹ Yaşar, İdare Hukuku, 2014, s. 273.

¹²⁰ Yıldırım, "İdari İşlemler", (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 394; Hasan Nuri YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir, On İki Levha Yayıncılık, (Tıpkı Basım) İstanbul 2013, s. 105.

¹²¹ M. Ayhan TEKİNSOY, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 30.

¹²² Gözler, C. I, s. 681. Bu bakımdan hukuka uygunluk karinesinin idari işlemin icrailiğiyle doğrudan ilişkili olduğu belirtilmiştir. Bkz. Tekinsoy, s. 21.

Bu durum da işlemin yürürlüğe girmesiyle beraber doğmuş olan sonuçların etkililiğini ve kalıcılığını zedeleyecekti.

2. Karinenin Doğurduğu Hukuki Sonuç

İdari işlemler tesis edilir edilmez hukuksal sonuç doğurma özelliğini haiz olup özel hukuk işlemlerinin hukuk aleminde geçerli hale gelebilmesi için ya karşı tarafın kabulüne ya bir yargı kararına ya da yetkili bir merciin işlemine ihtiyaç vardır. Bu bakımdan hukuka uygunluk karinesiyle bir yandan idarenin kişilere nazaran sahip olduğu üstün konum tescil edilirken diğer yandan karine, kişilerin hukuki güvenliklerinin korunması bakımından da bir güvence teşkil eder¹²³.

Hukuka uygunluk karinesi idarenin tek yanlı iradesi sonucu karşı tarafın iradesinden bağımsız olarak meydana getirdiği sonuçların hukuka uygun olduğunun kabul edilmesidir¹²⁴. İdarenin, tesis ettiği işlemler bakımından sahip olduğu bu ayrıcalık kamu gücü kullanmasının bir sonucudur.¹²⁵ Zira kural olarak kamu gücünü kullanamayacak olan özel hukuk kişilerince yapılan işlemler böyle bir ayrıcalık taşımaz¹²⁶.

Danıştayın idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasına yüklemiş olduğu anlam da oldukça dikkat çekicidir. İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun (İBK) 1973 tarihli, kanuna aykırı olarak yapılmış terfi veya intibak işlemine göre ödenen paraların geri alınmasına ilişkin meşhur kararında şu ifadelere yer verilmiştir:

“... idare hukukunun diğer önemli bir ilkesi de idari işlemlerdeki doğruluk karinesidir. Bu ilke idarenin tek taraflı kararlarına vatandaşın uyma zorunluğunu doğurur.

¹²³ Karahanoğulları, s. 161.

¹²⁴ Karahanoğulları, s. 159.

¹²⁵ Bülbül, s. 2.

¹²⁶ İşlemi tesis eden tüzel kişinin veya kurulun idari nitelik taşıması nedeniyle bu kişilerin işlemlerinin de idari işlem sayılması gerektiğine ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararları bulunmaktadır. Kararlar için bkz. Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 400 vd.

Bu ilkenin tabii sonucu olarak idari işlemlerde devamlılık, istikrar esastır. Bu esas o derece önemli sayılmıştır ki idarede kararsızlıktansa kanunsuz işlemlere bir süre sonra kanuniyet tanımak ehveni şer sayılmış, gene bu ilkenin sonucu istikrarın temini için idari işlemler aleyhine açılacak davalar için hususi hukuktan çok daha kısa dava süresi tanınmış, bazen bu süre 10 günlük gibi çok kısa bir müddete kadar indirilmiştir. Ayrıca yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe dava açılması kararın uygulanmasına engel sayılmamıştır. Bir idari işlemin her zaman geri alınması ihtimali tehdidi altında bırakılmasından doğacak itimat buhranına Yüce Mahkemenin son vermesinin ülke yararına ve hukukun genel ilkeleri doğrultusunda olacağı kanısındayız. ...

İdari işlemlerde doğruluk karinesi bulunduğundan, aksi yetkili merci veya makamlarca saptandığı tarihe kadar doğru kabul edilen bir işlemin doğurduğu sonuçların da doğru olması gerekmektedir. Bu kuralın aksini düşünmek idarede ve toplum yaşantısında kargaşayı ve anarşiyi davet demektir.”¹²⁷

Kararda vurgulanan ilk husus, hukuka uygunluk karinesinin sonucunda bir zorunluluğun doğacağıdır. Bu zorunluluk, idari işlemlerin kamu gücü kullanımı sonucunda tesis edilmiş olmasından kaynaklanmakta olup kişilerin idari işlemlere uyma mecburiyetini ifade eder. Diğer yandan bu durum, idari işlemlerin tek yanlılık özelliğinin de doğal bir sonucudur. Zira idarenin tek yanlı işlemlerinin sonuç doğurabilmesi bu işlemlerin kişiler açısından bağlayıcı olmasıyla mümkündür. Belirtmek gerekir ki, bu bağlayıcılık kişiler için geçerli olduğu gibi idare için de geçerlidir. Zira idarenin tesis ettiği işlemlere kendisinin de uyması hukuk devletinin bir gereğidir¹²⁸. Ancak idare, geniş hareket serbestisine sahip olduğu bu alanda söz konusu işlemin geri alınması ya da aynı konuda yeni bir işlem tesisi gibi farklı imkanlara sahiptir¹²⁹.

İBK'nın, kararda üzerinde durduğu bir diğer husus ise idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının idari işlemlerdeki süreklilik ve istikrarı sağlıyor olmasıdır. Bu sayede işlemin hukuka uygun olup olmadığı yönündeki belirsizlik ortadan kalkar ve hukuka aykırı olma potansiyelini barındıran bir idari işleme, idari işlemlerdeki

¹²⁷ Danıştay İBGK, 22.12.1973 tarih ve E. 1968/8, K. 1973/14 sayılı karar, KİBB.

¹²⁸ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 332.

¹²⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bülbül, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, İstanbul 2010.

istikrarın korunması pahasına belli bir süreliğine de olsa hukukilik tanınmış olur. Bu süre sonunda yargı organınca verilen karar, işlemin iptaline yönelik ise bu durumda hukuka uygunluk karinesi çürümüş olacak ve işlem yapıldığı andan itibaren tüm sonuçlarıyla birlikte hukuk aleminden kalkacaktır.

3. Karinenin Sona Ermesi

İdari işlemin hukuka uygun olduğu karinesinin ne zaman askıya alınacağı veya sona ereceği de önem arz etmektedir. İdari işlemler öncelikle, iptal davası açılmadan önce idare tarafından, yapılan bir başvuru üzerine veya böyle bir başvuru olmaksızın re'sen kaldırılabilir ya da geri alınabilir¹³⁰. Böylelikle hukuka aykırılığın idarece kabul edildiği durumlarda hukuka uygunluk karinesinin idare bakımından bir etki doğurmadığı¹³¹ ya da karinenin sona ermesinin idarece gerçekleştirilmiş olduğu söylenebilir¹³². Dava açılmaksızın idare tarafından yürürlüğüne son verilen işlemler ancak yürürlükte oldukları sürece hukuka uygunluk karinesinden yararlanabilir. Geri alma durumunda tüm sonuçlarıyla beraber ortadan kalkan idari işlemin iptali için dava açılmış olması ihtimalinde ise iki durum söz konusu olabilir. Bunlar, yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarıdır.

Gerek Anayasanın 125/5. maddesi gerek İYUK'un 27. maddesi uyarınca Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, yürütmenin durdurulması kararı verebilirler. Yürütmenin durdurulması imkanı, idari işlemdeki açık hukuka aykırılığın ve işlemin uygulanması sonucu ortaya çıkacak telafisi güç ya da imkansız zararların önüne geçilmesi amacıyla hukuk devleti olmanın da bir gereği olarak idari yargı organlarına tanınmıştır¹³³. Böylelikle, bu imkan sayesinde idarenin kamu gücü kullanma ve tek yanlı işlemler tesis etme gibi yetkilerini kötüye kullanması da engellenmiş olur¹³⁴. Diğer yandan, bu imkan

¹³⁰ Tekinsoy, s. 20.

¹³¹ Tekinsoy, s. 28.

¹³² Karahanoğulları, s. 160.

¹³³ Hasan Nuri YAŞAR, "İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Gerekçesi Olarak Anayasaya Aykırılık Kanısı", İÜHFM, C. LXXII, S. 2, 2014, sa. 751-758, s. 753.

¹³⁴ Zehreddin ASLAN, İdari Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, 2. Basım, Alfa Yayıncılık, 2001, s. 23.

idari işlemin icrailiğini askıya almak¹³⁵ suretiyle işlemin icrailik özelliğine karşı bir güvence niteliği de taşır.¹³⁶ İcraileğe karşı güvence niteliği taşımak, aynı zamanda kamu gücüne karşı da bir güvence anlamına gelmektedir ve bu bakımdan yürütmenin durdurulması kurumunun idare hukukundaki işlevi önemlidir¹³⁷. Ancak vurgulamak gerekir ki, bir idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması durumunda, idari yargıcın iptal kararı yerine yürütmenin durdurulması kararı vermesi, davanın uzaması ve yargıcın görüşünü önceden belli etmesi sonucunu doğuracağından idari yargının ve iptal davalarının işlevine ters düşer¹³⁸.

¹³⁵ Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 475.

¹³⁶ Yaşar, Anayasaya Aykırılık Kanısı, s. 751.

¹³⁷ Anayasa Mahkemesi de farklı tarihlerde verdiği kararlarında yürütmenin durdurulması kurumunun önemini vurgulamıştır. Bu kararların birinde yürütmenin durdurulması kararlarının hem birey hem idare açısından önemi şu şekilde vurgulanmıştır:

“... kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür.” Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2012/87, K. 2014/41 sayı ve 27.2.2014 tarihli kararı, 26.7.2014 tarihli R.G. Diğer bir kararda ise kamu yararının ve kamu düzeninin tesisinde yürütmenin durdurulması kararlarının işlevine vurgu yapılmıştır:

“Yürütmenin durdurulması kurumu, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturduğu gibi kamu yararı ve kamu düzenini de sağlamaktadır.” Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2014/149, K. 2014/151 sayı ve 02.10.2014 tarihli kararı, 01.01. 2015 tarihli R.G. 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında ise Anayasa Mahkemesi yürütmenin durdurulması kurumunun davacılar bakımından etkin bir güvence sağladığının altını çizmiştir:

“Özellikle, iptal davalarında davalı yerindeki Devletin karşısında zayıf durumda olan davacının haklarının etkin biçimde güvence altına alınmasında, yürütmenin durdurulması kararlarının büyük rolü bulunmaktadır.” Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 1979/1, K.1979/30 sayı ve 21.6.1979 tarihli kararı, 14.1.1980 tarihli R.G.

¹³⁸ Yıldırım, “İdari Yargı”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 790. 2012 yılında 6352 sayılı Kanunla İYUK’ta yapılan değişiklikler sonucu yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idarenin savunmasının alınması şartı getirilmiştir. 2/7/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ve daha sonrasında 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonucu İYUK’un 27. maddesinin ilk üç fıkrasının son hali aşağıdaki gibidir:

“1. Danıştayda veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz. 2. Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. (Ek cümle: 21/2/2014-6526/17 md.) Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.

3. Dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir.”

İYUK'un 27/1. maddesi uyarınca idari işlemlere karşı iptal davası açılmış olmasının işlemin yürürlüğünü durdurmayacak olması, hukuka uygunluk karinesinin iptal davası açılması suretiyle bertaraf edilemeyeceği anlamına gelir¹³⁹. Bu durumda, ancak yargı merci tarafından verilecek bir yürütmenin durdurulması kararı, idari işlemin hukuka uygunluk karinesinin askıya alınmasını sağlar¹⁴⁰. Askıya alınma ise, artık yürütmesi durmuş olan bu işlemin hukuki sonuçlarının ve bu işleme dayanılarak tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluk karinesine sahip olma ayrıcalığından yararlanamayacağı anlamına gelir. Ayrıca yürütmenin durdurulması kararı idari işlemin icrailiğini de nihai karar verilene kadar durduracağından, icrailiği durmuş olan bir işlemin hukuka uygun olup olmadığı, bir karineye dayanılarak değil ancak verilecek nihai bir kararla belirlenmiş olur.

Danıştay İBK, yukarıda aktarılan 1973 tarihli kararında idari işlemin iptali durumunda, geri alınan bu işleme dayanılarak tesis edilmiş işlemleri de etkileyecek şekilde geriye etkili olarak sonuç doğuracağı kuralının bir sonucu olarak, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan işlemin doğurduğu sonuçların da hukuka uygun sayılacağını vurgulamıştır. Bu durumun aksi kabul edildiğinde ise, “idare ve toplum yaşantısına anarşi ve kargaşa davet edilmiş olacak” ve her ne kadar kararda belirtilmese

Bu değişikliklerin sonucunda hukuka uygunluk karinesinin geçerlilik süresine idarenin savunmasının alınması süreci de eklenmiştir. Bu durum ise yürütmenin durdurulması kararı verilmesini zorlaştırmış ve açık hukuka aykırılık barındırdığı idari yargıç tarafından tespit edilen işlemlerin belli bir süre daha uygulanabilmesine yol açmıştır. Bkz. Yıldırım, “İdari Yargı”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 791. Anayasa Mahkemesi ise bu hükmün iptali istemini reddettiği kararında şu hususları dile getirmiştir: “Diğer taraftan, söz konusu kuralların idarenin savunma verebilmesi için gerekli zaman dilimini araya koymak suretiyle, yürütmesi derhal durdurulması gereken idari işlemlerin bir süre daha uygulanmasına olanak sağlamak amacıyla düzenlendiği ve bu kuralların bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki iddianın da haklı bir temeli bulunmamaktadır. Zira bir düzenlemenin amaç yönünden Anayasa'ya aykırı olduğunun söylenebilmesi için düzenlemenin kamu yararı dışında özel bir amaçla yapıldığının tespit edilmesi gerekir. Oysa dava konusu kuralların genel ve madde gerekçeleri ile kuralların objektif anlamı dikkate alındığında, bunların idareye savunma hakkı tanımak, böylece adil bir karar verilebilmesini sağlamak amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bu kuralların kamu yararı dışında bir amaçla, bu çerçevede yürütmesi derhal durdurulması gereken idari işlemlerin bir süre daha uygulanmasına olanak sağlamak amacıyla düzenlendiği söylenemez.” Anayasa Mahkemesinin E. 2012/100, K. 2013/84 sayı ve 4.7.2013 tarihli kararı, 2.8.2013 tarihli R.G.

¹³⁹ Karahanoğulları, s. 160.

¹⁴⁰ Özay, Günışığında Yönetim, s. 408; Karahanoğulları, s. 159.

de, kamu düzeni bozulacaktır. Bu nedenle İBK'ya göre idari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının kamu düzeninden olduğu dahi söylenebilir¹⁴¹.

Kurula göre, aksi bir mahkeme kararı olmaksızın hukuka uygun kabul edilen bir idari işleme dayanılarak tesis edilen işlemlerin ve bu işlemler sonucu ortaya çıkan hukuki durumların da dayanak teşkil eden idari işlemin yürürlüğü devam ettiği sürece, idari işlemlerdeki istikrar prensibi uyarınca hukuka uygun olduğu kabul edilir. İdari işlem hakkında bir iptal kararı verilmesi durumunda ise bu iptal kararı idari işlemi geriye etkili olarak tüm sonuçlarıyla beraber ortadan kaldıracığından, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan bir idari işleme dayanılarak tesis edilen idari işlemler de bu karar neticesinde, kural olarak, tüm sonuçlarıyla beraber yürürlükten kalkar.

Hukuka uygunluk karinesinin ne zaman sona ereceğine ilişkin bir diğer husus ise idari yargı tarafından verilecek yürütmenin durdurulması ya da iptal kararına gerek olmaksızın, dava açıldığı anda hukuka uygunluk karinesinin sona erip ermeyeceğidir. Bu hususta Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından verilmiş bir kararda hukuka uygunluk karinesinin işlemin iptali için dava açıldığı anda sona ereceğinden bahsedilmiştir¹⁴²:

“İdari işlemlerdeki hukuka uygun olma karinesi, işlemin dava konusu yapıldığı yani iptal davası açıldığı anda son bulur. Bundan sonrası, kişi yararı ötesinde ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, yasallık karinesi “yırtılan” idari işlemin yargı erki tarafından denetlenmesi, idarenin hukuk alanı içine çekilmesi ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi sorunu veya idealidir.”

Hukuka uygunluk karinesinin aksi ispatlanana kadar devam edeceği genel kabul görmüş bir kural olup bu karinenin yürütülmesini sağlayacak olan, işlemde menfaatleri ihlal edilen kişi ya da kişilerdir. İşlem sonucu menfaat ihlaline uğrayan kişilerin idari

¹⁴¹ Nitekim, Danıştay 3. Dairesi tarafından konuya ilişkin verilen bir kararda açıkça kamu düzeninden bahsedilmiştir: “İdare hukuku ilkelerine göre, idari işlemler tesis edildikleri andan itibaren yürürlük kuvvetini ve doğruluk karinesini haizdirler. Bu husus idarenin tek taraflı kararlarına kişinin uyma zorunluluğunu doğurur. Bu ilkenin tabii sonucu olarak da idari işlemlerde devamlılık ve istikrar esastır. Kamu düzeninin bozulmaması için idari istikrar prensibine o kadar önem verilmiştir ki bu işlemler aleyhine açılacak idari davalar 90 günlük süre ile sınırlandırılmıştır.” Danıştay 3. Daire, 28.5.1981 tarih ve E. 1981/83, K. 1981/100 sayılı karar, KİBB.

¹⁴² AYİM 2. Daire, 24.12.2008 tarih ve E. 2007/1091, K. 2008/1258 sayılı karar, KİBB.

işlemin hukuka aykırılığının tespiti için yargı yoluna başvurusu sonucu verilecek yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarıyla, hukuka uygunluk karinesi çürütülebilir. Bu nedenle karinenin çürütülmesi bakımından ispat yükünün davacıda olduğu görülür¹⁴³. Dolayısıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinin iptal davası açıldığı anda son bulacağı yönündeki görüşü isabetli olmadığı gibi uygulamada kabul görmüş de değildir¹⁴⁴.

D. Tek Yanlılık

Tek yanlı işlemler; “tamamen kamu gücü faaliyeti sonucunda oluşan ve yönelindikleri kişilerin iradelerinden bağımsız olarak hukuki değer ifade edebilen işlemler” olarak tanımlanmıştır¹⁴⁵. Tek yanlılığın, idari işlemlerin bir özelliği olarak kabul edilmesinin sebebi; iradelerin eşit kabul edildiği özel hukuktakinin aksine, kamu hukukunda kamu gücünü kullanan idarenin iradesine üstünlük tanınmasıdır¹⁴⁶. İdari işlemin bu özelliği sayesinde, idare, sahip olduğu kamu gücüne dayanarak kişilerle kurduğu ilişkilerde kişilerin iradelerini dikkate almaksızın kişisel hakları etkileyen işlemler yapabilmektedir¹⁴⁷.

Bununla birlikte tek yanlılığın idari işlemin tek bir organ, makam ya da kişinin iradesi sonucu oluşması anlamına gelmediğini de belirtmek gerekir¹⁴⁸. Zira idari işlemin tek yanlılığında önemli olan, işlemin muhatabı olan kişilerin işlemin oluşumuna

¹⁴³ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 333.

¹⁴⁴ İptal davası açıldığı anda işlemin hukuka uygunluk karinesinin son bulması, ancak İYUK'un 27/4. maddesi gereği vergi uyuşmazlıklarından doğan davalar bakımından mümkün olabilmektedir. Madde metni şu şekildedir: “Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur. Ancak, 26 ncı maddenin 3 üncü fıkrasına göre işlemden kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işlemi devam eder. Bu şekilde işlemden kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ile ihtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemini durdurmaz. Bunlar hakkında yürütmenin durdurulması istenebilir.” Öte yandan hukuka uygunluk karinesi uyarınca idari işlem hakkında iptal davası açılmasına rağmen işlemin sonuçlarını doğurmasının hakkaniyete aykırı olduğu ve bu nedenle kişi hak ve özgürlüklerinin korunması için hukuka uygunluk karinesinin uygulanmasından vazgeçilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 394-395.

¹⁴⁵ Celal ERKUT, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s. 14.

¹⁴⁶ Özey, Günışığında Yönetim, s. 405; Gözübüyük-Tan, C. I, s. 367.

¹⁴⁷ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s. 13; Gözübüyük-Tan, C. I, s. 367; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 329.

¹⁴⁸ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 394; Atay, İdare Hukuku, s. 425; Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s. 13.

katılamamasıdır¹⁴⁹. Bu bakımdan idarenin birden çok kişi, kurum ya da organın iradesinin birleşmesi sonucu tesis etmiş olduğu, Bakanlar Kurulu kararları ya da müşterek kararnameler gibi işlemler de tek yanlılık özelliğine sahiptir¹⁵⁰. Ayrıca, muhatapların başvurusu üzerine gerçekleştirilen idari işlemler de işlemin tek yanlılığını etkilemez. Nitekim bu gibi durumlarda işlemin gerçekleşme sürecini başlatan kişinin başvurusu olsa da işlemi gerçekleştirme iradesi sadece idareye aittir¹⁵¹.

Danıştay da yakın tarihli bir kararında idari işlemlerin tek yanlılık özelliğine ilişkin şu ifadeleri kullanmıştır:

*“Tek yanlılık, kavram olarak tek bir irade açıklaması demektir. Ancak burada "iradenin tek yanlılığından tek bir kişi ya da organın iradesi değil, birden fazla idare organının birlikte tek bir irade açıklamasının kastedildiğinin anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle, idari işlemdeki irade, tek bir makam ya da organ tarafından açıklanabileceği gibi, birden fazla idari makam ya da organın da tek bir irade açıklaması için bir araya gelmesi mümkündür ki, tüm bu durumlarda idari işlemin tek yanlı olduğu kabul edilmelidir.”*¹⁵²

Tek yanlılık özelliği sayesinde idari işlemin ortaya çıkaracağı hukuki sonuç idarenin tek yanlı iradesiyle hukuk alanında etkisini gösterir. Bunun sonucunda tek yanlılık; idari işlemin icrailiği ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanma özelliğiyle birlikte düşünüldüğünde, idari işlemin hukuk alanında doğuracağı yürütülebilir ve hukuka uygun kabul edilen sonucun, yani işlemin konusunun gerçekleşmesi için karşı tarafın iradesine ihtiyaç olmadığı anlamına gelir.

¹⁴⁹ Yıldırım, a.g.e., s. 394; Dilşat Yılmaz, İdari İşleminin İcrailik Özelliği, Astana yayınları, Ankara 2014, s. 17.

¹⁵⁰ Yıldırım, a.g.e., s. 394; Atay, İdare Hukuku, s. 425; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 380.

¹⁵¹ Atay, İdare Hukuku, s. 425; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 379.

¹⁵² Danıştay İDDK, 8.2.2007 tarih ve E.2006/4286, K. 2007/60 sayılı karar, KİBB. Danıştay bu kararda iki ayrı kamu tüzel kişinin birlikte gerçekleştirdikleri protokollerin de tek yanlı idari işlem olduğunu vurgulamıştır: “Bu çerçevede, kamu tüzelkışisi olan Sosyal Sigortalar Kurumu ile kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan ve kamu hizmeti yaptıkları göz önünde tutularak Anayasa'nın "idare" bölümü içinde düzenlenen, Anayasa'nın açık hükmüne göre yine kamu tüzelkışisi olan Türk Eczacılar Birliği'nin görev alanlarını ilgilendiren bir konuda bir araya gelerek, kapsamına aldığı kişilerin uyacakları esasları belirledikleri protokolün, iki idari organın birlikte tesis ettiği tek yanlı idari işlem olduğunda kuşku bulunmamaktadır.”

İKİNCİ BÖLÜM:

İDARİ İŞLEMİN KONU UNSURUNUN BELİRLENMESİ

I. Yürütme Organının İşlemlerinde Konu Unsurunun Anayasa ile Sınırlandırılması

1982 Anayasası'nın 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiştir. 1982 Anayasası'nda 1961 Anayasası'ndan farklı olarak yürütmenin yetki olarak da düzenlenmesinin önemli bir sonucu, yürütme organının bir kanun olmaksızın doğrudan doğruya düzenleyebileceği alanların ihdas edilmiş olmasıdır. Buna göre yürütme organının kanuna dayanmayan istisnai düzenleme yetkisi Anayasa'nın 107. maddesinde¹⁵³ yer alan ve Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ve personel atama işlemlerinin düzenleneceği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceğine ilişkindir. Bakanlar Kuruluna bir kanuna ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan işlem tesis etme yetkisi ise Anayasa'nın 121. ve 122. maddeleri¹⁵⁴ uyarınca verilen olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi (KHK) çıkarma yetkisidir.

Anayasa Mahkemesinin 1995 yılında verilmiş bir kararında bu husus ele alınmıştır:

"Anayasanın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu belirtilerek bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. TBMM'nin yürütme organına hangi konularda ve koşullarda düzenleme yetkisi verebileceği tek tek sayılmış ve sınırlanmıştır. Bunlar; vergi, resim, harç ve benzeri malî

¹⁵³ 107. maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir."

¹⁵⁴ 121. maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: "Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir."

122. maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: "Sıkıyönetim süresinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul İçtüzükte belirlenir."

yükümlülüklerin muaflık, istisna ve indirimleriyle oranlarına ilişkin kurallarında aşağı ve yukarı sınırlarının belirlenmesi koşuluyla düzenleme yapılması, ekonomik, ticarî, teknik ve idarî andlaşmaların kanunla uygun bulunmasına gerek görülmeden onaylanması, dış ticaret işlemleri üzerine ek malî yükümlülükler konması, olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince bu hallerin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarılması gibi konulardır. Bunlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütme organının subjektif hakları etkileyen kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin yasallığı ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetkidir. Yasakoyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek yasaların uygulanmasını sağlamak için idareye belli düzenleme alanı bırakabilecektir.”¹⁵⁵

Anayasa Mahkemesi kararında, Anayasa’nın 73. ve 167. maddelerinde yer alan hükümlerin de Anayasa’nın yürütmeyi bir yetki olarak düzenlediğini gösteren hükümler olduğunu vurgulamıştır. Bununla beraber 73. ve 167. maddeler¹⁵⁶ incelendiğinde görülür ki, bu hükümler yürütmenin doğrudan Anayasayla değil araya bir kanun girmesi sonucu yetkilendirilebileceğini içermektedir. Bu noktada Anayasa’nın mezkur maddelerinde adeta “bu alanda düzenleme yapmak aslında yasama organının yetkisindedir; fakat kanun koyucu isterse bazı konularda Bakanlar Kuruluna yetki verebilir” denilerek yasama organına bir takdir yetkisi tanınmıştır. Halbuki Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılacak KHK'larda herhangi bir yetki kanununa ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan anayasal bir yetkilendirmeye yürütmenin söz konusu düzenlemeleri gerçekleştirebilmesi söz konusudur¹⁵⁷. Bu bakımdan 1982 Anayasası uyarınca yürütme organının sahip olduğu asli düzenleme yetkisi sonucu tesis

¹⁵⁵ Anayasa Mahkemesinin E. 1995/24, K. 1995/52 sayı ve 28.9.1995 tarihli kararı, 11.6.1998 tarihli R.G. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesinin E. 1984/14. K. 1985/7 sayı ve 13.6.1985 tarihli kararı, 24.8.1985 tarihli R.G.

¹⁵⁶ Sözü edilen Anayasa maddelerinin ilgili kısımları şu şekildedir:

Madde 73: “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.”

Madde167: “Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir.”

¹⁵⁷ Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 205.

edebileceği işlemlerin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'ları olduğunu söylemek mümkündür.

II. Konu Unsurunun Yasama Organı Tarafından Belirlenmesi

A. Yasama Fonksiyonunun Niteliği

Sözlük anlamı; “bir nesne veya bir kimsenin gördüğü iş, iş görme yetisi, görev”¹⁵⁸ ya da “bir şey veya kimsenin yapısı veya konumu gereği yapması tabii olan iş, kendine has olan tabii faaliyet”¹⁵⁹ olan fonksiyon/işlev; kamu hukukunda, içerik ve nitelikleri bakımından birbirinden farklılık gösteren ve devletin yasama yürütme ya da yargı organları aracılığıyla yerine getirdiği temel devlet görevleri olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁰. Devletin temel fonksiyonlarından olan yasama fonksiyonunun ise maddi ve organik ölçütler açısından tanımlanması mümkündür. Buna göre genel, sürekli, nesnel ve kişilik dışı işlemler yapma yasama fonksiyonunun maddi ölçüt doğrultusunda tanımlanmasıdır. Şekli ya da organik ölçüte göre yapılan tanımda ise yasama organı tarafından tesis edilen işlemlerin yasama fonksiyonunu oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁶¹.

Devletin temel hukuki fonksiyonunun siyasi karar alma iradesini ortaya koymada bir araç olarak kullanması nedeniyle yasama fonksiyonu olduğunu söylemek mümkündür¹⁶². Bu anlamda yasama fonksiyonu devletin genel ve objektif nitelikte kurallar koyma faaliyeti olarak tanımlanabilir. Daha kısa bir tanımda ise yasama fonksiyonunun “kural koymak” anlamına geldiği ifade edilmiştir¹⁶³. Bu noktada anayasa ile kanun arasındaki temel farka da değinmek gerekir. Buna göre anayasalarda devletin kuruluşu, organlarının birbirleriyle ilişkileri ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin esaslar

¹⁵⁸ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr.

¹⁵⁹ Kubbealtı Lugatı, “fonksiyon” maddesi, www.kubbealtilugati.com.

¹⁶⁰ Mustafa ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, 12. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, s. 444. İşlev kavramı için bkz. Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 31-32.

¹⁶¹ İbrahim Ö. KABOĞLU, Anayasa Hukuku Dersleri, 10. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 140.

¹⁶² Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 444.

¹⁶³ Kaboğlu, s. 139.

yer almaktayken; doğrudan uygulanabilecek nitelikte kurallar yasama organı tarafından kanun çıkarılarak hayata geçirilir¹⁶⁴.

Belirtmek gerekir ki devletin herhangi bir alanda genel ve objektif kural koyma faaliyetinin yasama fonksiyonuna dahil olabilmesi için bu faaliyetin "kanun" aracılığıyla gerçekleştirilmiş olması gerekir. Zira Anayasa uyarınca yürütme organına tanınan kural koyma yetkisi ancak yürütme fonksiyonu kapsamındaki türevsel bir yetkidir. Diğer bir ifadeyle, yasama organının kural koyma yetkisiyle yürütme organının kural koyma yetkisi arasındaki fark, yürütme organının söz konusu yetkisinin ikincil ve bağlı bir yetki olmasıdır. Bu nedenledir ki yasama organının kural koyma yetkisine yasama yetkisi denirken yürütme organının kural koyma yetkisi düzenleme yetkisi olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁵.

B. Yasama Yetkisinin Özellikleri

1. Genellik

Kanunların genelliğinden farklı bir anlam taşıyan yasama yetkisinin genelliği, yasama faaliyetinin konu bakımından sınırlandırılmamış olduğu anlamına gelmektedir¹⁶⁶. Yasama yetkisinin genelliği sayesinde Anayasa tarafından yasaklanmamış her alanda kanunla düzenleme yapılabilir¹⁶⁷. Genellik özelliği aynı zamanda yasama organına herhangi bir alanı ayrıntılı bir biçimde düzenleme yetkisi de vermektedir¹⁶⁸. Bu çerçevede yasama organı Anayasaya ve hukukun genel ilkelerine¹⁶⁹ aykırı olmamak şartıyla herhangi bir konuyu çok ayrıntılı bir şekilde düzenleyerek idareye düzenleme yapması için bir alan bırakmayabilir¹⁷⁰.

Yasama yetkisinin genelliği diğer yandan, yasama organının istese de düzenleyemeyeceği bir alanın olamayacağını ifade eder. Bu özelliğin istisnası olarak 1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliği'ni düzenleyen 107. maddesiyle

¹⁶⁴ Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, 18. Bası (Tıpkı Bası), Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 18.

¹⁶⁵ Onur Karahanogulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 133.

¹⁶⁶ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 213; Kaboğlu, s. 140.

¹⁶⁷ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 213; Kaboğlu, s. 140, Teziç, Anayasa Hukuku, s. 17.

¹⁶⁸ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 213; Kaboğlu, s. 140.

¹⁶⁹ Anayasa Mahkemesinin E. 2012/19, K. 2013/17 sayılı ve 17.1.2013 tarihli kararı, 12.5. 2013 tarihli R.G.

¹⁷⁰ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 213.

olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılacak KHK'ları düzenleyen 121. ve 122. maddeleri gösterilebilir.

Belirtmek gerekir ki, yasama organı, Anayasa'da düzenlenmemiş bir konuyu da yasama yetkisinin genelliği çerçevesinde ilk kez düzenleyebilir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi; *“Diğer taraftan, bir konunun Anayasa'da düzenlenmemiş olması kanunla düzenlenmesine engel değildir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince kanun koyucu, Anayasada yer almayan konuları kanunla düzenleyebilir.”* ifadelerini kullanmıştır¹⁷¹.

Yasama organının Anayasa'da düzenlenmemiş bir alanda da düzenleme yapabiliyor olması, yasama yetkisinin Anayasaya dayanmak suretiyle kullanılacak bir yetki olmamasından kaynaklanmaktadır¹⁷². Diğer bir ifadeyle yasama organının Anayasaya aykırı olmamak şartıyla kullanacağı yetkiler Anayasa'nın 87. maddesinde yasama yetkisi kapsamında yapılması öngörülen düzenlemelerle sınırlı olmaz¹⁷³.

Son olarak yasama yetkisinin genelliğinin yasama organının takdir yetkisiyle yakından ilişkili olduğunu söyleyebiliriz. Zira yasama organı, takdir yetkisine dayanarak herhangi bir konuyu düzenleyip düzenlememe, ayrıntılarıyla düzenleme ya da genel hatlarıyla düzenleyip ayrıntıların yürütme organınca düzenlenmesini sağlama gibi bir irade ortaya koyabilecek olup bunlar yasama yetkisinin genelliği ilkesinin bir sonucudur¹⁷⁴.

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/59, K. 2012/34 sayı ve 1.3.2012 tarihli kararı, 02.04.2013 tarihli R.G.

¹⁷² Cengiz Arıkan, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 37.

¹⁷³ Arıkan, s. 36; Kemal Başlar, “Anayasa Mahkemesinin Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi ile İlgili Bir Kararının Düşündürdükleri” Yasama Dergisi, S. 7, Ekim-Kasım-Aralık, 2007, sa. 18-40, s. 22.

¹⁷⁴ “Yasama yetkisinin genelliği, kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlandırılmamış olduğunu, Anayasa'ya aykırı olmamak şartıyla her konunun kanunla düzenlenebileceğini ifade eder. Anayasa'da belirtilen istisnalar dışında yasama organı istediği alanda ve istediği içerikte kanun çıkarabilir. Bu konuda geniş bir takdir alanına sahiptir. Ancak, çıkarılan kanunların içeriğinin Anayasa'ya aykırı olmaması gerekir.” Anayasa Mahkemesinin E. 2012/96, K. 2012/206 sayı ve 27.12.2012 tarihli kararı, 25.05.2013 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2009/9, K. 2011/103 sayı ve 16.6.2011 tarihli kararı, 19.05.2012 tarihli R.G.

2. Aslilik

Yasama yetkisinin asliliği, yasama organının belli bir konuyu araya başka herhangi bir işlem girmeksizin yani başka bir iradeye ihtiyaç duymaksızın yalnızca kendi iradesi sonucu düzenleyebilecek olmasıdır¹⁷⁵. Bu anlamda yasama yetkisinin asliliği, yasama organının istediği zaman başka herhangi iradeye gerek kalmadan kanun çıkarabilmesidir. Yasama yetkisinin bu özelliği, yasama yetkisinin türevsel bir niteliğe sahip olan yürütme yetkisinden farklılaştığı noktadır¹⁷⁶. Diğer bir deyişle, yasama organı sahip olduğu asli yetkisi sayesinde istediği konuyu Anayasaya dayanmaksızın doğrudan doğruya düzenleyebilecekken; yürütme organının bir kanuna dayanmaksızın doğrudan doğruya işlem tesis etme yetkisi, istisnalar hariç, bulunmamaktadır. Bu nedenle idare her istediği zaman değil; ancak kanunun gerekli kılması halinde düzenleme yapabilir.

Yasama ve yürütme yetkileri arasındaki bir diğer önemli fark ise yürütme organının işlemlerinin kanunların uygulanması amacıyla tesis edilirken yasama organının anayasa hükümlerinin uygulanmasını sağlamak gibi bir amaç doğrultusunda hareket etmek zorunda olmamasıdır¹⁷⁷.

Yasama yetkisinin aslilik özelliğinin, yani "asıl" olmasının anlamı, meşruiyetini dayandıracak başka bir metne ihtiyacının bulunmamasıdır. Bu anlamda, yasama yetkisinin kendinden menkul bir meşruiyet zemini bulunmaktadır. Halbuki bir alanın yürütme organı tarafından düzenlenebilmesinin meşruiyetini kanunlar sağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle yürütme yetkisi yasama yetkisinin bir türevidir. Bunun için de yürütme organının işlemlerini kanunlardan “türeyen” işlemler olarak kabul etmek mümkündür.

Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin vermiş olduğu yakın tarihli bir kararında da şu ifadeler kullanılmıştır:

“Anayasanın 6. maddesinin son fıkrası gereği yasama, yürütme ve yargı organları da dahil olmak üzere hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz. Ancak burada kullanılacak devlet yetkisinin kaynağının

¹⁷⁵ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 213.

¹⁷⁶ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 213.

¹⁷⁷ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 213.

Anayasa olması zorunluluğu, yasama fonksiyonunun kanun yapma özelliği dikkate alındığında yasama organı için farklı bir anlam ihtiva etmektedir. Öncelikle yasama organı için kullanılacak devlet yetkisinin Anayasa'dan kaynaklanması gereği, yasama organınca çıkarılacak her bir kanun için ayrıca yetkilendirilme zorunluluğu olarak yorumlanamaz. Aksi bir yorum, yasama yetkisinin asli bir yetki olmaktan çıkarılıp bağlı yetki haline getirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla, kullanılacak devlet yetkisinin Anayasa'dan kaynaklanması gereğinin yasama organı açısından anlamı, yasama fonksiyonun başka herhangi bir organ tarafından değil sadece TBMM tarafından kullanılabilir bir yetki olarak anlaşılması ve Anayasa'da yasaklanmamış her alanın düzenlenebileceğini ifade eder. Bu durumda gözetilmesi gereken tek sınır, o konuda izin verici değil yasaklayıcı herhangi bir hükmün olup olmadığı hususudur.”¹⁷⁸

Kararda da belirtildiği üzere yasama organının kanun çıkarma hususunda Anayasa tarafından yetkilendirilmesine gerek olmaması yasama yetkisinin asliliğiyle ilgilidir. Halbuki yürütme yetkisinin kullanımı bakımından; yürütme organının, tesis edeceği her idari işleme ilişkin kanun tarafından verilmiş bir yetkiye ihtiyacı bulunmaktadır. Bu noktada yasama yetkisinin aslilik özelliği, kararda da vurgulandığı şekliyle, yasama organının yasama fonksiyonunu icra ederken Anayasa tarafından verilecek bir izne gerek duymaması olarak açıklanabilir. Diğer yandan, Anayasa’da yasama organının bir konuyu düzenleyemeyeceğine ilişkin bir hükmün varlığı ise yasama yetkisinin aslilik değil genellik özelliğinin bir istisnasıdır. Zira yasama yetkisinin genellik özelliği yasama organınca düzenlenip düzenlenemeyecek konularla alakalıyken, aslilik özelliği yasama organının kullandığı yetkinin dayanağını ve meşruiyetini ilgilendirmektedir.

3. Devredilmezlik

1982 Anayasası’nın “Yasama yetkisi” başlıklı 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin anlamı şekli anlamda kanunların ancak yasama organı tarafından çıkarılabileceği ve buna paralel

¹⁷⁸ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/59, K. 2012/34 sayı ve 1.3.2012 tarihli kararı, 02.04.2013 tarihli R.G.

olarak da Anayasa’da ancak şekli anlamda kanunla yapılabileceği öngörülen düzenlemelerin idari bir işlemle yapılamayacağıdır. Bu noktada yasama yetkisinin devredilmezliği uyarınca isimleri kanun olmasa bile mevcut kanunlarda değişiklik yapma gücüne sahip işlemlerin de ancak yasama organı tarafından tesis edilmesi gerekir¹⁷⁹. Anayasa Mahkemesi yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı hakkında verdiği bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

“Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. ... yasama yetkisinin devredilemezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasanın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir.

*Bununla birlikte, çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır.”*¹⁸⁰

Anayasa Mahkemesi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin kuvvetler ayrılığı prensibinin bir sonucu olduğunu belirttikten sonra devredilmezliğin iki anlamı üzerinde durmuştur. Bunların ilki yasamanın kanun yapma yetkisinin başka bir organa bırakılamayacağı, diğeri ise kanunla düzenlenmesi gereken konuların da idari işlemlerle düzenlenemeyecek olmasıdır. Bu bakımdan kanunda yer alması gereken bir husus idari işleme konu edildiğinde idari işlem konu unsuru yönünden hukuka aykırı olur.

Kanunla düzenlenme ve aynı doğrultuda yasama yetkisinin devredilmezliği konularında ortaya çıkan en tartışmalı husus ise yasama organının Anayasanın 91. maddesi uyarınca çıkaracağı yetki kanunu aracılığıyla Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi vermesidir¹⁸¹. Nitekim Anayasa Mahkemesi de yukarıdaki kararda, Anayasada yer

¹⁷⁹ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 215.

¹⁸⁰ Anayasa Mahkemesinin E.2013/72, K. 2013/126 sayı ve 31.10.2013 tarihli kararı, 24.01.2014 tarihli RG; Anayasa Mahkemesinin E. 2011/42, K. 2013/60 sayı ve 9.5.2013 tarihli kararı, 25.7.2014 tarihli R.G.

¹⁸¹ Kanun hükmünde kararnameler hakkında geniş bilgi için bkz. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, Beta Yayınları, İstanbul, 1996; Burhan KUZU, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985; Kemal Gözler, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Ekin Kitabevi, Bursa 2000; Lûtfi DURAN, “Kanun Hükmünde Kararnâme”, AİD, C.8, S.2, Ankara, 1975. sa.

alan “kanunla düzenlenir” ifadelerinin açıkça bir yasaklama olmadığı sürece ilgili alanın KHK ile düzenlenemeyeceği anlamına gelmediğini belirtmiştir. Zira “kanunla düzenleme”, kanuna eşdeğer ve onunla aynı hukuki güce sahip bir işlemle düzenlemeyi de mümkün kılar. KHK’larla yürürlükteki bir kanunda değişiklik yapılabildiği ve yürürlükteki kanun yürürlükten kaldırılabilirdiği için, yürütme organınca tesis edilen bu işlemler maddi anlamda yasama işlemi olarak kabul edilir¹⁸².

Anayasa Mahkemesinin 1990 tarihinde verdiği yukarıdaki kararıyla beraber bu dönemde iş başında olan hükümetin kanun yapmak yerine KHK uygulamasını yaygınlaştırması ve yetki kanunlarının sürelerini uzatması Anayasa Mahkemesinin KHK çıkarma yetkinin bu uygulama biçiminin yasama yetkisinin devredilmezliği kuralıyla örtüşmeyeceği yönünde kararlar vermesine neden olmuştur. Bu kararlarda Anayasa Mahkemesi şu ifadeleri kullanmıştır:

“Süreleri uzatılarak yetki yasalarına süreklilik kazandırılması, KHK uygulamasının yaygınlaştırılması, hemen her konuda KHK’lerle yeni düzenlemelere gidilmesi, ivedilik ve zorunluluk koşullarına uyulmaması, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırılık oluşturur. Böylece, yasama ve yürütme organları arasındaki denge bozulur, yürütme organı yasama organının yetkilerini kullanmış olur, ona karşı ve giderek üstün bir konuma gelir. Bu durum, Anayasanın yukarıda açıklanan kurallarına ters düşer.

3-19; Turan YILDIRIM, “Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması”, MÜHFHAD, C. 9, S.1-3, İstanbul, 1995. sa.73-90; Turgut TAN, “Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması ve Sorunlar”, AÜSBFD, C. 50, S.1-2, Ankara, 1995. sa. 335-350; Erdoğan Teziç, “Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnâmeler”, AİD, C. 5, S. 1, Mart, Ankara 1972, sa. 3-14; Onur KARAHANOGULLARI, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", AÜSBFD, C. 52, S. 1-4, Ankara 1997. sa. 387-435; Onur KARAHANOGULLARI, “Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği, (Bir Öneri: Birlikte Yasama)”, AİD, C. 31, S. 2, Haziran, Ankara 1998. sa. 41-63; Bkz. Burhan KUZU, “Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK) Hukuki Niteliği Tabi Olacakları Rejim Ve Kurallar Hiyerarşisindeki Yeri (Tasdik Öncesi-Tasdik Sonrası)”, İHİD, C. 4, 1983, Sayı 1-3, sa. 83-93; Fazıl SAĞLAM, "Kanun Hükmünde Kararnâme Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı, C. I, Ankara, 1984. sa. 261-271; Mustafa AVCI, “Türkiye’de Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnâme’leri İle İlgili Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler”, GÜHFD, C. XVI, 2012, S. 1, sa. 33-61.

¹⁸² Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 219; Teziç, Anayasa Hukuku, s. 41. Bununla birlikte KHK’nın hem biçimsel hem maddi anlamda kanun olduğu da savunulmuştur. Bkz. Onur Karahanoğulları, “Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği, (Bir Öneri: Birlikte Yasama)”, s. 56. Kuzu ise KHK’nın hem organik hem maddi bakımdan idari tasarruf olduğu görüşündedir. Bkz. Burhan Kuzu, “Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK) Hukuki Niteliği Tabi Olacakları Rejim Ve Kurallar Hiyerarşisindeki Yeri (Tasdik Öncesi-Tasdik Sonrası)”, s. 87.

... Bakanlar Kurulu'na çok uzun süreli yetki verilmesi, ancak koşullu ve kısa süreli bir yetkiye olanak tanıyan Anayasa'ya aykırı olarak yasama yetkisinin yürütme organına devri anlamına gelir. Böyle bir durum, ayrıklığın olağana dönüşmesine yol açar."¹⁸³

Anayasa Mahkemesi 2011 yılından önce verdiği bu kararlarda; KHK çıkarma yetkisinin amacına uygun olarak kullanılmadığında gerek kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlaline, gerekse yasama ve yürütme organları arasındaki dengenin bozulmasına yol açabileceğini; bu nedenle KHK'ların ivedilik ve zorunluluk kuralına uyularak çıkarılması gerektiğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi bu görüşünü 2011 yılında çıkarılan KHK'ların Anayasaya uygunluk denetimi aşamasında muhafaza etmemiştir. Mahkeme verdiği kararda ivedilik ve zorunluluk ölçütlerinin Anayasada yer almadığı gerekçesiyle KHK ile Bakanlık kurulmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır¹⁸⁴.

Yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının istisnasının Anayasada bizzat yasama organının, düzenlenmesini yürütme organına bıraktığı konular olduğu belirtilmiştir¹⁸⁵. Bu konuların ortak özelliği kanunun (açıkça) verdiği yetkiye dayanılarak

¹⁸³Anayasa Mahkemesinin E. 1995/39, K. 1995/45 sayı ve 19.9.1995 tarihli kararı, 20.04.1996 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E.1995/44, K. 1995/44 sayı ve 19.9.1995 tarihli kararı, 03.11.1995 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E.1995/35, K. 1995/26 sayı ve 4.7.1995 tarihli kararı, 2.11.1995 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E.1994/50, K. 1994/44-2 sayı ve 5.7.1994 tarihli kararı, 24.02.1995 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E.1994/49, K. 1994/45-2 sayı ve 7.7.1994 tarihli kararı, 10.09.1994 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E.1993/26, K. 1993/28 sayı ve 16.9.1993 tarihli kararı, 8.10.1993 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E.1991/27, K. 1991/50 sayı ve 12.12.1991 tarihli kararı, 29.01.1992 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 1988/64, K. 1990/2 sayı ve 1.2.1990 tarihli kararı, 21.4.1990 tarihli R.G.

¹⁸⁴ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "Bir başka anayasaya aykırılık iddiası ise, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK'ler çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun bulunmadığına ilişkindir. Dava konusu yetki yasasıyla çıkarılması için izin verilen KHK'ler olağan kanun hükmünde kararnamelerdir. Bu tür KHK'lerin çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu itibarla, yetki kanunlarının ve KHK'lerin anayasaya uygunluğunun incelenmesinde Anayasa'da öngörülmemiş yeni şartlar ihdas edilmesi mümkün olmadığı gibi, neyin 'önemli', 'ivedi' ve 'zorunlu' olduğuna anayasaya uygunluk denetimi yapan yargı organının karar vermesi de bu organın işlevine uygun değildir. Ayrıca bu kavramların sübjektif nitelik taşıdığı ve göreceli olduğu da açıktır. Bu nedenle, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olup olmadığının incelenmesi, Anayasa'da öngörülen çerçevenin dışına taşacak ölçüde bir denetim yapılması anlamına gelebilecektir. Oysa yetki yasaları üzerindeki denetimin, Anayasa'da öngörülen çerçevenin sınırları içinde kalması gerekir. Bu nedenle, KHK çıkarılması için yetki verilen konunun acil, ivedi, önemli ve zorunlu olup olmadığının incelenmesine gerek görülmemiştir." Anayasa Mahkemesinin E. 2011/60, K. 2011/147 sayı ve 27.10.2011 tarihli kararı, 15.12.2011 tarihli R.G. KHK ile bakanlık kurulmasının ortaya çıkardığı hukuki problemler ve bu uygulamanın eleştirisi için bkz. Turan YILDIRIM, "Kanun Hükmünde Kararnameyle Bakanlık Kurulması", Erdal Onar'a Armağan, C. 1, Ankara, 2013, sa. 215-230.

¹⁸⁵ Bkz. Teziç, Anayasa Hukuku, s. 22.

düzenlenebilecek olmalarının doğrudan Anayasada yer almış olmasıdır. Anayasal yetki devri olarak da isimlendirilen¹⁸⁶ bu düzenlemeler; Anayasanın 73/4. maddesi uyarınca Bakanlar Kuruluna “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi” verilmesi; 90/3. maddesinde yer alan “kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmalar”ın imzalanması; 123/3. madde uyarınca kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kamu tüzelkişiliği kurulması ve 167/2. madde uyarınca Bakanlar Kuruluna kanunla “dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırma” hususunda yetki verilebilmesidir.

C. Yasama İşlemleri

1. Kanun

Yasama organı tarafından Anayasadaki usullere göre çıkarılan kanun, aynı zamanda düzenleyici nitelikteki en yaygın hukuki işlem türüdür¹⁸⁷. Kanunların; “Anayasada öngörülen yetkili organlar tarafından yine Anayasada gösterilen usul ve şekilde kabul edilerek yürürlüğe konulan yazılı hukuk kuralları” olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁸. Anayasa Mahkemesi’ne göre kanunların kamu yararı doğrultusunda çıkarılması gerekmekte olup; kanun koyucu kanun yaparken ölçülülük¹⁸⁹, adalet ve hakkaniyet¹⁹⁰ gibi ilkelere riayet etmek durumundadır.

Çeşitli konularda ve usullerle kanun yapma yetkisine sahip olan yasama organı, bazı kanunları Anayasa ve TBMM içtüzüğü uyarınca genel nitelikteki kanunlardan farklı

¹⁸⁶ Teziç, Anayasa Hukuku, s. 22.

¹⁸⁷ Kaboğlu, s. 141.

¹⁸⁸ Teziç, Anayasa Hukuku, s. 15.

¹⁸⁹ Anayasa Mahkemesinin E. 2010/25, K. 2011/136 sayı ve 12.10.2011 tarihli kararı, 29.12.2011 tarihli R.G.

¹⁹⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 2014/177, K. 2015/49 sayı ve 14.5.2015 tarihli kararı, 11.6.2015 tarihli R.G.

usullerle çıkarabilir. Bütçe¹⁹¹ ve kesin hesap kanunları¹⁹², af kanunları¹⁹³, temel kanunlar¹⁹⁴, Anayasa değişikliği kanunları¹⁹⁵, yetki kanunları¹⁹⁶, ve milletlerarası antlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanunlar¹⁹⁷ bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bunun yanı sıra son yıllarda sıkça rastladığımız ve kamuoyunda “torba kanun”¹⁹⁸ olarak da bilinen “bazı kanunlarda/kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılması hakkında” kanunlar¹⁹⁹ ile Anayasada düzenlenmiş bazı kurul/kurumların kuruluş, işleyiş ve görevlerini düzenleyen kurumsal kanunlara²⁰⁰ da kanun türleri arasında yer vermek mümkündür.

1.1. Maddi Anlamda Kanun

Kanun kavramına ilişkin yukarıda aktarılan genel tanımlamaların yanı sıra kanunların maddi ve şekli kanun olarak iki ayrı başlık altında ele alınması da mümkündür²⁰¹. Maddi anlamda kanun anlayışında; içerik olarak genel, soyut, objektif kurallar içeren bir işlem hangi organ tarafından yapılmış olursa olsun kanun olarak adlandırılabilir²⁰². Bu bakımdan yürütme organı tarafından tesis edilen düzenleyici işlemler de maddi anlamda kanun kapsamına girer²⁰³.

¹⁹¹ Örnek için bkz. 09/03/2016 tarih ve 6682 Sayılı 2016 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu 16/03/2016 tarihli R.G.

¹⁹² Örnek için bkz. 09/03/2016 tarih ve 6683 Sayılı 2014 Yılı Merkezi Yönetim Kesin Hesap Kanunu, 16/03/2016 tarihli R.G.

¹⁹³ Örnek için bkz. 21/12/2000 tarih ve 4616 Sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelelmesine Dair Kanun, 22/12/2000 tarihli R.G.

¹⁹⁴ Örnek için bkz. 14/6/1973 tarih ve 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu, 24/06/1973 tarihli R.G.

¹⁹⁵ Örnek için bkz. 07/05/2004 tarih ve 5170 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, 22/05/2004 tarihli R.G.

¹⁹⁶ Örnek için bkz. 06/04/2011 tarih ve 6223 Sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin Ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev Ve Yetkileri İle Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu, 03/05/2011 tarihli R.G.

¹⁹⁷ Örnek için bkz. 29/01/2016 tarih ve 6666 Sayılı Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşmeye Ek Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 19/02/2016 tarihli R.G.

¹⁹⁸ Torba kanun uygulamasının hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu hakkında bkz. Teziç, Anayasa Hukuku, s. 63, dn. 103.

¹⁹⁹ Örnek için bkz. 14/01/2016 tarih ve 6661 Sayılı Askerlik Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 27/01/2016 tarihli R.G.

²⁰⁰ Teziç, Anayasa Hukuku, s. 18. Örnek için bkz. 11/12/2010 tarih ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, 18/12/2010 tarihli R.G.

²⁰¹ Maddi kanun hakkında yapılan geniş anlamda ve dar anlamda maddi kanun tasnifi için bkz. Akif TÖGEL, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 46.

²⁰² Kaboğlu, s. 141; Erdoğan TEZİÇ, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972, s. 33.

²⁰³ Teziç, Anayasa Hukuku, s. 17.

Maddi anlamda kanun anlayışını savunanların en çok üzerinde durdukları husus kanunların genelliği ilkesidir²⁰⁴. Kanunun genelliği; özel, geçici ve yalnızca somut bir durum ya da belli bir kişi gözetilmeksizin soyut bir kuralın ya da statünün düzenlenmesi anlamına gelmektedir²⁰⁵. Genelliğin bir başka yönü ise sürekliliktir. Buna göre süreklilik kanunların uygulanma sayısı ile ilgili olmayıp, ileride aynı şartlar gerçekleştiğinde tekrar tekrar uygulanabilir niteliğe sahip olmaları anlamına gelir²⁰⁶.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında kanunların genellik özelliğini şu şekilde dile getirmiştir:

“Kanunların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte olmaları gerekir. Kanunların genelliği olarak adlandırılan bu ilke, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Kanunun genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen fakat önceden saptanmış olup, soyut şekilde, uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Kanun, genel hukuk kuralları koymalı, kişiye özel hükümler içermemelidir.

*Her kanunun sonuç itibarıyla belli bir grup ya da kişiye haklar ya da mükellefiyetler getirmesi kaçınılmazdır. Burada aslolan, yapılan bu geçici düzenlemenin aynı durumda bulunan herkesi kapsamına alıp almadığı ve kişilere özel çıkar sağlayıp sağlamadığıdır. Bir başka ifadeyle yapılan düzenlemenin kanunların genelliği ilkesine aykırılığının saptanmasında, kanunun kapsamına aldığı kişilerin bazılarına ayrıcalık yapıp yapmadığı ile kapsamına aldığı kişilerin tümüne ayrıcalık yapıp yapmadığına bakılmalıdır.”*²⁰⁷

Kanunların genelliği ile kanun önünde eşitlik ilkesi arasındaki ilişkiye dikkat çeken Mahkeme, kanunun kapsamına giren kişiler arasında bir ayrımın yapıp yapılmadığını genellik ilkesi bakımından bir ölçüt olarak ortaya koymuştur. Bu doğrultuda maddi kanun anlayışını savunan yazarların da kanunların genelliği ilkesinin hukuk devleti, hukuki güvenlik ve eşitlik ilkelerinden kaynaklandığı görüşünde oldukları

²⁰⁴ Teziç, Kanun Kavramı, s. 34.

²⁰⁵ Teziç, Kanun Kavramı, s. 35.

²⁰⁶ Teziç, Kanun Kavramı, s. 35.

²⁰⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2009/9, K. 2011/103 sayı ve 16.6.2011 tarihli kararı, 19.05.2012 tarihli R.G.

belirtilmiştir²⁰⁸. Buna göre kanunların kapsamına giren kişilerden bazılarının ayrıcalık tanınması ya da bu kişilere mükellefiyetler yüklenmesi kanunların genelliği ilkesiyle bağdaşmaz²⁰⁹. Öte yandan, bir kanunun kapsamına sadece bir kişinin ya da belli sayıda kişinin girmesi o kanunun genel, objektif ve soyut niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu noktada önemli olan; kanunun söz konusu bir kişiyle ya da belli sayıda kişilerle aynı konumda bulunan kişilere de uygulanabilme özelliğini barındırıyor olmasıdır²¹⁰.

1.2. Şekli Anlamda Kanun

Şekli anlamda kanun anlayışında işlemin içeriğinden ve kapsamından bağımsız olarak işlemin hangi organ tarafından tesis edildiği önemlidir²¹¹. Fransız hukukçu Carré de Malberg tarafından savunulan²¹² bu görüşe göre yasama organı tarafından kanun yapma usulüne riayet edilerek tesis edilen her işlem kanundur ve bu işlemlerin özel ya da genel nitelikte olmasının bir önemi yoktur²¹³. Şekli kanun anlayışında kanunun mutlaka genel, soyut ya da objektif olması gerekmez. Bu nedenle kanun çıkarma usulüne uygun olarak tesis edilen kişisel işlemler de kanun olarak adlandırılır²¹⁴.

Şekli anlamda kanun anlayışını benimseyen yazarlar, yasama organınca kanun yapma usulüne uyulsa bile bazı işlemlerin gerçekleştirilemeyeceğini, bu anlamda şekli anlamda kanunun da bir sınırı olduğunu kabul etmişlerdir. Buna göre; yargı kararı niteliğindeki işlemler, yürürlükteki kanunların uygulanmasına yönelik işlemler ve belli kişilere mükellefiyet yükleyen işlemler kanun yapma usulüne uyulsa bile şekli anlamda bir kanunun konusunu oluşturamaz²¹⁵.

1982 Anayasası'nın öngördüğü sistemde, yasama organının kanun yapma usulüne uygun biçimde tesis etmiş olduğu tüm işlemler kanun olarak adlandırılır. Buna

²⁰⁸ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 224.

²⁰⁹ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 224.

²¹⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/45, K. 2013/24 sayılı ve 31.1.2013 tarihli kararı, 13.1.2015 tarihli R.G.

²¹¹ Teziç, Kanun Kavramı, s. 39.

²¹² Ülkemizde şekli kanun anlayışı Turan Güneş tarafından savunulmuştur. Bkz. Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1965, s. 36, vd.

²¹³ Raymond Carré de Malberg, Contribution à la théorie Générale de l'Etat, Sirey, C 1., s. 327, 365. (Aktaran: Teziç, Kanun Kavramı, s. 39-40.)

²¹⁴ Teziç, Kanun Kavramı, s. 40; Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2015, s. 234.

²¹⁵ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 223, vd.

karşın yürütme organının genel, objektif ve soyut nitelikteki işlemleri kanun olarak değil düzenleyici işlem adıyla tasnif edilir. Bu bakımdan, her ne kadar Anayasa Mahkemesi “*yasalar ya da yasalarla eşdeğerdeki pozitif hukuk metinleri nesnel, soyut, genel ve sürekli nitelikteki hukuk kurallarını içeren, etkileri yönünden de objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan ya da var olan bir durumu düzenleyen veya ortadan kaldıran kural-işlemler bölümüne girerler*” ifadeleriyle²¹⁶ maddi anlamda kanun tanımını kabul ettiğini gösterse de; Türk Anayasa sisteminde şekli anlamda kanun anlayışının benimsendiğini söylemek daha yerinde olur.

2. Parlamento Kararı

Yasama organının yasama faaliyeti olarak gerçekleştirdiği iki işlem²¹⁷ biri olan parlamento kararlarının, konu ve nitelik bakımından oldukça çeşitlilik arz ettiği görülür. Bu durumun bir sonucu olarak parlamento kararları “TBMM’nin kanun dışındaki yasama işlemleri” olarak olumsuz biçimde tanımlanabilir²¹⁸. Diğer bir ifadeyle TBMM kanun çıkarmasını gerektirmeyen konulardaki iradesini parlamento kararları aracılığıyla yürürlüğe koyar.

Parlamento kararlarıyla yasama organı tarafından genel, soyut ve objektif kurallar konulmak yerine daha çok TBMM’nin iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin konular karara bağlanır²¹⁹. Bunun yanı sıra TBMM’nin yürütme organıyla arasındaki ilişkileri düzenleyen konularda alınan parlamento kararları da mevcuttur. 1982 Anayasasına göre; TBMM seçimlerinin dört yıllık süre dolmadan yenilenmesi (m. 77), savaş sebebiyle seçimlerin bir yıl geriye bırakılması (m. 78), Meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmayan milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülmesi (m. 84), TBMM başkanının seçimi (m. 94),

²¹⁶ Anayasa Mahkemesinin E. 1990/31, K. 1990/24 sayı ve 24.9.1990 tarihli kararı, 22.1.1991 tarihli R.G.

²¹⁷ Yasama işlemlerinin parlamento kararı ve kanundan ibaret olmadığı; bazı konuların TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunulması sonucu oluşan “diğer yasama işlemleri”nin de bir yasama işlemi türü olduğu hakkında bkz. Onur ÇEKİÇ, “Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri”, Yasama Dergisi, S. 12, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos, 2009, sa. 107-135.

²¹⁸ Teziç, Kanun Kavramı, s. 11; Ergun Özbudun “Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri”, AÜHFD, C. 6, 1979, sa. 3-27, s. 4-5.

²¹⁹ Sezgin BAŞ, Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 113.

TBMM İ t z     (m. 95) i e dönük parlamento kararlarına  rnektir²²⁰. Buna karşılık; Bakanlar Kurulunun veya bir bakanın d    r lmesi (m. 99), bakanların ve Cumhurbaşkanının yüce divana sevk edilmesi, Başbakan veya bakanlar hakkında meclis soruşturması açılması (m. 100) parlamenter sistemin bir gereği olarak yasama organının yürütme organıyla ilişkisini düzenleyen d  a dönük parlamento kararlarıdır²²¹.

Öte yandan yasama organının yürütmeyle ilişkisini düzenlemeyen ekonomik ya da siyasi konulara ilişkin d  a dönük kararları da bulunmaktadır²²². Anayasa ve diğer kanunlar uyarınca TBMM'nin ‐karar‐ yoluyla yürürlüğe koyma yetkisi bulunan bu konulardan bazıları; para basılması ve savaş il nı (m. 87), olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı kararlarının onaylanması (m. 121-122), kalkınma planlarının onaylanması²²³ (m. 166) ve kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetim kurullarının 3346 sayılı Kanun²²⁴ uyarınca ibra edilmesidir²²⁵.

Yasama organının d  a dönük parlamento kararlarının maddi anlamda parlamento kararı niteliğinde olmadığı savunulur. Zira yasama organının yürütme organıyla ilişkisini düzenleyen kararlar, yüce divana sevk kararları hariç, siyasi sonuçları olan kararlardır²²⁶. Yüce divana sevk kararları ise yargısal süreci başlatan işlemlerdir. Yasama organının, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendiren olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı kararlarının onaylanması, savaş ilanı ya da kalkınma planlarının onaylanması gibi konuları ise kural olarak kanunla düzenlemesi gerekir²²⁷.

Parlamento kararlarının en önemli  zelliklerinin; TBMM Genel Kurulu tarafından ve Genel Kurulda yapılan bir oylama sonucunda alınmaları,

²²⁰ Erdoğan TEZİÇ, ‐Parlamento Kararı ve Kanun‐, Anayasa Yargısı, C.V, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1989, sa. 121-130, s. 123-124.

²²¹ Teziç, Parlamento Kararı ve Kanun, s. 127;  zbudun, Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri, s. 6.

²²² Ba , s. 113.

²²³ 30/10/1984 tarih ve 3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması Ve B t nl   n n Korunması Hakkında Kanun uyarınca Devlet Planlama Teşkilatı tarafından hazırlanıp Bakanlar Kurulu tarafından imzalanan kalkınma planlarının TBMM tarafından onaylanması gerekmektedir.

²²⁴ 02/04/1987 tarihli Kamu İktisadi Teşebbüsleri İle Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, bkz. 09/04/1987 tarihli R.G.

²²⁵  zbudun, Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri, s. 7.

²²⁶ Teziç, Parlamento Kararı ve Kanun, s. 127.

²²⁷ Teziç, Parlamento Kararı ve Kanun, s. 127; Erdal ABD LHAK MO  ULLARI, ‐Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetimi Sorunu‐, Yasama Dergisi, S. 5, Nisan-Mayıs-Haziran 2007, sa. 5-26, s. 14.

Cumhurbaşkanının onayına tabi olmamaları ve Anayasa uyarınca, üç istisna²²⁸ haricinde yargısal denetim dışında kalma²²⁹ özellikleri olduğu vurgulanmıştır²³⁰. Bu açıdan değerlendirildiğinde parlamento kararlarının, konu yönünden olduğu gibi yargı denetimine ve Cumhurbaşkanının onayına tabi olmama noktalarında da kanunlardan ayrıldığı söylenebilir.

3. Yasama Organının İdari İşlev Kapsamındaki İşlemleri

TBMM'nin yasama organı olarak geleneksel işlevleri kapsamında yerine getirdiği görevler ve kullandığı yetkiler 1982 Anayasası'nın 87. maddesinde gösterilmiştir. Bu maddeye göre; kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak, Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek, Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek, milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Bununla birlikte Anayasa'da, TBMM'ye yetki ya da görev veren başka maddeler de mevcuttur. Bu maddeler uyarınca; TBMM üyelerinden birinin belli konuda ve altı ayı geçmemek üzere Bakanlar Kurulunca verilecek bir görevi kabul etmesine karar vermek (m.82), yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına (m. 83) ya da milletvekilliğinin düşmesine karar vermek (m.84), Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin vermek (m.92), İçtüzük yapmak (m.95), olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı kararlarını onaylamak, sürelerini değiştirmek, uzatmak ve kaldırılmasına karar vermek (m.121,122), Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna (RTÜK) üye seçmek (m.133), bütçe hazırlamak (m.

²²⁸ Bu istisnalar, içtüzük ve içtüzük değişikliği kararları (m. 148) ile yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşürülmesi kararlarıdır (m. 85).

²²⁹ Bununla birlikte tüm parlamento kararlarının Anayasa Mahkemesi tarafından şekil bakımından denetlenebileceği, zira içtüzükte yer alan şekli kuralların ihlallerinin içtüzük değişikliği niteliğinde olacağı belirtilmiştir. Bkz. Teziç, Kanun Kavramı, s. 16. Kanunla yapılması gerekip de karar biçiminde yapılan genel, soyut ve kişilik dışı düzenlemeler söz konusu olduğunda ise Anayasa Mahkemesi, önüne gelen metni içerik itibarıyla kanun olarak niteleyip esas bakımından da denetleyebilmektedir. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 239; Teziç, Kanun Kavramı, s. 16.

²³⁰ Bkz. Çekiç, s. 119 vd.

161), kamu iktisadi teşebbüslerini denetlemek (m.165) ve kalkınma planlarını onaylamak (m.166) TBMM'nin görev ve yetkileri arasındadır.

Anayasanın TBMM'ye verdiği görev ve yetkilerin yasama organının geleneksel işlevlerinden olan kanun yapma ve kaldırma (yasama işlevi), bütçe hazırlama (mali işlev) ve yürütmeyi denetleme (denetim işlevi) çerçevesinde olduğunu söyleyebiliriz²³¹. Bununla beraber TBMM'nin yabancı ülkelere asker göndermek gibi siyasi işleve ilişkin görev ve yetkiler de Anayasa'da yer alır. Yasama organının üst düzey kamu görevlilerinin ve yüksek yargı organlarının üyelerinin seçilmesi ya da atanmasına dair işlemlerinin ise idare işlevi kapsamında olduğu kabul edilir²³². Bu noktada TBMM tarafından Anayasanın 133. maddesi uyarınca yapılacak RTÜK'e üye seçme işleminin ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 15. ve 16. maddeleri uyarınca Sayıştay başkan ve üyelerinin seçimine ilişkin işlemlerin idari işlev kapsamında olduğunu belirtmek gerekir²³³. Bu işlemler her ne kadar yasama organı tarafından gerçekleştirilmiş olsa da maddi anlamda bir yasama faaliyeti değildir. Zira maddi anlamda yasama faaliyeti denildiğinde; genel ve soyut norm koyma, değiştirme ya da bu normları kaldırma faaliyeti anlaşılır²³⁴. İdari işlevin, bu genel ve soyut normların belli kişi ve durumlara uygulanması olduğu göz önünde bulundurulduğunda ise RTÜK ve Sayıştay'a yapılan üye seçimlerinin idari nitelikleri ortaya çıkar²³⁵.

TBMM'nin RTÜK'e üye seçme işleminin idari işleve ilişkin olduğunu vurgulayan Danıştay da ilgili kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“İdare işlevine ait işlemlerin yasama organınca yapılmış olması, işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceği gibi, bunların yargısal denetim dışında bırakılması hukuki

²³¹ Teziç, Anayasa Hukuku, s. 466; Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 369; Kaboğlu, s. 142.

²³² Teziç, Anayasa Hukuku, s. 467.

²³³ Diğer yandan, Anayasanın 95/3. maddesi uyarınca TBMM Başkanlığının; TBMM İçtüzüğü ile bazı kanun ya da yönetmelikler uyarınca da TBMM Başkanlık Divanının gerçekleştirmiş olduğu idari işleve ilişkin işlemler de bulunmaktadır. Bu işlemler hakkındaki ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. Bülent YÜCEL, “Hukuki İşlemlerin Sınıflandırılması Bakımından Yasama-İdare İşlevi Ayrımı ve Yasama Organının İdari İşlemleri”, AÜSBD, C.4, 2004/1, s. 4 vd. Meclis Başkanlık Divanı işlemleri için ayrıca bkz. Abdurrahman SAYGILI, “Meclis Başkanlık Divanı'nın Bireysel ve Düzenleyici İdari İşlemleri”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 3, 2008, sa. 104-107.

²³⁴ Günday, s. 10; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 194; Girtili-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1249.

²³⁵ “Sayıştay ile ilgili seçimler TBMM'nin istisnai olarak kullandığı ve maddi anlamda, idari nitelikte olan bir yetkidir.” Anayasa Mahkemesinin E. 1990/39, K. 1991/21 sayı ve 11.7.1991 tarihli kararı, 23.5.1992 tarihli R.G. Ayrıca RTÜK ve Sayıştay başkan ve üyelerinin seçimine ilişkin doktrindeki görüşler için bkz. Baş, s. 40 vd.

sonucunu da doğurmaz. Zira bu tür işlemlerden çok daha üstün hukuk normları olan kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya Mahkemesi önünde iptal davalarına konu edilmeleri mümkün iken, yasama organının idari işlemleri üzerinde yargısal denetimin yapılmaması hukuk devleti ilkesine uygun düşmez.

Bu nedenle, yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanmasına ilişkin uyuşmazlık konusu TBMM kararı, idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan, iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olduğu açık olup, Mahkemece uyuşmazlığın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”²³⁶

Danıştayın eski tarihli başka bir kararında ise Sayıştay üyelerinin seçimine ilişkin TBMM işlemlerinin idari yargıda iptal davasına konu edilemeyeceği şu gerekçelerle ifade edilmiştir:

²³⁶ Danıştay 5. Daire, 24.1.2007 tarih ve E. 2005/5627, K. 2007/72 sayılı karar, KİBB. Danıştay TBMM Başkanlığının başka bir işlemini de benzer şekilde maddi anlamda idari işlem tanımı kapsamında değerlendirmiş ve işlemin idari yargıda dava konusu edilebileceğini belirtmiştir. Kararda şu açıklamalar yer verilmiştir:

“İptal davasına konu olabilecek nitelikteki bu tür işlemler, yalnızca Anayasanın yürütme organı içinde öngördüğü yapısal "idare"ye özgü olmayıp, yasama ve yargı organlarınca tesis edilmekle birlikte "yasama" ya da "yargı" fonksiyonuyla ilgisi olmayan ve tümüyle "idare" işlevine ilişkin olarak yukarıda belirtilen tanıma uygun biçimde alınan kararların da idari işlem olarak kabulü gerekir. Zira, normlar hiyerarşisi anlamında bu tür işlemlerden çok daha üstün hukuk normları olan kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya Mahkemesi önünde iptal davalarına konu edilmeleri mümkün iken, yasama organının idari işlemlerinin yargısal denetimi dışında bırakılması hukuk devleti ilkesine uygun düşmez.

Dosyanın incelenmesinden, Türkiye Kalkınma Bankasının ilan panosuna davacı hakkında hakaretler içeren 13.1.1993 tarihli bir basın bülteni asıldığı, TBMM Başkanlığı'na Ankara Milletvekili ... tarafından söz konusu basın bülteninin ilan sebebini ihtiva eden yazılı soru önergesinin verildiği, bu soru önergesinin Kalkınma Bankasından sorumlu Devlet Bakanı ... tarafından cevaplandırıldığı ve Meclis tutanaklarına geçirildiği gibi TBMM Başkanlığı'nın internet sitesinde de yayınlandığı, davacı tarafından söz konusu hakaret içeren ifadelerin yer aldığı tutanağın, internet sayfasından kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Dava konusu TBMM Başkanlığı'nın "idare" işlevine ilişkin işlemi davacının hukukunu etkileyen bir hukuki tasarruf olup, bu haliyle de iptal davasına konu olabilecek işlemlerdendir.” Danıştay 10. Daire, 20.7.2010 tarih ve E. 2007/7981, K. 2010/6186 sayılı karar, KİBB.

"Kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş olan Anayasamızda TBMM'nin görev ve yetkileri yasama bölümünde düzenlenmiştir. Bu haliyle TBMM genel kurulunun ve TBMM İç Tüzüğüne göre oluşturulmuş olan Plan ve Bütçe Komisyonunun Anayasa sistemimiz içinde "idari makam" olarak düşünülmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. TBMM Başkanlığında TBMM'de görev yapan personel hakkında tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda ise, bu işlemler fonksiyonel açıdan idari nitelik taşıdığından ve TBMM Genel Kurulu ve Komisyonlarının bir tasarrufu olarak düşünülemeyeceğinden durum uyumsuzluk konusu işten farklı bir niteliğe bürünmekte ve bu konudaki davalar idari yargı mercilerinin görev alanına girmektedir.

Açıklanan duruma göre, "idari bir makam" olarak kabul edilemeyeceği tartışmasız olan yasama organının Sayıştaya üye seçilmesiyle ilgili olarak Plan ve Bütçe Komisyonunca yapılan ve TBMM Genel Kurulunca onaylanmış olan tasarrufun idari yargı denetimine tabi tutulması olanak dışıdır."²³⁷

Yukarıdaki kararlarda dikkat çeken husus, yasama organı tarafından tesis edilen bir işlemin idari işlem sayılabilmesi için Danıştayın kullanmış olduğu ölçütlerin farklı olduğudur. Şöyle ki, RTÜK'e üye seçimine ilişkin kararda Danıştay işlemin içeriğine bakarak organik anlamda idari işlem olmasa da maddi açıdan idari işlev kapsamında bir işlemin varlığını kabul ederek işlemi idari işlem olarak değerlendirmiştir.

Danıştay, Sayıştay üyelikleri için yapılan işlemler hakkında vermiş olduğu kararda ise işlemi yapan makamın idari bir makam olarak kabul edilemeyeceği üzerinde durarak, işlemin idari yargıda dava konusu edilemeyeceğini bu gerekçeye dayandırmıştır.

²³⁷ Danıştay 5. Daire, 16.12.1987 tarih ve E. 1987/2379, K. 1987/1785 sayılı karar, KİBB. Danıştayın organik anlamda idari işlem tanımını esas alarak "yasama organının tasarrufu" olduğu gerekçesiyle idari yargı yolunu kapattığı bir diğer kararda ise şu ifadelerle yer verilmiştir:

"Bir işlemin "idari işlem" olarak tanımlanabilmesi için, o işlemin idari bir makam tarafından tesis edilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş olan Anayasamızda, TBMM'nin görev ve yetkileri "Yasama" bölümünde düzenlenmiştir. Bu haliyle gerek TBMM Genel Kurulunca kabul edilerek oluşturulan Türkiye-ABD Parlamentolararası Dostluk Grubu'nun ve Grubun organlarının, gerekse bu organlarca tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle başvurulmuş TBMM Başkanlığının Anayasa sistemimiz içinde "idari makam" olarak düşünülmesi mümkün bulunmamaktadır. Dolayısıyla TBMM Başkanlığınca, Türkiye-ABD Parlamentolar arası Dostluk Grubu Yönetim Kurulu ile Denetleme Kurulu üyelikleri ve başkanlığı seçimleri hakkında tesis edilen işleme karşı açılan bu davada, dava konusu işlem TBMM Başkanlığının bir tasarrufu olduğundan, yasama tasarrufu niteliğine bürünmekte ve bu konudaki davaların idari yargı yerlerinin denetimine tabi tutulmasına olanak bulunmamaktadır." Danıştay 10. Daire, 13.11.2007 tarih ve E. 2006/1095, K. 2007/5137 sayılı karar, KİBB.

Danıştay konuya ilişkin başka bir açıklama getirmeseydi idari işlemin ölçütü olarak organik ölçütü benimsemiş ve idari bir makamdan sadır olmayan bir işlemin idari işlem sayılamayacağını kabul ettiği söylenebilirdi. Halbuki kararda, Meclis'te görev yapan personel hakkında TBMM Başkanlığı tarafından tesis edilen işlemlerin fonksiyonel anlamda idari işlem olduğu için idari yargıda dava konusu edilebileceği vurgulanmıştır. Burada Danıştayın yasama organının işlemlerini ikiye ayırdığını görmekteyiz. Bu ayrıma göre TBMM Başkanlığı tarafından yapılan işlemler fonksiyonel anlamda idari işlem olarak nitelendirilebilecek ve idari yargıda iptali istenebilecekken, TBMM Genel Kurulu ya da Meclis Komisyonlarınca tesis edilecek işlemler hiçbir surette idari yargıya taşınmaz. Bu noktada Sayıştay üye seçimlerine ilişkin TBMM Genel Kurulu ve Meclis Komisyonlarınca tesis edilen işlemlerin idari yargıda dava konusu edilemeyeceğine karar veren Danıştayın, bu işlemlerin fonksiyonel anlamda idari işlem olmadığı görüşünde olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak Danıştayın söz konusu kararda TBMM Genel Kurulu ve Meclis Komisyonlarınca tesis edilen bu işlemlerin hangi gerekçelerle maddi anlamda idari işlem sayılamayacağına ya da bu işlemlerin maddi anlamda yasama işlemi olup olmadığına dair bir açıklama yapma ihtiyacı hissetmediği de göze çarpmaktadır.

TBMM Genel Kurulu'nun, bir kamu kurumu olan RTÜK'e üye seçme işlemiyle Anayasa'da yüksek mahkemeler arasında sayılan Sayıştay'a yapacağı üye seçiminin organik anlamda birer yasama işlemi olduğu tartışmasızdır. Yasama işlemleri ise kanun ya da parlamento kararı olarak karşımıza çıkmaktadır²³⁸. Bu noktada söz konusu üye seçimi işlemlerinin şekli anlamda parlamento kararı olduğunu söylemek de mümkündür²³⁹.

Bunun gibi TBMM Genel Kurulu tarafından gerek RTÜK'e gerekse Sayıştay'a yapılacak üye seçimi işlemleri birer parlamento kararı olup, kural olarak Anayasa Mahkemesi denetimine tâbi değildir. Ancak Danıştay, her ne kadar şekli anlamda birer parlamento kararı olsalar da içerik itibarıyla idari işlem oldukları için bu işlemlerin esas

²³⁸ Kaboğlu, 141-142; Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 240, vd; Teziç, Kanun Kavramı, s. 11, vd; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 237.

²³⁹ Nitekim bağımsız idari otoritelerin üyelerinin seçimini konu edinen işlemlerin parlamento kararlarının yeni bir türü olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 246.

bakımından denetimini yapmalıdır. Bu işlemlerin şekil bakımından denetimi ise yine Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmalıdır.

Görülmektedir ki; parlamento kararlarının içerik olarak denetlenememesinin istisnalarından biri de bu işlemin idari yargı organı tarafından maddi anlamda bir idari işlem olarak nitelendiği durumlardır. Bu durumda görevli idari yargı mercii, önüne gelen işlemin idari işleve ilişkin bir parlamento kararı olduğunu; dolayısıyla bu işlemin idari davaya konu olacak nitelikte bir idari işlem sayılması gerektiğini vurgulamalıdır. Böylelikle RTÜK’e ve Sayıştaya yapılan üye seçim işlemlerini de; organik anlamda yasama işlemi, şekli anlamda parlamento kararı, maddi anlamda ise idari işlem olarak kabul etmek ve hukuk devletinin bir gereği olarak idari yargı denetimine tabi tutmak yerinde olur²⁴⁰.

D. Yasama Organının Düzenleme Yetkisinin Sınırı

1. Düzenleme Yetkisinin Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Sınırlanması

1.1. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Tanımı

Temel amacı ve hedefi bireysel özgürlüklerin korunması olan kuvvetler ayrılığı teorisi ilk olarak John Locke tarafından dile getirilmiş olsa da Montesquieu’nun 1748 yılında yazdığı ve dilimize “Kanunların Ruhu Üzerine” adıyla çevrilen²⁴¹ “De L’esprit des Lois” isimli kitabının “İngiliz Anayasası” başlıklı bölümündeki görüşleriyle bilinirlik kazanmıştır. Bu eserinde Montesquieu kuvvetler ayrılığı ifadesini açıkça kullanmasa da kitabın 6. bölümünde yer verdiği “yargı kuvveti, yasama ve yürütme kuvvetinden ayrılmamışsa hürriyetten asla söz edilemez” cümlesiyle²⁴² ortaya koyduğu görüşler, kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkin açıklamalar olarak değerlendirilmiştir.

Devletin temel işlevlerinin farklı organ ve makamlar arasında paylaştırılmasını ve bu organların birbirleriyle olan ilişkilerinin dengelenmesini, bunun yanında temel hak ve özgürlüklerin anayasal olarak tanınıp güvence altına alınmasını amaçlayan

²⁴⁰ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 375.

²⁴¹ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, Çeviri: Fehmi Baldaş, Hiperlink Yayınevi, İstanbul 2015.

²⁴² Teziç, Anayasa Hukuku, s. 473.

anayasacılık düşüncesinin gerçekleştirilme araçlarından biri de kuvvetler ayrılığıdır²⁴³. Anayasaların oluşmasında büyük rol oynayan²⁴⁴ ve hukuk devleti ilkesiyle yakından ilgili olan²⁴⁵ bu ilkenin temelinde devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu yasama, yürütme ve yargılama işlevlerinin, alanlarında uzmanlaşmış farklı organlar tarafından gerçekleştirilmesi gerekliliği bulunur²⁴⁶. Bu durumda bir taraftan her bir organ kendi uzmanlık alanında tam yetkili olarak söz konusu işlevleri yerine getirirken, diğer taraftan da organların birbirlerinin görev alanına müdahale etmemesi sağlanmış olur²⁴⁷.

1.2. 1982 Anayasası'nda Kuvvetler Ayrılığı

1982 Anayasası'nın 7. maddesinde yasama yetkisi, 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevi, 9. maddesinde ise yargı yetkisi düzenlenmiştir. Diğer yandan Anayasa'nın "Cumhuriyetin Temel Organları" başlıklı 3. kısmı da Yasama, Yürütme ve Yargı olarak üç bölümden oluşmaktadır. Bu bakımdan 1982 Anayasası da 1961 Anayasasında olduğu gibi kuvvetler ayrılığı prensibi doğrultusunda bir sistemi öngörmüştür. Bunun yanı sıra 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu" da vurgulanmıştır.

1982 Anayasası'nda kuvvetler ayrılığına ilişkin en önemli yenilik yürütmenin hem bir görev hem de bir yetki olarak düzenlenmiş olmasıdır. Anayasanın 8. maddesinde yer alan "*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*" hükmüyle 1961 Anayasasında görev olarak düzenlenen yürütmeye, yetki olma niteliği de kazandırılmıştır²⁴⁸.

²⁴³ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 4 vd.

²⁴⁴ Hilaire BARNETT, Constitutional & Administrative Law, Tenth Edition, Routledge, 2013, s. 68.

²⁴⁵ John ALDER, Constitutional And Administrative Law, Palgrave Macmillan Law Masters, Eighth Edition, 2011, 137.

²⁴⁶ Atay, İdare Hukuku, s. 153.

²⁴⁷ Atay, İdare Hukuku, s. 153.

²⁴⁸ Maddenin gerekçesi şu şekildedir:

"1961 Anayasası düzenlenirken, Türkiyemizde fert, hak ve özgürlükleri için tehlikelerin devamlı suretle yürütme kuvvetinden geldiği gözlemlenmiştir.

1.3. Kuvvetler Ayrılığı ve İdare Hukuku

Anayasal sistem bakımından hükümet modellerinin belirlenmesinde etkili olan²⁴⁹ kuvvetler ayrılığı ilkesinin idare hukuku açısından önemi kuşkusuz yasama organı, yürütme organı ve idarenin yetkilerinin belirlenmesi noktasında ortaya çıkar. Bunun yanında kuvvetler ayrılığı; yürütme ve idarenin yasama ve yargı ile ilişkisi bakımından da belirleyicidir. Bu noktada kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanması sonucu parlamenter bir sistemde yasama organıyla birlikte yürütmenin de hangi alanlarda düzenlemeler yapabileceği, hangi alanlarda ve durumlarda ise düzenlemeler yapamayacağı meselesi gündeme gelir. Diğer bir ifadeyle hangi işlemlerin hangi organlar tarafından yapılması gerektiği sorusu²⁵⁰, cevabını kuvvetler ayrılığı ilkesinde bulur.

Diğer yandan, gerek kamu hizmetlerinin daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi, gerekse kolluk faaliyeti kapsamında temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından da kuvvetler ayrılığı ilkesinin idare hukukundaki yeri önemlidir²⁵¹. Bilindiği gibi kamu hizmeti ve kolluk faaliyetleri büyük ölçüde idari işlemler aracılığıyla yürütülmektedir. Bu durum dikkate alındığında, idari işlemlerin içeriklerinin ve doğuracakları sonuçların hangi organ tarafından belirleneceği problemi de idari işlemin konu unsuru ile kuvvetler ayrılığı ilkesi arasında var olan ilişkiyi gün yüzüne çıkarır. Bu durum, esasen devlet yetkilerini kullanan organların işlevsel açıdan doğru konumlandırılması ihtiyacının da bir sonucudur. Bu nedenle kuvvetler ayrılığının

Esasen modern çağlarda 1215 Magna Cartasından beri ferdin Devlet başkanının sultanından kurtulup özgür olabilmek için yaptığı mücadelede hedef daima yürütme kuvveti olmuştur. Fert, yürütme kuvvetinin yetkilerini birer birer kopararak, onu mümkün olduğu ölçüde yetkisiz kılmak istemiştir. Bundan dolayı da bütün hukuk düzeni, Devlet başkanına ve yürütme kuvvetine karşı bir mücadele şeklinde gelişmiştir.

1961 Anayasası bu felsefeye sadık kalarak yürütmeyi Devletin yönetiminde, bütün faaliyetlerinde yasama kuvvetine bağlı, yasamaya tabi bir kuvvet olarak düzenlemiş idi. Halbuki modern hayatta yürütme kuvveti devletin beyni, hareket gücünün kaynaklandığı motorudur. Bundan dolayıdır ki, 1961 ilâ 1980 arasındaki devrede karar almak kudretinden yoksun hükümetler görülmüştür. İşte bu duruma son vermek için yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir.” Bkz. https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, E.T. 27.02.2016.

²⁴⁹ Abdulkadir YILDIZ, “Başkanlık Sistemi ve Türkiye”, KÜSBD, C. 5, S. 1, Ocak 2015, sa. 1-14, s. 2.

²⁵⁰ Güneş, s. 36.

²⁵¹ BARTHÉLEMY J.- DUEZ P. *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris 1933, s. 138. (Aktaran: Teziç, Anayasa Hukuku, s. 469.)

uygulandığı bir anayasal sistemde yasama, yürütme ve yargı organlarının hangi işlevleri yerine getireceği Anayasada düzenlenmesi önemlidir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulandığı siyasal sistemlerde yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının her birinin kural olarak ancak o fonksiyona ilişkin işlemler tesis edebilmesi beklenir. Diğer bir deyişle kural olarak yasama organı yasama işlemi, yürütme organı (ve bu organın içinde yer alan idare) idari işlem, yargı organı ise yargısal işlemler tesis eder. Bu bakımdan kuvvetler ayrılığı ilkesi yasal nitelikte, idari ve yargısal işlemlerin devletin hangi organı tarafından tesis edileceğini de ortaya koymuş olur.

1.4. Yasama Organının Kanun Yoluyla İdarenin Düzenleme Alanına Müdahalesi

Kanunların uygulanması sonucunu doğuracağı için yürütme organı tarafından tesis edilmesi gereken işlemlerin yasama organı tarafından tesis edilmesinin kuvvetler ayrılığı ilkesinden idari işlemler bakımından bir sapma olduğu söylenebilir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinde meydana gelen bu sapma neticesinde ortaya çıkan durum, yasama organının idarenin düzenleme alanına yönelik gerçekleştirdiği bir müdahale olarak değerlendirilebilir²⁵². Bunun yanı sıra kanunların uygulanmasına yönelik bireysel nitelikteki işlemlerin de yasama organı tarafından kanunla düzenlenemeyeceği kabul edilir²⁵³. Kanun koyucu bu gibi konularda, tesis edilecek işlemlerin içeriğine ve usulüne ilişkin kuralları belirleyip kuvvetler ayrılığı prensibi gereği işlemin yapılmasını idareye bırakmak durumundadır. Bu duruma örnek olarak, kanunla bir kişiye disiplin cezası verilememesi ya da bir memurun kanunla görev yerinin değiştirilememesi gösterilebilir. Zira bu işlemler idare tarafından, yürürlükteki kanunların uygulanması sonucu tesis edilecek işlemlerdir²⁵⁴.

Yasama organının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı biçimde kendi düzenleme alanını aştığı işlemlere örnek olarak 12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 37. ve 38. bentleriyle İstanbul'daki bazı mahallelerin bağlı olduğu ilçelerin

²⁵² Tögel, s. 90.

²⁵³ Balta, s. 130.

²⁵⁴ Turan YILDIRIM, “Kanunla Belde ve İlçe Sınırlarının Değiştirilmesi-Şişli Örneği”, MÜHFHAD, Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, sa. 489-505, s. 497.

değiştirilmesini gösterebiliriz²⁵⁵. İstanbul ilinin toplamda dört ilçesinin sınırları sözü edilen Kanunla değiştirilmiş olsa da bu Kanun'un doğurduğu hukuki sonucun aslında ilgili Kanunu uygulamakla görevli idare tarafından, bir idari işlemle meydana getirilmesi gerekmektedir. Zira 5442 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ilçe sınırlarının hangi usulle değiştirileceği düzenlenmiş ve böyle bir değişikliğin ancak İçişleri Bakanlığı'nın kararı ve Cumhurbaşkanı'nın onayıyla mümkün olabileceği belirtilmiştir. Aynı şekilde, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 7. maddesinde de “İl ve ilçe sınırlarının değiştirilmesini gerektirecek sınır uyuşmazlıklarında 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu hükümleri uygulanır.” düzenlemesine yer verilerek 5442 sayılı Kanun'a atıfta bulunulmuştur. Son olarak, 11.05.1988 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sınır Anlaşmazlığı, Mülki Ayrılma ve Birleşme ile Köy Kurulması ve Kaldırılması Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesine göre ise, “5442 sayılı İl İdaresi Kanununa göre belirlenmiş sınırların değişmezliği esastır. Mevcut sınırın değiştirilmesi ancak, sınır noktalarının belirginlik ve değişmezlik niteliklerini yitirmiş olması, idari birimlerin sosyal, ekonomik, idari ve coğrafi durumlarında eskiye oranla farklılıkların meydana gelmesi ve bu sonuçların sınır anlaşmazlığına yol açmış olduğunun Bakanlıkça tespit edilmesi halinde mümkündür.”

Görüldüğü üzere, ilçe sınırlarının değiştirilmesini düzenleyen yürürlükteki mevzuata göre bu yetki kanun koyucuda değildir. Daha doğru ifadeyle kanun koyucu, bu alana ilişkin düzenlemenin idare tarafından bir idari işlemle yapılacağını öngörmüştür. Bu noktada, İl İdaresi ve Belediye Kanunu uygulanarak idare tarafından tesis edilmesi gereken bir işlemin yasama organının sahip olduğu asli düzenleme yetkisine dayanarak yasama organınca gerçekleştirilmesinin kuvvetler ayrılığını ihlal etmesi nedeniyle Anayasaya aykırı olacağı ifade edilmiştir²⁵⁶. Zira kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca yasama, yürütme ve yargı organlarının her birinin sahip olduğu ve yerine getireceği devlet fonksiyonları Anayasa'da belirtilmiştir. Bu çerçevede herhangi bir organa verilmiş olan yetkinin diğer bir organa devredilememesi, diğer bir organ tarafından kullanılamayacak

²⁵⁵ “(37) İstanbul ilinde, Arnavutköy ilçesine bağlı Nakkaş ve Bahşayış mahalleleri ile Büyükçekmece ilçesine bağlı Muratbey Mahallesi Çatalca ilçesine bağlanarak Çatalca Belediyesine katılmıştır.

(38) İstanbul ilinde, Şişli ilçesine bağlı Ayazağa, Maslak ve Huzur mahalleleri Sarıyer ilçesine bağlanarak Sarıyer Belediyesine katılmıştır.”

²⁵⁶ Yıldırım, Kanunla Belde ve İlçe Sınırlarının Değiştirilmesi-Şişli Örneği, s. 497.

olması ve diğer bir organ lehine bu yetkilerden vazgeçilememesi de bu ilkenin bir gereğidir²⁵⁷.

Yasama organının idarenin düzenleme alanına müdahalesinin bir diğer örneği, kanunla bir kamu görevinin sonlandırılması ya da kanunla bir kamu kurumunda çalışan personelin unvanlarının değiştirilmesi durumunda karşımıza çıkar. Örneğin; 14.03.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6528 sayılı Kanun’un 25. maddesiyle 652 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye geçici madde eklenmiştir²⁵⁸. Bu geçici maddede, Milli Eğitim Bakanlığı merkez teşkilatında idari görevde bulunan bazı personel ile taşra teşkilatında Okul ve Kurum Müdürü, Müdür Başyardımcısı ve Yardımcısı unvanlarına sahip bazı personelin görevlerinin ya da unvanlarının, başka bir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemelerde, normal şartlarda Milli Eğitim Bakanlığı ya da İl Milli Eğitim Müdürlükleri tarafından yapılması esas olan, görevlerin sona erdirilmesi ya da unvanların değiştirilmesi gibi işlemlerin yasama organı tarafından gerçekleştirildiği görülür. Halbuki atama, görev değiştirme, göreve son verme gibi işlemler; genel, soyut, objektif nitelikte kurallar olmayıp bu nedenle yasama fonksiyonu içerisinde yer almazlar. İlgilileri açısından subjektif nitelik arz eden bu işlemlere ilişkin soyut, genel ve objektif düzenlemelerin kanun koyucu tarafından yapılması; kişilerin statülerinin değişmesi sonucunu doğuracak işlemlerin ise yürütme organı tarafından tesis edilmesi kuvvetler

²⁵⁷ Yıldırım, Kanunla Belde ve İlçe Sınırlarının Değiştirilmesi-Şişli Örneği, s. 497; Aynı yönde: Kuzu, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985, s. 200.

²⁵⁸ Yapılan değişiklik sonucunda 652 sayılı KHK’ya eklenen geçici 10. maddenin 3. fıkrası şu şekildedir: “Milli Eğitim Bakanlığı merkez teşkilatında Talim ve Terbiye Kurulu Üyesi, Müsteşar Yardımcısı, Genel Müdür, İnşaat ve Emlak Grup Başkanı ve Grup Başkanı kadrolarında bulunanlar ile Bakanlık taşra teşkilatında İl Müdürü, İl Millî Eğitim Müdür Yardımcısı ve İlçe Millî Eğitim Müdürü kadrolarında bulunanların görevleri bu maddenin yayımı tarihinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona erer. Bunlardan Talim ve Terbiye Kurulu Üyesi, Müsteşar Yardımcısı ve Genel Müdür kadrolarında bulunanlar ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına, Grup Başkanı ve İl Müdürü kadrolarında bulunanlar ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Grup Başkanı ve İl Müdürü kadrolarına, diğerleri ile geçici 3 üncü maddeye istinaden şahsa bağlı Şube Müdürü kadrolarında bulunanlar ise ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Eğitim Uzmanı kadrolarına, hâlen bulundukları kadro dereceleriyle hiçbir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılır. Ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen kadroların herhangi bir sebeple boşalması hâlinde bu kadrolar hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.” Aynı maddenin 8. fıkrası ise şöyledir: “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla halen Okul ve Kurum Müdürü, Müdür Başyardımcısı ve Yardımcısı olarak görev yapanlardan görev süresi dört yıl ve daha fazla olanların görevi, 2013-2014 ders yılının bitimi itibarıyla başka bir işleme gerek kalmaksızın sona erer. Görev süreleri dört yıldan daha az olanların görevi ise bu sürenin tamamlanmasını takip eden ilk ders yılının bitimi itibarıyla başka bir işleme gerek kalmaksızın sona erer.”

ayrılığı ilkesinin de bir gereğidir²⁵⁹. Diğer bir ifadeye kanun koyucu kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca nasıl yargı kararı niteliğinde işlem tesis edemiyorsa, idari işleve ilişkin konular arasında yer alan; atama, görevden alma, nakil, vs. gibi somut ve subjektif işlemleri de şekli anlamda bir kanunun konusu yapmaması gerekir²⁶⁰.

Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin vermiş olduğu yakın tarihli bir kararda, ilk olarak kamu görevlilerinin görevlerine keyfi olarak son verilemeyeceği ve bu kapsamdaki tasarrufların idari işlemle gerçekleştirilmesinin esas olduğu belirtilmiştir:

*“Kamu personeli olarak görev yapan kişilerin bulundukları görevlerden alınmalarını gerektiren haklı bir neden olmadıkça görevlerine son verilememesi, hukukî güvenlik ilkesinin bir gereğidir. Kamu personelinin bulundukları görevden alınma ve başka bir göreve atanmalarının, haklarında bu yönde idari işlem tesis edilmesi ile gerçekleşmesi kural olmakla birlikte...”*²⁶¹

²⁵⁹ Mahmut Şen, “Kanun İle Bir Kurumdaki Kamu Görevinin Sona Erdirilmesine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargısal Denetim Ve Adalete Erişim Hakkı”, TBB Dergisi, S. 116, Y. 2016, sa. 179-212, s. 202.

²⁶⁰ İsmail KÖKÜSARI, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 170-171; H. Alperen ÇITAK-Murat ERDOĞAN, “Yasama Tekniğinde Yeni Bir Eğilim: Kanun Formunda Bireysel İdari İşlemler” Ankara Barosu Dergisi, S. 2012/4, sa. 255-275, s. 268. Öte yandan Danıştay da söz konusu düzenleme hakkında vermiş olduğu bir kararında şunları ifade etmiştir:

“Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, 652 sayılı KHK’ya 6528 sayılı Kanun ile eklenen geçici 10. maddenin 8. fıkrasında, Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde görev yapan okul/kurum yöneticilerinden, 14.3.2014 tarihi itibarıyla görev süresi dört yıl ve daha fazla olanların görevinin 2013-2014 ders yılının bitimi itibarıyla başka bir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği belirtilmiş ise de, söz konusu yasa maddesinin icrası için yürütme ve idare tarafından gerekli işlemlerin yapılmasının zorunlu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Nitekim, 10.6.2014 günlü, 29026 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Görevlendirilmelerine İlişkin Yönetmeliğin geçici 1. maddesinde, mevcut yöneticilerin görevlerinin, 2013-2014 ders yılının bitimi tarihinde sona ermesi için, “aynı unvanı, 14.3.2014 tarihi itibarıyla dört yıl ve daha fazla görev yapma” şartının oluşması gerektiği yönünde yeniden bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmuş, diğer yandan, mevcut yöneticilerin, bu Yönetmelikte öngörülen usul ve esaslara göre yerlerine görevlendirilen yöneticilerin göreve başlayana kadar görevlerine devam edecekleri belirtilmek suretiyle de yönetim boşluğunun oluşmasına engel olunmuştur. Bu durumda, davacının yöneticilik görevinin, 6528 sayılı Yasa’nın 25. maddesinin icrası amacıyla sona erdirildiği, söz konusu uygulamanın, Milli Eğitim Bakanlığınca fiili olarak yerine getirilen bir “icrai işlem” olduğu sonucuna ulaşılmıştır.” Danıştay 2. Daire, 24.2.2015 tarih ve E. 2014/8861, K. 2015/1735 sayılı karar, KİBB. Her ne kadar kanun koyucu “başka bir işleme gerek kalmaksızın” ifadesine yer vermiş olsa da, Danıştay kararından da anlaşıldığı üzere uygulamada kanun koyucunun iradesinin gerçekleşebilmesi için kanunun uygulanmasına yönelik bazı işlemlerin tesisi zorunludur. Zira normal şartlarda soyut, objektif ve kişilik dışı bir işlem tesis etmesi gereken kanun koyucunun subjektif, somut ve özel nitelikte gerçekleştirmiş olduğu işlemlerin doğrudan uygulanabilme özelliği yoktur. Kanun koyucunun bu yöndeki iradesinin somut bir sonuç meydana getirebilmesi, yürütme organının kanunları uygulama işlevinin doğal bir sonucu olarak kanunları uygulayacak bir yürütme ve idarenin varlığını gerekli kılar.

²⁶¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2015/61, K. 2016/172 sayı ve 2.11.2016 tarihli kararı, 9.12.2016 tarihli R.G.

Bununla birlikte Mahkeme kararın devamında hukuki ve fiili zorunluluk hallerinde bu hususlarda yasal düzenlemeler yapılabileceğini de kabul etmiştir. Mahkemeye göre söz konusu zorunluluklar nedeniyle getirilen ve ilgililerin kazanılmış haklarını ihlal etmeyen düzenlemeler, Anayasa’ya aykırılık teşkil etmez. Kararda Gençlik ve Spor Bakanlığındaki kamu görevlilerinin görevlerine son verilmesini öngören yasal düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulan Anayasa Mahkemesi şu gerekçeleri ileri sürmüştür:

Kamu kurum ve kuruluşlarının yeniden yapılandırılmaları kapsamında, teşkilat yapısı değiştirilen kurum ve kuruluşların bazı kadrolarında görev yapan kamu görevlilerinin, görevlerinin sona erdirilerek başka kadrolara atanmalarının öngörülmesi, söz konusu hukukî ve fiilî zorunluluklar nedeniyle getirilen yasal düzenlemelerin bir örneğini oluşturmaktadır. ...

Dava konusu kuralla, Gençlik ve Spor Bakanlığı merkez teşkilatı ile Bakanlığın bağlı kuruluşu olan Spor Genel Müdürlüğü merkez ve taşra teşkilatında yer alan bazı kadrolarda görev yapanların, görevlerinin hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ermesi öngörülmektedir.

6639 sayılı Kanun’un 22. maddesiyle 638 sayılı KHK’ya eklenen geçici 12. maddede, Gençlik ve Spor Bakanlığının bağlı kuruluşu olan Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne ait Bölge Müdürlüklerinin kapatılması ve kapatılan Bölge Müdürlüklerinin kullanımında olan her türlü taşınır ile taşıt, araç, gereç ve malzeme, varsa her türlü borç ve alacaklar, yazılı ve elektronik ortamdaki her türlü kayıtlar ve diğer dokümanlar ile personelin Kredi ve Yurtlar İl Müdürlüklerine devredilmesi öngörülmüş, Gençlik ve Spor Bakanlığı ile Spor Genel Müdürlüğünün teşkilat yapısına ilişkin herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü teşkilatında yapılan değişiklikler ise Gençlik ve Spor Bakanlığı merkez teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünün merkez ve taşra teşkilatında yer alan bazı kadrolarda bulunanların görevlerinin sona ermesini gerektiren hukukî ve fiilî zorunluluk olarak değerlendirilemez.

Bu itibarla, Gençlik ve Spor Bakanlığı merkez teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde dava konusu kuralın yer aldığı fıkra belirtilen kadrolarda görev yapan

kişilerin, bu görevlerine hiçbir işleme gerek kalmaksızın son verilmesini öngören kural hukukî güvenlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.”

Anayasa Mahkemesinin, davaya konu olan yasal düzenlemeyi, kamu görevlilerinin görevine kanunla son verilmesinin Anayasaya aykırılık teşkil etmemesi için gerekli gördüğü fiili ve hukuki zorunluluk şartı bakımından değerlendirdiği görülmektedir. Buna göre, teşkilat yapısı değiştirilen kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan personelin görevlerine kanunla son verildiği durumlarda söz konusu fiili ve hukuki zorunluluğun ortaya çıktığı kabul edilmelidir. Karara konu olan yasal düzenlemede ise Gençlik ve Spor Bakanlığının teşkilat yapısında bir değişiklikten söz edilemeyeceği için bu Bakanlıktaki personelin görevine başka bir işleme gerek kalmaksızın son verilmesini öngören yasal düzenleme Anayasaya aykırı bulunmuştur. Kararda Mahkeme hukuki güvenlik ilkesine vurgu yapmış olsa da söz konusu yasal düzenleme kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından da tartışmalıdır. Zira kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği; somut, birel ve subjektif işlemlerle kanunların uygulanması niteliğindeki işlemlerin Anayasa Mahkemesinin de içtihadı doğrultusunda bir zorunluluk olmadığı sürece idare tarafından tesis edilmesi gerekir. Aksi ihtimalde, yani yasama organının her türlü işlemi asli düzenleme yetkisine dayanarak kanunla yapabilecek olması durumunda kuvvetler ayrılığı ilkesi işlevini yitirecektir.

2. Düzenleme Yetkisinin Normlar Hiyerarşisi Uyarınca Sınırlanması

Normlar hiyerarşisi, bir ülkede yürürlükte olan hukuk düzeninde yer alıp hukuki değeri haiz olmayan kurallar arasındaki kademelenmeyi ifade eder. Öte yandan, normların bir düzene tabi olmasını amaçlayan normlar hiyerarşisi hukukun genel ilkelerinden biri olup aynı zamanda anayasal bir ilkedir²⁶². Altta bulunan kuralın üstteki kurallara aykırı olamayacağı anlamına gelen bu ilke, diğer yandan kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması işlevini de görür²⁶³.

Hukuk normlarının bir üst norma aykırı olamayacağı 1982 Anayasası’nın çeşitli maddelerinde vurgulanmıştır. Buna göre, Anayasanın 11. maddesindeki “Kanunlar

²⁶² Ender Ethem Atay, “Normlar Hiyerarşisi, Erklar Hiyerarşisi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI, Kayseri, 2008, sa. 287-343, s. 309-310.

²⁶³ Atay, Normlar Hiyerarşisi, 310.

Anayasaya aykırı olamaz” hükmüyle kanunların Anayasaya; 115. maddesindeki “Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.” kuralıyla tüzüklerin kanunlara ve 124. maddesindeki “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.” hükmüyle de yönetmeliklerin tüzük ve kanunlara aykırı olamayacağı kabul edilmiştir²⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi ise kanunların Anayasayla birlikte hukukun genel ilkelerine de aykırı olamayacağını vurgulamış ve şu ifadeleri kullanmıştır:

“Diğer taraftan hukuk devletinde, kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa’ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla düzenleme yapma yetkisine sahip olup düzenlemede kamu yararının bulunup bulunmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir.” ²⁶⁵

Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği yürütme ve yargının alanına müdahale edemeyecek olan yasama organı, normlar hiyerarşisi ilkesi uyarınca kendisinden üst konumda yer alan Anayasaya ve hukukun genel ilkelerine aykırı düzenlemeler de getiremez. Diğer bir söyleyişle Anayasa Mahkemesine göre, yasama organının düzenleme yetkisinin sınırı normlar hiyerarşisi ilkesi uyarınca Anayasa ve hukukun genel ilkeleridir. Bu sınır şüphesiz yasama yetkisinin genelliği ilkesinin de bir istisnasını teşkil eder. Zira yasama yetkisinin genellik özelliği neticesinde her konuda işlem tesis edebilecek olan yasama organı, Anayasa’ya ve Anayasa’da yer olmayan hukukun genel ilkelerine aykırı bir düzenleme ihdas edemez.

²⁶⁴ Anayasanın 137. maddesinde de Anayasada kabul edilen normlar hiyerarşisi dolaylı olarak gösterilmiştir. Maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir.”

²⁶⁵ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/45, K. 2013/24 sayı ve 31.1.2013 tarihli kararı, 13.1.2015 tarihli R.G.

E. Birel İşlemin Konu Unsurunun Belirlenmesi

1. Birel İşlemin Konu Unsurunun Belirlenmesinde Bağlı Yetki

Kanun koyucu, idarenin birel nitelikteki işlemlerinin konu unsurunu idareye bağlı yetki vererek belirler. Zira idarenin birel işlem tesis ederken kanunda öngörülen hukuki sonucun dışında bir sonuç doğuramaması, aslında işlemin konu unsurunun kanun koyucu tarafından belirlendiğini gösterir. Bu durumda idare kanunda belirlenen konu unsurunu, uygulama niteliğinde işlemler tesis ederek hayata geçirmekten öte bir işlev görmez.

2. Bağlı Yetkinin Tanımı

Bağlı yetkiyi; mevzuatta öngörülen maddi veya hukuki sebeplerin gerçekleşmesi durumunda idarenin kanunun belirttiği sonucu yerine getirmek zorunda olması, bu konuda bir tercih ya da seçim hakkının bulunmaması olarak tanımlamak mümkündür.²⁶⁶ Bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda idare kanuni idare ilkesi uyarınca yalnızca kanunda öngörülen sonucu doğurabilir²⁶⁷.

Bağlı yetki içerisinde olan idare; belli hukuki durumların ya da maddi olayların gerçekleşmesi durumunda kanunda önceden belirlenen yönde hareket etmek ve bu yönde işlemler tesis etmek zorundadır²⁶⁸. Bu durumda idari işlemin sebep ve konu unsurları arasında bir bağ meydana gelmiş ve sebep unsurunun gerçekleştiği durumlarda idarenin nasıl hareket edeceği önceden belirlenmiş olur²⁶⁹. Böylelikle işlemin tesis edilmesi için kanunda gösterilen durumlar işlemin sebep unsurunu; idarenin bağlı yetkisi sonucu tesis ettiği işlemlerle ortaya çıkan sonuçlar da idari işlemin konu unsurunu oluşturur.

Bağlı yetkiyle idareye “yapar”, “belirler”, “gerçekleştirir” gibi ifadelerin sonucu olarak bir işlemi tesis etmek ya da bir eylemi gerçekleştirmek gibi pozitif yükümlülükler

²⁶⁶ Nuri Alan, “Türk idari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, sa. 31-61, s. 33; Onar, C. I, s. 426; Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 538. Bağlı yetkiye ilişkin doktrindeki diğer tanımlar için bkz. Cemil KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 91-93.

²⁶⁷ Emre AKBULUT, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 310.

²⁶⁸ Atay, İdare Hukuku, s. 509; Üstün, “İdari Usuller”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 603.

²⁶⁹ Kaya, s. 93; Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 538-539; Akbulut, s. 293.

getirilebilir²⁷⁰. Bunun yanında; “yapamaz”, “reddeder” ya da “iptal eder” gibi kelimelerin kullanıldığı ve idareye yönelik bir talebi reddetme ya da bir işlemi tesis etmeme gibi olumsuz yükümlülükler içeren mevzuat kuralları da mevcuttur.

3. İdarenin Bağlı Yetki İçinde Olduğu Konular

İdari işlemin konu unsurunun kanunlar aracılığıyla belirlenmesi bakımından bağlı yetkinin, idareye takdir hakkı tanımayan yasal düzenlemelerle ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca istediği alanı istediği kadar ayrıntılı biçimde düzenleyebilecek olan yasama organı; idareye bağlı yetkiler vermek suretiyle aslında idarenin tesis edeceği işlemin konusunu da belirlemiş olur. İdari işlemin konu unsurunun kanunlarda gösterildiği bu gibi durumlarda yasama organı idari işlemin içeriğine ilişkin idareye takdir yetkisi tanımamaktadır. Başka bir deyişle, idari işlemin konu unsurunun kanunlarda gösterildiği durumlarda kanunda gösterilen işlemi tesis etmek zorunda olan idarenin bağlı yetki içinde olduğu²⁷¹ ve bu bağlı yetki uyarınca da kanunu somutlaştırma işlevini yerine getirdiği görülür²⁷². İdarenin bu durumlarda mevzuata uygun işlem tesis etmesi gerekirken kendisine tanınan bağlı yetkiyi aşarak kanuna aykırı hareket etmesi ise idari işlemi konu unsuru bakımından sakat hale getirir²⁷³. Bunun yanında Danıştay kararlarının incelenmesiyle de idarenin bağlı yetki içinde olduğu konulara ilişkin bir tasnif yapmak mümkündür.

3.1. Anayasa Uyarınca İdarenin Bağlı Yetki İçinde Olduğu Konular

Anayasa’da doğrudan “idare”ye yönelik bir zorunluluk ve görev niteliğinde hükümler de yer almaktadır. Bu durumlarda idarenin seçim serbestisi ya da bir tercih imkanı bulunmadığından, Anayasa uyarınca idarenin bağlı yetki içine sokulduğunu söylemek mümkündür. Anayasa’da yer alan bu hükümlerin ilki eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10. maddedeki “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” ifadesidir. Buna

²⁷⁰ Atay, İdare Hukuku, s. 510-511.

²⁷¹ Atay, İdare Hukuku, s. 512.

²⁷² Güneş, s. 87.

²⁷³ Gözübüyük-Tan, C. II, s. 487; Halil KALABALIK, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 8. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2015, s. 199; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1275; Gözler, İdare Hukuku, C. I, s. 933; Yayla, s. 134; Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 521.

göre idarenin eşitlik ilkesine aykırı bir tutum içine girmesi, bu yönde işlemler tesis etmesi doğrudan Anayasa tarafından yasaklanmıştır. Anayasa'nın 38. maddesi de idareye yönelik doğrudan ve açıkça bir yasaklama içermektedir. Buna göre idare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacaktır²⁷⁴. Diğer bir deyişle idare bu konuda bağlı yetki içindedir.

Öte yandan Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca da mahkeme kararlarına uymak zorunda olan idare, bu kararları hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Anayasa'nın 153. maddesinde ise Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, bağlayacağı belirtilmiştir. Anayasa'daki bu kurallar idarenin, yargı kararlarının uygulanması bakımından anayasal bir bağlı yetki içerisinde olduğunu gösterir²⁷⁵. Aynı şekilde 2577 sayılı Kanun'un 28/1. maddesine göre de "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur." Bu husus Danıştay kararlarında şu şekilde ifade edilmiştir:

*"Aktarılan mevzuat hükümlerine göre idare, yargı kararını uygulama konusunda bağlı yetki içinde olup yargı kararlarının icaplarını gecikmeksizin yerine getirmek zorundadır. Yargı kararının yerine getirilmesinde idare, kararın icabına göre ya işlem tesis edecek ya da eylemde bulunacaktır. Söz konusu eylem ve işlemlerin davaya konu edilmesi hâlinde yargı mercilerince, sadece yargı kararının icaplarının yerine getirilip getirilmediği yönünde sınırlı bir inceleme yapılması gerekmektedir."*²⁷⁶

İdarenin hukuka uygunluğunu sağlama bakımından önemli bir işlevi bulunan iptal davaları sonucunda verilen ve dava konusu işlemin tüm sonuçlarıyla beraber ortadan

²⁷⁴ Maddenin devamında; silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu kurala kanunla istisnalar getirilebileceği belirtilmiştir.

²⁷⁵ Aynı yönde, Yıldırım ULER, İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları, No: 281, Ankara 1970, s. 81.

²⁷⁶ Danıştay 13. Daire, 15.12.2015 tarih ve E. 2015/5502, K. 2015/4574 sayılı karar, KİBB. Aynı yönde: "Buraya kadar gerçekleştirilen anlatımlar ışığında söylenebilecek en önemli tespit; idari yargı yerlerince verilen kararların uygulanıp uygulanmaması konusunda idarenin herhangi bir "takdir yetkisi"ne sahip olmadığı, bu kararların doğruluğunu tartışma ve buna göre uygulama yetkisinin bulunmadığı, idarelerin bu alandaki yetkilerinin, "bağlı yetki" niteliğinde olduğudur." Danıştay 2. Daire, 27.8.2007 tarih ve E. 2007/2076 sayılı karar, KİBB.

kalkmasını sağlayan²⁷⁷ iptal kararlarının gereği, gecikmeksizin yerine getirilmelidir. Zira hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu²⁷⁸ olan bu durumda bağlı yetki içerisinde bulunan idarenin bir tercih imkanı bulunmamaktadır. İptal davalarında verilen yürütmenin durdurulması kararlarında da aynı durum söz konusudur²⁷⁹. Aynı şekilde tam yargı davalarında idarenin tazminat ödemesine hükmedilmesi halinde de idarenin söz konusu tazminatı ödeyip ödememe serbestisi yoktur. Zira idarenin Anayasa uyarınca bağlı yetki içinde olduğu konulardan bir diğeri 125. madde uyarınca, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olmasıdır. Bu nedenle, idarenin bağlı yetkisini aşarak; yargı kararlarına aykırı, yargı kararlarının yerine getirilmesini geciktirecek nitelikte tesis ettiği işlemlerle yargı kararlarının etkisinin bertaraf edilmesi sonucunu doğuran işlemler konu unsuru bakımından hukuka aykırı olur²⁸⁰.

3.2. İdarenin Bağlı Yetki Kullanmasını Öngören Yasal Düzenlemeler

3.2.1. İdari Yaptırım Öngören Yasal Düzenlemeler

İdari işlemin konu unsurunun kanunlarda gösterilmesine, en çok idari yaptırımların uygulanmasını içeren kanunlarda rastlanılır. Zira bu kanunlarda, sebep unsurunun gerçekleşmesi durumunda idari işlemle ortaya çıkacak hukuki sonuç idareye bir takdir hakkı tanımaksızın gösterilir. Bu kanunlara örnek olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası, 5015 sayılı Petrol Piyasası ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunları verilebilir. Örneğin; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 34. maddesinde "Kumar oynayan kişiye, yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir" düzenlemesi yer almaktadır.

²⁷⁷ Uler, s. 13; Ender Ethem ATAY "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması", Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Ankara 2007, sa. 13-95, s. 61.

²⁷⁸ Özcan ÖZBEY, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 4, Güz 2009, sa. 45-63, s. 46; Atay, İptal Kararları, s. 73.

²⁷⁹ Danıştay da yargı kararlarının yerine getirilmesi bakımından esasa ilişkin kararlar ile yürütmenin durdurulması kararları arasında bir fark olmadığını ifade etmiştir: "Bu şekilde yürütmenin durdurulması kararının, davanın esası hakkında verilen kararlar gibi yerine getirilmesinin zorunlu olduğunu belirleyen kural, bu kararların, iptali istenilen idari işlem üzerindeki hukuki etki ve sonuçlarının aynı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, yürütmenin durdurulması kararının hukuki gereklerine uygun bir işlem tesis edilmesi Anayasal ve Yasal zorunluluktur. Bu maddelerde kararların "değiştirilemeyeceği" belirlemesi yapılmak suretiyle de kararların şeklen değil içeriğine uygun olarak yerine getirilmesi gereğine işaret edilmiştir." Danıştay 8. Daire, 27.1.2010 tarih ve E. 2010/1 sayılı karar, KİBB. Aynı yönde: Danıştay 8. Daire, 27.1.2010 tarih ve E. 2010/2 sayılı karar, KİBB.

²⁸⁰ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 528; Gözübüyük-Tan C. II, s. 487.

Buna göre idarenin kumar oynayan bir kişiye uygulaması gereken idari işlemin konu unsuru Kanun'da gösterilmiş ve bu konuda idareye bir takdir hakkı tanınmamıştır. Başka bir örnekte ise; İmar Kanunu'nun 42. maddesinde, olumsuz kayıt değerlendirmesi yapılan hallerde yapı müteahhidinin yetki belgesinin Bakanlıkça bir yıl süreyle iptal edileceği düzenlenmiştir. Bakanlığın bu işleminin konu unsuru Kanun'da gösterilmiş olup bu durumda söz konusu olumsuz değerlendirmenin yapılması üzerine idarenin bir tercih hakkı yoktur. Yani idare, idari işlemin konu unsuru bakımından bağlı yetki içerisindedir.

3.2.2. İdareye Yönelik Emredici Hüküm İçeren Yasal Düzenlemeler

İdari işlemin konu unsurunun kanunlarda gösterilmesine ilişkin örneklerin bulunduğu bir diğer alan; yasama organı tarafından gerçekleştirilen ve bir kamu hizmetinin yürütülmesi, kişilere bazı hakların tanınması ya da kamu görevlilerinin özlük haklarının düzenlenmesi gibi konularda idareye görev ya da talimat verme niteliğindeki tasarruflardır.

Örneğin 657 sayılı DMK'nın 64. maddesinde "Son sekiz yıl içinde herhangi bir disiplin cezası almayan memurlara, aylık derecelerinin yükseltilmesinde dikkate alınmak üzere bir kademe ilerlemesi uygulanır." kuralı yer almıştır. Bu madde uyarınca her ne kadar ilgili memur hakkındaki kademe ilerlemesinin uygulanması işlemi idare tarafından gerçekleştirilecek olsa da, idarenin bu durumda tesis edeceği işlemle nasıl bir hukuki sonuç doğuracağı; yani idarenin tesis edeceği işlemin konu unsurunun ne olduğu Kanun'da gösterilmiştir.

Öte yandan kanunda sayılan şartları taşıyan kişilerin, herhangi bir konuda yapacakları başvuruların kabul edilmesi hususunda idarenin bağlı yetki içinde olduğu düzenlenmiş olabilir. Bu durumda söz konusu başvurunun reddi durumunda başvurunun reddi yönündeki işlem konu unsuru yönünden hukuka aykırı olur. Danıştayın vermiş olduğu bir kararda bu hususa ilişkin şu ifadeler kullanılmıştır:

"5525 Sayılı Kanun'un ek 1. maddesinde yer alan "atama sayısı sınırlamasının uygulanmayacağı" ibaresinin, maddede yer alan şartların taşınması ve üç ay içinde başvurulması durumunda atama yapılmasının zorunlu olduğu şeklinde anlaşılması gerektiği, bu kapsamda davacının yasal düzenleme ile getirilen şartları taşıyıp taşımadığı

konusunda bir değerlendirme yapılarak bu şartların taşınması halinde kanun koyucu tarafından verilen bağlı yetki çerçevesinde idare tarafından atamasının gerçekleştirilmesi gerektiği açıktır.”²⁸¹

Karara konu olan uyuşmazlıkta idare, kanunda yer alan şartları yerine getiren ve süresi içinde başvuru yapan kimsenin başvurusunu kabul etme bakımından bağlı yetki içindedir. Böyleyken, idarece verilecek ret kararı kanunda belirlenen hukuki sonuçtan farklı bir sonuç doğuracağından hukuka aykırı olur. Bu noktada idareye yapılacak başvurularda ya da kanundaki bir prosedürün tamamlanması aşamasında idarenin sükutuna da kanun koyucu bir sonuç bağlamış olabilir. Buna göre böyle durumlarda ortaya çıkacak hukuki sonucun kanun tarafından gösterilmesi halinde de idari işlemin konu unsuru zımni olarak ortaya çıkmış olur. 2577 sayılı İYUK (madde 10 ve 11) uyarınca; ilgililerin, idareye yapacakları başvurular idare tarafından altmış gün içinde cevaplandırılmazsa istek reddedilmiş sayılır. Bu durumda, idari işlemin konu unsuru, kanun koyucu tarafından idarenin susmasına bir sonuç bağlanması yoluyla zımni bir ret olarak belirlenmiş olur²⁸². Aynı şekilde çeşitli kanunlarda, istisnai olarak, idareye yapılan başvurunun belli bir süre cevapsız kalması üzerine idarenin o başvuruyu zımnen kabul etmiş sayılacağı da düzenlenmiştir²⁸³. Bu düzenlemelerde ise idare, işlemin konu unsuru ret ya da kabul yönünde gerçekleştirmediğinde, kanun koyucu idarenin bu sükutunun başvurunun zımnen kabulü anlamına geleceğini kabul ederek yine işlemin konu unsuru belirlemiş olur.

3.2.3. İdari Bir Usule İlişkin Yasal Düzenlemeler

Bir idari faaliyetin gerçekleştirilme usulüne ilişkin kanunlarda o faaliyetin gerçekleşmesi için idarenin tesis etmesi gereken işlemler ve izlemesi gereken usul açıkça ve idareye takdir hakkı tanınmaksızın gösterilebilmektedir. İdari usuller üst başlığı altında

²⁸¹ Danıştay 12. Daire, 25.2.2015 tarih ve E. 2014/9578, K. 2015/609 sayılı karar, KİBB.

²⁸² İdare hukukunda zımni ret kavramı hakkında bkz. UYANIK, s. 674 vd.

²⁸³ Zımni kabul örnekleri için bkz. Uyanık, s. 687-688; Mustafa Emre ŞAHİN, “Fransız İdare Hukukunda Yapılan Reform Bağlamında Zımni Kabul Müessesesi” TBB Dergisi, S. 127, 2016, sa. 157-192, s. 186-187. Bu örneklerle 5393 Sayılı Belediye Kanunu’nun 15. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, “Ücreti yatırılmasına rağmen yirmi gün içerisinde verilmeyen yer seçim belgesi verilmiş sayılır.” kuralı da eklenebilir.

incelenen²⁸⁴ kamulaştırma usulü, kamu ihale usulü ve amme alacaklarının tahsil usulü gibi konuları düzenleyen kanunlar uyarınca idarenin tesis edeceği bazı işlemlerin konu unsurları da açıkça belirtilmiştir.

Örneğin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 20. maddesinde “İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.” kuralı yer almaktadır. Buna göre ihaleyi gerçekleştirmeye yetkili idarenin, kanunda belirtilen sayıda davet edilebilecek aday ya da teklif veren isteklinin bulunmaması durumunda tesis edeceği işlem Kanun’da belirtilmiş olup, bu işlemin konu unsuru ihalenin iptal edilmesidir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 8. maddesinde ise idarenin, malikle ya da yetkili temsilcisiyle yapılan anlaşmaya ilişkin tanzim tutanağında belirtilen tutarın ödenmeye hazır hale geldiğini, malike veya yetkili temsilcisine yazıyla bildireceği ve idare adına tapuda ferağ verilmesini isteyeceği düzenlenmiştir.

6183 sayılı amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 55. maddesinde de “amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumu bir ‘ödeme emri’ ile tebliğ olunur” ifadesi yer almıştır.

Gerek 4734 sayılı, gerek 2942 sayılı, gerekse de 6183 sayılı kanunlardaki bu düzenlemeler uyarınca idare bağlı yetki içinde kalarak ilgili idari usulün işlemlerini sağlar. Diğer bir deyişle, söz konusu idari usulün işlemlerine yönelik kanunlarda öngörülen düzenlemelere uymaktan başka idarenin izleyeceği bir yol bulunmamaktadır. Bu konulara ilişkin tesis edilecek işlemler ve izlenilecek usul genel olarak yasama organı tarafından belirlenmiştir. Dolayısıyla bu kanunlarda idarenin tesis edeceği bazı işlemlerin konu unsurları da yukarıdaki örneklerde olduğu gibi açıkça belirtilmiştir.

²⁸⁴ H. Eyüp ÖZDEMİR-Gül ÜSTÜN, “İdari Usuller”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 625 vd.

3.2.4. İdari İşleme İlişkin Alt ve Üst Sınır Koyan Yasal Düzenlemeler

Bazı yasal düzenlemelerde, idari işlemin konu unsuru doğrudan belirlenmese de idarenin tesisi edeceği birel işleme alt ya da üst sınırlar getirilebilmektedir. Bu durumlarda idarenin birel işlem tesis ederken söz konusu alt ya da üst sınırlar bakımından bağlı yetki içinde olduğu söylenebilir.

Yasama organının idari işlemin konu unsuruna sınırlama getirdiği düzenlemelerden biri 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde yer almaktadır. Madde uyarınca Belediyelerin sporu teşvik etmek amacıyla amatör spor kulüplerine yapacakları nakdi yardım, bir önceki yıl genel bütçe vergi gelirlerinden belediyeler için tahakkuk eden miktarın; büyükşehir belediyeleri için binde yedisini, diğer belediyeler için binde on ikisini geçemez. Buna göre örneğin; bir büyükşehir belediyesinin amatör bir spor kulübüne nakdi yardım yapılmasına ilişkin tesis edeceği işlemin konu unsuru, o belediyeye bir önceki yılki genel bütçe vergi gelirlerinden tahakkuk eden miktarın binde yedisine sınırlanmıştır. Bu durumda sporu teşvik etme konusunda takdir yetkisi bulunan idare, bu takdir yetkisine dayanarak bir işlem tesis etmek istediğinde işlemin konu unsuru bakımından bir bağlı yetkiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu yüzden de yapacağı yardım zikredilen gelirin en fazla binde yedisi olabilir.

Benzer bir düzenleme 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 32. maddesidir. Maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: "Bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (g), (n), (s) ve (ş) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirin yüzde ikisinden beşine kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezası miktarı, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için on bin Türk Lirasından az olamaz." Yasama organı, RTÜK'ün maddede sayılan bentlere aykırı yayın yapan kuruluşlara vereceği cezalara ilişkin iki farklı sınırlama getirmiştir. İlk olarak oransal bir sınır konularak söz konusu idari para cezasının, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirin yüzde ikisi ile beşi arasında olabileceğini belirtmiştir. Daha sonra ise kanun koyucu, bir alt sınır belirlemek suretiyle verilecek

cezanın her halükarda on bin TL'den az olamayacağı kuralını getirmiştir. Böylelikle idari para cezası şeklinde tesis edilecek idari işlemin konu unsuruna ilişkin önce oransal olarak alt ve üst sınır, daha sonra ise ayrıca sayısal bir alt sınır daha getirilmiştir. Bu durumda kanunda belirtilen bu oransal ve sayısal sınırları aşmama hususunda idarenin bağlı yetki içinde olduğu görülür.

F. Düzenleyici İşlemin Konu Unsurunun Belirlenmesi

Yasama organı, idarenin birel işlemlerinin konu unsurunu kanunla belirleyebileceği gibi düzenleyici işlemlerinin konu unsurunu da kısmen ya da tamamen kanunlarla belirleyebilir. Buna göre kanun koyucu kanunda açıkça ismini zikredeceği konuların yönetmelikle düzenleneceğini belirterek, idareye o konulara ilişkin düzenleyici işlem yapma konusunda bağlı yetki tanıyabilir. Örneğin 1739 sayılı Milli Eğitim temel Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca eğitim kampüslerinin kuruluşu, yönetiminin oluşumu, gelirlerinin harcanması ve denetlenmesi Maliye Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığınca müştereken hazırlanan yönetmelikle düzenlenecektir. Kanun koyucu gerçekleştirmiş olduğu bu düzenlemeyle idarenin tesis edeceği düzenleyici işlemin konusunu genel hatlarıyla ve çerçeve niteliğinde de olsa belirlemiştir. Bu durumda idarenin Kanun'da sayılan bu konuları düzenleme bakımından bağlı yetki içinde olduğu söylenebilir.

Düzenleyici idari işlemlerin konu unsurunun kanunlarda belirlenmesine bir başka örnek olarak 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 44. maddesi gösterilebilir. Zira maddede; son sınıf öğrencilerine Kanun'da düzenlenen süreler sonunda kayıtlı oldukları öğretim kurumundan mezun olabilmek için, başarısız sayıldıkları bütün dersler için iki ek sınav hakkı verileceği belirtilmektedir. Bu madde uyarınca idare, ilgili son sınıf öğrencileri hakkında birel işlem tesis ederek sınav hakkı tanıyabileceği gibi, bu hususu bir düzenleyici işlem olan yönetmelikle de düzenleyebilir. İdarenin birel işlem tesis ederek ek sınav hakkı tanınması durumunda birel işlemlerin konu unsuru kanunla belirlenmiş olacakken yasama organının öngördüğü bu düzenlemenin bir yönetmelik maddesine konu olması durumunda düzenleyici idari işlemin konu unsuru kanunla belirlenmiş olur.

Kanun koyucu, öte yandan idareye kanunda belirlenecek alt ve üst sınırlar arasında bir düzenleyici işlem tesis etme hususunda da takdir yetkisi tanıyabilir. Bu durumda idare yapacağı düzenlemelerde kanunla belirlenen sınırlara riayet etmek hususunda bağlı yetki içindedir. Dolayısıyla kanun koyucu böyle durumlarda da düzenleyici işlemin konu unsurunu idarenin uyacağı alt ve üst sınırları göstermek suretiyle kısmen de olsa belirlemiş olur.

Örneğin; idari işlemin konu unsuruna üst sınır getiren bir düzenleme olan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 38. maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir: “bu madde uyarınca görevlendirilen öğretim elemanları kendi kurumlarından alacakları aylık ve ödeneklerin yanı sıra, görevlendirildikleri kurumda yürüttükleri görev için birinci derecenin dördüncü kademesinde bulunan bir genel müdürün aylık ve ek gösterge rakamlarının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunan tutarı geçmemek üzere ilgili bakan tarafından tespit edilecek miktarı net olarak ikinci görev aylığı şeklinde ayrıca alırlar.” Bu düzenlemede, görevlendirilecek öğretim elemanlarının alacakları ikinci görev aylığının miktarını belirleme yetkisi bakana verilmiştir. Bakan bu yetkisini her bir öğretim elemanı için birel işlem tesis ederek kullanabileceği gibi, düzenleyici nitelikte bir işlem tesis ederek de kullanabilir. Öte yandan, bu yetkinin kullanımına ilişkin kanunla herhangi bir sınırlama getirilmediğinde bakanın söz konusu miktarı belirleme hususunda takdir yetkisi bulunduğu söylenebilir. Bakanın belirleyeceği miktarın üst sınırı kanunda gösterildiğinde ise, idari işlemin konu unsuru sınırlanmış olur. Diğer bir ifadeyle idarenin takdir yetkisine bu şekilde getirilen bir sınırlamanın, bakan tarafından bir düzenleyici işlem aracılığıyla gerçekleştirilmesi durumunda, düzenleyici işlemin konu unsuru kısmen de olsa kanun koyucu tarafından belirlenmiş olur.

III. Konu Unsurunun İdare Tarafından Belirlenmesi

A. Konu Unsurunun Belirlenmesinde İdarenin Düzenleme Yetkisi

1. Düzenleme Yetkisinin Tanımı

Düzenleme yetkisi; idarenin üstlenmiş olduğu görevleri yerine getirebilmek için üst hukuk normlarına uygun olmak şartıyla ve kişilerin hukuksal durumlarını etkileyecek biçimde genel, soyut ve objektif kurallar koyabilme yetkisidir²⁸⁵. İdarenin düzenleme yetkisi, yürürlükteki kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla idareye tanınan bir yetki olup, idare bu amacını esas olarak Anayasanın 115. ve 124. maddelerinde düzenlenen tüzük ve yönetmelik çıkarmak suretiyle gerçekleştirmektedir. Anayasanın 115. maddesi “Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir” kuralını havidir. 124. maddede ise; “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.” hükmü yer almıştır. Anayasa’da yer alan bu düzenlemeler idarenin, düzenleyici işlemlerle kanunların uygulanmasını sağlama işlevini yerine getirmesi bakımından bir dayanak niteliğindedir.

Danıştay, düzenleme yetkisini tanımladığı ve düzenleyici işlemin özelliklerini ortaya koyduğu bir kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“Öte yandan; düzenli hale koymak, düzen vermek olarak tanımlanabilecek olan düzenleme yetkisi, kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise, hukukta sürekli, soyut ve objektif, genel durumları belirleyen, bireysel olmayan, tükenmez norm olarak tanımlanmaktadır. İdare, Anayasa ve yasal düzenlemelerden aldığı yetki ile kural koyma, düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenleyici işlemleri yapan idarenin bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığının kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin, sürekli, soyut, objektif,

²⁸⁵ Günday, s. 223; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 163; K. Burak ÖZTÜRK, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 16.

bireysel olmayan, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içermesi gerekmektedir.”²⁸⁶

Kural olarak genel, soyut, ve objektif nitelikte hükümler içeren kanunlar varken idarenin de düzenleyici işlem yapabilmesine duyulan ihtiyaç, kanun koyucunun idari faaliyete ilişkin teknik bilgi ve uzmanlık gerektirenler de dahil tüm ayrıntıları ve ihtimalleri kanunla düzenlemesinin mümkün olmamasından kaynaklanır²⁸⁷. Öte yandan kanunları uygulamakla görevli olan idarenin kanunun düzenlediği bu ayrıntılı düzenlemeleri gerçekleştirmesini, idari işlevin hayata geçirilmesinin bir gereği olarak kabul etmek de mümkündür.

İdarenin düzenleme yetkisi bir bakıma, genel soyut ve objektif nitelikteki kanunların idare tarafından yine genel soyut ve objektif kurallar ihdas edilmek suretiyle tek taraflı şekilde yorumlanmasıdır²⁸⁸. Kanunların amaçlarının gerçekleşmesi bakımından son derece önemli bir araç olan düzenleme yetkisiyle, maddi anlamda kanun yapma yetkisine sahip olan idare aynı zamanda Anayasa ve kanunların kendisine vermiş olduğu görevleri de yerine getirmiş olur²⁸⁹.

Yürütme organının sahip olduğu düzenleme yetkisi öncelikle türevsel bir yetkidir. Düzenleme yetkisinin türevsel olması; bu yetkinin yasama yetkisi gibi asli bir yetki olmadığı ve kanunlar çerçevesinde kullanılabileceği anlamına gelir²⁹⁰. Öte yandan Anayasa Mahkemesi kararlarında²⁹¹ düzenleme yetkisinin sınırlı, bağımlı ve tamamlayıcı bir yetki olduğu da ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki; düzenleme yetkisinin sınırlı olması, yasama yetkisinin bir özelliği olan genellik özelliğinin aksine idarenin her konuda düzenleme yapamayacağını ifade eder. Buna göre, düzenleme yetkisi kanun çizdiği sınırlar çerçevesinde kullanılır. Düzenleme yetkisinin bağımlı olması ise bu yetkinin ancak yasama organının tasarruflarına bağlı olarak kullanılabileceğini, kanunla

²⁸⁶ Danıştay 10. Daire, 22.12.2009 tarih ve E. 2009/9270 sayılı karar, KİBB.

²⁸⁷ Günday, s. 227; Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 411.

²⁸⁸ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 163.

²⁸⁹ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 163.

²⁹⁰ Öztürk, s. 120.

²⁹¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/96, K. 2014/118 sayı ve 3.7.2014 tarihli kararı, 21.5.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/47, K. 2013/72 sayı ve 6.6.2013 tarihli kararı, 12.07.2013 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2010/85, K. 2012/13 sayı ve 26.1.2012 tarihli kararı, 6.10.2012 tarihli R.G.

düzenlenmemiş bir alanda kural olarak düzenleme yetkisinden söz edilemeyeceğini ifade eder²⁹². Son olarak düzenleme yetkisinin tamamlayıcı olması ise kanun koyucunun iradesinin gerçekleşmesinde ve kişiler bakımından somutlaşmasında idarenin bu yetkisinin tamamlayıcı bir rol oynaması olarak nitelendirilir.

2. Düzenleme Yetkisinin Kaynağı

İdarenin düzenleme yetkisinin kaynağına ve dayanağına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Düzenleme yetkisinin kaynağı olarak yürütme işlevini ve idari işlevi esas alan görüş, kamu hizmetlerinin kurulup gereği gibi yürütülmesi ve kişilerin bu hizmetlerden yararlanabilmesi için bir düzenleme yapma zorunluluğunun bulunduğunu ileri sürmüştür²⁹³. Bir diğer görüşe göre ise idarenin düzenleme yetkisinin temelinde kendisine hukuk normlarıyla verilen görevler bulunur. Buna göre uluslararası belge ve antlaşmalar ile Anayasa ve kanunların idarenin düzenleme yetkisinin kaynağı olduğunu söylemek yanlış olmaz²⁹⁴. Bu durumda yürütme görevinin sadece Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından değil, bütün idare tarafından yerine getirildiğini savunan ve düzenleme yetkisinin temelini yürütme görevi olarak kabul eden görüşe²⁹⁵ göre 1982 Anayasası'nın 8. maddesinde yer alan "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir." kuralı düzenleme yetkisinin Anayasal dayanağını oluşturur. Başka bir görüşe göre ise Anayasanın tüzüklerin düzenlendiği 115. ve yönetmeliklerin düzenlendiği 124. maddelerini Bakanlar Kurulu, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri bakımından düzenleme yetkisinin anayasal dayanağı olarak kabul etmek gerekmektedir²⁹⁶.

Bu görüşlerin yanı sıra doktrinde idarenin düzenleme yetkisinin kaynağının takdir yetkisi olduğu da savunulmuştur²⁹⁷. Bu bakımdan idarenin düzenleme yetkisi de "idari işlem yapan makamların takdir yetkilerini kullanmak için başvuracakları yollardan biri" olarak tanımlanabilir²⁹⁸. Düzenleme yetkisinin kaynağının idarenin takdir yetkisi

²⁹² Akbulut, s. 66.

²⁹³ Bkz. Onar, C. I, s. 371-372.

²⁹⁴ Yayla, s. 143.

²⁹⁵ Güneş, s. 97.

²⁹⁶ Öztürk, s. 129.

²⁹⁷ Güneş, s. 87 vd; Günday, s. 226. Aksi görüş için bkz. Öztürk, s. 108 vd.

²⁹⁸ Güneş, s. 91.

olduğunu savunan görüşe göre idare subjektif işlemler tesis etmesini sağlayan takdir yetkisini kullanırken benzer durumdaki kişi ve olaylara eşit ve adil biçimde davranacağını, önceden yürürlüğe koyacağı düzenleyici işlemler aracılığıyla göstermiş olur²⁹⁹. Diğer bir ifadeyle idare, sahip olduğu düzenleme yetkisiyle; takdir yetkisini herkese eşit ve adil bir şekilde kullanacağını önceden beyan ederek kendini sınırlandırır³⁰⁰. Bu görüş doğrultusunda hukuk devletinin bir gereği olan belirlilik ve düzenli idare ilkeleri ile bu ilkelere dayanak oluşturan eşitlik ilkesinin de idarenin düzenleme yetkisinin kaynağı olduğu belirtilmiştir³⁰¹. Böylelikle idarenin düzenleme yetkisi sayesinde kanunların herkese eşit bir şekilde uygulanması sağlanarak kişiye ve olaya göre farklı hukuki sonuçların ortaya çıkması engellenmiş olur³⁰².

Doktrindeki bu görüşler birlikte değerlendirildiğinde, düzenleme yetkisinin anayasal dayanağı ile bu yetkinin amacını ve kaynağını birbirinden ayırmak kolaylaşır. Zira Anayasanın gerek 8., gerekse 115. ve 124. maddelerinin düzenleme yetkisinin anayasal dayanağı; kanunların yürütülmesi işlevinin ise düzenleme yetkisinin amacı ya da sonucu olduğunu söylemek mümkündür. Zira “idare düzenleme yetkisini hangi amaçla kullanır” sorusunun cevabı, idarenin düzenleme yetkisinin türev niteliği de dikkate alındığında bu yetkinin kanunları uygulamak amacıyla kullanıldığı yönünde olur. Diğer yandan kanunların yürütülmesi, düzenleme yetkisinin bir sonucudur. İdarenin düzenleme yetkisi kullanarak düzenleyici işlem tesis edebilmesinin kaynağı ise, Güneş’in belirttiği üzere, sahip olduğu takdir yetkisidir. Nitekim idarenin takdir yetkisi bulunmasaydı, idare; hukuk düzeninde değişiklik meydana getirme istidadı bulunan genel, soyut ve objektif nitelikte işlemler tesis edemezdi. Böylelikle idarenin takdir yetkisinden kaynaklanan düzenleme yetkisinin; Anayasa’da yer alan mezkur hükümlere dayanarak, kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla kullandığı bir yetki olduğunu söylemek mümkündür.

²⁹⁹ Güneş, s. 88; Günday, s. 226.

³⁰⁰ Güneş, s. 90; Günday, s. 226.

³⁰¹ Günday, s. 226.

³⁰² Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 411.

3. Düzenleme Yetkisinin İdarenin Kanuniliği İlkesi Uyarınca Kullanılması

3.1. İdarenin Kanuniliği İlkesinin Tanımı

İdarenin kanuniliği ilkesi bir taraftan idarenin kanunlara saygı göstermek zorunda olup³⁰³ yasal düzenlemelere aykırı işlem tesis edememesini; diğer taraftan ise idarenin kuruluşunun, görev ve yetkileri ile bu görev ve yetkileri sonucunda yürüttüğü kamusal faaliyetlerin kanuna dayanmasını gerekli kılmaktadır³⁰⁴. Belirtmek gerekir ki; idarenin kanuniliği, diğer adıyla kanuni idare ilkesi ile bu ilkedен daha genel ve geniş anlam taşıyan “kanunilik” ilkesi, birbirinden farklı ilkeler olup idarenin kanuniliği, kanunilik ilkesinin idare hukukundaki görünüş biçimini ifade eder³⁰⁵.

1982 Anayasası'nda bu ilkeye ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. İlk olarak Anayasanın “Yürütme yetkisi ve görevi” başlıklı 8. maddesinde “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” hükmüyle genel olarak yürütme yetki ve görevinin idarenin kanuniliği ilkesine tâbi olduğu vurgulanmıştır. Bunun yanı sıra idarenin kanuniliği ilkesinin anayasal dayanağını ortaya koyan hüküm ise Anayasanın 123. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.”³⁰⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararlarında³⁰⁷ “Anayasanın 123. maddesinin birinci fıkrasında, 'İdare, kuruluş ve görevleriyle bir

³⁰³ Balta, s. 127.

³⁰⁴ Akbulut, s.13.

³⁰⁵ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 175; Akbulut, s. 57.

³⁰⁶ Anayasa'da yer alıp idarenin kanuniliği ilkesinin bir yansıması olan başka hükümler de bulunmaktadır. Bunlardan bazıları; başbakanın, bakanların görevlerinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemleri almakla yükümlü olduğuna ilişkin 112/1. madde; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatının kanunla düzenleneceğini belirten 113/1. madde; tüzük ve yönetmeliklerin kanunlara aykırı olmayacağını düzenleyen 115. ve 124. maddeler; kamu tüzelkişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulacağını belirten 123/3. madde; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin 128/2. madde hükümleridir. Ayrıca 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde belediyelerin yetki ve imtiyazları arasında sayılan “Kanunların belediyeye verdiği yetki çerçevesinde yönetmelik çıkarmak, belediye yasakları koymak ve uygulamak, kanunlarda belirtilen cezaları vermek” düzenlemesinin de idarenin kanuniliği ilkesinin yasal düzeydeki en somut örneklerinden olduğu belirtilmiştir. Bkz. Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 176.

³⁰⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/45, K. 2013/24 sayı ve 31.1.2013 tarihli kararı, 13.1.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2009/90, K2011/47sayı ve 10.3.2011tarihli kararı, 14.05.2011 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2012/27, K. 2012/173 sayı ve 8.11.2012 tarihli kararı, 28.3.2013 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/47, K. 2013/72 sayı ve 6.6.2013 tarihli kararı, 12.07.2013 tarihli R.G.

bütündür ve kanunla düzenlenir.' hükmü yer almaktadır. Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kılar." ifadelerini kullanmak suretiyle aynı noktaya işaret etmiştir.

İdarenin gerek kuruluşunun, gerek görev ve yetkilerinin ve gerekse faaliyetlerinin kanunla düzenlenmesini öngören kanuni idare ilkesi; kişi ile idare arasındaki ilişkinin, tarafların şartları değiştiremeyeceği bir düzlemde meydana gelmesini sağlamakta ve böylelikle hukuki güvenliği gerçekleştirmektedir³⁰⁸. Öte yandan bu ilkenin idareye, kendi koyduğu kurallar değil yasama organının koyduğu kurallar çerçevesinde bir hareket serbestisi sunması da idarenin keyfiliğini önler³⁰⁹. Bu açılardan düşünüldüğünde; hukuki güvenliğin, öngörülebilirliğin ve belirliliğin³¹⁰ tesisini sağlaması bakımından hukuk devleti ilkesinin de etkili bir aracı olan³¹¹ ilkenin bir sonucu olarak, kanunun bulunmadığı yerde idarenin ve idare hukukun da varlığı tartışılır³¹².

İdarenin kanuniliği ilkesi şekli anlamda kanun anlayışına dayanan bir ilke olup, TBMM tarafından ihdas edilen teknik anlamda kanun ile idare arasındaki bir ilişkiyi ifade eder³¹³. Bu ilişkide idare, kanundan türeyen bir yetkiyi (secundum legem) kullanıp kanuna uygun biçimde (intra legem) faaliyet göstermek durumundadır³¹⁴. İlkenin sonucunda idare ile kanun arasındaki ilişkinin "bağdaşırılık" ve "uygunluk" olmak üzere iki farklı biçimde kurulabileceği ifade edilmiştir³¹⁵. Buna göre bağdaşırılık ilişkisinde idare kanuna aykırı faaliyette bulunamayacağı gibi kanunda belirtilen yükümlülükleri de

³⁰⁸ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 59.

³⁰⁹ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 59.

³¹⁰ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 177.

³¹¹ Günday, s. 42; Atay, İdare Hukuku, s. 174-175; Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 54; Akbulut, s. 17. Hukuk devleti ilkesiyle idarenin kanuniliği ilkesinin örtüştüğü ve ayrıştığı noktalar için bkz. Akbulut, s. 10 vd.

³¹² Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 54-55; Akbulut, s. 57; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 89.

³¹³ Akbulut, s. 16.

³¹⁴ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 176; Akbulut, s. 57.

³¹⁵ Bkz. Charles Eisenmann, "Le droit administratif et le principe de légalité", Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1957, sa. 25-40, s. 31 vd. (Aktaran: Öztürk, s. 151.)

yerine getirmek durumundadır. Bağdaşırlık ilkesini de kapsayan uygunluk ilişkisinde ise idare kanunla düzenlenmeyen ve izin verilmeyen alanlarda işlemler tesis edemez³¹⁶.

İdarenin kanuniliği ilkesinin bir diğer uygulanma biçiminde ise idarenin sadece şekli anlamda kanuna değil, kanundan kaynaklanan bir yetkinin kullanılması sonucu yürürlüğe konulan hukuk normlarına uygun davranmasının da kanuniliğe dahil olduğu kabul edilir. Zira kanuna dayanan bir norma uyma, dolaylı olarak kanuna uyma anlamına gelir³¹⁷. İdarenin kanuniliği ilkesinin bu yorumunu geniş anlamda kanunilik olarak adlandırmak ve bu doğrultuda idarenin kanunla beraber tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlere uygun hareket etmesini de geniş anlamda idarenin kanuniliği ilkesinin bir gereği olarak anlamak mümkündür³¹⁸.

Gerek birel gerekse düzenleyici işlemler bakımından geçerli olan³¹⁹ idarenin kanuniliği ilkesi, idarenin düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi ve bu yetkinin sınırlarının belirlenmesi bakımından önemlidir. Zira idarenin düzenleme yetkisinin kullanılma şartları olan; düzenlenecek alana ilişkin kanuni bir düzenlemenin bulunması, idareye temel ilkeleri ve sınırları kanunda belirlenmiş bir alanın bırakılmış olması ve düzenlenecek alanın münhasıran kanunla düzenlenecek konular arasında yer almaması idarenin kanuniliğiyle ilgilidir. Bunun yanında, düzenleme yetkisinin normlar hiyerarşisi ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine uygun bir şekilde ve bu ilkelerle belirlenen bir sınırdaki kullanılabilmesi de kanuni idare ilkesiyle yakından ilişkilidir. Bu nedenle, nasıl ki kanun olmayınca idarenin varlığı tartışılıyorsa, aynı şekilde kanun olmadan idarenin düzenleme yetkisinin bir hukuki değerinin olmadığı da söylenebilir³²⁰.

³¹⁶ Eisenmann, s. 31 vd. (Aktaran: Öztürk, s. 151.) İdarenin kanuniliği ilkesinin 1982 Anayasası'nda düzenleniş biçiminin "uygunluk" ilişkisini gerektirdiği hakkında bkz. Öztürk, s. 154. Ayrıca Türk idari yargılama hukukunda bu iki ilişki biçiminin dışında kullanılan "uyarlık" kavramı hakkında bkz. Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 182.

³¹⁷ Charles Eisenmann, "Le droit administratif et le principe de légalité", Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1957, sa. 25-40, s. 29. (Aktaran: Öztürk, s. 151); Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 177.

³¹⁸ Bununla beraber geniş anlamda idarenin kanuniliği ilkesinin bu yorumu, ilkenin "idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi" boyutunu değil, sadece kanuna uygun davranma boyutunu ilgilendirmesi nedeniyle ilkeyi bütünüyle kapsamaz.

³¹⁹ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, 59.

³²⁰ İfade etmek gerekir ki kanuni idare ilkesinin istisnaları da Anayasa'da öngörülmüştür. Buna göre Anayasanın 107., 121. ve 122. maddeleri yürütme organının kanun olmaksızın asli nitelikte düzenleme yapabilmesini mümkün kılmaktadır.

3.2. Düzenleme Yetkisinin Ancak Daha Önce Kanunla Düzenlenmiş Bir Alanda Kullanılabilmesi

Yasama organının düzenleme yetkisinin idarenin düzenleme yetkisinden ayrılan en önemli yanı asli ve ilkel bir yetki olmasıdır. Buna göre kanun koyucu bir alanı doğrudan doğruya, araya başka bir hukuki işlem girmeksizin düzenleyebilirken; idarenin düzenleme yetkisi kural olarak ancak bir kanuna dayanmak suretiyle kullanılabilen türevsel bir yetkidir. İdarenin düzenleme yetkisinin türev nitelikte olması sonucunda idare, kural olarak bir alanı doğrudan doğruya, arada bir kanun olmaksızın düzenleyemez. Bu husus Anayasa'nın 123. maddesinde de, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği şeklinde vurgulanmıştır. Öte yandan Anayasanın 115. ve 124. maddeleri uyarınca tüzük ve yönetmeliklerin, kanunun uygulanmasını göstermek ya da sağlamak üzere çıkarılması da idarenin ancak kanunla düzenlenmiş bir alanda faaliyette bulunabileceğini gösterir³²¹. Bir konunun ilk olarak kanunla düzenlenmesi; düzenlenecek konunun kanunda yeterince belirgin hale getirilmesi ve idareye tanınan yetkilerin somutlaştırılması sonucunda kanun koyucunun amacına daha hızlı ve kolay biçimde ulaşmasını sağlar³²². Düzenleme yetkisinin idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde kullanılma şartlarından biri olan bu husus Anayasa Mahkemesi kararlarında şu şekilde yer bulmaktadır:

"Anayasa'da belirtilen kimi ayrık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin öznel hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır.

³²¹ Öztürk, s. 142.

³²² Atay, İdare Hukuku, s. 86. Bu noktada belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi, kanunla düzenlenmesi öngörülen alanın kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmiş olmasını hukuka uygun bulmaktadır. Mahkeme'nin içtihadı şu şekildedir: *"Anayasanın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasanın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasanın 163. maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz."* Bu ifadelerle yer verilen kararlardan bazıları için bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2013/116, K. 2014/135 sayı ve 11.9.2014 tarihli kararı, 24.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2015/33, K. 2015/50 sayı ve 27.5.2015 tarihli kararı, 2.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2015/49, K. 2015/46 sayı ve 13.5.2015 tarihli kararı, 15.5.2015 tarihli R.G. Ayrıca kanunla düzenlenme şartının kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmeyi de kapsamayı, idarenin kanuniliği ilkesinin şekli anlamda kanunu esas alan yönü bakımından bir istisna teşkil eder. Bkz. Akbulut, s. 27, dn. 63.

Yasa ile yetkili kılınmış olması da yasama organının belirlediği kapsam ve sınırlar içinde türevsel bir yetkinin kullanılması anlamına gelir.”³²³

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu başka bir kararda ise 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun 10. maddesinin 6. fıkrasında yer alan “Gerçek veya tüzel kişiler, hayvan gen kaynaklarının korunması, ıslahı, geliştirilmesi, yaygınlaştırılması ve pazarlama amacına yönelik özel hukuk hükümlerine tabi birlikler şeklinde organizasyonlar kurabilir.” şeklindeki düzenlemeyi Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme kararda şu gerekçelere başvurmuştur:

“Kanun'un 10. maddesinin (6) numaralı fıkrasında gerçek veya tüzel kişiler tarafından hayvan gen kaynaklarının korunması, ıslahı, geliştirilmesi, yaygınlaştırılması ve pazarlama amacına yönelik özel hukuk hükümlerine tabi birlikler şeklinde organizasyonlar kurulabileceği belirtilmiş, ancak bu birliklerin kuruluşu, sona ermesi, temsili, yönetimi, fiil ehliyetini nasıl kullanacağı, tüzel kişiliğinin bulunup bulunmayacağı, haklara ve borçlara ehil olup olmayacağı konularında kanunla temel kurallar belirlenmeden bu hususların düzenlenmesi maddenin (15) numaralı fıkrasında yürütmenin düzenleyici işlemine bırakılmıştır.

... Hukukumuzda kendine özgü amaçları gerçekleştirmek için kanunla kurulan ve nitelikleri özel kanunlarında gösterilen 'birlik' isimli yapılar bulunmakta ise de bu yapılarla ilgili genel bir yasal düzenleme bulunmadığından, kurala konu birliklerin hukuki statülerine ilişkin temel hususların belirli olduğunu söylemeye olanak yoktur.”³²⁴

Mahkeme vermiş olduğu kararda; 5996 sayılı Kanun'da yer alan, gerçek veya tüzel kişilerin birlik adıyla yapılar kurabileceğine ilişkin düzenlemenin; kanun koyucunun asli düzenleme yetkisini kullandığının ve o alanda bir yasal düzenlemenin mevcut olduğunun kabulü için yeterli olamayacağını belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle,

³²³ Anayasa Mahkemesinin E. 2008/31, K. 2011/94 sayı ve 9.6.2011 tarihli kararı, 21.10.2011 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 1990/29, K. 1991/37 sayı ve 15.10.1991 tarihli kararı, 5.2.1992 tarihli R.G. Ayrıca yine Anayasa Mahkemesi'ne göre “Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir.” Anayasa Mahkemesinin E. 2014/177, K. 2015/49 sayı ve 14.5.2015 tarihli kararı, 11.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/50, K. 2015/38 sayı ve 1.4.2015 tarihli kararı, 15.4.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2014/133, K. 2014/165 sayı ve 30.10.2014 tarihli kararı, 10.1.2015 tarihli R.G.

³²⁴ Anayasa Mahkemesinin E. 2012/76, K. 2013/44 sayı ve 20.3.2013 tarihli kararı, 7.11.2013 tarihli R.G.

kurulacak yapılara ilişkin temel nitelikte hususlar da kanunla düzenlenmediği sürece yasamanın asli düzenleme yetkisinin idareye devredilmesi sonucunun ortaya çıkması kaçınılmaz olur.

Diğer yandan, bir kanun olmadığı sürece idarenin belli bir alana ilişkin düzenleme yapamaması idare hukukundaki genel ilke olan “yetkisizlik”le de alakalıdır³²⁵. Zira yasama organının idarenin ilgili alanda düzenleme yapmasına ilişkin bir yasaklama getirmemiş olması düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi için yeterli değildir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için idarenin düzenleme yetkisini kullanmasına müsaade edecek şekilde asli nitelikte bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından yapılmış olması gerekir. Aksi takdirde idare, düzenleme yapma bakımından yetkisiz kabul edilir.

Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen fakat kanun koyucu tarafından (dava tarihinde) henüz gerekli kanuni düzenleme yapılmadan bir idari düzenlemeye konu edilen kişisel verilerin korunması hususunda Danıştayın verdiği karar dikkat çekicidir. 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 9. maddesinin 5. fıkrasında yer alan, “Sınav güvenliğinin sağlanması amacıyla, genel kolluk görevlileri ile bunların gözetiminde olmak üzere özel güvenlik görevlileri, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, adayların ve sınavın yapıldığı binaya girme hakkına sahip olan diğer kişilerin üstünü ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Adayların ve sınav görevlilerinin sınav binalarına giriş koşulları yönetmelikle düzenlenir.” hükmü temel alınarak yürürlüğe konulan “Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına İlişkin Yönetmelik”in, sınav güvenliğini sağlamak için parmak izi ve retina tanıma gibi yöntemlerin kullanılmasını öngören 12. maddesinin iptaline hükmedilen kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

“İdarelerce, gelişen teknolojinin kamu hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesini kolaylaştırıcı etki sağlaması amacıyla, kamu kesiminde kullanılmaya başlanması mümkün olmakla birlikte, teknoloji kullanılarak kişisel verilerin kayıt altına alınması uygulamasının; ilgili Anayasal düzenleme uyarınca belirli bir yasal çerçeve

³²⁵ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 165.

içine oturtulması, konuya ilişkin usul ve esasların yasa hükmü ile tespit edilmesi ve yine Anayasa'daki ve uluslararası metinlerdeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlere uygun olması gerektiği kuşkusuzdur.

Pozitif hukukumuzda kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak Anayasanın 20. maddesi hükmü çerçevesinde yürürlüğe konulmuş yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi, Ölçme Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı'nın görev ve yetkilerini belirleyen 6114 sayılı Kanunda da parmak izi, retina gibi kişisel verilerin alınması, depolanması ve işlenmesi konusunda davalı kuruma yetki veren bir düzenleme yer almamaktadır.

Bu bağlamda, Anayasanın yukarıda alıntısı yapılan hükümleri ve uluslararası metinler uyarınca güvence altına alınan ve kanunla düzenlenmesi gereken kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak uygulamanın sınırlarını, kişisel verinin nasıl depolanıp, kullanılacağını tespit eden; usul ve esaslarını gösteren bir yasal düzenleme olmadan çıkarılan dava konusu Yönetmeliğin 12. maddesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”³²⁶

Danıştay, kararda idarenin bir konuda düzenleyici işlem tesis edebilmesi için o alanda yürürlüğe konulmuş bir kanun hükmünün mevcut olması gerektiğini hatırlatmıştır. Buna göre Yönetmeliğin dayandığı yasal düzenleme olan 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 9. maddesinin 5. fıkrasında sınav güvenliğine ilişkin sadece “Sınav güvenliğinin sağlanması amacıyla, genel kolluk görevlileri ile bunların gözetiminde olmak üzere özel güvenlik görevlileri, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, adayların ve sınavın yapıldığı binaya girme hakkına sahip olan diğer kişilerin üstünü ve eşyasını teknik

³²⁶ Danıştay İDDK, 6.3.2014 tarih ve E. 2013/819 sayılı karar, KİBB. Aynı yönde: “Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği, değişik 20/3. maddesinde de, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceğinin belirtildiği, ancak konuyla ilgili bu aşamada yasal bir düzenlemenin yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Olayda, kamu çalışanlarının faaliyet yürüttüğü servislerde güvenlik ve suçun önlenmesi sebebiyle uygulanan kameralı takip sistemi uygulamasının, kamusal alanda da olsa “özel hayatın gizliliği” ilkesi kapsamında bulunduğu anlaşılmaması karşısında; uygulamanın sınırlarını usul ve esaslarını gösteren bir yasal dayanağının bulunmaması, toplanan görüntülerin ileride başka bir şekilde kullanılamayacağına dair bir güvencenin mevcut olmaması göz önüne alındığında, yukarıda belirtilen temel haklar ve Anayasal ilkelerle bağdaşmayan davaya konu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken davanın reddi yolunda verilen Kararın hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.” Danıştay 10. Daire, 8.6.2015 tarih ve E. 2014/3950, K. 2015/2774 sayılı karar, KİBB.

cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir.” kuralı yer almıştır. Hal böyleyken, Kanun’da parmak izi alınmasına ya da retina tanınması gibi usullere ve bu usullerin hangi şartlarda ve nasıl uygulanacağına yer verilmediği ortadadır. Bu durumda idarenin kanunla düzenlenmemiş bir alanda bu yönde bir kural getirmesi, türevsel nitelikteki düzenleme yetkisinin asli bir yetkiymiş gibi kullanılması anlamına gelir ve Anayasa’ya aykırılık teşkil eder.

Belirtmek gerekir ki, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu henüz tasarı aşamasındayken çıkarılan Yönetmelik, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra çıkarılmış olsaydı ve Kanun’da Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM)’ne bu yönde bir yetki verilmiş olsaydı idarenin düzenleme yetkisini kullanabilmesi için gereken şartların sağlandığı söylenebilirdi. Ne var ki, idarenin düzenleme yetkisinin kullanma koşulları gerçekleşmeden yürürlüğe konulan söz konusu Yönetmelik kuralı, dava tarihi itibarıyla konu unsuru bakımından Anayasa’ya ve hukuka aykırıdır.

3.3. Düzenleme Yetkisinin Kullanılacağı Alanın Kanun Tarafından Sınırlandırılmış Olması

3.3.1. Anayasa’da Kanunla Düzenlenmesi Öngörülen Konular

Sözlük anlamı “muntazam ve tertipli duruma sokmak, düzen vermek, tanzim etmek” olan³²⁷ düzenleme, kamu hukukunda “kural koyma” anlamına gelir³²⁸. Kural koyma ise kanun koyucunun asli, idareninse türevsel nitelikteki en temel yetkilerinden biridir. Kanun koyucu yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca dilediği her konuyu düzenleyebileceği gibi, Anayasa uyarınca bazı konuların kanunla düzenlenmesi de zorunludur. İdare ise sahip olduğu düzenleme yetkisinin türev nitelikte olması sonucu ancak kanunla belirlenen çerçevede ve yürütme yetki ve görevi kapsamında kurallar koyabilir. Belli bir konuda gerek kanun koyucu gerekse idare tarafından düzenleme yapılması sonucunda kişiler açısından genel, soyut ve objektif sonuçlar doğar³²⁹. Kural koyma faaliyeti sonrası oluşan bu genel, soyut ve objektif durumlar ise kuvvetler ayrılığı

³²⁷ Bkz. Kubbealtı Lugatı, “düzenleme” maddesi, www.kubbealtilugati.com.

³²⁸ Özey, s. 426.

³²⁹ Harun YILMAZ, “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, TBB Dergisi, S. 110, Y. 2014, sa. 219-240, s. 220.

ilkesi gereği idarenin “kuralı uygulaması” sonucunda somutlaşır. Bu bakımdan, kural koyma anlamına gelen “düzenleme” ile “uygulama”nın birbirini tamamlayıcı nitelikte kavramlar olduğunu söylemek mümkündür.

Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuya ilişkin idarenin düzenleme yetkisinin idarenin kanuniliği ilkesi doğrultusunda kullanılabilmesi için belirli şartlar vardır. Buna göre, ilgili konunun yasama organı tarafından asli biçimde düzenlenmesinin yanı sıra idarenin kullanacağı türevsel yetkinin sınırlarının kanunda belirtilmiş olması ve yine konuya ilişkin temel ilkelerin de kanunda yer alması gerekir. Aksi takdirde, yürütme organına asli nitelikte bir yetki verilmiş olacağından yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlali gündeme gelecek ve ilgili kanun hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilecektir.

Anayasa’da birçok konunun kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte, kanunla düzenleme şartının sağlanması için mutlaka şekli anlamda bir kanunun varlığı gerekmez. Kanun gücünde ve düzeyinde bir işlem olan ve kanun koyucu tarafından çıkarılacak bir yetki kanununa dayanan KHK’larla yapılacak düzenlemeler de kanunla düzenlenme koşulunun yerine gelmesi için yeterlidir. Nitekim Anayasa’da yer alan “kanunla düzenlenir” şartının yerine getirilmesi için mutlaka şekli bir kanunun varlığına ihtiyaç duyulmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

“ ... ‘Kanunla düzenlenir’ deyiminden, ilk bakışta, lâfzi bir yorumla, Anayasanın kanunla düzenlenmesini istediği konularda mutlaka bir yasa yapılması anlamı çıkabilir. Ancak, Anayasanın 91. maddesinin birinci fıkrasında, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği kuralı getirildikten sonra; ‘Ancak, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.’ denilerek, KHK çıkarılamayacak alanın belirlenmesi ve Anayasa koyucunun, 91. maddede Anayasanın yasayla düzenleneceğini öngördüğü konuların da kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğini söylememesi karşısında bu konularda da kanun hükmünde kararname çıkarılabileceği sonucuna varılmalıdır. Nitekim, Anayasanın bütçelerde değişiklik yapılabilme esaslarını

gösteren 163. maddesinde yer alan, ‘... Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçe de değişiklik yapmak yetkisi verilemez.’ biçimindeki Anayasa buyruğu bu düşüncenin bir göstergesidir.”³³⁰

Buna göre, bir konu Anayasa uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek konular arasında yer almadığı sürece o konuya ilişkin KHK ile yapılan düzenlemeler yasama yetkisinin devri anlamına gelmez. Bu bakımdan özellikle Anayasa Mahkemesinin ivedilik ve zorunluluk gerektirmeyen hallerde de KHK çıkarılabilecek olması yönündeki içtihadı sonrasında, “kanunla düzenlenme” şartının “kanun gücündeki işlemlerle düzenlenme” olarak genişlediğini söylemek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi zorunlu olan bir konuda idarenin düzenleme yetkisini kullanabilmesi için kanun koyucunun düzenlenecek konuya ilişkin temel ilke ve sınırları kanunda belirlemesi gerektiği görüşündedir. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin, farklı ifadeleri kullanarak aynı sonuca ulaştığı birçok karar bulunmaktadır. Bu kararlarda Mahkeme şu ifadelere yer vermektedir:

“Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle, Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.” ³³¹

³³⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 1988/64, K. 1990/2 sayı ve 1.2.1990 tarihli kararı, 21.04.1990 tarihli R.G.

³³¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2014/177, K. 2015/49 sayı ve 14.5.2015 tarihli kararı, 11.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/50, K. 2015/38 sayı ve 1.4.2015 tarihli kararı, 15.4.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2014/133, K. 2014/165 sayı ve 30.10.2014 tarihli kararı, 10.1.2015 tarihli R.G. Ayrıca aynı husus Mahkeme’nin birçok kararında şu şekilde yer bulmuştur: “Anayasanın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin

Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda *"yasakoyucunun genel kuralları koyup, düzenlenecek olan alanın esaslı konularının kanunda yeterince belli edilmiş, amaç ve hedefin açıklanmış, sınırlarının ve çerçevesinin yeterince belirlenmiş olması, yürütmenin yapacağı düzenlemenin ölçüsünü vermesi, Anayasanın öngördüğü yürütmenin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallara bağlaması gerekmektedir."*³³²

Bu kararlardan ortaya çıkan sonuca göre; Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına dikkat edilerek kanunda öncelikle temel ilke ve kuralların belirlenmesi, daha sonra ise idareye verilecek yetkinin sınırlarının çizilmesi gerekir. Bu durumda idareye verilecek yetki ise, uzmanlık gerektiren ve teknik konular hakkında olmalıdır.

3.3.1.1. Kanunda Temel İlkeler Yer Verilerek Çerçevenin Çizilmesi

Anayasa'nın birçok yerinde, ilgili maddede yer verilen konuların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir³³³. Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen bu alanlarda kanun koyucunun "kanunla düzenlenme" şartını yerine getirmiş sayılması için hangi hususlara kanunda yer verilmesi gerektiği hakkında ise Anayasa'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin verdiği kararlarda bir konunun kanunla düzenlenmiş olması için evvela düzenlenecek alana ilişkin temel ilkelere ve genel esaslara kanunda yer verilmiş olmasını aramaktadır³³⁴. Böylelikle kanun koyucu, düzenleme yapılacak alanda asli düzenleme yetkisini kullanmış

verilmesi olanaklı değildir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir." Bu ifadelerle yer verilen kararlardan bazıları için bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2013/50, K. 2015/38 sayı ve 1.4.2015 tarihli kararı, 15.4.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2010/93, K. 2012/20 sayı ve 9.2.2012 tarihli kararı, 26.7.2013 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2012/129, K. 2013/40 sayı ve 7.3.2013 tarihli kararı, 18.4.2013 tarihli R.G.

³³² Anayasa Mahkemesinin E. 2008/31, K. 2011/94 sayı ve 9.6.2011 tarihli kararı, 21.10.2011 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2009/45, K. 2011/88 sayı ve 2.6.2011 tarihli kararı, 28.3.2013 tarihli R.G.

³³³ Örneğin; Anayasa'nın 20. maddesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin; 29. maddesinde süreli yayınların çıkarılması, yayım şartları, mali kaynakları ve gazetecilik mesleği ile ilgili esasların; 128. maddesinde ise memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

³³⁴ Güneş ise kanunla ya da idari işlemle düzenlenme bakımından temel ilkeler ya da genel esaslar gibi bir ayırım yapmanın mümkün olmadığını; bir konuya ilişkin temel ilke ve genel esasların idari işlemlerle de düzenlenebileceği görüşündedir. Bkz. Güneş, s. 140.

olur. Kanunda temel ilkelere yer verildikten sonra ise düzenleme yapılacak söz konusu alanda idarenin uymakla yükümlü tutulacağı sınırların netleştirilmesi ve idarenin hareket alanına ilişkin çerçevenin kanun koyucu tarafından çizilmiş olması gerekir. Öte yandan hangi hususların temel ilke ya da esaslar arasında yer aldığı, hangilerinin uzmanlık gerektiren ve teknik konulardan olduğuna ilişkin kesin bir ayırım yapılamıyor olması karşısında Anayasa Mahkemesinin somut uyuşmazlıklar bakımından yapacağı değerlendirmeler önem kazanır³³⁵.

Anayasa Mahkemesinin konu hakkında istikrar kazanmış içtihadı şu doğrultudadır:

*“Anayasa’nın 7. maddesine göre, yasama organı anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla herhangi bir alanı düzenleme yetkisine sahip bulunmaktadır. Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel, esasları ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ancak ekonomik olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu, yasama organının yapısı ve işleyiş biçimi, yasama organının yürütme organını yetkilendirmesini gerekli kılabilir. Bu gibi durumlarda yasama organı, temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususları yürütme organına bırakabilir. Yürütme organına tanınan yetkinin Anayasa’ya uygun olabilmesi için sınırlı, ilkeleri ve çerçevesi kanun ile belirlenmiş ve uzmanlık ve yönetim tekniğine yönelik bir konuya ilişkin bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen ekonomik, teknik veya benzeri alanlarda temel kurallar saptandıktan sonra ayrıntıların düzenlenmesinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.”*³³⁶

³³⁵ Öztürk, s. 146.

³³⁶ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/65, K. 2014/93 sayı ve 22.5.2014 tarihli kararı, 24.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2014/61, K. 2014/166 sayı ve 7.11.2014 tarihli kararı, 19.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/84, K. 2014/183 sayı ve 4.12.2014 tarihli kararı, 13.3.2015 tarihli R.G;

Anayasa Mahkemesinin bu gerekçeleri esas alarak verdiği kararlarda da belirtildiği üzere; Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda bu şartın gerçekleşmesi için idarenin hareket alanının “yeteri kadar” sınırlandırılmış olması gerekir. Zira idareye, yeteri kadar sınırlandırılmamış bir alanda yetkilerini kullanma imkanı tanıyan yasal düzenlemeler hem Anayasa’nın ilgili kısmında belirtilen “kanunla düzenlenme” şartına hem de yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil eder. Kanunla düzenlenme şartının sağlanmasına yetecek düzeyde bir yasal düzenleme yapılmış sayılması içinse; kanun koyucunun idareye verdiği yetkinin amacı ve sonuçları kanunda belirtilmelidir. Ayrıca kanun koyucunun düzenlenecek alana ilişkin temel ilkeleri ve genel esasları yine kanunda belirleyerek idareye sınır teşkil edecek mahiyette bir çerçeve çizmiş olması aranmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin konu hakkında verdiği çok sayıda karar incelendiğinde hangi durumlarda temel ilke ve esasların ortaya konulmuş ve çerçevenin çizilmiş sayılacağı; hangi durumlarda kanunda idareye, uyması için sınırlandırılmış bir alan belirlenmeksizin yasama yetkisinin devri niteliğinde bir yetkinin verilmiş sayılacağına ilişkin ölçütler ortaya konabilir.

3.3.1.1.1. Temel İlkeler Kanunda Yer Verilmesi

Anayasa Mahkemesi içtihadına göre, idareye düzenleme yetkisi veren bir kanunda, düzenlenen alana ilişkin temel ilkelere yer verilip ayrıntılı hususlar idareye bırakılmalıdır. Mahkemeye göre; *“yasakoyucunun genel kuralları koyup, düzenlenecek olan alanın esaslı konularının kanunda yeterince belli edilmiş, amaç ve hedefin açıklanmış, sınırlarının ve çerçevesinin yeterince belirlenmiş olması, yürütmenin yapacağı düzenlemenin ölçüsünü vermesi, Anayasa'nın öngördüğü yürütmenin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallara bağlaması gerekmektedir.”*³³⁷

Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen çok sayıda konu bulunmakla birlikte Anayasa Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkların çoğunlukla Anayasa’nın kamu görevlileri hakkındaki düzenlemelerin kanunla yapılmasının öngörüldüğü 128.

Anayasa Mahkemesinin E. 2013/77, K. 2007/6 sayı ve 25.1.2007 tarihli kararı, 17.01.2008 tarihli R.G.

³³⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2008/31, K. 2011/94 sayı ve 9.6.2011 tarihli kararı, 21.10.2011 tarihli R.G.

maddesi ile idarenin kanunla düzenlenmesini öngören 123., 126. ve 127. vs. maddeleri hakkında olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle konuyu Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle bu iki kriter doğrultusunda incelemek daha isabetli olacaktır.

a. Kamu Görevlilerine İlişkin Konular

Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü diğer konularda olduğu gibi memurlar ve diğer kamu görevlilerinin özlük haklarına ilişkin yapılacak düzenlemelerde de kanun koyucu, idareye yetki tanırken konuya ilişkin temel ilkelere kanun metninde yer vermeli ve idarenin bu ilkeler çerçevesinde hareket etmesini sağlamalıdır. Zira Anayasa'nın 128. maddesinde "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." kuralı yer almaktadır. Buna göre, maddede yer alan kanunla düzenlenme şartının gerçekleşmesi için kanun koyucu kamu görevlilerinin bu statüden kaynaklanan özlük haklarına dair düzenlemeleri gerçekleştirirken genel esasları ve temel ilkeleri kanunda belirlemiş olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu görevlilerine yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasların da kanunda gösterilmesi ve idareye verilecek yetkinin çerçevesinin kanunda çizilmiş olması gerekmektedir. Konu hakkında vermiş olduğu bir kararında Mahkeme şu ifadelere yer vermiştir:

"İtiraz konusu yasa kuralları uyarınca, devlet memurları ve diğer kamu görevlileri ile bunların emekli, dul ve yetimlerinin dış tedavileri dahil olmak üzere, tedavi kurum ve kuruluşlarında yapılan tedavilerine ilişkin ücretlerle sağlık kurumlarınca verilen raporlar üzerine kullanılması gerekli görülen ortez, protez ve diğer iyileştirme araçlarının bedellerinin kurumlarınca ödenecek kısmını ve bu konuya ilişkin esas ve usulleri belirleme konusu tamamen idareye bırakılmıştır. Bu kurallar uyarınca, Maliye Bakanlığı, ortez, protez ve diğer iyileştirme araçlarının bedellerinin çok az bir kısmının memurların kurumu tarafından ödenmesi konusunda düzenleme yapabileceği gibi tamamının veya tamamına yakın bir kısmının da kurumlar tarafından ödenmesi yolunda düzenleme yapabilecektir.

Bu durumda, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin özlük haklarından olan tedavi yardımının nasıl yapılacağı yasayla belirlenmeyip, idarenin takdirine bırakılmıştır.”³³⁸

Anayasa Mahkemesinin bu kararından çıkan sonuç, kanun koyucunun memurlara yapılacak ödemeler konusunda idareye yetki verirken, yapılacak ödemenin alt ve üst sınırlarını ve kimlere ne kadar ödeme yapılacağına ilişkin ölçütleri kanunda belirlemesi gerektiğidir³³⁹. Aksi takdirde idare, hiçbir değerlendirme kriteri olmaksızın tamamen serbest bir biçimde ödeme miktarını belirleyebilecek, bu da yasama yetkisinin devri anlamına gelecektir.

Kamu görevlilerinin özlük haklarından biri olan disiplin cezalarına ilişkin kurallar da Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenecek konular arasındadır. Ayrıca Anayasa’nın 130. maddesinin 9. fıkrasında öğretim elemanlarının disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenleneceği; 38. maddesinde de kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. maddesinin (b) fıkrasında yer alan “Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.” şeklindeki düzenlemeyi Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Söz konusu iptal kararında Mahkeme şu ifadelerle yer vermiştir:

³³⁸ Anayasa Mahkemesinin E. 2005/152, K. 2009/14 sayı ve 29.1.2009 tarihli kararı, 3.04.2009 tarihli R.G.

³³⁹ Başka bir Anayasa Mahkemesi kararında ise kamu personeline yapılacak ödemenin sadece üst limitinin değil alt limitinin de kanunda belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır:

“209 sayılı Yasa’nın 5. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrası, Sağlık Bakanlığı personelinin döner sermaye gelirlerinden alacağı ek ödeme oranlarını belirleyen bir kuraldır. Yasakoyucu, bu kuralda ödeme yapılacak çalışanların niteliği ve statülerine göre bu kişilere yapılacak ödemelerin tavan oranlarını ayrıntılı olarak düzenlemiş, ancak yürütmeye bırakılan yetkinin sınırlarının belirlenmesi açısından yapılacak ödemelerde herhangi bir taban oranı belirlememiştir. Yürütmeye bırakılan yetkinin üst sınırı ve çerçevesi belirlenirken alt sınırının belirlenmemiş olması, kuralda belirtilen personelin alacakları döner sermaye katkı paylarında asgari bir garanti içermemektedir. Bu nedenle dava konusu kural, devletin tüm işlem ve eylemlerine bireylerin güven duymasını zedeleyici nitelik taşıdığından hukuk devletin gereği olan hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.” Anayasa Mahkemesinin E. 2010/29, K. 2010/90 sayı ve 16.7.2010 tarihli kararı, 4.12.2010 tarihli R.G.

Dava konusu kural ile düzenlenmesi öngörülen hususlar, hangi fiillerin hangi disiplin cezalarını gerektireceği, bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri gibi konuları içermektedir. Kamu görevlileri olarak memurların ve öğretim elemanlarının disiplin işlemleri konusunda kuralla getirilmiş bir kanuni güvence bulunmamaktadır. Söz konusu disiplin işlemleri, Anayasa'nın yukarıda yer alan hükümleri gereğince kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlardır. Bu hâliyle öğretim elemanları, memurlar ve diğer personel için getirilmiş herhangi bir kanuni güvence bulunmadığı gibi yasal olarak belirlilik de sağlanmamıştır. Kural, sadece Devlet memurlarına uygulanan usul ve esasların göz önüne alınmasını düzenlemiş ancak bunun dışında herhangi bir kanuni düzenlemeye yer vermemiştir.

Dava konusu kural bu hâliyle disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamakta, disiplin cezalarını gerektiren hâl ve durumları belirlememektedir. ... Dolayısıyla kapsama dâhil personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, tüm bu işlemlerin Yükseköğretim Kurulunca düzenlenmesini öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 38., 128. ve 130. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.”³⁴⁰

Mahkeme, 2547 sayılı Kanun kapsamındaki öğretim elemanı, memur ve diğer personel hakkında düzenlenecek disiplin kurallarının kanunla düzenlenme şartına uygun sayılması için ilk olarak disiplin cezalarını gerektiren hal ve durumların, yani disiplin suçlarının da kanunda gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun yanında Mahkeme'ye göre; disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz, savunma hakkı ve kamu görevlilerinin sahip olduğu diğer haklar, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konular da kanunla düzenlenme şartının gerçekleşmesi için kanunda yer alması gereken temel konular arasındadır³⁴¹. Gerçekten de özellikle disiplin suç ve cezaları bakımından kanunla düzenlenme şartının yerine getirilmiş

³⁴⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 2014/100, K. 2015/6 sayı ve 14.1.2015 tarihli kararı, 7.4.2015 tarihli R.G.

³⁴¹ 9.12.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6764 sayılı “Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 26-34. maddeleriyle, sayılan bu hususlar 2547 sayılı Kanun'un 53. vd, maddelerine eklenmiştir.

sayılması için söz konusu hususların kanunda yer alması Anayasa'nın 38., 128. ve 130. maddelerinin bir gereği olduğu gibi hukuki güvenlik ilkesi bakımından da önem arz etmektedir³⁴².

Anayasa Mahkemesi kamu görevlilerinin pozisyon unvanlarında değişiklik yapılması hususunda idareye yetki verirken, bu yetkinin nasıl ve ne şekilde kullanılacağına kanunda gösterilmeyerek bu hususta idareye geniş takdir yetkisi tanınmasını da yasama yetkisinin devri olarak görmüştür³⁴³. Yine Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerinin özlük haklarından biri olan izin hakkına ilişkin düzenlemelere de genel esaslariyla kanunda yer verilmesi gerektiği, bu konunun tamamen idareye bırakılmasını öngören düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı hale geleceği görüşündedir³⁴⁴.

Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında ise kamu görevlisi statüsünde olan sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının, bu göreve atanabileceği yaş sınırının yönetmelikle düzenlenmesine imkân tanıyan kuralların, kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi ve yasama yetkisinin devredilmezliği yönündeki anayasal ilkelerle bağdaşmayacağını belirtmiştir³⁴⁵.

Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan; memur ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesini içeren kurala ilişkin kararlarının bir diğer kısmı da, kamu görevlilerinin atanmalarının ya da terfilerinin gerçekleşmesi için yapılan sınavlar hakkındadır. Belirtmek gerekir ki Mahkeme'nin bu hususta vermiş olduğu kararlar farklılık arz etmektedir.

Bu kararların birine konu olan düzenlemeyle; Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinin klinik şefliği, şef yardımcılığı ve başasistan kadrolarına objektif ve bilimsel kriterlere göre atama yapılması amacıyla yazılı ve sözlü sınav koşulu

³⁴² Aynı yönde: Muhammed GÖÇGÜN, “Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personelin Çekilmiş Sayılması”, MÜHFAD, C. 19, S. 3, sa. 179-202, s. 188 vd.

³⁴³ Anayasa Mahkemesinin E. 2005/139, K. 2007/33 sayı ve 22.3.2007 tarihli kararı, 15.12.2007 tarihli R.G.

³⁴⁴ Anayasa Mahkemesinin E. 2014/82, K. 2014/143 sayı ve 11.9.2014 tarihli kararı, 10.1.2015 tarihli R.G.

³⁴⁵ Anayasa Mahkemesinin E. 2014/186, K. 2014/188 sayı ve 17.12.2014 tarihli kararı, 10.1.2015 tarihli R.G.

getirilmiş ve mesleki çalışma, bilimsel yayın ve yabancı dilde yeterlilik sahibi bulunmak bu sınava katılabilmek için ön koşul olarak belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeye ilişkin şunları ifade etmiştir:

“Eğitim ve araştırma hastanelerindeki eğitim sorumlusu kadrolarına atanacakları belirlemek amacıyla yapılacak olan yazılı ve sözlü sınavlara katılmanın koşulları olarak belirlenen, ilgili dalda uzmanlık, yabancı dilde yeterlilik, bilimsel yayın ve mesleki çalışma kavramlarının açık, objektif ve çerçevesi belirlenmiş kavramlar olduğu görülmektedir. Kuralla, söz konusu kadrolara atanmada belirleyici olan sınavların yazılı ve sözlü olarak Bakanlık tarafından bizzat yapılmasına ya da uzman bir başka kuruma yaptırılabilmesine olanak tanınarak bu hususa ilişkin temel ilkeler konulmuştur. İlgili dalda uzman olan hekimlerin, eğitim ve araştırma hastanelerinde başasistan, klinik şef yardımcısı ya da klinik şefliği kadrolarına atanabilmeleri için getirilen sınavların usulü ile katılma koşulları konusunda açık ve belirgin bir yöntemin getirildiği, atama yetkisinin öznel ve sunulacak hizmetin gerekleri ile bağdaşmayan etkilere açık olarak kullanılmasını engelleyecek biçimde atamalarda belirleyici olan sınavlara ilişkin ölçütlerin konulduğu anlaşılmaktadır. Sınavların usûl ve esaslarına ilişkin Kanun'da temel ilkelere yer verildikten sonra, uzmanlık gerektiren ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin idarece çıkarılacak yönetmeliğe bırakılması, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.”³⁴⁶

Benzer bir düzenlemede ise 661 sayılı KHK'nin 18. maddesiyle 3201 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 29'un birinci fıkrasının birinci cümlesinde, emniyet hizmetleri sınıfı dışında kalan kadrolu veya sözleşmeli personelin emniyet teşkilatına seçimi ve atanmalarının 657 sayılı Kanun'a göre yapılan merkezî sınava ilave olarak sözlü sınav veya hem sözlü hem de uygulamalı sınav puanı ile diğer niteliklere göre yapılması öngörülmüştür. İkinci cümlede ise personelin alımı ve ilk atamaya ilişkin sınav ile sınav komisyonları ve aranacak niteliklerin ve diğer hususların İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Mahkeme bu düzenlemeyi “*Dava konusu kurallar ile emniyet hizmetleri sınıfı dışında kalan kadrolu veya sözleşmeli personelin öncelikle 657 sayılı Kanun'a göre yapılan merkezî sınavda başarılı olmaları şartı*

³⁴⁶ Anayasa Mahkemesinin E. 2008/31, K. 2011/94 sayı ve 9.6.2011 tarihli kararı, 21.10.2011 tarihli R.G.

aranmakta; buna ek olarak idarece yapılacak yalnız sözlü sınav veya hem sözlü hem de uygulamalı sınavdan başarılı olmaları gerektiği, ilk atamaya ilişkin sınav, sınav komisyonları, personelde aranacak nitelikler ile personelin alımına ilişkin diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilerek konunun çerçevesi çizilmiştir. Sınavların usul ve esaslarına ilişkin Kanun'da temel ilkelere yer verildikten sonra uzmanlık gerektiren ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin idarece çıkarılacak yönetmeliğe bırakılması, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.” ifadelerini kullandığı kararında Anayasa uygun bulmuştur³⁴⁷.

Anayasa Mahkemesinin aktarmış olduğumuz bu iki kararında göze çarpan ilk husus kanunda temel ilkelere yer verilmiş olması için aradığı kriterler arasındaki farktır. Zira Mahkeme ilk kararda; başasistan, klinik şef yardımcısı ya da klinik şefliği kadrolarına yapılacak atamalar için gerçekleştirilecek sınavların hangi şekilde uygulanacağı, sınavın kim tarafından yapılacağı ve sınava başvuru için gereken şartların ne olduğuna ilişkin kuralların kanunda yer alması gerektiğini; böylelikle idareye verilecek yetkinin temel ilkelerinin belirlenmiş olacağını kabul etmiştir. Buna karşılık Mahkeme, 661 sayılı KHK'da yer alan hükmü incelediği kararda ise, 657 sayılı Kanun'a göre yapılan merkezi sınavda başarılı olma şartı ve buna ek olarak idarece yapılacak; yalnız sözlü sınav veya hem sözlü hem de uygulamalı sınavdan başarılı olma şartının kanunda yer almasını, temel ilkelere kanunda yer verilmesi bakımından yeterli olduğuna hükmetmiştir. Mahkemenin bu kararında hiçbir tartışmaya girmeksizin söz konusu yasal düzenlemeyi Anayasaya uygun bulması, konuya ilişkin vermiş olduğu kararların istikrarsız ve tutarsız olmasının da bir göstergesi sayılabilir. Diğer yandan adayların yalnızca hangi sınavdan başarılı olmaları gerektiğinin kanunda yer almasını, Anayasanın 128. maddesinde yer alan kanunla düzenlenme kuralı bakımından yeterli olduğunu kabul etmek de gerek 128. maddenin amacı gerekse yasama yetkisinin asliliği bakımından isabetli sayılamaz.

Anayasa Mahkemesi kararlarında; memurlar ve diğer kamu görevlilerine ilişkin yapılacak yasal düzenlemelerde temel ilkelere yer verilmiş sayılması için kanun metninde bulunması gereken hususlar da ortaya konulmaktadır. Buna göre; kamu görevlisi olan personelin istihdam şekli ve diğer nitelikleri, görev ve yetkileri, kamu görevine girişte

³⁴⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/143, K. 2013/18 sayı ve 17.1.2013 tarihli kararı, 12.07.2013 tarihli R.G.

uygulanacak kriterler, mesleğe girişte yapılacak sınavların türü ile usul ve esasları, izin hakkı, disiplin suç ve cezaları, kamu görevlilerine yapılacak ödemelere ilişkin miktar ya da oranlar, bu ödemelerin miktarına ilişkin alt ve üst limitler, kime ne kadar ödeme yapılacağına ilişkin kriterler ve pozisyon unvanlarında yapılacak değişikliklere ilişkin usul ve esaslar kanunda yer alması gereken konuların başlıcalarıdır.

b. İdari Teşkilata İlişkin Konular

Anayasa'nın 123. maddesinde; idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği, kamu tüzelkişiliğinin kanunla kurulacağı; 127. maddesinde ise mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 135. maddede de kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının kanunla kurulacağı ve organlarının kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre seçileceği ifade edilmiştir ³⁴⁸.

Bu durumda idarenin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin kanunla düzenlenmesi kuralına riayet edilmiş olması için hangi düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği, hangilerinin idareye bırakılabileceği önemli bir sorudur.

Anayasa Mahkemesinin, mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin kanunla düzenlenmesi kuralı hakkında vermiş olduğu bir karar 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 8. ve 9. maddeleriyle kurulan altyapı ve ulaşım koordinasyon merkezlerine ilişkindir. Mahkeme, kararında “koordinasyon merkezinin çalışma esas ve usulleri ile bu kurullara katılacak kamu kurum ve kuruluş temsilcileri, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” kuralını da içeren ve Altyapı Koordinasyon Merkezlerinin kuruluşunu öngören 8. maddedeki düzenlemeye dair şu ifadeleri kullanmıştır:

³⁴⁸ Anayasa'da ayrıca; Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumunun; kuruluşu, organları, çalışma usulleri ve özlük işleri ile kuruluşuna dahil kurumlar üzerindeki yetkilerinin (md. 134); Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev sürelerinin (md. 133); Yükseköğretim Kurulunun teşkilatı, görev, yetki, sorumluluğu ve çalışma esaslarının kanunla düzenleneceği (md. 131) belirtilmiştir. Bunun yanı sıra 130. madde uyarınca, üniversiteler de Devlet tarafından kanunla kurulur.

“Buna göre, Altyapı Koordinasyon Merkezi'nin, kuruluş, çalışma esas ve görevleri maddenin birinci ve ikinci fıkralarında açıklandıktan sonra, alt yapı yatırım hesabının kullanılması, ödenek tahsisi ve aktarımı ile diğer düzenlemeler İçişleri Bakanlığı'nın çıkaracağı yönetmeliğe bırakılmıştır. Çıkarılacak yönetmelikte düzenlenmesi gereken konuların biçim ve süre koşulları gibi yönetime ve bütçe tekniğine ilişkin hususlara ilişkin oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yasa ile çizilen bu çerçeve içindeki teknik ve ayrıntılara ilişkin konuların yönetmelikle belirlenmesinde Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.”³⁴⁹

Anayasa Mahkemesi; koordinasyon merkezlerinin kuruluş amacının, başkanının kim olacağının, çalışma esaslarının, hangi yetkileri kullanacağının ve alacağı kararların niteliğinin kanunda gösterilmesini, düzenlenecek alana ilişkin temel ilkelerin kanunda belirtilmiş sayılması için yeterli kabul etmiştir. Diğer bir ifadeyle, bu hususların kanunda yer alması şartıyla idareye verilecek düzenleme yetkisi, kararda kanunla düzenlenme şartının ihlali olarak nitelendirilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir başka karar ise 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 40/D maddesi uyarınca kurulacak olan ve kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu statüsündeki Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği hakkındadır. İptal istemine konu olan yasal düzenlemede; söz konusu Birliğin tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olduğu, görev ve yetkileri ile alacağı kararlarda ve yapacağı düzenlemelerde uyması gereken mevzuat yer almıştır. Bu düzenlemelerin devamında ise aynı Kanun'un, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliğinin organlarının ve statüsünün düzenlendiği 40/C maddesine atıf yapılarak Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği'nin de bu hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un 40/C maddesinde ise Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliğinin zorunlu organları belirtilerek bu organların seçimine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Kanun'da bu düzenlemelerin yanı sıra “Birliğin organları, gelirleri, giderleri ve çalışma esasları, üyeliğe kabul, üyelikten geçici ve sürekli çıkarma esasları,

³⁴⁹ Anayasa Mahkemesinin E. 2004/79, K. 2014/4 sayı ve 16.1.2014 tarihli kararı, 4.3.2015 tarihli R.G.

Kurulun önerisi ve ilgili Bakanlığın uygun görüşü üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Statüsünde düzenlenir.” kuralı da yer almıştır.

Bu yasal düzenlemeleri birlikte ele alarak vermiş olduğu kararında³⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğinin hukuki statüsü, görev ve yetkileri, zorunlu organları ve bu organların seçimi, karar alırken ve düzenleme yaparken uyacağı mevzuat ile idarece yapılacak düzenlemelerde hangi hususların yer alacağını Kanun’da belirtilmiş olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu gerekçeyle söz konusu yasal düzenlemeyi Anayasa’nın 135. maddesindeki kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kanunla kurulmasını öngören hükme uygun bulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin idarenin kanunla kurulmasına ilişkin verdiği bir diğer kararı³⁵¹ ise 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un ek 9. maddesi hakkındadır. “Bağımsız spor federasyonları” başlıklı maddede; spor federasyonlarının kuruluşu, görev ve yetkileri, özel hukuk hükümlerine tabi oldukları, teşkilat yapıları, oluşturulması zorunlu kurullar, kurulların üye sayısının alt ve üst sınırları, genel kurulun görevleri ile olağan ve olağanüstü toplanma ve seçim usulleri, kimlerin genel kurul üyesi olamayacağı gibi hususlar belirlenmiştir. Aynı madde uyarınca federasyonların temel kurullarının oluşumu, genel kurulun toplanması, üyelerin belirlenmesi, divanın oluşturulması, delege listesine yapılacak itirazlar ve oyların sayımı ile ilgili diğer esas ve usullerin yanı sıra genel kurulun dışındaki kurulların görev, yetki ve sorumlulukları ve çalışma usul ve esasları ise, genel kurulun iradesi sonucu ana statüyle belirlenecektir.

Mahkeme, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelediği bağımsız spor federasyonlarının Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerektiğini vurguladığı kararında ek 9. maddede yer alan hususların kanunla düzenlenme şartını sağladığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre federasyonların kuruluşları, görev ve yetkileri, teşkilat yapıları gibi hususların kanunla düzenlenmiş olması federasyonlara ilişkin yapılacak düzenlemeler bakımından çerçeve niteliğinde

³⁵⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 2007/50, K. 2010/49 sayı ve 24.3.2010 tarihli kararı, 30.12.2010 tarihli R.G.

³⁵¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2008/115, K. 2011/86 sayı ve 2.6.2011 tarihli kararı, 17.03.2012 tarihli R.G.

olup, hangi konuların ana statüyle belirleneceği hususu kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarından çıkan sonuca göre Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda bu şartın yerine gelmiş sayılabilmesi için kanun koyucunun yapacağı düzenlemelerde, düzenlenecek alanın temel nitelikteki konularına yeteri kadar yer verilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun, sahip olduğu asli düzenleme yetkisinin idarece kullanılmasını önlemeye yönelik tedbirleri alması Anayasal bir zorunluluktur. Bu noktada idari teşkilata ilişkin yasal düzenlemelerde öncelikle; düzenlenecek idari birimin adı, kuruluş amacı, kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı tabi olduğu, idari teşkilattaki yeri, ilgili, ilişkili ya da bağlı olduğu kuruluşlar yer almalıdır³⁵². Bunun yanı sıra kuruluşun faaliyet alanı, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı, çalışma esasları, personelinin ve alacağı kararların hukuki niteliği ile gelir ve giderlerinin kanunda belirtilmiş olması da idari teşkilata ilişkin konularda idarece kullanılacak yetkinin türev nitelikte olmasını sağlayan ölçütlerdir³⁵³. Böylelikle idare, kanun koyucunun düzenlenecek konunun temel ilkelerini belirleyip sınırlarını çizerek bu alana ilişkin vermiş olduğu yetki çerçevesinde idari işlemin konu unsurunu belirleyebilecektir.

3.3.1.1.2. Çerçevenin Kanunla Çizilmesi

Kanun koyucunun Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuda idareye yetki verirken, idarenin yapabileceği düzenlemeleri bir çerçeve oluşturacak biçimde kanunda sınırlamış olması gerekir. Diğer bir deyişle, idareye düzenleme yetkisi veren bir kanunda idarenin yapabileceği düzenlemelerin neler olacağı genel hatlarıyla belirlenmelidir.

Anayasa Mahkemesinin kamu görevlilerine ilişkin; atanma, nitelik, hak ve yükümlülükler, görev ve yetkiler gibi hususlar ile, idarenin kuruluşuna ve bazı kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin konularda verdiği kararlarda da bu husus dile getirilmiştir. Belirtmek gerekir ki kanunda idarenin kullanacağı yetkinin çerçevesinin

³⁵² Akbulut, s. 183-184, 187.

³⁵³ Yıldırım, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 16; Akbulut, s. 185 vd.

çizilmesi hususundaki bu kural Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen tüm konular için geçerlidir. Kanunla düzenlenme şartının idarenin kullanacağı yetkiye dair bir sınırlandırma içermemesi suretiyle ihlali ise yasama yetkisinin devri sonucunu doğurur.

Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca; Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konulara ilişkin yasal düzenlemelerde çerçevenin çizilmiş sayılması için idareye verilen yetkinin neleri kapsadığı, hangi amaçla, kim tarafından, hangi hususlara dikkat edilerek ve hangi mevzuat esas alınarak kullanılacağı gibi hususların kanunda yer alması gerekir. Bunun sonucunda da idare tesis edeceği idari işlemin konusunu, kanunda kendisi için bu şekilde belirlenecek sınırlara ve çizilecek çerçeveye riayet etmek suretiyle belirleyebilir. Aksi takdirde hiçbir sınır ve çerçeve tayin edilmeksizin idare tarafından kullanılacak bir düzenleme yetkisi idarenin keyfi uygulamalarına zemin hazırlayabileceği gibi kişiler bakımından belirsizliklere de yol açar³⁵⁴.

a. Kamu Görevlilerine İlişkin Konular

Anayasa’nın 128. maddesinde memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Buna göre kamu görevlilerine ilişkin söz konusu alanlarda yapılacak düzenlemelerde kanunda çerçevenin çizilerek idarenin sınırları belirlenmiş bir alanda yetki kullanması sağlanmalıdır. Anayasa Mahkemesinin bu hususta vermiş olduğu kararların birinde kamu görevlilerine ödenecek temsil tazminatına ilişkin yasal düzenleme Anayasa’ya uygunluk bakımından değerlendirilmiştir:

“Buna göre, kişilerin temsil tazminatı alabilmeleri için öncelikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanununa

³⁵⁴ Öte yandan kanunla çizilmiş bir çerçevenin idari işlemle değiştirilmesine imkan tanıyan yasal düzenlemeler de Anayasa’ya aykırı olur. “Maddenin son fıkrasında, eğitime alınacak öğrencilerin “mezun oldukları okulların nitelikleri”nin İçişleri Bakanlığı’na çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülerek, Madde’nin ikinci fıkrasında yer alan “en az dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından veya bunlara denkliği kabul edilen yurt dışındaki yüksek öğretim kurumları” ibaresiyle çizilen çerçevenin, değiştirilmesine olanak tanınması, bu konudaki yasama yetkisinin idareye devri anlamına geleceğinden Anayasa’nın 7. maddesine aykırıdır. İbare’nin iptali gerekir.” Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2005/42, K. 2006/27 sayı ve 23.2.2006 tarihli kararı, 23.3.2007 tarihli R.G.

göre makam veya yüksek hâkimlik tazminatı öngörülen kadrolarda bulunmaları gerekmektedir. Bu suretle temsil tazminatı alabilecek kişiler bakımından çerçeve belirlenmiş ve bu kapsam dahilinde temsil tazminatı ödeneceklerin tespiti hususunda Bakanlar Kuruluna sınırlı bir yetki verilmiştir.

Temsil tazminatı göstergelerinin belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna tanınan yetki de sınırsız bir yetkiyi ifade etmemektedir. Ödenecek temsil tazminatı miktarının üst sınırı yasa koyucu tarafından belirlenmiş ve bu miktarı geçmemek üzere temsil tazminatı göstergelerinin kadro ve görev unvanı itibariyle farklı olarak tespiti konusunda Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu belirtilmiştir. Buna göre, 30.000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarı geçmemek üzere temsil tazminatı ödenecektir. Bu miktarı geçmemek kaydıyla Bakanlar Kuruluna temsil tazminatı göstergelerinin, kadro ve görev unvanı itibariyle farklı olarak belirlenmesi hususunda sınırlı bir yetki verilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, temsil tazminatı ödenecek kişilerin bulunması gereken kadroların niteliği ve bu kişilere ödenecek temsil tazminatı tutarının üst sınırı belirlenerek Bakanlar Kuruluna bu çerçevede ve sınırlı olarak düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğini taşımamakta ve hakimler ve savcılar ile Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin özlük haklarının yasayla düzenleneceğinin öngörüldüğü Anayasa hükümlerine aykırı bulunmamaktadır.”³⁵⁵

Anayasa Mahkemesi, temsil tazminatı ödenecek kamu görevlilerinin hangi kanunlara tâbi olması gerektiğinin ve ödenecek tazminatın üst sınırının dava konusu yasal düzenlemede yer almasını idareye verilen yetkinin çerçevesinin çizilmiş olması bakımından yeterli saymıştır. Buna göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanununa göre makam veya yüksek hakimlik tazminatı öngörülen kadrolarda bulunan kişilere temsil tazminatı verilebilir. Bununla birlikte söz konusu kadrolarda bulunan kamu görevlilerinin tümü değil; ancak Bakanlar Kurulunun tespit ettiği kişiler bu tazminattan yararlanacaktır. Bu noktada Anayasa

³⁵⁵ Anayasa Mahkemesinin E. 2005/29, K. 2009/138 sayı ve 8.10.2009 tarihli kararı, 8.1.2010 tarihli R.G.

Mahkemesi kararının isabetli olmadığını söylemek mümkündür. Zira idarenin kullanacağı yetkinin çerçevesinin çizilmiş sayılması için; kanunda belirtilen sınırların yanı sıra Bakanlar Kurulunun temsil tazminatına hak kazanan kişileri hangi objektif ölçütler çerçevesinde tespit edeceğinin de kanunda yer alması gerekir. Aksi takdirde kanunda sadece hangi kadrodakilerin temsil tazminatı alabileceği ve bu tazminatın üst sınırının yer alması kanunla düzenlenme şartını sağlanması için yeterli olmaz.

Kamu görevlileri hakkında Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir başka yasal düzenleme ise emniyet müdürlerinin kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevk edilmeleri hakkındadır. Mahkeme, kanunda idareye verilen yetkinin çerçevesinin çizilmediği gerekçesiyle yasal düzenlemeyi iptal etmiş ve şu ifadeleri kullanmıştır:

“İkinci fıkra, 1. sınıf emniyet müdürlerinin kadrosuzluktan emekliye sevk edilmelerinde meslek derecelerinde 5 yılın doldurulması, emeklilikle ilgili diğer şartları taşımaları dışında bir koşul getirilmeyerek idareye sınırları belirsiz bir takdir yetkisi tanınmıştır. Böylece 1. sınıf emniyet müdürlerinden kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayrılacakların belirlenmesinde başarı, sicil, yeterlik gibi hizmet gereklerine ve mesleki niteliklere yönelik hiç bir objektif ölçü öngörülmemiştir.

Açıklanan nedenle ikinci fıkra ile getirilen ‘emekliye sevk edilebilir’ biçimindeki kural, Anayasa’nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”³⁵⁶

Emniyet müdürlerinin kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevk edilmelerine ilişkin bir düzenlemede, kanunla düzenlenme şartının yerine geldiğinin kabulü için belli ölçütlerin kanunda yer alması gerekir. Bu bakımdan; meslek derecelerinde beş yılın doldurulması ve emeklilikle ilgili diğer şartların taşınması, kanunda çerçevenin çizilmiş sayılması bakımından yeterli değildir. Zira kanun koyucu tarafından; kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevk edilecek personelin idarece tespitinde kullanılabilecek olan; liyakat, hizmet gerekleri ve mesleki nitelik gibi ayırt edici ölçütlerin yasal düzenlemeye konu edilerek konuya ilişkin çerçevenin kanunla çizilmesinin sağlanması yasama yetkisinin aslilik ve devredilmezlik özellikleri bakımından bir gerekliliktir.

³⁵⁶ Anayasa Mahkemesinin E. 2001/346, K. 2003/63 sayı ve 11.6.2003 tarihli kararı, 11.6.2003 tarihli R.G.

b. İdari Teşkilata İlişkin Konular

Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kuruluş ve görevleriyle bir bütün olan idarenin kanunla düzenlenmelidir. Kanunla düzenlenme şartının yerine gelmesi içinse kanun koyucunun düzenlenecek alana ilişkin genel çerçeveyi belirlemesi ve idareye sınırları çizilmiş bir yetki vermesi gerekir. Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun Tahkim Kurulunun kurulması hakkında yaptığı düzenlemeyi iptal ettiği kararında konuya ilişkin şu ifadelere yer vermiştir:

“Anayasa'nın 123. maddesine göre idarenin Yasayla düzenlenmesi gerekmektedir. Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Tahkim Kurulu idare içerisinde yer almaktadır. Herhangi bir kamu idaresinin yasa ile düzenlenmiş olduğunun kabul edilebilmesi için söz konusu idarenin ad olarak yasa da belirtilmesi yeterli değildir. Böyle bir düzenlemede temel ilkelerin ortaya konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanın yürütmenin düzenlemesine bırakılmaması gerekmektedir.

Tahkim Kurulunun görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarının yasa ile belirlenmesi gerekirken, yedinci fıkranın altıncı tümcesi ile bu konuların düzenlenmesi Yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu nedenle Kural Anayasa'nın 123. maddesine aykırı görülmüştür. İptali gerekir.”³⁵⁷

Kararda tahkim kurulunun kuruluşuna ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın 123. maddesine uygun olması için yetki, görev, sorumluluk ile çalışma usul ve esaslarına Kanunda yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aksi takdirde bu hususların idarece düzenlenmesini öngören yasal düzenleme Anayasa'da yer alan idarenin kanunla kurulması kuralının ihlali anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi başka bir kararında ise sor federasyonlarının kurulması hakkındaki yasal düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğunu incelemiştir:

“İtiraz konusu kurallar ile spor federasyonlarının kuruluşu, teşkilat yapıları, spor dallarının bağlanması ve ayrılması usulleri, oluşturulması zorunlu kurullar,

³⁵⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2006/118, K. 2009/107 sayılı ve 2.7.2009 tarihli kararı, 19.3.2010 tarihli R.G.

kurulların üye sayısının alt ve üst sınırları, genel kurulun görevleri ile olağan ve olağanüstü toplanma ve seçim usulleri, genel kurul üyesi olamayacaklar, denetim kurulunda yer alacak genel müdürlük temsilcilerinin sayısı ile genel kurulda yer alacakların sayısının alt ve üst sınırları ile birlikte genel müdürlük temsilcilerinin oranları belirlenmiştir.

...

Öte yandan Anayasa'da federasyonların özerkliği ve özerkliği sağlamak üzere hangi konuların ana statüyle düzenleneceğine yönelik bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu konularda kanun koyucunun takdir hakkının olduğu açıktır. Federasyonların organlarının nasıl oluşturulacağı, kurumun özerkliğinin hangi unsurları içereceği ve vesayet makamına hangi yetkilerin tanınacağı hususlarını da bu çerçevede ele almak gerekir. Bu nedenle kanun koyucunun çerçevesini kanunla belirledikten sonra takdir yetkisine göre belirleyebileceği konuları, oluşturmayı amaçladığı özerkliğin bir gereği olarak ana statüyle düzenlenmek üzere spor federasyonu genel kuruluna bırakması Anayasa'nın 123. maddesine aykırılık oluşturmaz.”³⁵⁸

Mahkeme, kanunda yer alan bazı konuların idarece ana statüyle belirlenecek olmasını idarenin kanunla düzenlenmesi kuralına aykırılık olarak görmemiştir. Zira kanun koyucunun idareye verdiği yetki, kanunda çerçevesi çizilmiş ve sınırları belirlenmiş bir yetkidir. Bu nedenle; spor federasyonlarının kuruluşu, teşkilat yapıları, oluşturulması zorunlu kurullar, kurulların oluşumu gibi konuların kanunda yer almasıyla çizilen çerçeve sonucu idarece kullanılacak yetkiler yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

c. Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Konular

İdarece sunulan kamu hizmetlerinin bazıları Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken konuları içerir. Bu konulara ilişkin kanun koyucu tarafından idareye düzenleme yetkisi verilebilmesi için kanunda bir çerçevenin çizilerek idarenin hareket alanına bir sınırlandırma getirilmelidir.

³⁵⁸ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/77, K. 2014/4 sayı ve 16.1.2014 tarihli kararı, 4.3.2015 tarihli R.G.

Anayasa Mahkemesi; kamu hizmetlerinin yürütülmesini ilgilendiren konularda, idareye verilen yetkinin amaç ve kapsamının kanunda açıkça belirtilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu yönde verdiği kararların birinde 6443 sayılı Kanun’la getirilen düzenlemeyi³⁵⁹ Anayasaya uygun bulan Mahkeme şu ifadeleri kullanmıştır:

*“Kanun koyucu, kiralanacak alanda kurulmasına izin verilen tesislerin, hayvancılık için gerekli bakım, barınma ve su ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulabileceğini, tesislerin taban alanının kiralanacak alanın yüzölçümünün yüzde birini geçemeyeceğini, bu oranın Bakanlar Kurulu tarafından bir katına kadar artırılabilceğini belirterek, bu tesislerin amaç ve nitelikleri ile ilgili asli düzenlemeleri yapmış ve bu şekilde Bakanlığa verilen yetkinin çerçevesini belirlemiştir.”*³⁶⁰

Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında ise kanun koyucunun idareye yetki verirken bu yetkiyi kim tarafından, hangi koşullarda kullanılacağını belirtilmiş olmasının da verilen yetkiye ilişkin çerçevenin çizilmesi anlamına geleceğine hükmetmiştir:

*“Bunun yanında, kuralda Devlet ormanları içinde maden aranması ve işletilmesi ile madencilik faaliyeti için zorunlu tesis, yol, enerji, su, haberleşme ve altyapı tesislerine kim tarafından hangi koşullarda izin verileceği belirtilerek temel ilkeler konulmuş ve çerçevesi çizilmek suretiyle belirlenmiştir. Bu nedenle, kuralın belirsiz olmadığı ve Bakanlığa belirtilen çerçeve içerisinde uygulama esaslarına ilişkin olarak tanınan yetkinin, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemeyeceği açıktır.”*³⁶¹

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi hususunda idareye verilen yetkinin yasama yetkisinin devri anlamına gelmemesi için Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılan ölçütlerden biri de kamu hizmeti yürütülürken idarenin kullanacağı yetkinin hangi esaslar

³⁵⁹ 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 12. maddesine 6443 sayılı Kanun’la eklenen madde şu şekildedir: “Kiralanacak alanda hayvancılık için gerekli bakım, barınma ve su ihtiyaçlarını karşılayacak zorunlu hayvancılık tesisleri kurulabilir. Bu tesislerin taban alanı, kiralanacak alanın yüzölçümünün yüzde birini geçemez. Bu oranı bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu tesislerin yapılması ve kullanılması ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

³⁶⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/51, K. 2013/159 sayı ve 26.12.2013 tarihli kararı, 9.5.2014 tarihli R.G. Aynı ölçütün kullanıldığı bir diğer karar için bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2008/115, K. 2011/86 sayı ve 2.6.2011 tarihli kararı, 17.03.2012 tarihli R.G.

³⁶¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2010/85, K. 2012/13 sayı ve 26.1.2012 tarihli kararı, 6.10.2012 tarihli R.G.

dikkate alınarak ve hangi hususlar gözetilerek kullanılması gerektiğinin kanunda yer almasıdır. Nitekim Mahkeme vermiş olduğu bir kararda Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken hususlar kapsamında olan ve devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerin bir kısmının, özel kesime ihale edilmek suretiyle özel kesim eliyle yürütülmesine imkan sağlayan yasal düzenleme hakkında şu tespitlerde bulunmuştur:

“Kuralda, bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin hangi usulle belirleneceği ve hangi kişi ve kurumların karar alma sürecine katılacağı açık bir biçimde düzenlenmiştir. Ayrıca, ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türleri belirlenirken, idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatın, yerleşik yargı içtihatlarının ve 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasının dikkate alınması gerektiği hususu kuralda açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin hangi usul ve esaslar gözetilerek belirleneceği hususunda Bakanlar Kurulunu bağlayıcı bir çerçeve çizilmiştir.”³⁶²

³⁶² Anayasa Mahkemesinin E. 2014/177, K. 2015/49 sayı ve 14.5.2015 tarihli kararı, 11.6.2015 tarihli R.G. Aynı ölçütü kullandığı bir diğer kararda ise Mahkeme şu ifadelere yer vermiştir: “Dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığının incelenmesinde, 24.7.2003 günlü, 4957 sayılı Yasayla 2634 sayılı Yasa'nın 8. maddesine eklenmiş olan (L) fıkrasına da işaret edilmesi gerekmektedir. Sözü edilen (L) fıkrası şöyledir: 'Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar (C) fıkrasında belirtilen çerçevede ve doğrudan yabancı sermaye yatırımının teşvik edilmesi, uluslararası marka, zincir, teknoloji ve standartların ülkeye kazandırılması, etkin alan yönetimi, kalite denetimi ve sosyal, kültürel, fiziki çevreyle uyumlu sürdürülebilir turizm ilkeleri gözetilerek Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.' Bu fıkra, (C) fıkrasında çıkarılacağı öngörülen yönetmeliğe atıf yapılarak, yönetmeliğin hazırlanışında hangi hususların gözetileceği belirtilmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalarda 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Yasayla yapılan değişiklikler sonucunda Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında orman arazilerinin tahsisinde hangi sınırlayıcı hükümlere yer verildiği gösterilmiştir. Bu açıklamalar çerçevesinde, 2634 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin gerek (A) fıkrasında gerekse de (C) ve (L) fıkralarında öngörülen kapsam, getirilen sınırlamalar, belirlenen ilkeler ve çizilen çerçeve dolayısıyla Bakanlığın tasarrufuna geçen orman arazilerinin tahsisi bağlamında idareye sınırsız bir düzenleyici işlem yetkisinin tanınmış olduğu söylenemeyeceğinden, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.” Anayasa Mahkemesinin E. 2008/51, K. 2011/46 sayı ve 10.3.2011 tarihli kararı, 14.05.2011 tarihli R.G. Mahkeme, bir diğer kararında ise iptali istenen kanun maddesinin; rektörlük makamına tanınan yetkinin hangi ölçütler çerçevesinde kullanılacağına ilişkin hiçbir hüküm içermemesi nedeniyle hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2009/56, K. 2011/71 sayı ve 28.4.2011 tarihli kararı, 6.7.2011 tarihli R.G.

Mahkeme'nin bu kararında da kanun koyucunun, idarenin hareket alanını sınırlandıracak ve belli bir çerçevede hareket etmesini sağlayacak kıstaslara kanun metninde yer vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda kararda, idareye verilen yetki çerçevesinde kimlerin karar alabileceği ve karar alma sürecinde göz önünde bulundurulması gereken mevzuatın da kanun koyucu tarafından belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Böylelikle kimin, hangi yetkiyi, hangi hususlara dikkat etmek suretiyle kullanabileceği yasal düzenlemeyle belirlenerek Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken bir konuya ilişkin yasal çerçeve çizilmiş olacaktır.

3.3.1.2. Uzmanlık Gerektiren ve Teknik Konuların İdareye Bırakılması

Anayasa'da yer alan birçok konunun kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Kanun koyucunun bir konuyu kanunla düzenlemiş sayılması içinse konuya ilişkin temel ilkeleri kanunda göstermesi ve idarenin kullanacağı yetkinin sınırlarını çizmesi gerekir. Kanunda temel ilkelerin gösterilip çerçeve çizildikten sonra ise uzmanlık gerektiren ve teknik konular idarece düzenlenebilecektir.

Çeşitli alanlarda faaliyet gösteren idarenin bu alanlarda yürüttüğü kamu hizmetlerine ve kamu hizmetlerini yürüten personele ilişkin düzenlenmesi gereken çok sayıda ayrıntılı ve teknik konu vardır. İdarece yürütülen faaliyetin esaslı konuları arasında yer almayan ve sunulan kamu hizmetinin özelliği ve koşulları dikkate alınarak belirlenen bu hususlar düzenleyici işlemlerin konusunu oluşturabilir. Yürütülen faaliyetin içeriği ve şartları dikkate alındığında, örneğin; belli bir bilim dalıyla yakından ilişkili, ancak o bilim dalında yetkin kişilerce yürütülebilecek ya da o bilim dalının uygulanmasına yönelik faaliyetlerin uzmanlık gerektirdiği ve teknik bir konuya ilişkin olduğu söylenebilir.

İdarece sunulacak hizmete olan ihtiyacın hızlıca karşılanması ve bunun için hızlı karar alınması gereken durumlarda da uygulamaya ilişkin düzenlemeler idarece hayata geçirilebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi “uygulamaya ilişkin” konuların da uzmanlık gerektiren ve teknik konular gibi idareye verilen yetki ile düzenlenebileceği, bunun yasama yetkisinin devri anlamına gelmeyeceği görüşündedir. Bu yönde verdiği kararların birinde Mahkeme, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'deki, sağlık personelinin mesai

saatleri haricinde hizmetine ihtiyaç duyulduğunda ilgili sağlık kuruluşuna ulaşabilmeleri için alınacak tedbirlerin ve ilgililerin uyacağı kuralların Bakanlıkça belirleneceğine ilişkin düzenlemenin “uygulamaya ilişkin” ve ayrıntılı hususları içerdiğini, dolayısıyla kanunla yapılması gereken bir düzenleme olmadığını belirtmiştir³⁶³.

Uzmanlık gerektiren ve teknik alanlara ilişkin idareye verilen düzenleme yetkisi, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bazı kararlarda “işin özelliğinden kaynaklanan” bir yetki olarak da nitelenmiştir. Örneğin Mahkeme, kanun koyucunun Bakanlığa verdiği, mera alanında hayvancılık için gerekli bakım, barınma ve su ihtiyaçlarını karşılayacak zorunlu hayvancılık tesislerinin yapılması ve kullanılması ile ilgili usul ve esasları belirleme yetkisini işin özelliğinden kaynaklanan bir yetki olarak kabul etmiştir³⁶⁴.

Anayasa Mahkemesinin; “işin özelliğinden kaynaklanma”, “uygulamaya ilişkin olma”, “sık sık değişiklik yapılmasını gerektirme” gibi ölçütlerle nitelediği bu ve benzeri alanlar genel olarak uzmanlık gerektiren ve teknik alanlar olarak kabul edilebilecek alanlardır. Mahkeme’nin söz konusu alanlarda yasama organının koyduğu temel kurallar ve sınırlar çerçevesinde idarece düzenleme yapılabilecek olmasına yönelik verdiği kararlar, idarenin düzenleyici işlemlerinin konu unsurunun belirlenmesini de kolaylaştırır. Zira idarenin sahip olduğu düzenleme yetkisinin türevsel ve bağlı oluşu, bu nitelikteki bir düzenleme yetkisi kullanılarak tesis edilecek idari işlemlerin konu

³⁶³ Anayasa Mahkemesinin E. 2014/61, K. 2014/166 sayı ve 7.11.2014 tarihli kararı, 19.6.2015 tarihli R.G. Anayasa Mahkemesi ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu (Kurul) üyeleri ile Kurul personelinin uyacakları mesleki ve etik ilkeler ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususların Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikte düzenleneceğini öngören yasal düzenlemeyi de kanun koyucunun idareye “teknik ve uygulamayı esas alan detayların belirlenmesi” hususunda vermiş olduğu bir yetki olarak kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesinin E. 2013/24, K. 2013/133 sayı ve 14.11.2013 tarihli kararı, 22.7.2014 tarihli R.G.

³⁶⁴ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/51, K. 2013/159 sayı ve 26.12.2013 tarihli kararı, 9.5.2014 tarihli R.G. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/139, K. 2015/36 sayılı kararında Hazine Müsteşarlığına sigorta sözleşmesinden doğan uyumsuzlukların sigorta hukukunda veya sigortacılıkta belirli bir bilgi birikimi ve deneyime sahip kişiler tarafından çözülmesini sağlamak amacıyla verilen yetkinin; E. 2011/45, K. 2013/24 sayılı kararında YÖK’e verilen, mal ve hizmet teminine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin; E. 2010/93, K. 2012/20 sayılı kararıyla Gelir İdaresi Başkanlığı’nda istihdam edilecek sözleşmeli personelde aranacak niteliklerin, istihdam türüne bağlı sözleşmeli personel sayısı ile ödenecek sözleşme ücretinin tespitinin, istihdama dair hususlar ile sözleşme usul ve esaslarının Gelir İdaresi Başkanlığınca belirlenmesine ilişkin yetkinin; E. 2010/46, K. 2011/60 sayılı kararıyla da, Türkiye İstatistik Kurumunda 657 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (C) fıkrası uyarınca çalıştırılacak olan geçici personele ödenecek ücretlerin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesine ilişkin yetkinin “işin özelliğinden kaynaklanan”, uzmanlık gerektiren ve teknik konulara ilişkin olduğunu ifade etmiştir.

unsurunun ne olabileceğini ve ne olamayacağını da yakından ilgilendirir. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin kararlarında yasama yetkisinin asliliği ile idarenin düzenleme yetkisinin türevselliğini dikkate almakta ve bu iki özelliği yasama yetkisinin devredilmesi ilkesi çerçevesinde değerlendirmektedir. Bunun sonucunda vermiş olduğu kararlarda; bir taraftan söz konusu yasal düzenlemeler Anayasaya uygunluk bakımından denetlenirken diğer taraftan düzenleyici idari işlemlerinin konu unsurunu oluşturabilecek hususlar ortaya konulmuş olur.

3.3.1.2.1. Kamu Görevlilerine İlişkin Konular

Anayasa Mahkemesi kararlarında, kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri gibi Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken hususlarda genel ilkelerin ve çerçevenin kanunla belirlenmesi koşuluyla ayrıntılı düzenlemelerin idareye bırakılabileceği kabul edilmiştir. Bu kararların birinde 657 sayılı Kanun'da yer alan ve memurlara yapılacak yiyecek yardımının usul ve esaslarının idare tarafından belirlenmesini öngören yasal düzenleme³⁶⁵ Anayasa'ya uygun bulunmuştur:

“Devlet memurlarının yiyecek yardımından yararlanmaları ile ilgili olarak tüm memurlar yönünden tek tip bir düzenleme yapılması mümkün olmayıp bu yardımın kapsamı ve miktarı; yürütülen kamu hizmetinin niteliğine, memurların çalışma saatlerine, kamu kurumlarında çalışan memur sayısına, kurum tarafından yemek verilip verilmemesine, verilen yemeğin kurumda yapılmasına veya satın alınmasına, yemek maliyetlerindeki farklılıklara, kamu kurumlarının bütçe olanaklarına göre değişkenlik arz etmektedir.

Yiyecek yardımı, bir sosyal yardım olmakla birlikte, yukarıda belirtilen niteliği nedeniyle diğer sosyal yardımlardan farklı olarak ayrıntılı düzenlemeyi gerekli kılmaktadır. Söz konusu teknik ve ayrıntılı düzenlemenin ise mutlaka yasa ile yapılması zorunluluğundan bahsedilemez. Bu nedenle, yiyecek yardımının yasal düzenlemeye konu edilerek Devlet memurlarına yiyecek yardımı yapılabilmesine olanak tanınmasında ve

³⁶⁵ 657 sayılı Kanun'un iptali istenen 212. maddesi şöyledir: “Devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacakları ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esaslar Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının birlikte hazırlayacakları bir yönetmelik ile tesbit olunur.”

yiyecek yardımından faydalanılmasının usul ve esaslarının düzenlenmesinin yürütme organına bırakılmasında 'yasayla düzenleme ilkesi'ne aykırılık bulunmamaktadır.”³⁶⁶

Anayasa Mahkemesi Devlet memurlarına yiyecek yardımı yapılabilecek olmasını ve bu yardıma ilişkin kuralların Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının birlikte hazırlayacakları bir yönetmelikle düzenlenecek olmasını kanunla düzenlenme şartının yerine gelmiş sayılabilmesi için yeterli kabul etmiştir. Buna göre söz konusu yardımın miktarı, şekli, süresi ve kapsamına ilişkin ayrıntılı hususların idarece düzenlenmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelmez. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bu karar, Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken bir konuya ilişkin kanunda temel ilkelere yeterince yer verilmediği gerekçesiyle eleştirilebilir. Zira kanunda bir hakkın yalnızca tanınmış olması ve bu konuda düzenleme yapma yetkisinin hangi idarelerde olduğunun belirtilmesi, idarenin kullanacağı alanı sınırlayan bir çerçevenin varlığı için yeterli olmaz.

Mahkemenin verdiği bir diğer kararda ise İcra ve İflas Kanunu’nun 1. maddesinde yer alan; icra müdür ve icra müdür yardımcıları ile icra kâtiplerine ilişkin yazılı sınav, sözlü sınav, görevlendirme, nakil, unvan değişikliği, görevde yükselme ve diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kuralıyla kanunla düzenlenme şartının yerine geldiğine hükmedilmiştir. Mahkeme kararda şu ifadeleri kullanmıştır:

“Dava dilekçesinde de belirtildiği gibi memur olan icra müdürü ve icra müdür yardımcıları ile icra kâtipleri esasen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi olduklarından, bunlar açısından da kanunla düzenlenme şartı, anılan Kanun’da ve memurlara ilişkin diğer yasal düzenlemelerde ayrıntılı olarak yerine getirilmiş durumdadır.

Diğer taraftan, dava konusu fıkra da yönetmelikle düzenleneceği belirtilen yazılı ve sözlü sınavın esasları, 2004 sayılı Kanun’un 1. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında; görevlendirme, nakil, unvan değişikliği ve görevde yükselmeye ilişkin esaslar ise bu madde yanında 657 sayılı Kanun’da belirlenmiş bulunmaktadır.

³⁶⁶ Anayasa Mahkemesinin E. 2010/96, K. 2011/168 sayı ve 22.12.2011 tarihli kararı, 14.2.2012 tarihli R.G.

Dava konusu kural ise, 2004 sayılı Kanun'un 1. maddesi ve 657 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri ile esasları belirlenerek yasal çerçevesi çizilmiş bulunan hususlarda yönetmelikle düzenleme yapılmasını öngörmektedir.

Kanun koyucunun dava konusu kuralla düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılan hususlarda belirtilen kanun hükümleri ile temel kuralları belirleyip yasal çerçeveyi çizdikten sonra, bu çerçevenin içinde kalacak ve değişen koşullara göre farklılık gösterebilecek uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin ayrıntıların düzenlenmesini yürütmeye bırakmasında, Anayasa'nın 128. maddelerine aykırı bir yön bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.”³⁶⁷

Anayasa Mahkemesinin bu kararı da yine idareye ancak uzmanlık gerektiren ve teknik konularda düzenleme yetkisinin tanınabileceği kuralı çerçevesinde eleştirilebilir. Zira kanun koyucu icra müdür ve icra müdür yardımcıları ile icra kâtiplerine ilişkin Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi zorunlu hususların yönetmelikle düzenlenmesini öngörmüştür. Anayasa Mahkemesi söz konusu yasal düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulurken, icra müdür ve icra müdür yardımcıları ile icra kâtiplerinin 657 sayılı Kanun'a tâbi olduklarını ve kanunla yapılması gereken düzenlemelerin gerek 657 sayılı Kanun'da gerekse 2004 sayılı Kanun'da yer aldığını belirtmiştir. Mahkeme, ayrıca idareye bırakılan düzenleme alanının mezkur kanunlarda düzenlenmeyen ayrıntılı hususlarla sınırlı olduğunu vurgulamıştır. Burada Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun niyetini esas alarak adeta “kanun koyucu kanun metnini bu şekilde kaleme almış olsa da aslında niyeti bu değildir” demek istemiştir. Gerçekten de, kanun koyucunun niyeti ve idareye düzenleme yetkisi verirken ortaya koyduğu irade, diğer kanunlarda düzenlenmeyen ayrıntılı hususların idarece belirlenmesi yönünde olabilir. Ancak yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca kanun metninin bu irade ve niyeti daha açık ve belirgin olarak ortaya koyacak şekilde oluşturulup yanlış anlaşılma ve keyfi uygulamalara fırsat verilmemesi gerekir.

3.3.1.2.2. Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Konular

³⁶⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2012/100, K. 2013/84 sayı ve 4.7.2013 tarihli kararı, 2.8.2013 tarihli R.G.

Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi için idarenin ihtiyaç duyacağı düzenlemeler kanunla yapılabileceği gibi idarenin düzenleyici işlemleriyle de yürürlüğe konulabilir. Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen alanlarda idareye verilecek yetkinin ancak uzmanlık gerektiren ve teknik konulara ilişkin olmasına dikkat edilmelidir. Böylelikle kanun koyucunun yasal düzenlemeleri hayata geçirirken yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine riayet etmesi sağlanmış olur.

Anayasa Mahkemesi, örnek bir kararda madencilik faaliyetlerine ilişkin kanun koyucu tarafından verilen yetkiyle Bakanlık tarafından getirilecek kısıtlamaların uzmanlık gerektiren, teknik konulardan olduğunu belirtmiş ve şu ifadelere yer vermiştir:

“Bunun yanında, madencilik faaliyetlerinin yapılması ve ruhsatlandırma işlemlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak Bakanlık tarafından yapılacak olan kısıtlama, her madenin durumuna göre farklılık arzedecek nitelikte olup, özel bir uzmanlık ve teknik bilgi gerektirmektedir.

Bu nedenlerle, kuralda ve ilgili kanunlarda belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konularda iptali istenilen kurallar uyarınca Bakanlığa kısıtlama ve ruhsat müracaatına kapatma yetkisinin verilmesi yasama yetkisinin devri ya da idareye Anayasa’dan kaynaklanmayan bir yetkinin kullandırılması niteliğinde değildir.”³⁶⁸

İdarenin düzenleme yapabileceği alanın tespiti, hangi konuların uzmanlık gerektiren ve teknik bir alana ilişkin olduğunun belirlenmesiyle ortaya çıkar. Zira idare Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ancak kanun koyucunun çerçevesini çizdiği, uzmanlık gerektiren ve teknik konulara ilişkin düzenlemeler yapabilir. Aksi takdirde kanun koyucu yasama yetkisini devretmiş olur. Kararda da her madenin durumuna göre farklılık arz edecek hususların kanunda yer alması gereken ve çerçeve nitelikte konulardan olmadığı kabul edilmiştir. Bu durumda uzmanlık gerektiren ve teknik bir konu olan madencilik faaliyetine ilişkin kısıtlamaların Bakanlıkça belirlenmesi Anayasa’ya aykırı değildir.

³⁶⁸ Anayasa Mahkemesinin E. 2010/85, K. 2012/13 sayı ve 26.1.2012 tarihli kararı, 6.10.2012 tarihli R.G.

Bu doğrultuda vermiş olduğu bir diğer kararında Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun Bakanlar Kuruluna verdiği petrol faaliyet alanlarının kapatılıp açılması ve bu alanlarda değişiklik yapılabilmesine ilişkin yetkiyi “*Kanunla belirlenen bölgeler içerisinde nerelerde petrol faaliyeti yapılabileceğinin belirlenmesi teknik ve uzmanlık gerektiren bir konu olduğu*” gerekçesiyle yasama yetkisinin devri olarak görmemiş ve iptal istemini reddetmiştir.³⁶⁹

Mahkeme başka bir kararında ise tarımsal arazilerin satışına ilişkin Bakanlığa yetki veren yasal düzenlemeye ilişkin şu ifadeleri kullanmıştır:

*“Dava konusu kuralda da, bu şekilde tarımsal işletmeyle ekonomik bütünlük oluşturmayan arazilerin Bakanlık izniyle satılmasına imkân tanınmaktadır. Tarımsal araziler arasında ekonomik bütünlük bulunup bulunmadığı tamamen tarım tekniğine ilişkin bir husus olup her somut olayın koşullarına göre gerekli önlemleri alabilmesi için idareye takdir yetkisi tanınması yasama yetkisinin devri olarak görülemez.”*³⁷⁰

Bu kararlarda da görüldüğü üzere idarece yürütülen kamu hizmetlerinin çeşitliliği, bu hizmet alanlarındaki tüm düzenlemelerin yasama organınca gerçekleştirilmesini imkansız kılar. Zira çok farklı alanlardaki kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için ihtiyaç duyulan mevzuatın yürürlüğe konulması ve değiştirilmesinin TBMM’de çeşitli aşamalardan geçerek ve ancak belli bir süre sonunda yürürlüğe

³⁶⁹ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/96, K. 2014/118 sayı ve 3.7.2014 tarihli kararı, 21.5.2015 tarihli R.G. Mahkeme, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu’nun 12. maddesinde yer alan “Başvurulara ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” şeklindeki düzenleme hakkında verdiği kararında da şu ifadelere başvurmuştur: “*Dava konusu kuralla, Kuruma verilen başvurulara ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi, Kurumun faaliyet alanının kapsamında bulunan insan hakları ihlallerine ilişkin başvuruların yapılabileceği merciler, başvuru dilekçesinde bulunması gereken hususlar ve dilekçeye eklenecek belgeler, başvuru süresi, başvurunun kabul edilebilirlik koşulları, başvurunun incelenmesi, verilecek kararlar ve bu kararlara karşı öngörülen kanun yolları gibi teknik konuları içeren ve bu yönüyle uzmanlık gerektiren bir yetkidir.*” Anayasa Mahkemesinin E. 2012/98, K. 2013/92 sayı ve 17.7.2013 tarihli kararı, 31.12.2013 tarihli R.G.

³⁷⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 2014/133, K. 2014/165 sayı ve 30.10.2014 tarihli kararı, 10.1.2015 tarihli R.G. Anayasa Mahkemesi BTK’ya posta hizmetlerine ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilmesini de uzmanlık gerektiren ve teknik bir konu olarak nitelemiş ve kararında şu ifadelere yer vermiştir: “*Posta hizmetleri sektöründe düzenleyici ve denetleyici bir otorite olarak görev yapan ve Anayasa’nın 123. maddesi kapsamında bir kamu kurumu olan BTK’nın ... teknik konuları içeren ve bu yönüyle uzmanlık gerektiren bir yetki niteliğinde bulunan posta yoluyla gönderilmesi yasak maddeler ile kabulü şarta bağlı gönderilerle ilgili düzenlemeler yapmasının, yasama yetkisinin devri anlamına gelmeyeceği ve Anayasa’nın 123. maddesinde öngörülen idarenin kanuniliği ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır.*” Anayasa Mahkemesinin E. 2013/84, K. 2014/183 sayı ve 4.12.2014 tarihli kararı, 13.3.2015 tarihli R.G.

konabilecek olan kanunlar yoluyla gerçekleştirilmesi durumunda yasama organı asli işlevini yerine getirmekten uzaklaşır. Öte yandan böyle bir durumda, idare de kamu hizmetlerini gereği gibi yürütemeyeceğinden, devlet mekanizması işleyemez ve bunun sonucunda toplumun ihtiyaçları karşılanamaz. Belirtmek gerekir ki, bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de ilgili olup hangi organın hangi nitelik ve konuda işlem tesis ederek fonksiyon icra edeceği hususunun kamu yararı doğrultusunda belirlenmesini gerektirir.

3.3.1.2.3. İdarenin Hızlı Karar Alması Gereken Konular

İdarenin faaliyet gösterilen alanın niteliği gereği ve kamu hizmetlerinde aksamanın önüne geçilmesi için hızlı karar alması gereken konular bulunmaktadır. Zira söz konusu kamu hizmeti alanlarındaki ihtiyaçların ve koşulların sık sık ve hızlıca değişebilmesi karşısında mevzuatın da bu değişikliklere uyum sağlayabilmesi ihtiyaç duyulan düzenlemelerin gereken hızda hayata geçirilmesiyle mümkün olur.

Aynı zamanda uzmanlık gerektiren ve teknik nitelik taşıyan bu konuların kanunla düzenlenmesi uzun bir süreç gerektireceğinden idareye bu alanı düzenleme yetkisi verilebilir. Anayasa Mahkemesi de, sık sık mevzuat değişikliğine gidilmesi ve hızlı hareket edilmesi gerekli olan alanlarda düzenleme yapma yetkisinin, kanun koyucuya göre daha dinamik bir yapıya sahip olan idareye verilmesi gerektiği düşüncesidir. Nitekim bu yönde verdiği kararların birinde şu ifadelerle başvurmuştur:

“Ekonomik olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu ve yasama organının yapısı ve işleyiş biçimi dikkate alındığında, yasama organının idareyi yetkilendirmesinin gerekli olduğu açıktır. Başka bir anlatımla, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda, yasama organı genel ifadelerle düzenleme yaparak, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususları idareye bırakabilecektir. Bu bağlamda, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen ekonomik, teknik veya benzeri alanlarda kanuni dayanağı olmak kaydıyla ayrıntıların düzenlenmesinin idareye bırakılması, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Bu çerçevede, dava konusu kuralın yer aldığı fıkra da elektrik dağıtım faaliyetine ilişkin temel esasların belirlenmiş ve dava konusu kuralla da ancak verimlilik artışı sağlayabilecek dağıtım faaliyeti dışındaki piyasa dışı faaliyetlerin Kurum tarafından çıkartılacak olan yönetmelikle düzenleneceğinin ifade edilmiş olması ve verimlilik artışı sağlayabilecek dağıtım faaliyeti dışındaki piyasa dışı faaliyetlerin mutlaka kanunla belirlenmesi zorunluluğunun bulunmaması karşısında, yasama yetkisinin devrinden söz edilemez.”³⁷¹

Mahkeme bir diğer kararında ise kanun koyucunun gıda ve yem işletmelerinin işin özelliğine göre, konu ile ilgili lisans eğitimi almış en az bir personel çalıştırmak zorunda olduğunu belirledikten sonra idareye verdiği, hangi işletmelerin hangi uzmanı çalıştırması gerektiğinin tespiti yönündeki yetkiyi “*gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişiklik yapılması gereken teknik alanda, yürütmeye 'bilimsel gelişmeler ve günün koşulları' kriterlerine dayalı olarak değişiklik yapma*” niteliğinde verilen bir yetki olarak kabul etmiştir³⁷².

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu başka bir kararda, kanun koyucunun idareye verdiği yetkinin gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişiklik yapılması gereken bir

³⁷¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/65, K. 2014/93 sayı ve 22.5.2014 tarihli kararı, 24.6.2015 tarihli R.G. Benzer yönde: “*İptal istemine konu Ek Madde 1'in ikinci ve üçüncü tümcelerinde; radyasyon dozu limitlerinin belirlenmesi, doz limitlerinin aşılmaması için alınması gereken tedbirler, doz limitlerinin aşılmaması halinde izinle geçirilecek süreler ve alınacak diğer önlemlerin, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.*

Radyasyon doz limitlerinin çalışılan kurum veya bölüme göre farklılık gösterebileceği gibi teknolojik gelişmelerle de bu limitlerin zaman içinde değişmesi olasıdır. Bu nedenle radyasyon doz limitlerinin belirlenmesi veya bu limitlerin aşılmaması için alınacak önlemlerin tespitinin idareye bırakılmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.” Anayasa Mahkemesinin E. 2010/29, K. 2010/90 sayı ve 16.7.2010 tarihli kararı, 4.12.2010 tarihli R.G.

³⁷² Anayasa Mahkemesinin E. 2010/80, K. 2011/178 sayı ve 29.12.2011 tarihli kararı, 29.5.2012 tarihli R.G. Anayasa Mahkemesinin bu yönde verdiği diğer bir kararda ise “*işyeri sağlık ve güvenlik birimleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin nitelikleri, bunlardan hizmet alınmasına ilişkin hususlar, bu birimlerde bulunması gereken araç, gereç ve teçhizat ile görevlendirilecek işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personelinin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma şartları, görevlerini nasıl yürütecekleri, eğitimleri ve belgelendirilmeleri ile eğitim kurumlarının yetkilendirilmeleri, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı eğitim programlarının ve bu programlarda görev alacak eğiticilerin niteliklerinin belirlenmesi ve belgelendirilmeleri ile eğitimlerin sonunda yapılacak sınavların, ilgili tarafların görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi*” gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişiklik yapılması gereken ekonomik, teknik veya benzeri bir alan olarak kabul edilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2010/93, K. 2012/20 sayı ve 9.2.2012 tarihli kararı, 26.7.2013 tarihli R.G.

alana ilişkin olmasının yanı sıra “o alana ilişkin kanun çıkarılamayacak olmasını” da vurgulamıştır. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“Hazine garantili borçlanmayı yapan kuruluşların mali durumları, kuruluşlara daha önceden garantili ve ikrazlı kredi sağlanmış olması halinde söz konusu kredilerin geri ödeme performansı ve sağlanan kredinin finansman koşullarının farklılığı, yükümlülüklerini yerine getirmede gösterdikleri hassasiyetlerdeki farklılıklar nedeniyle uygulamada ortaya çıkabilecek farklı durumları karşılayabilmesi ve sakıncaları giderebilmesi için hem düzenlemenin genel olması hem de takdir alanının geniş tutulmasının bir zorunluluk olduğu görülmektedir. Ayrıca Bakan'ın bu oranı artırırken kuruluşların mali durumlarını ve daha önceki borç ödeme performanslarını dikkate alacağı bunun da uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin bir husus olduğu açıktır. Hazine garantili borç kullanacak her kurum veya kuruluşun garanti ücretinin belirlenmesine yönelik bir kanun çıkarılmasının mümkün olmadığı da göz ardı edilmemelidir.”³⁷³

Anayasa Mahkemesinin kararında belirttiği üzere asli düzenleme yetkisi bulunan yasama organının uygulamada ortaya çıkabilecek farklı ve subjektif durumlar nedeniyle belli bir konuda kanun çıkaramayacak olması, kanunların genelliğiyle alakalıdır. Zira belli bir konuda her kişi ya da kurum için ayrı ayrı yasal düzenlemeler yapılması kanunların genellik özelliğiyle bağdaşmaz. Yasama organının çerçeveyi çizip temel kuralları koyduğu konular bakımından uygulamada ortaya çıkabilecek farklılıklar ve subjektif durumlara ilişkin işlemler ise idarece kullanılacak takdir yetkisi sonucu yürürlüğe konulacaktır.

3.3.2. Anayasa Uyarınca Kanunla Yapılması Zorunlu Düzenlemeler

Anayasa’da yer alan bazı konular hakkında sadece yasama organı tarafından işlem tesis edilebilecek olup, bu konular ancak bir kanun aracılığıyla düzenlenebilecektir. Diğer bir ifadeyle bahsedilen konulara ilişkin idarenin düzenleme yetkisi Anayasa’da belirtilen işlemler bakımından kısıtlanmıştır. İdare Anayasa’nın mutlaka kanunda yer almasını öngördüğü bu hususlarda ancak kanunun uygulanmasına ilişkin teknik ya da

³⁷³ Anayasa Mahkemesinin E. 2008/84, K. 2010/121 sayı ve 30.12.2010 tarihli kararı, 12.7.2011 tarihli R.G.

ayrıntılı düzenlemeler getirebilir. Yasama organının düzenleme yetkisi bakımından asli ve münhasır³⁷⁴ nitelik arz eden bu alanlar bir yönüyle idarenin işlem tesis edemeyeceği konuları göstermekte olup; bu alanlardaki sınırlama, kural koyma, kaldırma ya da değiştirme ve koşul belirleme gibi tasarruflar Anayasa uyarınca zorunlu olarak kanunla gerçekleştirilmelidir³⁷⁵. Belirtmek gerekir ki Anayasa’da bu konulara ilişkin yer alan kuralların, kanunla düzenlenmesi öngörülen diğer konulardan farkı; o alana ilişkin idareye yönelik açıkça yasaklayıcı nitelikte bir vurgu içermesi ve hangi konuların idari işlemin konusunu oluşturamayacağının belirtilmiş olmasıdır³⁷⁶. Ayrıca kanun koyucunun tekelinde yer alan bu konular hakkında yürürlüğe konulacak yasal düzenlemelerde mutlaka yer verilmesi gereken temel ilkeler arasında, Anayasa’da belirtilen bu hususların da bulunması gerektiği sonucu çıkarılabilir. Zira Anayasa’da “kanunla düzenlenmesi” öngörülen konularda, bu şartın yerine getirilmiş olması için kanunda yer alması gereken temel ilkelerin belirlenmesi kanun koyucuya bırakılmakta; kanun koyucunun kanunda temel ilkelere yer verip vermediği ise Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan denetim sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak kanunla yapılması gereken tasarruflarda ise anayasa koyucu, kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gereken hususlara doğrudan Anayasa’da yer vermiştir.

Münhasır kanun alanına giren konularda ise Anayasa uyarınca yalnızca şekli anlamda bir kanunun konusu yapılma zorunluluğu getirilen hususlar ilgili alana ilişkin yasal düzenlemelerin olmazsa olmazlarıdır. Bu alanda yer alan konular, kanun koyucunun idarenin düzenleme alanına bırakacağı konular bakımından bir sınırı ifade eder. Bu nedenle münhasır kanun alanına giren işlemleri de kapsayan bir yasal düzenleme söz konusu olduğunda; kanun koyucu, asli düzenleme yetkisini kullanırken idareye bu alanlara ilişkin işlem tesis etme yetkisi veremez. Başka bir ifadeyle idareye yetki tanınırken söz konusu alana ilişkin konulara kanunda yer verilmesi bakımından kanun

³⁷⁴ Yasama organının münhasır düzenleme yetkisi kavramı, bu çalışmada Anayasa uyarınca “kanunla düzenlenmesi” öngörülen konulardan farklı şekilde kullanılmıştır. Nitekim kelimenin sözlük anlamı da dikkate alındığında, Anayasa uyarınca yasama organının düzenleme yetkisi bakımından tekel nitelik arz eden ve “ancak kanunla” düzenlenmesi gereken konuların münhasır kanun alanında yer aldığını söylemek daha isabetlidir. Halbuki doktrinde ve yargı kararlarında münhasır kanun alanı kavramı, Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları da kapsar biçimde kullanılmaktadır.

³⁷⁵ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s.165; Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, 89 vd.; Akbulut, s. 246.

³⁷⁶ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 90; Akbulut, s. 246.

koyucu Anayasa uyarınca bağılı yetki içerisinde olup, idarenin bu konularda işlem tesis etmesi fonksiyon gaspı anlamına gelir³⁷⁷.

Anayasa’da yalnızca kanunla düzenlenmesi öngörülen bu konularda idarenin asli nitelikte düzenleme yapamayacağı Danıştay tarafından da dile getirilmiştir. Bu yöndeki kararların birinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) şu ifadelere yer vermiştir:

“İdareler, yasada dayanağı bulunmak ve üst hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla görev alanlarıyla ilgili her konuyu yönetmeliklerle düzenleyebilirler. Ancak “münhasır kanun alanı” olarak da ifade edilen tamamen yasa konusu olan (temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması gibi) bazı alanların yönetmelikle düzenlenemeyeceği kuşkusuzdur. ...

Ancak, bu alanda düzenleme yapma yetkisine sahip olan idarenin, bu yetkisini kullanırken sadece yasayla düzenlenebilecek alanlara müdahale edip etmediğinin, yetkisini üst hukuk kurallarına uygun olarak kullanıp kullanmadığının saptanmasının dava konusu Yönetmeliğin iptali istenilen maddelerine yönelik olarak yapılacak bir inceleme sonucu ortaya çıkacağı açıktır... ”³⁷⁸

Kararda değinilen, tamamen yasa konusu olan bazı alanların yönetmelikle düzenlenemeyeceği hususu; yukarda da belirtildiği üzere, söz konusu alana ilişkin Anayasa’nın kanun koyucunun düzenleme alanına münhasır kıldığı temel nitelikteki kuralların idarece belirlenemeyeceğini ifade eder. Aksi yönde çıkarılacak anlam, idarenin bu alanlara ilişkin hiçbir düzenleme yapamayacağı sonucunu beraberinde getirir ki bu da, idarenin kanunların uygulanması görevini yok saymak anlamına geleceği için isabetli olmaz. Ayrıca söz konusu alanlara ilişkin tüm düzenlemeleri kanun koyucunun yapmasını beklemek de makul bir beklenti değildir.

³⁷⁷ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 438.

³⁷⁸ Danıştay İDDK, 24.12.2009 tarih ve YD. İtiraz No: 2009/1042 sayılı karar. Karar için bkz. Yıldırım, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 17 vd; “Görünmez Elin Ekolojisi, Biyogüvenlik ve GDO”, TMMOB Ziraat Mühendisleri Odası ve Ekoloji Kolektifi (ortak yayın) , Ankara 2010, s. 383.

3.3.2.1. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması

İdarenin işlem tesis etmesine yönelik yasaklama içeren sınırlı sayıdaki düzenlemelerin en önemlilerinden biri Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve “ancak kanunla” sınırlanabilecek olmasıdır. Görüldüğü üzere Anayasa uyarınca temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilecek olması idareye yönelik açık bir yasaklama içermektedir³⁷⁹. Bunun yanı sıra temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlamalar bu alana ilişkin yapılacak yasal düzenlemelerde temel bir ilke olarak yer alır.

İdarenin temel hak ve hürriyetlere kanunda öngörülme­yen bir sınırlama getiremeyecek olması Anayasa'da münhasır kanun alanı kapsamına giren düzenlemelerin “ancak kanunla” yapılacağına ilişkin vurgunun bir sonucudur. Bir diğer ifadeyle anayasa koyucunun “temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması kanunla düzenlenir” yerine “temel hak ve hürriyetler, ... ancak kanunla sınırlanabilir.” ifadesini tercih etmesi bu alanda idareye yönelik yasaklama getirme iradesinin bir tezahürüdür. Bu durumda temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirecek düzenlemeler ancak kanunla yapılabilecek olup, idare düzenleyici işlemlerle temel hak ve hürriyetlere yönelik kanunda yer almayan bir sınırlama getiremez. Bu noktada belirtmek gerekir ki temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilecek olması idarenin temel hak ve hürriyetlere ilişkin hiçbir şekilde düzenleme yapamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira idare yasal bir düzenleme bulunduğu müddetçe kanunların uygulanmasını sağlamak görevi kapsamında temel hak ve hürriyetlere ilişkin ayrıntılı hususlarda düzenleme yapabilir.

³⁷⁹ Anayasa Mahkemesi de yürürlükten kaldırılan 28/4/2004 tarihli ve 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “Hakkında idarî makamlar veya yargı mercilerince müsabakalara giriş yasağı verilenler, müsabakanın başlamasından iki saat önce bulunduğu yerin karakoluna giderek müsabaka süresince burada bulunmak zorundadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen veya yasaklı olmasına rağmen spor alanına girenlere üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.” şeklindeki kuralı Anayasa'ya aykırı bulduğu kararında şu ifadeleri kullanmıştır: “İptali istenilen kuralla, idarenin vermiş olduğu bir kararla kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım öngörülmekte ve müsabakanın yapıldığı yer ve hangi müsabakalar için uygulanacağı yönünde yasal bir açıklık bulunmamaktadır.” Anayasa Mahkemesinin E. 2005/55, K. 2006/4 sayı ve 5.1.2006 tarihli kararı, 20.11.2007 tarihli R.G.

Bu hususta Danıştay, Milli Eğitim Bakanlığı Özel Motorlu Taşıt Sürücülerİ Kursu Yönetmeliği'nin bazı maddelerini iptal ettiği yakın tarihli bir kararında münhasır kanun alanına giren bir düzenlemenin düzenleyici işlemle yapılarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“Öte yandan, Anayasanın 35. maddesinde; herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu, bu hakkın, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği belirtilmiş olup, dava konusu düzenleme, hukukuna aykırı olarak, sürücü kurslarının mülkiyetinde bulunan direksiyon eğitim araçlarının kullanım amacına yönelik olarak kanun dışında bir düzenleyici işlem türü olan yönetmelikle sınırlandırma getirmesi yönüyle de hukuka aykırıdır.”³⁸⁰

Karara konu olan düzenlemede “direksiyon eğitim araçlarının eğitim ve sınav dışında başka amaçla kullanılamayacağı” ve “birden fazla kurs tarafından kullanılan direksiyon eğitim alanlarının kiralık olması halinde mevcut kiracıların muvafakatı alınmak kaydıyla arsa sahibi ile her kurs için ayrı ayrı kira sözleşmesi yapılacağı” kuralları yer almaktadır. Danıştay, her iki düzenlemenin de mülkiyet hakkını kısıtlayıcı nitelikte olduğunu belirttiği kararında; temel hak ve hürriyetlerden birini teşkil eden bu hakka yönelik sınırlamanın münhasır kanun alanına girmesi nedeniyle ancak kanunla yapılabileceği; dolayısıyla olayda kanunda yer alması zorunlu olan “sınırlandırma” yetkisinin idareye bırakılarak idarenin düzenleme yetkisinin sınırının aşıldığı gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. Danıştayın bu yaklaşımının, idarenin kişilerin hak ve özgürlüklerini kanunilik ilkesine aykırı ve keyfi biçimde sınırlandırmasının önüne geçilmesi bakımından isabetli olduğunu belirtmek gerekir.

3.3.2.2. Kişisel Verilerin İşlenmesi

Münhasır kanun alanına ilişkin başka bir örnek ise Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, kişisel verilerin “ancak kanunda öngörülen hallerde” işlenebileceği kuralıdır. Burada da idarenin düzenleme yetkisiyle kişisel verilerin işlenmesini mümkün kılacak yeni şartlar koyması yasaklanmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu, yapacağı

³⁸⁰ Danıştay İDDK, 26.2.2015 tarih ve YD İtiraz: 2015/155 sayılı kararı. (Yayımlanmamıştır.)

düzenlemede idareye kişisel verilerin işlenmesine yönelik kural koyma yetkisi veremez. Bu husus, kişisel verilerin işlenmesi konulu yasal düzenlemelerde Anayasa uyarınca mutlaka yer alması gereken temel bir ilkedir. Bu durumda kanunda öngörülmeyen bir sebeple kişisel verilerin işlenebilmesini sağlayacak bir düzenleme getiremeyecek olan idare; ancak kanunun uygulanması amacıyla ve kanuna aykırı olmamak şartıyla ayrıntılı hususları düzenleyebilecektir. Nitekim bu anayasal kural gereği 7.4.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 5. maddesinde kişisel verilerin işleme şartlarına yer verilmiş; Kanun’un 7. maddesinde ise kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hale getirilmesine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür.

3.3.2.3. Ceza ve Ceza Yerine Geçen Güvenlik Tedbirlerinin Konulması

Anayasa’nın 38. maddesinde ise “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” kuralı getirilmiş ve idarenin düzenleyici işlem tesis ederek ceza ya da ceza yerine geçen güvenlik tedbiri koyamayacağı belirtilmiştir. Yani anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemle ceza ya da ceza yerine geçecek güvenlik tedbiri koymasını yasaklamış ve bunların kanun koyucu tarafından yapılacak düzenlemede temel ilke olarak yer alması gerektiğini kurala bağlamıştır. Başka bir deyişle ceza ya da ceza yerine geçecek güvenlik tedbirlerini belirleme yetkisi; Anayasa’nın, kanunla düzenlenme şartının sağlanması için mutlaka kanun koyucu tarafından kullanılmasını öngördüğü ve idarece kullanılamayacak bir yetkidir. Nitekim ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş, Kanun’un 47. maddesinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının kanun ve tüzükte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çektirileceği belirtilmiştir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazına ilişkin düzenlemeler ise 6.4.2006 tarihinde yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’ün yine 47. maddesinde Bakanlar Kurulu tarafından getirilmiştir. Böylelikle kanun koyucu tarafından belirlenmiş olan ceza ve güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin ayrıntılı kurallar idarece yürürlüğe konulmuştur.

3.3.2.4. Malî Yükümlülüklerin Konulması, Değiştirilmesi ve Kaldırılması

Anayasa’da münhasır kanun alanı olarak öngörülen bir diğer husus ise 73. maddenin 3. fıkrasında yer alan; vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı kuralıdır. Anayasa’daki bu kuralla idarenin; vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülük getiremeyeceği düzenlenmiş olsa da bu durum idarenin bu konularda hiç düzenleme yapamayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda şu ifadelerle başvurmuştur:

“Vergi ve malî yükümlülüklerin kanunla konulmasını öngören 73. madde, malî yükümlülüğün yalnızca yasa ile konulabileceği ve yasanın hiçbir şekilde bu konuda yürütme organını ve idareyi yetkili kılamayacağı anlamındadır. Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfî uygulamalara neden olmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın ve vergilerin matrah ve oranlarının, yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanaşımı gibi belli başlı temel öğelerinin kanunlarla belirlenmesi gerekir. Ancak, kanun ile her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemenin olanaklı bulunmadığı durumlarda çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idari işlem yapma yetkisi verilebilir.”³⁸¹

Kanun koyucu vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin miktar ve oranı, uygulanma şartları, muhatapları gibi temel nitelikteki diğer hususlara kanunda yer vererek kanunla düzenlenme şartını gerçekleştirdikten sonra söz konusu mali yükümlülüklerle ilişkin ayrıntılı hususların Bakanlar Kurulu tarafından düzenlenmesini öngörebilir. Zira Anayasa’nın 73. maddesinin 4. fıkrasında “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.” kuralına yer verilerek kanunla konulan vergi, resim, harç

³⁸¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2014/183, K. 2015/122 sayı ve 30.12.2015 tarihli kararı, 13.1.2016 tarihli R.G.

ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin değişikliklerin kanuna uygun olmak şartıyla idarece yapılabilmesi mümkün hale getirilmiştir.

Bunun yanında münhasır kanun alanında yer alan bir konunun kanunda sadece ismi zikredilerek, idareye konunun esaslı unsurlarında düzenleme yapma yetkisi verilmesi de Anayasa'ya aykırı olur. Konuya ilişkin bir kararında Anayasa Mahkemesi döner sermaye işletmelerinin gelirlerinin harç benzeri yükümlülükleri ilgilendireceğini belirterek yürütme organına düzenleme yetkisi veren kanun hükmünün ilgili kısmını iptal etmiştir:

“Anayasanın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında, 'vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır' denildiğinden, harç benzeri mali yükümlülük niteliği taşıyan döner sermaye gelirlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak, kanun koyucunun yalnızca konusunu belli ederek bir vergi, resim, harç veya benzeri mali yükümlülük alınmasına izin vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılması için yeterli değildir. Getirilen mali yükümlülüğün miktar ve oranının da kanunda gösterilmesi zorunludur. Dava konusu kuralla bu zorunluluğa aykırı davranılarak mahiyeti itibarıyla 'harç benzeri mali yükümlülük' niteliği taşıyan döner sermaye işletmesi gelirlerinin miktar ve oranına ilişkin düzenleme yapma yetkisi yürütmeye bırakılmıştır.”³⁸²

Kararda “vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır” şeklindeki kural, idarenin sayılan mali yükümlülükleri koymasını yasaklamasına rağmen, kanun koyucu tarafından verilen yetkinin mali yükümlülük “koyma” niteliğinde olduğu gerekçesiyle ilgili hüküm iptal edilmiştir. Kanun koyucunun Anayasa'da sayılan mali yükümlülüklerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasına yönelik münhasır nitelikte bir yetkisi olduğundan yükümlülüğün miktar ve oranının da kanunla belirlenmesi zorunludur. Diğer bir deyişle yükümlülük koyma, bu yükümlülüğün miktarını ve oranını belirlemeyi de içeren bir yetkidir. Bu nedenle idarenin, yasama organının tekel nitelikte sahip olduğu düzenleme yetkisini kullanması

³⁸² Anayasa Mahkemesinin E. 2011/16, K. 2012/129sayı ve 27.9.2012tarihli kararı, 22.11.2013 tarihli R.G.

sonucunun doğmaması için söz konusu mali yükümlülüğün miktar ve oranının da kanunda yer alması gerekir.

Öte yandan kanun koyucu tarafından Bakanlar Kuruluna vergi oranlarını sıfıra kadar indirebilme yetkisi verilmesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususu da önemlidir. Zira Anayasa'nın 73/3. maddesi uyarınca; vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kanunla konulması, değiştirilmesi veya kaldırılması zorunludur. Bu doğrultuda, Bakanlar Kuruluna Anayasa'nın 73/4. maddesinde yer alan “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.” hükmü uyarınca kanunla verilecek vergi oranının sıfıra indirilebilmesine yönelik yetkinin, verginin idari işlemle kaldırılması anlamına gelip gelmediği doktrinde ve yargı kararlarında tartışılmıştır³⁸³. Anayasa Mahkemesi bu konuda verdiği kararların birinde, idareye vergi oranının sıfıra indirebilme yetkisi verilmesinin, verginin kaldırılması anlamına gelmediğine hükmetmiştir:

“Öte yandan, vergi oran ya da tutarlarının, yasanın belirttiği alt ve üst sınırlar içinde Bakanlar Kurulu'nca değiştirilebilmesi, mevcut ekonomik koşulların özelliklerine göre önemli sosyo-ekonomik amaçlara ulaşabilmek için gereklidir. Bir vergi tutarının Bakanlar Kurulu'nca sıfıra kadar indirilmesi hiçbir zaman o verginin kaldırılması anlamına gelmez. Bu durumda vergi bir kurum olarak devam etmekte olup Bakanlar Kurulu, ekonomik koşullara göre dilediği zaman bu tutarı yasa ile belirlenen sınırlar içinde kalarak arttırabileceğinden, vergi tutarının Bakanlar Kurulu'nca sıfıra kadar indirilmesinin verginin kaldırılması anlamını taşıdığı ve bunun verginin yasallığı ilkesine aykırılık oluşturduğu yönündeki sav da yerinde görülmemiştir.”³⁸⁴

³⁸³ Konuya ilişkin doktrindeki görüşlerin ve yargı kararlarının ele alındığı bir çalışma için bkz. Soner YAKAR-Tamer BUDAK, “Bakanlar Kurulunun Vergi Oranını Belirleme Yetkisinin Alt Sınırı: “Sıfır Oran”ın Anlamı”, Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 22, S.1, 2013, sa. 399-426.

³⁸⁴ Anayasa Mahkemesinin E. 2005/73, K. 2008/59 sayı ve 21.2.2008 tarihli kararı, 07.11.2008 tarihli R.G. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesinin E. 1986/5, K. 1987/7 sayı ve 19.3.1987 tarihli kararı, 12.11.1987 tarihli R.G. Anayasa Mahkemesi başka bir kararda ise Bakanlar Kuruluna sıfır oran belirleme yetkisi verilmesinin ilgili kişilerden fiilen vergi alınmaması sonucunu doğuracağını ve bu düzenlemeler bakımından Anayasa'nın vergilendirme ilkelerine uyulması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2006/119, K. 2009/145 sayı ve 15.10.2009 tarihli kararı, 08.01.2010 tarihli R.G.

Anayasa Mahkemesi içtihadı, vergi oranının idarece sıfıra indirilebilmesinin verginin kurumsal olarak kaldırılması anlamına gelmediği, diğer bir ifadeyle hukuki anlamda verginin varlığını devam ettireceği gerekçesiyle hukuka uygun olduğu yönündedir. Mahkeme öte yandan idarece sıfır olarak belirlenen vergi oranının şartlar değiştirildiğinde arttırılabileceğine vurgu yapmıştır. Diğer yandan verginin kaldırılması ve konulması benzer nitelikte işlemlerdir. Bu doğrultuda, idarenin sıfır olarak belirlediği vergi oranını yükseltmesi halinde vergi “koyduğu” söylenemeyeceğinden, oranı sıfıra indirmesi durumunda da vergiyi kaldırdığından bahsedilemez.

Karara yazılan karşıoyda ³⁸⁵ ise Anayasa’nın 73. maddesinde yer alan düzenlemenin verginin yalnızca hukuken değil fiilen de kanunla kaldırılması gerektiğini öngördüğü belirtilmiştir. Bu nedenle oranın sıfıra düşürülmesinin verginin fiilen kaldırılması anlamına geleceği ve bu durumun da Anayasa’ya aykırılık teşkil edeceği savunulmuştur. Bu görüş doğrultusunda; idareye verilen yetkiyle, ancak kanunla gerçekleştirilebilecek olan bir tasarrufun idari işlemle yürürlüğe konulabilmesinin önünün açıldığı ileri sürülebilir. Böylelikle idare, ancak kanunun konusu olabilecek bir alanda konu unsuru yönünden sakat bir işlem tesis etmiş olur. Bu görüş her ne kadar tutarlı ve makul gözükse de idarenin, verginin “kaldırılması” yönünde bir irade ortaya koyduğunun kabul edilmesi bakımından yeterli değildir. Diğer yandan, Anayasa’nın 73. maddesinde yer alan hüküm nedeniyle; verginin hem fiilen hem de hukuken kanunla kaldırılması ya da konulması gerektiği yönünde ortaya atılacak görüş de karşıoyda ileri sürülen gerekçenin tatmin edicilikten uzak olması sonucunu doğurur.

3.3.2.5. Türk Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybedilmesi

Münhasır kanun alanına giren konulardan olan vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi şartları da yalnızca yasama organı tarafından belirlenebilir. Anayasa’nın 66. maddesindeki bu hüküm uyarınca; Türk vatandaşlığının kazanılması kanunun gösterdiği

³⁸⁵ Karşıoy yazan üye Fulya Kantarcıoğlu’nun gerekçesi şu şekildedir: “İtiraz konusu kuralla maktu vergi tutarlarını sıfıra kadar indirme konusunda Bakanlar Kuruluna verilen yetki, verginin belirli veya belirsiz bir süre kaldırılması sonucunu doğuracağından verginin kanuniliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Sıfıra indirme yetkisinin kullanılmasının verginin kaldırılması anlamına gelmediği, Bakanlar Kurulu’nun, ekonomik koşulları oluştuğunda yeniden oran belirleme yetkisinin bulunduğu gibi gerekçelere ise, oranı sıfıra indirilen verginin hukuken değilse de fiilen kaldırılmış olduğu gerçeği karşısında Anayasal geçerlilik tanımak olanaksızdır.”

şartlarda mümkün olup, kaybedilmesi de yine ancak kanunda belirtilen hallerde söz konusu olabilir. Bu anayasal düzenlemede de vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi şartlarının vatandaşlığa ilişkin çıkarılacak bir kanunda mutlaka yer alması gereken temel ilkelerden olduğu vurgulanarak, bu şartların yasal bir düzenleme bulunmaksızın idarece belirlenmesi yasaklamıştır. Anayasa'daki bu kural uyarınca 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda vatandaşlığın kazanılma ve kaybedilme şartları düzenlenmiş ve Kanun'un 46. maddesinde "Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." ifadesiyle idareye düzenleme yetkisi tanınmıştır. Bakanlar Kurulu ise 11.2.2010 tarihinde Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'i kabul ederek vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi şartlarına ilişkin kuralları da içeren bir düzenleme yapmıştır. Böylelikle kanunda, Anayasa'da öngörülen hüküm doğrultusunda vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi şartlarına yer verildikten sonra uygulamaya ilişkin türevsel nitelikteki düzenlemelerin idarece ihdas edilmesi sağlanmıştır.

3.3.2.6. Merkezi Yönetim İdari Vesayet Yetkisi Tanınması

Yerinden yönetim sisteminin uygulanması sonucunda, devlet dışındaki kamu tüzelkişiliklerinin devletin bütünlüğünü tehlikeye sokma ve kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleme ihtimali doğar³⁸⁶. Yerinden yönetim sisteminin uygulanmasıyla ortaya çıkabilecek böyle bir tehlikeyi önlemek ve devletin birliğini sürdürebilmek için merkezi idarenin, yerinden yönetim kuruluşlarının işlemlerini ve eylemlerini onaylamak, reddetmek, değiştirerek onaylamak, iptal etmek ya da ertelemek gibi yetkileri idari vesayet olarak adlandırılır³⁸⁷. Kamu tüzelkişilerinin denetiminde kullanılan bir kavram olan idari vesayetnin amacı, idarenin bütünlüğü ilkesinin uygulanarak kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırı işlem ve eylemlerin önüne geçilmesidir.³⁸⁸

Anayasanın 127. maddesinin 5. fıkrasında merkezi yönetim yerel yönetimler üzerindeki yetkisi şu şekilde ifade edilmiştir: "Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu

³⁸⁶ Günday, s. 84.

³⁸⁷ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 259; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 91-92.

³⁸⁸ Yıldırım, "Türkiye'nin İdari Teşkilatı", (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 37.

görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir.”

Her ne kadar kural olarak merkezi yönetimin mahalli idareler üzerinde kullandığı bir yetki olsa da merkezi yönetim ile hizmet yerinden yönetim kuruluşları ve hatta merkezi yönetimle kamu hizmeti gören özel hukuk kişileri arasındaki ilişkinin³⁸⁹ de idari vesayet kapsamında düşünülebileceği ifade edilmiştir³⁹⁰. Anayasa Mahkemesi de merkezi yönetimin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki yetkisini vesayet olarak nitelemektedir. Bununla birlikte Mahkeme, bu kararında söz konusu vesayetin Anayasa'nın 127. maddesinde düzenlenen idari vesayetten farklı olduğunun da altını çizmiştir³⁹¹.

Merkezi yönetimin yerinden yönetim idarelerinin işlemleri, organları ve personeli üzerinde uyguladığı denetim olarak da tanımlanan³⁹² idari vesayet, devlet tüzelkişiliğinden ayrı bir tüzelkişilik olarak teşkilatlanan ve bu suretle özerk nitelik taşıyan yerinden yönetim idareleri üzerinde merkezi yönetimin elinde bulundurduğu bir denetim aracıdır³⁹³. Bu bakımdan merkezi yönetimin sahip olduğu idari vesayet yetkisi, söz konusu kurumların özerkliklerinin bir istisnası olduğu gibi aynı zamanda bir güvencesidir. Zira istisnai olarak ve ancak kanunda belirtilen şart ve şekillerde kullanılabilen idari vesayet yetkileri sayesinde, yerinden yönetim idarelerine yönelik yapılacak gereksiz ve keyfî müdahalelerin önüne geçilmiş olur³⁹⁴. Diğer yandan merkezi yönetimin mahalli yönetim üzerindeki bu yetkisi kişilerin yerel yönetimlerin keyfî tutum ve davranışlarından korunması için de kullanılabilecek bir araçtır³⁹⁵.

³⁸⁹ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 92.

³⁹⁰ Yıldırım, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 37.

³⁹¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2008/80, K. 2011/81 sayı ve 18.5.2011 tarihli kararı, 15.12.2011 tarihli R.G.

³⁹² Tahir AKTAN, “Mahalli İdarelerde Vesayet Denetimi”, AİD, C. 9, S. 3, 1976, sa. 3-24, s. 4.

³⁹³ F. Ebru GÜNDÜZ, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet”, DÜHFD, C. 20, S. 33, Y. 2015, sa. 63-89, s. 66. “Anayasa’da merkezî idare- mahallî idare ayrımının yapılması, mahallî idarelerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulatması, kendilerine özgü bütçelerinin bulunması gibi yetki ve ayrıcalıklar tanınmış olması, bu idarelerin özerkliklerinin somutlaşmış hâlidir.” Anayasa Mahkemesinin E. 2012/87, K. 2014/41 sayı ve 27.2.2014 tarihli kararı, 26.7.2014 tarihli R.G.

³⁹⁴ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 92.

³⁹⁵ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 261.

İdari vesayet yetkilerinin en önemli özelliği ise Anayasa Mahkemesi kararlarında³⁹⁶ da ifade edildiği üzere, kanun koyucu tarafından tanınması gereken ve ancak kanunda gösterilen sınırlar çerçevesinde kullanılacak istisnai bir yetki olmasıdır³⁹⁷. İdari vesayet yetkileri ancak kanunda açıkça belirtildiği hallerde, kanunun gösterdiği kapsam ve genişlikte kullanılır³⁹⁸. Bu nedenle merkezi yönetime kanunda yer almayan bir idari vesayet yetkisinin idari işlemle tanınması mümkün değildir. Danıştay İçişleri Bakanlığı Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan bir genelgeyi iptal ettiği kararında bu hususu şu ifadelerle dile getirmiştir:

İdari vesayet, merkezi yönetimin, yerel yönetimlerin icrai kararlarını onama, geri çevirme ve kimi ayrık durumlarda da değiştirerek onama yetkisidir. Başka bir anlatımla, merkezi yönetime, yerinden yönetim organları ve onların çalışmaları üzerinde, kamu yararını korumak amacıyla üst otoritelere yasayla verilen yetkilerin bütünüdür. Bu yetki yerel yönetimlerin yetkisini ortadan kaldıracak, etkisiz kılacak biçimde kullanılamayacağı gibi kanunda öngörülen vesayet denetimine ilişkin sınırların yorum yoluyla genişletilmesine de hukuken olanak bulunmamaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi 4046 sayılı Yasa'nın 26. maddesi uyarınca, merkezi idareye tanınan izin yetkisi, sadece şirket kurulması ve kurulmuş ya da kurulacak

³⁹⁶ “İdari vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp, kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnai bir yetkidir. İstisnailik ve kanunilik idari vesayetin en belirgin iki temel özelliğidir.” Anayasa Mahkemesinin E. 2013/19, K. 2013/100 sayı ve 12.9.2013 tarihli kararı, 18.9.2014 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2012/87, K. 2014/41 sayı ve 27.2.2014 tarihli kararı, 26.7.2014 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2011/100, K. 2012/191 sayı ve 29.11.2012 tarihli kararı, 22.02.2013 tarihli R.G.

³⁹⁷ Anayasa Mahkemesinin, idari vesayet yetkilerinin kanunla tanınması gerektiği hususuna ilişkin yaptığı açıklama şu şekildedir: “...mahallî idarelere ilişkin vesayet denetimini düzenleyen Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında merkezî idarenin idari vesayet yetkisinin “kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde” olacağı belirtilmek suretiyle idari vesayet yetkisinin kullanımı konusunda yasama organına takdir yetkisi tanınmıştır. Anayasa'nın idari vesayet yetkisinin usul ve esaslarının kanunla yapılması gerektiğini buyurmasının temel nedeninin idarenin keyfî müdahaleler yoluyla mahallî idarelerin özerkliğinin ihlal edilmesinin önüne geçilmesi fikrinin olduğu açıktır.” E. 2013/19, K. 2013/100 sayı ve 12.9.2013 tarihli kararı, 18.9.2014 tarihli R.G.

³⁹⁸ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 261. İdari vesayet yetkilerinin kanunun açıkça verdiği yetki sonucu düzenleyici işlemlerle de tanınabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 91. Bununla birlikte kanun koyucu, merkezi idareye tanıyacağı yetkiler bakımından da serbest değildir. Zira kanunda öngörülecek idari vesayet yetkileri özellikle amaç bakımından oldukça sınırlandırılmıştır. Buna göre idari vesayet yetkisi ancak; “mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğüne uygun bir şekilde yürütülmesi”, “kamu görevlerinde birliğin sağlanması”, “toplum yararının korunması” ve “mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması” amacıyla tanınabilir. Bkz. Gürsel KAPLAN: “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Belediye Meclisi Kararları Üzerinde Vesayet Denetimi”, MÜHFD, S. 2005/2, sa. 67–90, <http://www.idare.gen.tr/kaplan-vesayet-belediye.htm>, E.T. 20.10.2016.

şirketlere sermaye katılımında bulunması hallerinde söz konusu olmaktadır. Serbest piyasa koşullarında ve Ticaret Yasası hükümlerine göre faaliyet gösterecek olan bu şirketlerin, sermayeye iştirak etmek, ortak olmak veya bedelsiz şirket edinmek gibi hallerde İçişleri Bakanlığı kanalıyla Bakanlar Kurulundan izin almaları gibi bir gereklilik anılan yasa maddesinde öngörülmemiştir.

*Bu nedenle, Yasada yer almayan bir durumu Bakanlar Kurulu iznine tabi tutan Genelgede hukuka uyarlılık bulunmamaktadır”.*³⁹⁹

Yerinden yönetim kuruluşlarının işlemlerinin merkezi idarenin iznine tâbi tutulması idari vesayet yetkisinin kullanımı anlamına gelir. Halbuki belediyelerce kurulan şirketlerin yürüttükleri ticari faaliyetler kapsamında gerçekleştirecekleri; sermayeye iştirak etmek, ortak olmak veya bedelsiz şirket edinmek gibi işlemlere ilişkin İçişleri Bakanlığına ya da Bakanlar Kuruluna kanun koyucu tarafından tanınmış bir yetki söz konusu değildir. Bu nedenle kanunda yer almayan bir vesayet yetkisinin kullanılması sonucunu doğuracak dava konusu genelge konu unsuru yönünden hukuka aykırıdır.

Danıştayın vermiş olduğu başka bir kararda ise Başbakanlık tarafından çıkarılan Kamu Harcamalarındaki Tasarruf Tedbirleri Genelgesi kapsamına; temsil, ağırlama ve tören giderleri, demirbaş alım ve onarımları, gayrimenkul edinilmesi ve kiralanması ile reklam ve tanıtım giderleri yönünden büyükşehir belediyeleri, belediyeler, il özel idareleri de dahil edilmiştir. Buna göre genelge uyarınca büyükşehir belediyeleri, belediyeler ve il özel idarelerinin bu konulardaki talepleri değerlendirilecek ve ancak Başbakanlıkça gerekli görülen harcamalar gerçekleştirilebilecektir. Kanunda Başbakanlığa böyle bir yetki tanınmamış olmasına rağmen İDDK tarafından da onanan kararında Danıştay 8. Dairesi, söz konusu genelgeyi aşağıdaki gerekçelerle hukuka uygun bulmuştur:

“Anayasanın 127. maddesinin beşinci fıkrasında, merkezi idarelerin mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunlarda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu hükmünün yer aldığı, ülkenin

³⁹⁹ Danıştay 8. Daire, 5.3.2010 tarih ve E. 2008/4976, K. 2010/1108 sayılı karar, KİBB.

içinde bulunduğu ekonomik gelişmeler ciddi birtakım önlemlerin alınmasını zorunlu kıldığından, davalı idarece kamu açıklarının aşağıya çekilmesinin hedeflendiği, bu amaçla çıkarılan genelgelerle bir yandan kamu gelirinin artırılması, diğer yandan kamu harcamalarının kısılması yoluna gidildiği, olayda, davalı idare tarafından kamu yönetiminin tümü için yıl sonuna kadar getirilen kısıtlamalara belediyelerin de dahil edilmesi yolundaki dava konusu Genelgede hukuka ve kamu yararına aykırılık görülmediği ... ”⁴⁰⁰

Danıştay bu kararda Başbakanlık genelgesinin hangi amaçla yayımlandığını izah etmiş; fakat kanunda yer almayan bir idari vesayet yetkisinin hangi gerekçeyle genelge konusu edilebileceğini belirtmemiştir. Bu bakımdan Danıştay, esasında genelgeyi amaç unsuru bakımından incelemiş ve bir hukuka aykırılık görmemiştir. Halbuki yerel yönetimlerin bazı harcamalarının izne tâbi olması sonucunu doğuran genelgenin konu yönünden de incelenmesi gerekir. Bu noktada kamu hizmetlerinin ülke çapında verimli ve kamu yararına en uygun ve ekonomik biçimde yürütülmesi hususunda yetkisi bulunan Başbakanlığın, tasarruf tedbirleri içerikli bir genelge çıkarmasında hukuka aykırılık yoktur. Bununla birlikte Başbakanlık bu yetkisini yerel yönetimlerin özerkliğini ortadan kaldırmadan kullanmak zorundadır. Zira yerel yönetimlerin özerkliğine getirilecek istisnalar kanun koyucunun takdirinde olup, ancak kanunda gösterilen durumlarda merkezi idarenin kullanacağı idari vesayet yetkileri Anayasaya uygun olur. Halbuki, karara karşıoy yazan üyenin de vurguladığı üzere “*Başbakanlığın tasarruftedbirleri alma konusunda yetkisi bulunmakla beraber belediyelerin yapacakları harcamalar üzerinde kısıtlamalar getirerek bu harcamaların kendi izniyle yapabilmesi konusunda kanunen verilmiş bir yetkisi bulunmamaktadır.*”

Öte yandan belirtmek gerekir ki, bu konuda belediye ve il özel idarelerinin genelge kapsamına giren konulardaki harcamaları bakımından bir ayırım yapılması en makul olan çözümdür. Bu durumda yerel yönetimlerin özerkliğine gölge düşürmeyecek ve mahalli hizmetlerin yürütülmesiyle doğrudan alakalı olmayan temsil, ağırlama ve tören ya da reklam ve tanıtım harcamaları gibi konuların genelgeyle Başbakanlığın iznine

⁴⁰⁰ Danıştay 8. Dairesinin; Danıştay İDDK’nın 10.6.2004 tarih ve E. 2001/163, K. 2004/631 sayılı kararıyla onanan 16.11.2000 tarih ve E. 1998/5818, K. 2000/7637 sayılı kararı, KİBB.

tâbi tutulmasında hukuken bir sakınca yoktur⁴⁰¹. Buna karşılık belediye ve il özel idarelerinin demirbaş alım ve onarımları, gayrimenkul edinilmesi ve kiralanması gibi konularda yapacağı harcamaların Başbakanlığının iznine bağlanması, kanunda öngörülme­yen ve yerel yönetimlerin özerkliğini zedeleyecek nitelikteki bir vesayet yetkisinin genelgeye konu edilmesi anlamına geleceği için Anayasanın 127. maddesine aykırı olur.

3.3.3. Anayasa’da Kanunla Düzenlenmesi Öngörülme­yen Konular

Anayasa’da bazı konuların kanunla düzenlenmesi, bazı konularınsa “ancak kanunla” düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu iki kategorinin dışında kalan ve Anayasa’da kanunla düzenlenmesine ilişkin bir hüküm bulunmayan konular da mevcuttur. Bu konularda kanunun genel ifadelerle düzenleme yaparak çok geniş bir çerçeve çizmesi ve yapılacak düzenlemenin içeriğini idareye bırakması Anayasa Mahkemesi tarafından yasama yetkisinin devri olarak görülmemektedir. Bu yönde vermiş olduğu kararların birinde; 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun uyarınca, Hazine Müsteşarlığı Varlık Kiralama Şirketlerinin (HMKŞ) kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişi yönünden tabi olacağı kuralların belirlenmesinin düzenleyici işlemlere bırakılmasında Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmadığına hükmeden Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde şu ifadelere başvurmuştur:

“Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür. Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülme­yen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Nitekim, Anayasa’nın gerek yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını ifade eden hükmü (m.8), gerekse yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla

⁴⁰¹ Danıştay benzer yönde vermiş olduğu bir kararında, bağımsız idari otoritelerin tasarruf tedbirleri içeren Başbakanlık genelgesinin kapsamına alınmasını hukuka uygun bulmuştur: “üst kurulların bağımsızlıklarını ortadan kaldırmayan ve “regülasyon” dışındaki faaliyetlerini ilgilendiren 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesinin dava konusu edilen maddesinde bu kurulların özerk ve bağımsız yapılarına aykırı bir yön bulunmamaktadır.” Danıştay 5. Daire, 11.3.2009 tarih ve E. 2006/6386, K. 2009/1211 sayılı karar, KİBB.

çıkarılabileceğini belirten kuralı (m.124) bu zorunluluğa işaret etmektedir. Ancak, bu durumda kanundan belirlemesi beklenen çerçeve, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Aksi yorum, Anayasa'da bazı hususların kanunla düzenlenmesinin öngörülmüş olmasını anlamsız hâle getirebilecektir."⁴⁰²

Başka bir kararda ise Anayasa Mahkemesi, 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 6. fıkrasına ilişkin şu değerlendirmeyi yapmıştır:

"Kamu ihalelerinde uygulanacak usul ve esasların kanunla belirleneceğine ilişkin bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak açık ihale usulünde isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerini tespiti hususunda yürütmeye düzenleme yetkisi tanınması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görülemez."⁴⁰³

Belirtmek gerekir ki, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülmeeyen bir konuda idarenin düzenleme yapabilmesi için; kanun koyucunun, kanunda o konuya idarenin yapacağı düzenlemeye dayanak oluşturacak kadar yer vermesi yeterlidir. Zira kanunla düzenlenme zorunluluğu bulunmasa da asli düzenleme yetkisi kanun koyucuda olduğundan ve Anayasa'daki istisnalar hariç olmak üzere, idarenin yasal dayanağı olmaksızın düzenleme yapma yetkisi bulunmadığından, düzenlenecek alanın bir yasal dayanağının bulunması gerekir. Bu durumda kanun koyucunun idareye yetki verirken

⁴⁰² Anayasa Mahkemesinin E. 2013/72, K. 2013/126 sayı ve 31.10.2013 tarihli kararı, 24.01.2014 tarihli R.G. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesinin E. 2013/77, K. 2007/6 sayı ve 25.1.2007 tarihli kararı, 17.01.2008 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2011/42, K. 2013/60 sayı ve 9.5.2013 tarihli kararı, 25.7.2014 tarihli R.G.

⁴⁰³ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/50, K. 2015/38 sayı ve 1.4.2015 tarihli kararı, 15.4.2015 tarihli R.G. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesinin E. 2013/65, K. 2014/93 sayı ve 22.5.2014 tarihli kararı, 24.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2014/177, K. 2015/49 sayı ve 14.5.2015 tarihli kararı, 11.6.2015 tarihli R.G.

çizeceği çerçevede; düzenlenecek konunun ne olduğuna ve düzenlemeyi hangi kurumun gerçekleştireceğine yer vermesi, idarenin kullanacağı yetkinin kanuni idare ilkesine uygunluğunu sağlar.

4. Düzenleme Yetkisinin Sınırı

4.1. Düzenleme Yetkisinin Normlar Hiyerarşisi Uyarınca Sınırlanması

4.1.1. Normlar Hiyerarşisinin Tanımı

Normlar hiyerarşisi, bir hukuk düzeni içerisinde yürürlükte bulunan hukuk kurallarının hangi düzeyde geçerli ve uygulanabilir olduğunun belirlenmesi amacıyla kategorize edilip kademelendirilmesini ifade eder⁴⁰⁴. Hukuk düzeninde yer alan kuralların her biri aynı güç ve etkide olmadığından bu kurallar arasında bir kademelenme ihtiyacı hasıl olmuştur⁴⁰⁵. Temelini Hans Kelsen'in görüşlerinin oluşturduğu bu teori, hukuk kurallarını kademelendirmek suretiyle hukuk düzeninin sistematik ve uyumlu bir biçimde işlemesini sağlamaktadır⁴⁰⁶. Diğer yandan normların hiyerarşik biçimde sıralanmasıyla hukuk kurallarındaki bütünlüğün ve uygulanabilirliğin gerçekleşmesi bakımından da önemli bir adım atılmış olur⁴⁰⁷. Zira yukarıdan aşağıya doğru sıralanan ve kendisinden bir üst sırada yer alan normun uygulanmasını sağlamak üzere⁴⁰⁸ yürürlüğe konulan genel, soyut ve objektif nitelikteki kurallar; normlar hiyerarşisinin, bir bütün olarak hukuk normlarının bireyler üzerinde sonuçlar doğurabilmesini mümkün kılan bir teori olduğunu gösterir. Gerçekten de normlar hiyerarşisi uyarınca alt sıradaki normun işlevi; bir üst sıradaki normda yer alan düzenlemelere açıklık kazandırmak, o normun uygulanmasını kolaylaştırmak ve üst norma aykırı olmamak şartıyla düzenlenen alana ilişkin ayrıntılı kurallar getirmektir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Atay, Normlar Hiyerarşisi, s. 309

⁴⁰⁵ Teziç, Anayasa Hukuku, s. 93.

⁴⁰⁶ Atilla Erkal, "İdarenin Hukuk Kurallarını Üst Normlara Uygunluk Bakımından Kontrol Etme Ve Kuralı Uygulamayı İhmal Etme Yetkisi", EÜHFD, C. IX, 2014, sa. 183-215, s. 188.

⁴⁰⁷ Hans Scholzen, *Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Rechtsnormen: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des Rechtsschicksals verfassungswidriger Gesetze und darauf gegründeter Einzelakte*, Düsseldorf 1977, s. 38. (Aktaran: Erkal, s. 188.)

⁴⁰⁸ Atay, Normlar Hiyerarşisi, s. 309.

⁴⁰⁹ Atay, Normlar Hiyerarşisi, s. 310. Bu husus bir Danıştay kararında da şöyle ifade edilmiştir: "*Normlar hiyerarşisinde anayasal ve yasal düzenlemelerden sonra gelen idari düzenlemeler bir yasa hükmüne dayalı olarak hazırlanır ve kanun hükümlerine açıklık getirilmesi suretiyle bu kanun hükümlerinin uygulamaya*

Bu bakımdan, idarenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisine göre üst sırada yer alan normlara aykırı hükümler içermeyecek olması da düzenleme yetkisinin bir sınırı olarak kabul edilmiştir⁴¹⁰. Bu husus normlar hiyerarşisi sisteminin temel özelliklerinin de belirtildiği bir Danıştay kararında şu ifadelerle dile getirilmiştir:

“Normlar hiyerarşisi, her türlü normun hiyerarşik olarak bir sıra dahilinde sıralanması ve birbirine bağlı olması anlamına gelmektedir. Bunun doğal sonucu olarak, hiyerarşik sıralamada daha altta yer alan bir norm, kendisinden üstte bulunan norma aykırı hükümler içerebilir. Bir başka deyişle alt norm niteliğindeki düzenleyici işlemler, bir hakkın kullanımını üst normda öngörülme-yen bir şekilde daraltamaz veya kısıtlayamazlar.

Bazı durumlarda, üst norm niteliğindeki düzenleyici işlemlerde bir olayın veya konunun genel çerçevesi çizilerek bu konunun ayrıntısının alt normlarla düzenlenmesi öngörülebilir. Bu gibi hâllerde, üst normda belirtilen hususların düzenlenmesi hakkında düzenleme yapmaya yetkili idarenin takdir yetkisini üst normda çizilen sınırlar aşı-larak kullanıp kullanmadığının hukuki denetiminin yapılacağı tabiidir.”⁴¹¹

İdarenin düzenleme yetkisinin üst norma uygun olma zorunluluğu sonucunda tüzüklerin kanunlara ve Anayasa’ya; yönetmeliklerin ise tüzüklere, kanunlara ve Anayasa’ya aykırı olamayacağı söylenebilir⁴¹². Bu durum Anayasa’da tüzük ve yönetmeliklerin düzenlendiği maddelerde açıkça belirtilmiştir. Buna göre tüzükler, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere ve kanunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılır. Yönetmelikler ise Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri tarafından, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin

geçirilmesi amaçlanır. Diğer yandan, normlar hiyerarşisindeki düzenleme soyuttan somuta doğru kademeli bir sistem içermektedir. Anılan sistemde bir üst norm bir alt norma oranla daha genel ve soyut ifadeler taşımakta, bir alt norm ise daha özel ve somut ifadelerle bir üst normun ne amaçlamak istediğini somut olarak ortaya koymaktadır.” Danıştay İDDK, 6.3.2014 tarih ve E. 2013/819 sayılı karar, KİBB. Benzer yönde kararlar için bkz. Danıştay 8. Daire, 19.4.2010 tarih ve E. 2009/10357 sayılı; 12.4.2010 tarih ve E. 2009/7858 sayılı; 22.3.2011 tarih ve E. 2009/1009, K. 2011/1747 sayılı; 3.5.2010 tarih ve E. 2009/10046 sayılı kararlar, KİBB.

⁴¹⁰ Atay, İdare Hukuku, s. 88; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 166.

⁴¹¹ Danıştay 11. Daire, 13.6.2014 tarih ve E. 2013/3728, K. 2014/4312 sayılı karar, KİBB.

⁴¹² Aynı yönde: “Ancak, idarelerin yönetmelik düzenleme yetkisi yasama organının çizdiği sınırlar içinde, başta Anayasa olmak üzere, Kanun, Tüzük gibi üst hukuk normlarına aykırı olmamak kayıt ve şartına bağlı olarak gerçekleşebilir.” Danıştay 8. Daire, 25.6.2014 tarih ve E. 2010/9072, K. 2014/5707 T. sayılı karar, KİBB.

uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılır. Bununla birlikte Anayasa’da dayanağı olmayan fakat idarenin genel düzenleme yetkisinin bir sonucu olarak tesis ettiği; genelge (tâmin, sirküler), karar, kararname, tebliğ, ana statü gibi diğer düzenleyici işlemlerle ⁴¹³ de; yönetmeliklere, tüzüklere, kanunlara ve Anayasa’ya aykırı düzenlemeler getirilemez ⁴¹⁴. Bir diğer ifadeyle idare; düzenleme yetkisini kullanarak ortaya koyduğu düzenleyici işlemlerle, normlar hiyerarşisine göre bu düzenleyici işlemin üstünde yer alan ve bir anlamda bu işleme meşruiyet kazandıran hukuk normlarına aykırı hukuksal sonuçlar doğuramaz ⁴¹⁵. Bu durum düzenleyici işlemlerin konu bakımından tâbi olduğu bir başka sınırı ifade etmektedir.

4.1.2. Düzenleyici İşlemin Üst Norma Aykırılığı

İdare düzenleme yetkisini kullanırken gerek normlar hiyerarşisinde üst sırada yer alan düzenleyici işlemlere, gerekse kanunlara uygun kurallar ihdas etmelidir ⁴¹⁶. Aksi takdirde bir hukuk normunun kendisinden daha genel, soyut ve objektif nitelikteki üst hukuk normuna aykırı düzenlemeler barındırması, idarenin sahip olduğu düzenleme yetkisinin sınırının ihlal edildiği anlamına gelir. Kanunu açıklamak ve uygulamak işlevini yerine getirmesi gereken idari işlemin konusu, kanunun konusuyla çatışmamalı ve çelişmemelidir ⁴¹⁷. Şüphesiz bu durumu idarenin kanuniliği ilkesiyle de beraber düşünmek gerekir. Zira idarenin kanuniliği uyarınca gerek düzenleyici işlemlerin, gerekse birel işlemlerin kanuna uygun olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu bakımdan düzenleme yetkisinin sınırı olarak üst hukuk normuna uygunluğun idarenin kanuniliğini de kapsadığı söylenebilir ⁴¹⁸.

⁴¹³ Anayasa’da düzenlenmeyen bu tür düzenleyici işlemlere doktrinde “adsız düzenleyici işlemler” denilmektedir. Adsız düzenleyici işlemler hakkında bkz. Yeliz ŞANLI ATAY, Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, TODAİE, Ankara 2011. Adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yeri için bkz. Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, AÜHFD, C. 63, S. 2, 2014, sa. 397-417. Ayrıca Mevzuat Hazırlama Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in 11. maddesinin 4. fıkrasında, uygulamada birliği sağlamak amacıyla; kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde yer alan özel hükümler saklı kalmak üzere, Resmî Gazete’de yayımlanacak tüzük ve yönetmelik dışındaki düzenleyici işlemlerin sadece karar, tebliğ ve genelge olarak isimlendirileceği düzenlenmiştir.

⁴¹⁴ Şanlı Atay, s. 145-146.

⁴¹⁵ Erkal, s. 188; Atay, Normlar Hiyerarşisi, s. 309.

⁴¹⁶ Akbulut, s. 262.

⁴¹⁷ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 85.

⁴¹⁸ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 60.

4.1.2.1. Düzenleyici İşlemin Kanuna Aykırılığı

4.1.2.1.1. Kanun Hükmüne Açıkça Aykırı Düzenleme Yapılması

İdarenin düzenleyici işlemlerinin kanunda yer alan düzenlemelere açıkça aykırı sonuçlar doğuracak nitelikte kurallar içermesi, düzenleyici işlemlerin kanuna aykırılığının bir görünüş biçimidir ⁴¹⁹ . Konunun örneklenmesi bakımından aktarabileceğimiz bir kararda Danıştay, Yüksek Planlama Kurulunun almış olduğu bir kararı 657 sayılı Kanun’a aykırı bulmuş ve kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

“Bu durumda, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yukarıda yer verilen 58. maddesindeki atıf uyarınca, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun hastalık izinlerini düzenleyen 105. maddesinde yer alan, hastalıklar sırasında çalışanların özlük haklarının korunacağı yolundaki emredici hüküm dikkate alındığında, Yüksek Planlama Kurulu kararı ile Yasanın öngördüğü düzenlemeden farklı bir düzenleme yapılmasında normlar hiyerarşisine ve hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” ⁴²⁰

İdarenin kanuna uygun işlemler tesis etme yükümlülüğü, gerek Anayasa’nın 8. maddesinde yer alan yürütme faaliyetinin Anayasa ve kanunlara uygun biçimde gerçekleştirileceğine dair kuralın, gerekse idarenin kanunların uygulanmasını sağlama görevinin zorunlu bir sonucudur. Bu nedenle kanunda bir konu açıkça düzenlenmişse ya da kanun idareye yönelik amir bir hüküm içeriyorsa, idarenin kanundaki bu düzenlemelere alenen aykırı sonuçlar doğuracak mahiyetteki işlemleri konu unsuru bakımından hukuka aykırı olur.

Yönetmelik kuralının kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle Danıştay tarafından iptal edildiği bir başka kararda ise şunlar ifade edilmiştir:

⁴¹⁹ Güler MERMUT, “İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler-I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 1976, s. 323; Gözübüyük-Tan, C. II, s. 487.

⁴²⁰ Danıştay 11. Daire, 18.12.2014 tarih ve E. 2012/6073, K. 2014/8383 sayılı karar, KİBB. Danıştay başka bir kararda ise Gemi Adamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1. ve 2. maddelerini iptal ettiği kararında da ilgili maddelerin 4915 sayılı Yüksek Denizcilik Okulu ve Denizcilik Meslek Okul ve Kursları Hakkında Kanun’a açıkça aykırı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Danıştay 10. Daire, 21.6.2004 tarih ve E. 2002/6559, K. 2004/5573 sayılı karar, KİBB.

“657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 21. maddesinde, kurumlarıyla ilgili resmi ve kişisel işlemlerinden dolayı başvuruda bulunmak, memurların genel hakları arasında sayılmış; aynı maddenin son fıkrasında ise, ilgili kurum, başvuruyu inceleyerek en kısa zamanda ilgisine bildirmekle yükümlü kılınmıştır.

Bir ildeki hizmetlerin aksamaması için Bakanlık tarafından atamalara sınırlama getirilmesi mümkün olmakla birlikte, dava konusu Yönetmelik maddesindeki “...veya müracaatları kabul etmeyebilir.” kuralıyla, ilgililerin nakil taleplerine ilişkin olarak, davalı idareye başvuruları doğrudan kabul etmeme olanağı tanınmasında sözü edilen Yasa hükmüne uyarlık bulunmamaktadır.”⁴²¹

Kanun koyucunun idareye seçim hakkı sunmayarak ancak kanunda belirtilen yönde işlem yapması hususunda yetki verdiği durumlarda, idarenin yapacağı düzenlemelerin kanunda kendisine verilen bu yetki çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, idareye kanun uyarınca tanınan bağlı yetkinin düzenleyici işlemlerle takdir yetkisine çevrilmesi, kanuna aykırılığın başka bir türüdür.

4.1.2.1.2. Kanunun Kapsamının Genişletilmesi

İdare kanunda yer alan ve kimlere, hangi durumda ve ne zaman uygulanacağı sınırlı şekilde yine kanunda gösterilen bir kuralın; kanunda öngörülenden daha fazla kişiye, statüye ya da duruma uygulanmasını sağlayacak şekilde hareket ederek düzenleme yetkisini kullandığında, kanuna aykırılık meydana gelir. Danıştayın bu yönde vermiş olduğu bir kararda; 657 sayılı Kanun uyarınca aylıktan kesme veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilenlerin atanamayacakları görevler Kanun'da sınırlı sayıda belirtilmiş olmasına rağmen Emniyet Teşkilatında Görevli Memurların Nitelikleri ve Atanma Usulleri ile Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmeliğin, kanunun kapsamını genişlettiği gerekçesiyle yasaya aykırı olduğu vurgulanmıştır⁴²².

Kanunun, kapsamını sayma yoluyla belirlediği konularda, kanunları uygulamakla görevli olan idare tarafından kanunun uygulama alanını genişletecek şekilde

⁴²¹ Danıştay 5. Daire, 22.10.2008 tarih ve E. 2007/4027, K. 2008/5078 sayılı karar, KİBB.

⁴²² Danıştay 5. Daire, 10.11.2005 tarih ve E. 2002/3255, K. 2005/5075 sayılı karar, KİBB. Aynı yönde: Danıştay 2. Daire, 17.4.2007 tarih ve E. 2005/316, K. 2007/1744 sayılı karar, KİBB; Danıştay 2. Daire, 24.10.2007 tarih ve E. 2005/1147, K. 2007/3993 sayılı karar, KİBB.

bir müdahalede bulunulamaz⁴²³. Aksi takdirde idare kendini asli düzenleme yetkisi sahibi olan kanun koyucu yerine koyarak Anayasa'nın kendisine çizdiği faaliyet alanını ihlal etmiş olur.

4.1.2.1.3. Kanunun Kapsamının Daraltılması

İdarenin düzenleme yetkisinin kanuna uygun şekilde kullanılması için aranan bir diğer koşul, kanunun uygulama alanını daraltacak kurallar konamayacak olmasıdır⁴²⁴. Diğer bir ifadeyle; kanun koyucu tarafından yürürlüğe konulan kuralların kimlere, hangi şartlarda ve ne zaman uygulanacağı idare tarafından kanunda öngörülme-yen yeni kısıtlamalar getirilmek suretiyle sınırlandırılmaz. Örnek bir Danıştay kararının ilgili kısmı şu şekildedir:

*“Yukarıda belirtildiği üzere istisna ve indirim oranı kapsamını belirleyen düzenlemelerin hepsinde istisnadan yararlanabilmek için taahhüde dayanan inşaat işinin konut yapı kooperatifine yapılması gerektiği belirtilmiş olup inşaat ruhsatının münhasıran konut yapı kooperatifi adına alınması gerektiğine ilişkin herhangi bir şart getirilmediği halde, sirkülerde inşaat ruhsatının münhasıran konut yapı kooperatifi adına alınması gerektiği, alınmaması durumunda istisna ve indirimli orandan yararlanılamayacağı belirtilerek yaptırım getirilmiştir. Sirküler, getirdiği bu şart ve yaptırım ile açıklama niteliğini aşarak, mükellefler hakkında hukuki sonuç doğuran düzenleyici işlem niteliği kazanmıştır. Düzenleyici işlem niteliği kazanan ve kanuna aykırı olmaması gereken sirküler ile kanunda aranmayan ve kanunun kapsamını daraltan yeni bir şart getirilmiş olup dava konusu sirkülerin bu haliyle dayanağı olan kanun ve genel tebliğlere aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.”*⁴²⁵

Kararda Danıştay istisna ve indirimli orandan yararlanabilmek için kanunda aranmayan “inşaat ruhsatının münhasıran konut yapı kooperatifi adına alınması” şartının sirkülerle getirilmesini, kanunun kapsamının düzenleyici bir işlemle daraltılarak kanuna aykırı işlem tesis edilmesi olarak değerlendirmiştir. Böylelikle kanunda öngörülme-yen

⁴²³ Onar, C. I, s. 314; Gözübüyük-Tan, C. II, s. 489; Gözler, C. I, s. 935.

⁴²⁴ Yayla, s. 51.

⁴²⁵ Danıştay 4. Daire, 31.10.2006 tarih ve E. 2006/1452, K. 2006/2080 sayılı karar, KİBB.

bir şart ihdas edilmesi sonucu, söz konusu imkandan faydalanmayı zorlaştıracak nitelikte tesis edilen idari işlem, konu unsuru yönünden hukuka aykırı hale gelmiştir.

Kanunda tanınan bir hak ya da imkandan yararlanılabilmesi için kanunda öngörülmeleyen bir şartın idari işlemde yer alması; kanunun uygulama alanına kanunda öngörülmeleyen bir sınırlama getirilmesi suretiyle kanunun kapsamının daraltılması anlamına gelir. Bu durumda kanun koyucunun kanundaki düzenlemeye muhatap olacakların kapsamına ilişkin iradesine idarece müdahale edilmiş ve kanunda tanınan hak ya da imkandan yararlanacakların kapsamı daraltılmış olur. Danıştay konuya ilişkin bir diğer kararında; 1219 sayılı Kanun'un tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlara tanıdığı birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilme hakkına, Özel Hastaneler Yönetmeliği'yle kanunda öngörülmeleyen bir sınırlama getirilerek bu haktan yararlanabileceklerin kapsamının daraltılmasını kanuna ve hukuka aykırı bulmuştur⁴²⁶.

Öte yandan idare, kanunun kapsamını kişilere kanunda öngörülmeleyen bir yükümlülük yüklemek suretiyle de daraltabilir⁴²⁷. Bu durumda da yine kanuna aykırılıktan söz edilir ve düzenleyici işlem konu unsuru yönünden sakat hale gelir.

Danıştayın konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda; Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin "LPG Dağıtıcı Lisansı sahiplerinin yükümlülükleri" başlıklı 20. maddesinde yer alan "diğer dağıtıcıların marka ve

⁴²⁶ Kararda şu ifadelere yer verilmiştir: "1219 Sayılı Kanun'un [12](#). maddesi uyarınca, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, anılan maddenin ikinci fıkrasının her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla ve başka bir sınırlamaya da tabi olmadan, birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilme hakkına sahipken, davaya konu Yönetmelik hükmüyle, tıp merkezi veya özel hastanelerde kadrolu olarak çalışan tabip, diş tabibi ve uzmanların, kadrolu çalıştıkları bu yer dışında "en fazla iki" özel sağlık kuruluşunda daha kadro dışı geçici olarak çalışabilecekleri öngörülme suretiyle, yasada yer almayan bir sınırlamanın, hukuka aykırı olarak yönetmelikte yer alan düzenlemeyle getirildiği anlaşılmaktadır." bkz. Danıştay 15. Daire, 28.1.2016 tarih ve E. 2013/8955, K. 2016/276 sayılı karar, KİBB Aynı yönde: "Davaya konu edilen yönetmelikte ise, dayanakları olan 2547 ve 4702 sayılı Yasalarda bu konuda herhangi bir kısıtlayıcı hükme yer verilmediği halde, dikey geçiş sınavlarına en çok üç defa girebileceği belirtilerek kısıtlayıcı bir hüküm getirilmiş bulunmaktadır.

Kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan yönetmeliklerin, yasaya uygun hükümler içermesi anayasal bir zorunluluk olup, yasayla getirilmeyen kısıtlayıcı kuralların yönetmelikle getirilmesi mümkün olmadığından, dikey geçiş sınavına girebilme hususunda kısıtlama getiren davaya konu yönetmelik maddesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır." Danıştay 8. Daire, 14.10.2005 tarih ve E. 2004/1733, K. 2005/4072 sayılı karar, KİBB.

⁴²⁷ Gözübüyük-Tan, C. II, s. 488.

amblemını taşıyan boş veya dolu LPG tüplerini tesislerinde, ikmal araçlarında bulundurmamak” ibaresiyle, tüplü LPG faaliyeti yürüten dağıtıcı lisansı sahibi işletmecilere 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesinde var olmayan bir yükümlülüğün getirildiği, bu anlamda Yönetmelik'in ilgili kısmının, Kanun'un öngördüğü düzenlemenin sınırını aşacak ve değiştirecek nitelikte düzenlemeler içerdiği belirtilmiştir⁴²⁸. Bu nedenle; kanunun kapsamını, kanunda bulunmayan yükümlülükler getirmek suretiyle daraltan düzenleyici işlemler normlar hiyerarşisine aykırılık içerdiklerinden konu bakımından hukuka aykırıdır.

4.1.2.1.4. Kanunun Amacına Aykırı Düzenleme Yapılması

Bilindiği gibi kanuna aykırılık; bazen idarece kanundaki düzenlemeye doğrudan aykırı bir düzenleme yapılması suretiyle ya da kanunda öngörülmeıen hususların düzenleyici işlemlerle getirilmesi gibi durumlarda ortaya çıkar. Bunun yanında kanun maddesinin düzenleme amacı dikkate alınmayarak kanunun idarece keyfi bir biçimde yorumlanması sonucunda da kanuna aykırılıktan söz edilebilir⁴²⁹.

Nitekim Danıştay vermiş olduğı bir kararda, kanunda yer alan avukatlık ruhsatnamelerinin tek tip olarak bastırılıp düzenleneceğine ilişkin kuralın bayanlar tarafından kullanılacak fotoğraflarda başın açık olması gerektiği yönünde bir düzenlemeye dayanak olamayacağını belirtmiş ve bu değerlendirmenin gerekçesini şu şekilde izah etmiştir:

“Avukatlık Kanunu'nda ruhsatnamelerde kullanılacak fotoğraflara ilişkin bir belirleme yapılmamış, ancak Kanun'da ruhsatnamelerin tek tip olarak bastırılıp düzenleneceğı hükme bağlanmıştır. Tek tiplilik kavramından hareketle ruhsatnamelerde

⁴²⁸ Bkz. Danıştay 13. Daire, 6.6.2012 tarih ve E. 2009/4475, K. 2012/1589 sayılı karar, KİBB. Aynı yönde: “iptali istenilen tebliğ hükmüyle, müteselsil sorumluluk kapsamına girmeyen bir mükellefin, herhangi bir nedenle hazineye intikal etmeyen vergi dolayısıyla indirim ve iadelerinin kabul edilmemesi suretiyle müteselsil sorumluluk kapsamının genişletildiğı, böylece Kanunun öngördüğü yetki sınırlarının aşılarak Kanun'da öngörülmeıen bir yükümlülük yaratıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.” Danıştay 11. Daire, 7.3.2000 tarih ve E. 1998/4856, K. 2000/1115 sayılı karar, KİBB.

⁴²⁹ Gözübüyük-Tan, C. II, s. 490; Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 88.

bayanlar tarafından kullanılacak fotoğraflarda başın açık olacağına yönelik düzenlemeler yapılmasının Kanun'un amacını aşan bir uygulama olacağı açıktır.

Bir düzenleyici işlemin hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu üst hukuk normlarında düzenlenen konuları, genel ve objektif kuralları açıkça içermesi gerekmektedir. Üst hukuk normlarında açık bir düzenlemeye yer verilmediği durumlarda bir hakkın kullanımının engellenmesi ya da kısıtlanması sonucunu doğuran amacını aşan nitelikte bir düzenleme yapılmıştır.”⁴³⁰

Kanun koyucunun ilgili yasal düzenlemeyi gerçekleştirirken ulaşmak istediği sonuçla idarenin yaptığı düzenlemeyle ortaya çıkacak sonucun çatışması durumunda kanuna aykırılık ortaya çıkar. Bu durumda idare, yukarıda aktardığımız karara konu olan uyuşmazlıkta olduğu gibi, kanundaki kuralı amacından saptırarak düzenleme yetkisini keyfi biçimde kullandığı takdirde, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği hususunda amir hüküm içeren Anayasa kuralına da aykırı davranmış olur.

İdare kanunun amacına aykırı sonuçlar doğuracak düzenleyici işlemleri kanun maddesini yanlış yorumlamak suretiyle de tesis edebilmektedir⁴³¹. Bu hususa örnek olarak verilebilecek ve İDDK tarafından da onanan⁴³² bir kararda ise Danıştay şunları ifade etmiştir:

“Dava konusu Yönetmeliğin dayanağı olan 571 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/h ve 25. maddeleri ile 1587 sayılı Yasanın 57/2 maddesinin birlikte değerlendirilmesinden; söz konusu mevzuat ile davalı idarelere, münhasıran özürllülere tanınan hak ve hizmetlerden yararlanmak üzere "özürlü kimlik kartı hazırlama" görev ve yetkisi verildiği; oysa dava konusu yönetmelik ile özürllülere özgü bir kimlik kartı

⁴³⁰ Danıştay 8. Daire, 16.7.2013 tarih ve E. 2012/11333 sayılı karar, KİBB. Aynı yönde: “Dava konusu yönetmelik hükmü, ihdas amacını teşkil eden "oranı, usulü ve esası belirlenecek bir ek ödeme" kavramını bir kısım kamu görevlisi için ortadan kaldırmıştır. Halbuki Yönetmeliğin ihdas ediliş amacı, ek ödemenin kimlere yapıp kimlere yapılacağı hususunun belirlenmesi değil, 2547 sayılı Yasayla belirlenen bu ek ödemenin hangi oranlarda ve hangi usulle paylaştırılacağını belirlemektir. Dava konusu metin, Yasada açıkça tanınan hakkı kısıtlamakta ve Yasanın güttüğü amaçla bağdaşmamaktadır.” Danıştay 8. Daire, 27.6.2011 tarih ve E. 2011/2560 sayılı karar, KİBB.

⁴³¹ Mermut, s. 324

⁴³² Bkz. Danıştay İDDK, 28.11.2012 tarih ve E. 2008/1763, K. 2012/2340 sayılı karar, KİBB.

düzenlenmesi yerine, kişinin Türk vatandaşı olduğunu ve nüfus aile kütüklerine kayıtlı bulunduğunu kanıtlayan resmi belge niteliğindeki nüfus cüzdanlarına özürlülük bilgisinin oran olarak yazılması yoluna gidildiği, böylece davalı idarelere verilen kanuni yetkinin sınırlarının aşıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.”⁴³³

Yukarıdaki kararda idare, kanun koyucunun kendisine vermiş olduğu yetkiyi yorum yapmak suretiyle herhangi bir değişikliğe uğratmadan kullanması gerekirken kanunun amacına da aykırı biçimde yaptığı bir yorumla, hukuka aykırı bir düzenleyici işlem tesis etmiştir. Bu durumda idarenin, dayanak kanunun amacına aykırı biçimde tesis ettiği düzenleyici işlemin üst norma aykırı olduğu ve konu unsuru yönünden sakat hale geldiğini söylemek mümkündür.

4.1.2.2. Düzenleyici İşlemin Diğer Bir Düzenleyici İşleme Aykırılığı

İdari işlemin konu unsurunun düzenleyici işlemlerle belirlenme biçimlerinden biri de idarenin tüzük ya da yönetmelikle düzenlediği hususların uygulanmasına ilişkin ayrıntılı hususların başka bir düzenleyici işlem aracılığıyla düzenlenmesidir. Bir başka ifadeyle idare, kanunları doğrudan tüzük ya da yönetmelikler sayesinde uygulayabileceği gibi, bu işlemlerle düzenlenmeyen konular, normlar hiyerarşisine göre daha alt düzeydeki düzenleyici işlemlerde de yer alabilir⁴³⁴.

Bu gibi durumlarda alt düzeydeki düzenleyici işlem, bu işlemten daha soyut ve genel nitelikteki bir düzenleyici işleme aykırı hükümler içeriyorsa, idari işlem konu unsuru bakımından hukuka aykırı olur. Bu bakımdan bir düzenleyici işlem üst hukuk normu olarak başka bir düzenleyici işleme açıkça aykırı olamayacak, bu işlemin kapsamını daraltamayacak ya da genişletemeyecek ve bu düzenleyici işlemin öngörmediği yükümlülükler getiremeyecektir.

⁴³³ Danıştay 10. Daire, 5.2.2008 tarih ve E. 2005/8667, K. 2008/401 sayılı karar, KİBB.

⁴³⁴ Örnek olarak 30.12.2013 tarihli “Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi Ve Etkilerinin Azaltılması Hakkında Yönetmelik” madde 21: “Bu Yönetmelik kapsamında hazırlanacak güvenlik raporları ve dâhili acil durum planlarının hangi bölümlerinin gizli olarak kabul edileceği bu Yönetmeliğin 11 inci ve 13 üncü maddeleri uyarınca çıkarılacak tebliğlerle belirlenir.” Ayrıca Para-Kredi ve Koordinasyon Kurulunun 25.06.2012 tarihli R.G.’de yayımlanan 2012/4 numaralı tebliği, madde 9/3: “Bu madde uyarınca desteklenebilecek sponsorluk, reklam, tanıtım, danışmanlık, katılım ve organizasyon giderlerinin kapsamı Genelge ile düzenlenir.”

Örnek bir Danıştay kararında Maliye Bakanlığınca yayımlanan bir “talimat”a aykırılık taşıyan genelgedeki bir kural iptal edilmiştir. Danıştay İDDK tarafından onanan kararda şu ifadelerle yer verilmiştir:

“...davacının tüp bebek uygulamasına dair bedelin tarafına ödenmesi isteminin reddine dair davaya konu Mamak Malmüdürlüğü işlemine dayanak olarak gösterilen 2005/64 Sayılı Sağlık Bakanlığı genelgesi ile getirilen, "öncesinde doğal yollarla veya tüp bebek yöntemiyle çocuk sahibi olmama" şeklinde özetlenebilecek koşulun. 657 Sayılı Kanun ve 178 Sayılı KHK ile bu konuda düzenleme yapma yetkisi verilen Maliye Bakanlığı'nca yayımlanan 2005-4 Sayılı Bütçe Uygulama Talimatında yer almadığı, anılan Talimatın uygulanmasında karşılaşılan tereddütleri gidermek amacıyla yayımlandığı belirtilen Genelge ile üst hukuk normlarında yer almayan hükme yer verilmek suretiyle Talimatın kapsamı daraltılarak hak kaybına yol açılması normlar hiyerarşisi ilkesine, dolayısıyla hukuka ve mevzuata aykırılık taşıdığı, bu sebeple Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nce düzenlenen 2005/64 Sayılı Genelgenin davaya konu edilen kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı...”⁴³⁵

Kararda “talimat” adıyla yayımlanan bir düzenleyici işlemin uygulanmasındaki tereddütleri gidermek amacıyla çıkarılan bir genelgenin ilgili hükmü iptal edilmiştir. Burada ilk olarak, düzenleyici işlemlerin isimlerinin önem arz etmediğini söyleyebiliriz. Nitekim 657 sayılı Kanun ve 178 sayılı KHK ile yetkilendirilen Maliye Bakanlığı tarafından yapılan düzenleme, ismi talimat da olsa; kanunun uygulanması amacıyla çıkarılmış olması ve yönetmeliklerin taşınması gereken unsurları barındırması nedeniyle yönetmelik olarak değerlendirilebilir⁴³⁶. Bu durumda talimatın amacına uygun ve doğru bir biçimde uygulanmasını sağlamak için çıkarılmış olan genelgenin talimata aykırı olmaması, talimatın kapsamını daraltıcı düzenlemeler içermemesi ve talimatta yer almayan kurallar getirmemesi gerekmektedir. Aksi takdirde idarenin düzenleme yetkisinin bir sınırı olan normlar hiyerarşisini ihlal eden bu düzenleyici işlem hukuka aykırı olur. Nitekim karara konu olan genelge ile üst norm niteliğindeki talimatta yer

⁴³⁵ Danıştay İDDK’nın; Danıştay 2. Dairesince verilen, 13.10.2008 tarih ve E. 2006/433, K. 2008/3866 sayılı kararı onadığı 22.5.2013 tarih ve E. 2009/598, K. 2013/2026 sayılı karar, KİBB.

⁴³⁶ Bu doğrultuda görüş için bkz. Duran, Ders Notları, s. 450.

almayan bir sınırlama getirildiğinden, düzenleme yetkisinin sınırı aşılmış ve işlem konu unsuru yönünden hukuka aykırı hale gelmiştir.

Öte yandan; idarece çıkarılacak yönetmelikler, normlar hiyerarşisinde daha üst sırada yer alan ve genel nitelikteki düzenlemeler yapılarak belli bir alana ilişkin sınırların çizildiği çerçeve yönetmeliklere de aykırı olamaz. Bu nedenle örneğin; YÖK tarafından hazırlanan ve 20.04.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği çerçeve nitelikte olup; üniversitelerin çıkaracağı yönetmeliklerle, adı geçen çerçeve yönetmeliği ihlal edecek düzenlemeler getirilemez⁴³⁷. Aksi takdirde düzenleme yetkisinin sınırı ihlal edilmiş olacağından çerçeve yönetmeliğe aykırı kurallar içeren düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı gündeme gelir.

4.2. Düzenleme Yetkisinin Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Sınırlanması

İdarenin düzenleme yetkisinin bir diğer sınırını ise kuvvetler ayrılığı ilkesi oluşturmaktadır. Buna göre idare, idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca, sahip olduğu türevsel düzenleme yetkisinin bir sonucu olarak yasama organının yerine geçip asli nitelikte düzenlemeler yapamayacağı gibi, düzenleyici işlemlerle yargılama fonksiyonuna ilişkin kurallar da getiremez. Zira devletin üç temel fonksiyonundan biri olan yargılama fonksiyonunun yerine getirilme süreciyle ilgili işlemlerin asli nitelikteki düzenlemelerin konusu olması gerekir. Konuya ilişkin yakın tarihli bir Danıştay kararıyla, 1.6.2005 tarihli Adli Kolluk Yönetmeliği’nde yapılan ve 21.12.2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren bazı değişikliklerin yürürlükleri

⁴³⁷ Serdar YILMAZ, “Yeni “Lisansüstü Eğitim Ve Öğretim Yönetmeliği”nin Öngördüğü Sistem Ve Geçiş Esasları”, AÜHFD, C. 65 S. 2, Y. 2016, sa. 473-569, s. 500. Danıştayın bu yönde vermiş olduğu bir kararda Kocaeli Üniversitesince düzenlenen Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönergesinin çerçeve yönetmeliğe aykırı olduğu belirtilerek şu ifadelere başvurulmuştur: “Öte yandan hiç bir kural kendisinden üstte bulunan kurala aykırı olamaz. Olayda da, 2547 sayılı Yasanın 65. maddesi uyarınca Üniversitelerarası Kurul tarafından hazırlanan Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği bu konuda düzenlenmiş bir yönetmelik olup, üniversitelerce düzenlenen yönergelerin bunlara aykırı hükümler içermeyeceği açıktır. Bu nedenle anılan çerçeve yönetmelik özel öğrencilerin öğrencilik haklarından yararlanamayacağını kurala bağlamışken buna aykırı olarak muafiyete ilişkin bir düzenleme içeren yönerge kuralının bulunduğundan bahisle kazanılmış bir hakkın varlığından söz edilemez.” Danıştay 8. Daire, 18.1.2001 tarih ve E. 1999/1292, K. 2001/116 sayılı karar, KİBB.

durdurulmuştur. Danıştay, yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararında şu gerekçelere yer vermiştir:

“Yukarıda anılan yasa hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157 nci maddesine göre gizli tutulması gereken soruşturma işlemlerini yürüten adli kolluk görevlilerinin hak, yetki ve yükümlülüklerinin yargılama alanına ilişkin olduğu ve yasayla düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanununda adli kolluk görevi ve görevlileriyle ilgili eksikliği tespit edilecek konuların yasama organı tarafından yasal düzenleme yapılarak giderilebileceği de doğaldır. Dolayısıyla adli görevi olmayan üstlerinden adli görevleriyle ilgili olarak talimat almayan adli kolluk görevlilerinin adli olaylarla ilgili konuları sıralı amirlerine; Cumhuriyet savcılarının da Cumhuriyet başsavcılıklarına bilgi verme yükümlülüğünün, yargılama alanına ilişkin bir konu olması nedeniyle yönetmelikle düzenlenmesine olanak bulunmamaktadır.

Sonuç olarak adli kolluk görevlilerini, kolluk amirlerini, Cumhuriyet savcılarını, sıralı amirlerine ve Cumhuriyet Başsavcılığına adli olayları bildirmekle yükümlü tutan dava konusu yönetmelik hükümleri; kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı biçimde, ceza soruşturma sürecine ilişkin usul kuralları içermekte; adli makamların görev ve yetki alanlarına ilişkin düzenleme getirmektedir. Aynı zamanda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157 nci maddesinde yer alan soruşturmanın gizliliği kuralını da zedeleyecek nitelikteki anılan hükümler, idari düzenleme yetkisinin aşılması nedeniyle yetki yönünden açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır.”⁴³⁸

Danıştay, yürütmenin durdurulması kararının, yürütmenin düzenleme yetkisinin aşılmış olması gerekçesiyle verildiğini belirtmiştir. Bununla birlikte kuvvetler ayrılığı ilkesi dikkate alındığında yürütmesi durdurulan yönetmelik hükümlerinin, yürütme ve yargı ayrılığına bir müdahale niteliği taşıdığı da vurgulanmıştır. Kuvvetler ayrılığının modern anayasal sistemler bakımından uygulanış biçimi olan fonksiyonlar ayrılığı uyarınca idare, yargı fonksiyonunun işleyişine müdahale edemez. Zira bu alanda düzenleme yapma yetkisi asli düzenleme yetkisine sahip olan yasama organına aittir.

⁴³⁸ Danıştay 10. Daire, 27.12.2013 tarih ve E. 2013/8108 sayılı karar, KİBB.

Nitekim bu husus Anayasa'nın kuvvetler ayrılığına dolaylı bir vurgu da içeren 142. maddesinde *"Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir."* şeklinde belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki Anayasa'daki bu düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesinin yürütmenin yargı alanına müdahale etmesini engelleyerek kuvvetler ayrılığını temin edici bir işlev yerine getirmesi sonucunu doğursa da bu alana ilişkin uzmanlık gerektiren ve teknik nitelikteki konuların idarece düzenlenmesine engel değildir.

Öte yandan, yukarıda sözü edilen Yönetmelik hükümlerinin düzenleme yetkisinin sınırı bakımından değerlendirilmesi için Yönetmelik'in dayanağını oluşturan 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 167. maddesinin içeriği de önemlidir. Zira bu maddede: "Adli kolluk görevlilerinin nitelikleri ve bunların hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimi, diğer hizmet birimleri ile ilişkileri, değerlendirme raporlarının düzenlenmesi, uzmanlık dallarına göre hangi bölümlerde çalıştırılacakları ve diğer hususlar; bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde Adalet ve İçişleri Bakanlıklarınca müştereken çıkarılacak yönetmelikte belirlenir." ifadelerine başvurulmak suretiyle idarenin düzenleme yetkisini kullanarak kurala bağlayacağı konular belirtilmiştir. Bu noktada 167. maddede yer alan "ve diğer hususlar" ibaresinin anlam ve kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira "ve diğer hususlar" ibaresinin Yönetmelik kapsamındaki diğer tüm hususları mı, yoksa maddede sayılanların dışında kalıp da adli kolluk görevlilerinin nitelik, eğitim ve çalışma şartlarına ilişkin diğer hususları mı kapsadığı oldukça önemli bir sorudur. Danıştay bu konuda şu görüştedir:

"Tek tek sayılıp yönetmelik düzenlemesine bırakılan konular, aynı zamanda ilgili kamu kuruluşlarında güvenlik görevlisi olan adli kolluk görevlilerinin çalışma şartlarına ilişkin olduğu gibi; "...ve diğer hususlar..." ifadesiyle de sayılanlar dışında kalan çalışma şartlarının kastedildiği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle yasa hükmüyle Adalet ve İçişleri Bakanlıklarına, idari düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Esasen yargı alanının, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği ancak yasayla düzenlenebileceği, yönetmeliklerle düzenlenemeyeceği açıktır."

Gerçekten de "ve diğer hususlar" ibaresinin Yönetmelik kapsamındaki diğer tüm hususları kapsadığı görüşü, idarenin düzenleme yetkisinin sınırı bakımından

savunulamaz. Zira bu yöndeki bir görüş, yasa koyucunun idareye sınırları ve kapsamı belirsiz bir düzenleme yetkisi verdiği sonucunu doğurur ki, bu da yasama yetkisinin devri anlamına gelir. Bununla birlikte yalnızca yasama yetkisinin devri değil, kuvvetler ayrılığı ilkesi de dikkate alınmalıdır. Zira yürütme organının yargılama alanına ilişkin işlem tesis edemiyor olması, kuvvetler ayrılığının yürütme ve yargı ayrılığı biçimindeki tezahürünün bir sonucudur. Bu nedenle yargılama alanına ilişkin bir düzenlemenin yönetmelikle yapılmış olması, gerek yürütmenin yargılama safhasına ilişkin değişiklikleri bir idari işlemle yapamayacak olması bakımından, gerekse idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarının aşılmış olması bakımından kuvvetler ayrılığı ilkesine ve Anayasa’ya aykırı niteliktedir.

B. Konu Unsurunun Belirlenmesinde İdarenin Takdir Yetkisi

1. Takdir Yetkisinin Tanımı

İdari faaliyetlerin çeşitliliği karşısında kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesinin bir gereği olarak kabul edilen idarenin takdir yetkisi, hukukçular tarafından farklı biçimlerde tanımlanmaktadır. Bu tanımların birinde⁴³⁹ “idareye, işlemin sebebini, konusunu, zaman ve yerini belirlemek; çeşitli çözümlerden birini seçmek; işlem yapmak ya da yapmamak konusunda verilen bu hareket serbestisi” olarak ifade edilen takdir yetkisini bir başka yazar; “idarenin işlem ve eylemlerinde hukuki sınırlar içerisinde sahip olduğu değerlendirme serbestisi” olarak tanımlamıştır⁴⁴⁰. Bunun yanında takdir yetkisinin “belli olguların varlığı halinde idarenin serbestçe ya da mevcut seçeneklerden birini uygun gördüğünce tercihe ederek karar alabilme imkanı” olduğu da doktrinde belirtilmiştir⁴⁴¹. Bir başka tanıma göre ise takdir yetkisi, hukuk kurallarının idareye bıraktığı yer, zaman ve durumun gerektirdiği serbest alanı ifade eder⁴⁴². Takdir yetkisine ilişkin bir başka açıklamada ise bir kuralın "idareye bir karar alıp almama, birçok karar arasından birini seçebilme ya da kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak gibi içeriği belli olmayan kavramların anlamını belirleyebilme ya da değerlendirebilme imkanı" verdiği

⁴³⁹ Yıldırım, “İdari Yargı”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 725.

⁴⁴⁰ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 187.

⁴⁴¹ Yayla, s. 190.

⁴⁴² Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 124.

durumlarda idarenin takdir yetkisinin varlığından söz edileceği belirtilmiştir⁴⁴³. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 11 Mart 1980 tarih ve R(80)2 sayılı tavsiye kararında ise takdir yetkisi; “idareye alınacak karar konusunda belli ölçüde serbestlik tanıyan, yasal olarak kabul edilebilir kararlar arasından uygun gördüğünü seçme imkânı veren yetki” olarak tanımlanmıştır⁴⁴⁴.

Bu tanımlardan hareketle takdir yetkisinin; “idarenin bir idari faaliyetin yürütülmesi sırasındaki iradesini, hukuka uygun olmak şartıyla, kullanıp kullanmama veya belli bir yönde kullanıp kullanmama konusunda sahip olduğu yetki” biçiminde ifade edilmesi mümkündür.

2. Takdir Yetkisinin Gerekliliği

İdarenin kamu hizmetlerini gereği gibi yürütebilmesi ve gelişen ihtiyaçlara karşı kamu yararının gerektirdiği önlemleri alabilmesi için takdir yetkisine sahip olmasının gereklilik arz ettiği hususunda doktrinde bir ihtilaf bulunmamaktadır. Zira çok çeşitli alanlarda faaliyet gösteren idare, bu faaliyetlerini çok fazla sayıda işlem ve eylem aracılığıyla gerçekleştirir. Bu nedenle idarenin her türlü eylem ve işleminin kanun koyucu tarafından öngörülüp yasal bir düzenlemeye konu yapılması mümkün değildir. Her ne kadar idarenin kanuniliği ilkesi söz konusu olsa da; yasama organının, idarenin idari işlevi yerine getirirken karşılaşılabilecek farklı durumların ve ihtimallerin tümünü hesap etmesi beklenemez. Hal böyleyken idarenin; kanunların uygulanmasını sağlamak⁴⁴⁵, gelişen ihtiyaçlara ve değişen şartlara ayak uydurabilmek ve kamu yararını gerçekleştirmek adına gerekli hareket kabiliyetini haiz olduğundan söz edebilmek için, faaliyet gösterebileceği serbest bir alanın kendisine tanınmış olması gerekir. İşte bu gereklilik, idareye takdir yetkisinin verilmesi sonucunu doğurmuştur⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Georges Vlachos, *Principes généraux du droit administratif*, ellipses, Paris 1993, s. 87-88. (Aktaran: Atay, *İdare Hukuku*, s. 508-509.)

⁴⁴⁴ Onur KARAHANOGULLARI, “İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, *AÜHFD*, C. 45, S.1-4, sa. 323-337, s. 327.

⁴⁴⁵ Akbulut, s. 344.

⁴⁴⁶ Yıldırım, “İdari Yargı”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*) s. 727, Yaşar, *İdare Hukuku*, 2014, s. 114; Atay, *İdare Hukuku*, s. 508-509; Özay, *Günlükte Yönetim*, s. 457; Nilay ARAT, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi “Takdir Yetkisi” ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme*, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 13; Halil KALABALIK, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”,

Bu durum Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da dile getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararında şu ifadelere yer vermiştir:

*“İdarelerin, kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken ne tür kararlar almaları gerektiğinin, her türlü olay ve olgu göz önünde bulundurularak önceden hukuk kurallarıyla belirlenmesi mümkün olmadığı gibi kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği dikkate alındığında uygun bir yöntem de değildir. Bu nedenle, idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur. Takdir yetkisinin amacı, idareye farklı çözümler arasından uygun ve yerinde olanı seçme serbestisi tanımadır.”*⁴⁴⁷

Anayasa Mahkemesi kararı ele alındığında, takdir yetkisinin; idarenin kamu hizmetlerini yürütürken kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla değişen şartlara ayak uydurabilmesi ve ihtiyaçları dikkate alarak sunulan hizmeti uyarlayabilmesi için idareye tanınmış bir yetki olduğu görülür⁴⁴⁸. Danıştay ise eski tarihli bir kararında takdir yetkisinin gerekliliğini şu cümlelerle ifade etmiştir:

“İdari faaliyetlerin hukuk kuralları ile kısıtlanması, idarenin hukuka bağlılığı ilkesinin tabii bir sonucudur. Ancak idare hukuku kuralları, kamu görevlerinin değişen gereklerine ve özelliklerine uymak zorunda bulunduğu için, idarelerin bütün faaliyetleri evvelden konulmuş esaslara bağlanmak suretiyle düzenlenemezler. Nitekim çok defa idarelerin ne zaman, nerede, nasıl, ne şekilde işlem tesis edeceklerinin önceden düzenlenmiş kurallarda saptanmasına imkan yoktur. Bu itibarla kamu hizmetlerini düzenleyen hukuk kurallarının, bu hizmetlerin bütün ayrıntıları ile gereği gibi

GÜHFD, C. 1, S. 2, Aralık 1997, sa. 258-295, s. 260; Şükrü KARATEPE, "İdarenin Takdir Yetkisi", TİD, y. 63, Eylül 1991, S. 392, sa. 63-119, s. 63; Fatih KIRIŞIK-Nizamettin AYDIN, "İdari İşlemin Unsurlarında Takdir Yetkisinin Varlığı Sorunu", SDÜİİBFD, Y. 2002, C.7, sa. 331-344, s. 334 vd. Öte yandan bir görüşe göre takdir yetkisi, idarenin sahip olduğu karar manevrası odasıdır. Bkz., Jeffrey JOWELL, The Legal Control Of Administrative Discretion, Public Law, 1973, s. 179.

⁴⁴⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/95, K. 2014/176 sayı ve 13.11.2014 tarihli kararı, 13.3.2015 tarihli R.G.

⁴⁴⁸ Kamu hizmetlerinde uyarlanma ya da diğer adıyla değişkenlik ilkesinin düzenleyici işlemler bakımından idareye takdir yetkisi verdiği belirtilmiştir. Bkz. Bülül, s. 35. Aynı yönde: "İdareler, normlar hiyerarşisine aykırı olmayacak şekilde, hizmette etkinliğinin sağlanması için gerekli önlemleri alma, bu kapsamda mevzuat değişikliği yapma hususunda takdir yetkisine sahiptirler. Kamu hizmetlerinin hangi koşullar altında ve nasıl yürütüleceğini önceden saptamak her zaman mümkün olmadığı için, gelişen durumlara ayak uydurmak ve ortaya çıkan ihtiyaçları karşılayabilmek amacıyla düzenleyici işlemler üzerinde gerekli değişiklikler yapma hususunda idarelerin takdir yetkisi bulunmaktadır." Danıştay 15. Daire, 13.3.2015 tarih ve E. 2014/9839 sayılı karar, KİBB.

düzenlenmesi mümkün olmayan hallerde idarelere, hukuk kuralları içinde bir hareket serbestisi tanınması zorunludur. Bu serbestinin, idarelerin hukuka bağlılığına bir istisna teşkil edemeyeceği açıktır. Gerçekten bu yetki sınırsız olmayıp, idarelere kamu yararına kullanılmak üzere verilmiş ve bu amaçla sınırlandırılmıştır. Bu maksada uygun olmayarak kullanılan bir yetkinin, hakkın suistimalini teşkil edeceğine şüphe yoktur.”⁴⁴⁹

İdarenin takdir yetkisi kullanmasına duyulan ihtiyaç bu şekilde ortaya konulduğunda görülür ki, idarenin tüm yetkilerinin bağlı yetki olması idareyi işlevsiz kılar. Nitekim idarenin tüm yetkilerinin bağlı yetki niteliğinde olması durumunda, idare mekanik bir araç gibi sadece kanunların birebir uygulanması işlevini yürüten bir organ halini alır⁴⁵⁰. Diğer yandan kamu yararının gerektirdiği durumlarda idare kanundan almadığı bir yetkiyi kullanamayacaktır. Bu durumda kanun koyucunun sık sık kanun değişikliği yapması gerekecek ve bu değişiklikler kısa sürede gerçekleşemeyeceğinden; bir taraftan kamu hizmetleri aksayacak, diğer yandan ise kamu yararı sağlanamayacaktır⁴⁵¹.

Bununla birlikte idarenin düzenleme yetkisinin de kaynağı olduğu görüşü⁴⁵² dikkate alındığında, takdir yetkisinin bulunmaması ihtimalinde idarenin türev nitelikte de olsa genel, soyut ve objektif düzenlemeler yapmasının bir anlamı kalmaz. Böylece idarenin kanuniliği ilkesi anlamını yitirir ve idarenin sadece kanunların uygulanmasını sağlayan bir organ haline gelmesi anlamını taşıyan bir ilke olarak varlığını sürdürür.

3. Takdir Yetkisinin Sınırı

İdarenin takdir yetkisinin idareye vermiş olduğu serbestliğin keyfi uygulamaların bir gerekçesi olmaması ve kişilerin hak ve özgürlüklerine bu yolla müdahale edilmemesi amacıyla bu yetkinin sınırlandırılması zorunludur⁴⁵³. Diğer bir ifadeyle idarenin, takdir yetkisini kullanırken bu yetkinin mutlak ve sınırsız bir yetki olmadığını

⁴⁴⁹ Danıştay 5. Daire, 26.03.1970 tarih ve E. 1969/4331, K. 1970/1004, sayılı karar, DD, 1971, S. 1, s. 203.

⁴⁵⁰ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 186.

⁴⁵¹ Kaya, s. 14; Kalabalık, s. 261-262.

⁴⁵² Güneş, s. 87 vd.

⁴⁵³ Yıldırım, “İdari Yargı”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 730; Alan, Yerindelik, s. 37; Turgut TAN, “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, AİD, C. 8, No. 2, 1975, sa. 33-49, s. 43.

göz önünde bulundurması ve bu yetkisini kötüye kullanmaması gerekmektedir. Takdir yetkisinin kullanımı idareye verilen “yapabilir”, “belirleyebilir”, “karar verilebilir” şeklindeki bir tercih hakkının kullanımı ya da “gerekli tedbirleri alır”, “gereken işlemleri yapar” gibi ifadeler sonucu her durumun özelliğine göre yapılacak en makul seçim⁴⁵⁴ sonucu tesis edilecek işlemlerin idare tarafından belirlenmesi biçiminde gerçekleşebilir⁴⁵⁵. Bu bakımdan takdir yetkisi, idarenin hukuk sınırları içerisinde kullanılabileceği yetkileri ifade etmesi nedeniyle keyfi uygulamaların bir dayanağı ya da gerekçesi olamaz⁴⁵⁶.

İdarenin takdir yetkisini kullanarak işlem tesis ederken bu yetkiyi hukuka uygun bir biçimde kullanıp kullanmadığı ise Anayasa uyarınca, ancak idari yargı organı tarafından yapılan denetim sonucu ortaya çıkar⁴⁵⁷. Anayasa’nın 125/4. maddesinde “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.” hükmü yer almaktadır. İdari yargı yetkisinin sınırını belirten bu düzenlemeye 2577 sayılı İYUK’un 2/2. maddesinde de “hiçbir surette” ifadesi hariç, yer verilmiştir.

Anayasa ve İYUK’taki bu düzenlemeler uyarınca idari yargı organlarının yerindelik denetimi yapamayacak olması, idarenin takdir yetkisine dayanarak gerçekleştirdiği işlemler söz konusu olduğunda bu işlemlerin yargısal denetiminin yapılamayacağı anlamına gelmez. Bunun anlamı, yapılacak yargısal denetimin ancak idarenin takdir yetkisini hukuki sınırlar içerisinde kullanıp kullanmadığı bakımından gerçekleştirilecek olmasıdır⁴⁵⁸. Zira Anayasa’nın 125/1. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiş olup, bu kuralın

⁴⁵⁴ Pier Luigi M. LUCATUORTO, “Reasonableness in Administrative Discretion: A Formal Model”, *Journal Jurisprudence*, Vol. 8, December 2010, s. 633.

⁴⁵⁵ Yıldırım, “İdari Yargı”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*) s. 726.

⁴⁵⁶ Yaşar, *İdare Hukuku*, 2016, s. 187. Bu bakımdan takdir yetkisinin hukuk devleti ilkesiyle çelişmediği ifade edilmiştir. Bkz. Mahendra P. SINGH, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Springer, 2nd Edition, Berlin 2010, s. 83.

⁴⁵⁷ Alan, *Yerindelik*, s. 37.

⁴⁵⁸ Yıldırım, “İdari Yargı”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*) s. 731.

istisnaları yine Anayasa'da (madde 125/2 ve madde 159/10) gösterilmiştir. Bu durumda idarenin takdir yetkisini hangi sınırlar içerisinde kullanabileceğine ilişkin ölçütler idari yargı organınca getirilebilecek olup, idari yargı organının bu denetimi ise ancak hukukilik denetimi şeklinde gerçekleşir. Diğer bir ifadeyle idari yargı organı yerindelik denetimi yaparak idarenin hukuka uygun biçimde tesis ettiği bir işlemin isabetli, gerekli ya da yerinde olup olmadığını tartışamaz⁴⁵⁹. Aksi takdirde Anayasa'ya aykırı olarak, idarenin takdir yetkisi kaldırılacak biçimde ve idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmek suretiyle idari yargı denetiminin sınırı aşılmış olur⁴⁶⁰. Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın yerleşik içtihatlarında idarenin takdir yetkisinin “kamu yararı” ve “hizmet gerekleri” çerçevesinde kullanılması gerekliliği kabul edilmiştir. Hatta takdir yetkisinin “kamu yararı” ve “hizmet gerekleri”ne uygun biçimde kullanılması gerektiği Anayasa Mahkemesi tarafından, hukukun genel ilkeleri arasında sayılmıştır⁴⁶¹.

Danıştayın yakın tarihli kararlarında da kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütlerinin yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edildiği; takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilmeden kullanılması durumunda ise idari işlemin sebep ve maksat unsurları bakımından hukuka aykırı olacağı belirtilmektedir⁴⁶². Gerçekten de kamu yararına aykırılık durumunda işlemin maksat unsuru; yürütülen kamu hizmetinin gerektirmediği bir işlem tesis edilmesi halinde ise işlemin sebep unsuru yönünden sakat olacaktır. Bu nedenle takdir yetkisinin yargısal denetiminin, idari işlemin sebep ve maksat unsuru bakımından yapılan bir denetim şeklinde ortaya çıkacağını söylemek mümkündür.

Takdir yetkisinin kullanımına ilişkin içtihatlarla getirilen “kamu yararı” ve “hizmet gerekleri” ölçütlerinin yanı sıra, kanuna uygunluk ve Anayasa'da yer alan temel

⁴⁵⁹ Yıldırım, a.g.e., s. 734.

⁴⁶⁰ Akbulut, s. 338; Yıldırım, a.g.e., s. 734.

⁴⁶¹ “İdareye takdir yetkisi tanınması, idarenin ‘keyfi’ olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. İdareye tanınan takdir yetkisinin, somut olayın özellikleri, eylemin ağırlığı, oluşan zararın büyüklüğü gibi durumlar göz önünde bulundurularak eşitlik, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması ve işlenen fiil ile tayin edilecek ceza arasında adil bir dengenin gözetilmesi, hukukun genel ilkelerindendir.” Anayasa Mahkemesinin E. 2013/95, K. 2014/176 sayı ve 13.11.2014 tarihli kararı, 13.3.2015 tarihli R.G.

⁴⁶² “Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ile memurların naklen ataması konusunda İdareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı yerince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı sebebiyle iptalini gerektireceği, yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir.” Danıştay 5. Daire, 28.1.2016 tarih ve E. 2016/258 sayılı; 14.12.2015 tarih ve E. 2015/5867 sayılı; 15.12.2015 tarih ve E. 2015/3596 sayılı kararları, KİBB.

ilke ve kurallar ile hukukun genel ilkeleri⁴⁶³ de idarenin takdir yetkisini kullanırken riayet etmesi gereken sınırlar olarak kabul edilmiştir⁴⁶⁴. Bu durumda idarenin faaliyet gösterdiği alanlarda kendisine sunulan hareket serbestisinin mutlak ve sınırsız olmadığını, aksine sıkı bir hukukilik denetimine tâbi olduğunu belirtmek gerekir.

4. Konu Unsurunda Takdir Yetkisi

4.1. Genel Olarak

İdari işlemin konu unsuru işlemin yürürlüğe girmesi sonucu ortaya çıkan hukuki sonucu ifade etmekte olup; idare mevzuatta öngörülmeyen bir hukuki sonucu meydana getiremez⁴⁶⁵. Mevzuatta idari işlemin konu unsuru açıkça yer alabildiği gibi, idareye işlemin konu unsuru bakımından bir hareket serbestisi de sunulabilir. Bu ise idareye mevzuatta açıkça belirtilen birden fazla sonuçtan birini meydana getirme ya da “gereken tedbirleri alma” gibi, soyut kavramların içini doldurma şeklinde gerçekleşir⁴⁶⁶. Bu durumlarda idarenin konu unsuru bakımından takdir yetkisi olduğu kabul edilir. Nitekim doktrinde idarenin takdir yetkisinin büyük ölçüde konu unsuru üzerinde söz konusu olacağı savunulmuştur⁴⁶⁷.

Mevzuatta idareye “yapabilir” “alabilir” “verebilir” gibi yeterlilik ifade eden kelimeler kullanılarak bir serbestlik tanınan bazı durumlarda idarenin, işlemin konu unsuru gerçeğe geçirip gerçeğe geçirmeme hususunda sahip olduğu yetkinin niteliği değişebilir. Zira (-ebilmek) şeklinde yeterlilik ifade eden kelimelerin idari işlemin konu unsuru bakımından takdir yetkisi içerdiğini belirtmek her zaman mümkün değildir. Bu durumlarda idarenin kanunda yer alan sebep unsuru gerçekleştiğinde, kanun metninde “-ebilir” ifadesi yer almış olsa da, gereken işlemi tesis etmesi gerekir⁴⁶⁸. Kanun koyucunun idareye sebep unsurunun gerçekleşmesi durumunda kullanabileceği yetkileri belirttiği

⁴⁶³ Kaya, s. 166 vd; Akbulut, s. 344-345.

⁴⁶⁴ “Zira, takdir yetkisi ile idareye ancak hukuk kuralları içinde hareket özgürlüğü tanınmış olduğundan, yasa koyucu tarafından idareye tanınan bu yetkinin başta kamu yararı olmak üzere hizmet gereklerine, hukuk devleti, hukuk güvenliği ve kazanılmış haklara riayet ilkelerine uygun olarak kullanılması gerekmektedir.” Danıştay 15. Daire, 13.3.2015 tarih ve E. 2014/9839 sayılı karar, KİBB.

⁴⁶⁵ Alan, Konu Unsuru, s. 341; Alan, Yerindelik, s. 35.

⁴⁶⁶ Kaya, s. 221; Arat, s. 117.

⁴⁶⁷ Alan, Konu Unsuru, s. 341.

⁴⁶⁸ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 537.

bazı düzenlemelerde, idarenin kanun koyucu tarafından kendisine tanınan yetkileri kullanmaması hizmet kusuru olarak nitelenir⁴⁶⁹. Bu duruma 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu’ndan örnek vermek mümkündür. Kanun’un 9. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: “Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilanında, olağanüstü hal ilanını gerektiren hususlar gözönünde bulundurularak aşağıda yazılı tedbirler alınabilir:” Buna göre söz konusu olağanüstü hal ilanını gerektiren hususların kanunda yazılan tedbirlerden birini ya da birkaçını almayı gerektirdiği halde idare bu tedbirleri almadığında, bu durum idari yargı organınca hizmet kusuru olarak değerlendirilip idarenin sorumluluğuna gidilebilir. Kanunda yer alan bir yetkiyi kullanmadığında idarenin sorumluluğuna gidilebilecek olması durumunda, her ne kadar “tedbirler alınabilir” biçiminde ifade edilse de, bu yetkinin takdir yetkisi olarak nitelendirilmesi isabetli olmaz⁴⁷⁰. Başka bir deyişle idarenin böyle durumlarda işlemler tesis ederken, konu unsuru bakımından bağlı yetki içerisinde olduğu söylenebilir⁴⁷¹.

Diğer yandan, kanun koyucunun yeterlilik ifade eden kelimeleri kullanarak idareye idari işlemin konu unsuru bakımından takdir yetkisi verdiği yasal düzenlemeler de mevcuttur. Bunlardan biri 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu’nun 17. maddesinde yer alan düzenlemedir. Maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: “Kullanıcı menfaatlerinin gözetilmesi ve posta sektöründe rekabetin tesisi amacıyla Kurum tarafından etkin piyasa gücüne sahip hizmet sağlayıcılarına tarifelerin onaylanması, düzenlenmesi, izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin yükümlülükler getirilebilir.” Maddeye göre idarenin kanunda belirtilen amaçlar doğrultusunda yükümlülükler getirme bakımından takdir yetkisi içinde olduğu açıktır. Zira idare söz konusu amaçla yükümlülük getirmek yerine başka bir yol da izleyebilir. Bu nedenle kanun koyucunun söz konusu yasal düzenlemede “yükümlülük getirilir” yerine “yükümlülük getirilebilir” ifadesini tercih etmesi idareye tanımış olduğu takdir yetkisinin bir göstergesidir⁴⁷².

⁴⁶⁹ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 541.

⁴⁷⁰ Aynı şekilde mevzuatta kullanılan “yetkilidir” ifadesi de; idarenin o alanda hareket serbestisi içinde bulunduğunu değil, idareye genel nitelikte bir yetki tanındığını gösterir. Bkz. Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 543.

⁴⁷¹ Özge OKAY TEKİNSOY, “Kolluk”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 591.

⁴⁷² Bu hususta Arat, yeterlilik bildiren ifadelerin idareye, işlemin konu unsuru bakımından takdir yetkisi verdiği görüşündedir. Bkz. Arat, s. 118. Aksi yönde görüş için bkz. Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 537-538.

Belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun idareye, yeterlilik anlamını taşıyan ifadeler kullanarak yetki verdiği durumlarda, işlemin sebep unsurunu oluşturacak maddi koşullarla⁴⁷³ birlikte kanun koyucunun söz konusu yetkileri vermedeki amacı da dikkate alınmalıdır. Böylece idarenin işlemin konu unsuru bakımından takdir yetkisine sahip olup olmadığı anlaşılabılır. Bu yetkiye sahip olduğu durumların, idareye karar alıp almama noktasında bir serbestlik tanıyacağı; alabileceği kararların önceden mevzuatta düzenlendiği durumlarda ise bu kararlardan birini seçme hakkı vereceği kabul edilebilir⁴⁷⁴.

Tesis edeceği işlemin konu unsurunun, tercih hakkı sunulmaksızın mevzuatta açıkça gösterilmesi durumunda ise idarenin yetkisi bu unsur bakımından bağlı yetki olur⁴⁷⁵. Bu durum, idari işlemin sebep unsuru ile konu unsuru arasındaki nedensellik ilişkisinin de bir sonucu olarak cereyan eder. Nitekim mevzuatta işlemin sebep unsuru ve bu işlemin gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak olan hukuki sonucun, yani konu unsurunun açıkça gösterildiği durumlarda sebep unsurunun gerektirdiği sonuçtan farklı bir sonuç doğmuşsa, bağlı yetki içinde bulunan idare bu yetkisini aşmış olacak ve işlem konu unsuru bakımından sakat hale gelecektir⁴⁷⁶.

Diğer yandan idarenin, düzenleyici işlemlerin uygulanması amacıyla normlar hiyerarşisinde alt sırada bulunan başka bir düzenleyici işlem ya da birel işlem tesis etmek zorunluluğu bulunabilir. Örneğin bir tüzükte, tüzüğün uygulanması için yönetmelik çıkarılma zorunluluğu öngörülebilir ya da idare bir yönetmelik uyarınca belli bir yönde birel işlem tesis etmek durumunda olabilir. Bu durumda; genel, soyut ve objektif nitelikteki düzenleyici işlemleri uygulamakla görevli olan idare, bu amaçla belli bir konuda ve belli bir yönde işlem tesis etmek hususunda bağlı yetki içindedir. Zira idare, düzenleyici işlem tesis ederken normlar hiyerarşisi uyarınca üst hukuk normuna uygun hareket etmek durumunda olduğu gibi; birel işlem tesis ederken de kanunlara ve diğer mevzuata uygun hareket etmelidir. Üst hukuk normunun bir düzenleyici işlem olması ya da birel işlemin bir düzenleyici işlemin uygulanması amacıyla tesis edildiği durumlarda,

⁴⁷³ Alan, Yerindelik, s. 36.

⁴⁷⁴ Alan, Konu Unsuru, s. 341; Alan, Yerindelik, s. 36.

⁴⁷⁵ Alan, Konu Unsuru, s. 341; Alan, Yerindelik, s. 36; Arat, s. 116.

⁴⁷⁶ Alan, Konu Unsuru, s. 341; Günday, s. 159; Kaya, s. 222; Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 525; Gözler C. I, s. 936-937; Arat, s. 116.

idari işlemin konu unsurunun yine idare tarafından belirleneceği ve düzenleyici işlemle yetkili kılınan idarenin, işlemin konu unsuruna ilişkin takdir yetkisinden söz edilemeyeceği belirtilmelidir.

4.2. Konu Unsurunda Takdir Yetkisinin Görünüş Biçimleri

4.2.1. İdareye Farklı Seçenekler Arasında Tercih Hakkı Tanınması

Mevzuatta idari işlem sonucu ortaya çıkacak sonuçlar bakımından idareye seçimlik bir yetki tanınmış olabilir. Bu durumda idarenin kendisine sunulan seçimlik haklardan birini kullanabilecek olması idari işlemin konu unsuru bakımından sahip olduğu takdir yetkisi sayesindedir⁴⁷⁷. Bu duruma örnek olarak 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu’nun “Uçuş yasakları ve sınırlamaları” başlıklı 7. maddesi gösterilebilir. Maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: “Bakanlar Kurulu, ... Türk hava sahasının tamamını veya belirli bölümünün kullanılmasını veya muayyen bölgeler üzerinden uçuşu yasak edebilir veya sınırlayabilir.” Bu hüküm uyarınca yürürlüğe girecek bir Bakanlar Kurulu kararının konu unsuru, Türk hava sahasının tamamının veya bir bölümünün, geçici ya da devamlı olarak uçuşa yasaklanması ya da sınırlandırılması olabilir. Böylelikle kanun koyucu Bakanlar Kurulu’na idari işlemin konu unsuru bakımından geniş bir tercih serbestisi sunmuş olmaktadır.

4.2.2. Belirsiz Kavramların İdare Tarafından Somutlaştırılması

İdari işlemin konu unsurunda takdir yetkisinin görünüş biçimlerinden biri de idarenin mevzuatta yer alan bazı kavramları somutlaştırması ve bu kavramlara yüklediği anlam uyarınca hukuki sonuçlar meydana getirmesidir⁴⁷⁸. Örneğin; 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 10. maddesine göre “Her kimin mülkiyetinde veya idaresinde olursa olsun, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, ...” yetkisi Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir. Bu durumda idare mevzuatta geçen “gerekli tedbirler” ifadesini, tesis edeceği işlemler sonucunda somutlaştırmış olur. Bu durumda Bakanlığın kültür ve tabiat varlıklarının

⁴⁷⁷ Karatepe, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 102.

⁴⁷⁸ Arat, s. 119.

korunmasını sağlamak amacıyla gerekli göreceği ve gerçekleştireceği tüm işlemler, sahip olduğu takdir yetkisinin bir kullanımı şeklinde tezahür eder.

Diğer bir örnekte ise 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 32/A maddesinde kaymakamın “suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri” alacağı belirtilmiştir. Bu durumda da kaymakamın, kamu düzeni ve güvenini koruma amacı doğrultusunda kullanabileceği geniş bir takdir yetkisi olduğu görülmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca kaymakam mevzuatta belirtilen amacın gerçekleşmesini “kamu düzeni” ve “kamu güveni” gibi kavramların içini doldurarak sağlayacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, idareye işlemin konu unsuru bakımından takdir yetkisi verilmesi, idarenin istediği her konuyu düzenleyebileceği anlamına da gelmez⁴⁷⁹. İdare, işlemin konu unsurunun açık ve somut bir biçimde belirtilmediği bu gibi durumlarda mevzuatta yer alan söz konusu belirsiz ve soyut kavramlarla kanun koyucunun ulaşmayı hedeflediği özel nitelikteki amaç bakımından elverişli, hakkaniyete uygun ve makul sonuçlar doğurabilir⁴⁸⁰.

4.2.3. İdarenin Mevzuatta Belirlenen Alt ve Üst Sınırlar Arasında İşlem Tesis Etmesi

İdare bazen mevzuatta çizilen alt ve üst sınırlar içerisinde kalarak işlemin konu unsurunu belirleyebilmektedir⁴⁸¹. Bu gibi durumlarda idarenin konu unsuruna ilişkin bir takdir yetkisi olduğu ve mevzuatın belirlediği alt ve üst sınırların idarenin takdir yetkisinin sınırını oluşturduğu kabul edilir. Buna örnek olarak 657 sayılı DMK'daki aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezaları gösterilebilir. Nitekim Kanun'un 125. maddesinde sayılan aylıktan kesme cezasını gerektirecek fiil ve hallerden birini işleyen memurun brüt maaşı 1/30- 1/8 arasında kesilecektir. Buna göre maddede sayılan hallerin gerçekleşmesi durumunda idare sahip olduğu takdir yetkisi uyarınca memurun maaşından kesilecek tutarı serbestçe belirleyebilir. Benzer şekilde aynı madde uyarınca kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirecek fiil ve hallerden birini işleyen memurun bulunduğu kademedeki ilerlemesi 1-3 yıl durdurulabilir. İdare burada da

⁴⁷⁹ Akbulut, s. 296.

⁴⁸⁰ Akbulut, s. 306.

⁴⁸¹ Arat, s. 118.

memurun kademe ilerlemesinin ne kadar süreyle durdurulacağını takdir yetkisi doğrultusunda belirleyecektir.

İdari yaptırımların kanunda alt ve üst sınırlar belirtilerek düzenlenmiş olması durumunda da idare, kanundaki üst sınırı aşarak bir işlem tesis ettiğinde bu işlem gerek ölçülülük ilkesi, gerekse işlemin sebep ve konu unsurları bakımından hukuka aykırı olur. Aynı şekilde idari yaptırımın kanundaki sınırlar arasında ve fakat üst sınırdan belirlenmesi durumunda da idarenin amaca ulaşmak için gerekli ve zorunlu bir işlem tesis etme yükümlülüğüne riayet etmesi gerekir. Aksi takdirde idarenin, ulaşmak istediği sonuca daha hafif bir yaptırım uygulayarak ulaşması mümkünken daha ağır bir yaptırım uygulaması ölçülülük ilkesine aykırı olur⁴⁸².

Kanunda alt ve üst sınırlar gösterilerek, kamu görevlilerine yapılacak ödemelerin belirlenmesi hususunda idareye yetki verilmesi durumunda da idarenin konu unsuru yönünden takdir yetkisinin bulunduğu görülür. İdare kanunda belirtilen bu sınırlar çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak, yapılacak ödemelerin miktar ve oranını belirler.

Belirtmek gerekir ki kanunda alt sınırın belirlenmediği durumlarda da idarenin takdir yetkisi söz konusudur. Nitekim bu durum Anayasa Mahkemesinin bir kararında⁴⁸³; *“Ücretler ile mali haklar toplamına ilişkin taban oranın belirtilmemesi, tavan oranının altında yapılacak ödemelerde takdir hakkının kullanılmasına imkan sağlamak amacıyla olduğu açıktır.”* şeklinde ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise kanunda alt sınır belirlenmediği durumlarda, alt sınırın “sıfır” olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁸⁴. İdareye alt ve üst sınırlar arasında seçim hakkı tanınan böyle durumlarda idari işlemin konu unsurunda takdir yetkisinin kullanımı söz konusudur. İdarenin tesis ettiği işlemle kanunda belirtilen bu sınırları aşması durumunda ise bu işlem konu unsuru yönünden hukuka aykırı olur.

⁴⁸² Yücel OĞURLU, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 98.

⁴⁸³ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/44, K. 2012/99 sayı ve 21.6.2012 tarihli kararı, 13.3.2013 tarihli R.G.

⁴⁸⁴ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/90, K. 2012/71 sayı ve 17.5.2012 tarihli kararı, 1.1.2013.tarihli R.G.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

KONU UNSURU YÖNÜNDEN HUKUKA UYGUNLUĞU SAĞLAYAN TEMEL İLKELER

I. EŞİTLİK

A. Eşitlik İlkesinin Tanımı

1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer bulan eşitlik; idarenin işlem ve eylemlerinde uyması gereken Anayasal ilkelere biridir. 1924 Anayasası'nın 69. maddesinde eşitlik ilkesi "Türkler kanun nazarında müsavi ve bilâistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur." şeklinde yer almıştır. İlke, 1961 Anayasası'nın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmında ve "eşitlik" başlığı altında⁴⁸⁵; 1982 Anayasasında ise "Genel Esaslar" başlıklı birinci kısımda ve "Kanun önünde eşitlik" başlığı ile 10. maddede düzenlenmiştir. Madde metni şöyledir:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.

Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

⁴⁸⁵ Madde şu şekildedir: "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz."

Eşitlik ilkesi, Anayasa uyarınca gerek kanun koyucu gerek idare gerekse de yargı organlarının uymak zorunda olduğu temel bir ilkedir. Bu nedenle ilkenin idare hukuku bakımından taşıdığı anlamlardan biri, idari işlemlerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak tesis edilmesi gerektiğidir. Bunun sonucunda da idarece keyfi olarak kimseye ayrımcılık yapılamayacak ya da ayrıcalık tanınamayacaktır. Bunun yanı sıra eşitlik ve tarafsızlık ilkesi idarenin kamu hizmeti yürütürken uyması gereken temel prensiplerden biri olup idareye kamu hizmeti sunulurken kişiler arasında hizmetin gerektirdiğinden başka bir ayırım gözetilmemesi yönünde bir yükümlülük yükler⁴⁸⁶.

1982 Anayasası'nın 10. maddesine 2004 yılında yapılan değişiklikle kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenleme getirilmiş ve devletin bu eşitliği hayata geçirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. 2010 yılında 5982 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliği sonucunda ise gerek kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla gerekse çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı kabul edilmiştir. Düzenleme ile söz konusu durumlarda Anayasada sayılan kişiler lehine yapılacak farklı uygulamaların pozitif ayrımcılık niteliğinde olacağı, bu nedenle hukuka aykırı sayılmayacağı Anayasayla teminat altına alınmıştır⁴⁸⁷.

Eşitlik ilkesine Anayasa Mahkemesi kararlarında da yer verilmiş ve söz konusu kararlarda ilke hakkında şu ifadeler kullanılmıştır:

“Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden ayrı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik

⁴⁸⁶ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 234.

⁴⁸⁷ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 158; Devrim ULUCAN, “Eşitlik İlkesi Ve Pozitif Ayrımcılık”, DEÜHFD C. 15, Özel S., 2013, sa. 369-383, s. 372.

kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.”⁴⁸⁸

Anayasanın 10. maddesi ve bu maddeye ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar ele alındığında 1982 Anayasası’nda benimsenen eşitlik anlayışının genel olarak; farklı yönde muamelede bulunulmasını haklı kılacak özel bir durumu olmayan kişilere aynı yönde işlemler tesis edilmesi yönünde olduğu söylenebilir. Ayrıca kimseye ayrıcalık ya da imtiyaz tanınmaması da yine Anayasal bir zorunluluktur. Toplumun bazı kesimlerine yönelik kategorik olarak gerçekleştirilecek farklı uygulamaların hukuka uygun kabul edilmesi de 1982 Anayasasında öngörülen eşitlik anlayışının bir neticesidir.

Eşitlik ilkesi, hukuk devleti ilkesi ile ilişkisi ve doğurduğu hukuki sonuç bakımından ele alındığında gerek hukuk devleti gerekse demokrasiler bakımından vazgeçilmez bir prensiptir. Bunun sonucunda da eşitlik, bu kavramlardan tamamen bağımsız şekilde düşünülemez⁴⁸⁹. Eşitlik ilkesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde ağırlıklı olarak öne sürülen görüş; ilkenin hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olmadığıdır. Zira eşitliğin, hukuk devletinden bağımsız ve hukukun genel ilkeleri arasında yer alan devlet yönetimine ilişkin temel nitelikte bir ilke olduğu belirtilmiştir⁴⁹⁰. Bu görüşün dayanağı ise ilkenin Anayasa’nın “Genel Esaslar” başlıklı kısmında düzenlenmiş olmasıdır. Öte yandan eşitlik ilkesine, Anayasa’nın Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğuna ilişkin 2. maddesinde yer verilmemiş olması da ilkenin hukuk devleti ilkesinden bağımsız olduğu görüşünü destekler niteliktedir⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/116, K. 2014/135 sayı ve 11.9.2014 tarihli kararı, 24.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2012/11, K. 2012/104 sayı ve 5.7.2012 tarihli kararı, 13.10.2012 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih ve E. 2012/65, K. 2012/128 sayılı kararı, bkz. 18.04.2013 tarihli sayılı R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2010/93, K. 2012/20 sayı ve 9.2.2012 tarihli kararı, 26.7.2013 tarihli R.G.

⁴⁸⁹ Mustafa ERDOĞAN, Anayasa Hukuku, 8. Baskı, (Tıpkı Basım) Orion Kitabevi, Ankara 2011, s. 183. Aynı yönde: “Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü temeli üzerine oturur. Yasa önünde eşitlik bu temelde vazgeçilmesi olanağı bulunmayan bir ilkedir. Böyle bir ilke her türlü ayrıcalığı reddeder. Eşitlik ilkesi, demokratik rejimde en önemli ilkelerden biridir. Çünkü gerçek demokrasilerde ikinci sınıf vatandaş olamaz.” Anayasa Mahkemesinin E. 1992/40, K. 1992/55 sayı ve 31.12.1992 tarihli kararı, 24.04.1993 tarihli R.G.

⁴⁹⁰ Merih ÖDEN, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 126; Özbudun, s. 156; Günday, s. 60-61; Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 98.

⁴⁹¹ Günday, s. 61; Özbudun, s. 156.

Vurgulamak gerekir ki, eşitlik ilkesinin devlet yönetimine ilişkin temel bir ilke olması, ilkenin yalnızca merkezi idarenin işlemlerinin değil; gerek mahalli idareler gerek kamu kurumları gerekse de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının düzenleyici ve birel işlemlerinin de eşitlik ilkesine uyması gerektiği sonucunu doğurur.

Anayasa uyarınca il, belediye ya da köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan mahalli idareler, görev alanlarındaki halkın mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılarırken aynı hukuki durumda bulunan il, belde ya da köy sakinlerine eşit muamelede bulunmak; herhangi bir zümreye, sınıfa ya da kişiye ayrıcalık tanımamak durumundadır. Örneğin; belediyeler, 5393 sayılı Kanun'un kendilerine tanıdığı yetkilerden biri olan gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetleri ile ilgili olarak kanunlarda belirtilen izin veya ruhsatları verirken eşitlik ilkesi doğrultusunda hareket ederek kimseye ayrıcalık tanımamalı ve mevzuatta belirtilen şartları taşıyan herkese aynı muamelede bulunmalıdırlar.

Ayrıca kanunda kendisine verilen görevleri yapmakla görevlendirilen kamu kurumları (diğer adıyla hizmet yerinden yönetim kuruluşları) da bu hizmetleri yerine getirirken tarafsız davranmalı ve hizmetlerden yararlanmak isteyen kişilere herhangi farklı bir muamelede bulunmamalıdırlar.

Son olarak belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak gibi amaçlarla kurulup, Anayasanın 135. maddesi uyarınca faaliyet gösteren kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları da gerek meslek mensuplarına gerekse meslek mensubu olmaya aday durumda olanlara eşit ve tarafsız bir şekilde davranmalı ve herhangi bir ayrımcılıkta bulunmamalıdırlar.

B. Mutlak ve Nispî Eşitlik Anlayışları

1. Mutlak Eşitlik

Mutlak eşitlik denkleştirici (düzeltici) adalet anlayışının⁴⁹² bir sonucu olup genel, soyut ve objektif nitelikteki hukuk normlarının kural olarak herkese eşit biçimde uygulanmasını ifade eder⁴⁹³. Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” ve “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.” şeklindeki ifadeler mutlak eşitlik anlayışının yansımalarıdır⁴⁹⁴. Bu noktada kanunların kimseye ayırım yapmaksızın, kapsamına giren herkese aynı şekilde uygulanabilecek nitelikte soyut ve objektif kurallar içermesi anlamına gelen genellik özelliği de mutlak eşitlik anlayışıyla alakalıdır⁴⁹⁵. Mutlak eşitlik anlayışında, her insan; doğuştan sahip olduğu insan onuruna saygı gösterilmeye layık olma bakımından mutlak bir eşitlik içindedir⁴⁹⁶. Bunun sonucunda da mutlak anlamda eşitlik, kimseye ayrımcılık yapılmaması ve ayrıcalık tanınmamasını zorunlu kılar⁴⁹⁷. Bu anlayışın hayata geçirilmesinde, gerçekleştirilecek farklı uygulamaların ayrımcılık ya da ayrıcalık sayılıp sayılmayacağı meselesinin hakkaniyete uygun bir biçimde netleştirilmesi önemlidir. Ayrıca mutlak bir eşitliğin biçimsel ve aritmetik bir eşitlik anlamına geleceği ve bu nedenle hayatın olağan akışı ve realitesi gereği bu şekildeki bir eşitlik anlayışının ancak teorik anlamda var olabileceği de belirtilmiştir⁴⁹⁸.

2. Nispî Eşitlik

Nispî eşitlik ise, dağıtıcı adalet anlayışının⁴⁹⁹ bir sonucu olup hangi durumda olursa olsun herkese mutlak anlamda uygulanacak bir eşitliğin aksine hukuki yönden

⁴⁹² Denkleştirici adalet anlayışı hakkında bkz. Adnan GÜRİZ, “Adâlet Kavramı”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 7, 1990, sa. 13-20, s. 14 vd; Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 126.

⁴⁹³ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 99.

⁴⁹⁴ Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 114; Günday, s. 62; Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 99.

⁴⁹⁵ Öden, Eşitlik, s. 168; Özbudun, s. 156; Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 183.

⁴⁹⁶ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 147.

⁴⁹⁷ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 146.

⁴⁹⁸ bkz. Bihterin DİNÇKOL, “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, S. 8, Güz 2005/2, sa. 101-117, s. 104.

⁴⁹⁹ Dağıtıcı adalet anlayışı hakkında bkz. GÜRİZ, s. 13-14 vd; Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 127.

aynı, benzer ya da eşit olanlara eşit; farklı olanlara farklı şekilde davranılması ve işlem tesis edilmesi anlamına gelir⁵⁰⁰.

Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi gerek idarenin uygulamalarında gerekse Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında nispî (mutlak olmayan, göreceli) bir eşitlik şeklinde yorumlanır⁵⁰¹. Zira insanların içinde bulundukları şartlar ve hukuki durumların çeşitliliği karşısında gerek yasama işlemleri gerek idari işlemler sonucunda hukuka uygun sonuçların doğmasını sağlamak ancak nispî bir eşitliğin uygulanmasıyla mümkün olur.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın da belirttiği üzere eşitlik ilkesinin uygulanması aşamasında hukuka aykırı sonuçlar doğmaması için esas olan herkese eşit şekilde muamelede bulunulması değil kişilerin ya da durumların şartları ve özellikleri dikkate alınarak aynı hukuki durumlar için aynı, farklı durumlar için farklı ve keyfilikten uzak objektif bir uygulamanın hayata geçirilmesidir. Aksi takdirde, eşitlik ilkesinin herkes için aynı işlemin veya uygulamanın gerçekleştirilmesi biçiminde şekli anlamıyla uygulanması yeni eşitsizlikler ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir.

C. Eşitlik İlkesinin Uygulanma Biçimleri

1. Aynı Hukuki Durumdakilerin Aynı Kurallara Tâbi Olması

İdare eşitlik ilkesi doğrultusunda tesis edeceği düzenleyici işlemler sonucunda aynı hukuki durumda bulunan kişilere aynı kuralların uygulanmasını sağlamalıdır. Zira nispî anlamda eşitlik ilkesi farklı statülerde ya da hukuki durumda bulunan kişilerin farklı kurallara tâbi tutulmasını gerektirir. Aksi takdirde ortaya hukuka ve hakkaniyete aykırı sonuçlar çıkar ve idarenin getirdiği düzenleme Anayasanın kabul ettiği eşitlik ilkesini zedeler. Danıştayın verdiği bir kararda bu husus şu şekilde dile getirilmiştir:

“Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal

⁵⁰⁰ Öden, Eşitlik, s. 190; Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 99.

⁵⁰¹ Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 114.

durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesinin zedelenmeyeceği açıktır."⁵⁰²

Danıştay İDDK tarafından 2013 yılında verilen bir karara konu olan uyuşmazlık, "2006-2007 Eğitim-Öğretim Yılında Yükseköğretim Kurumlarında Cari Hizmet Maliyetlerine Öğrenci Katkısı Olarak Alınacak Katkı Payları ile İkinci Öğretim Ücretlerinin Tespitine Dair Bakanlar Kurulu Kararı" hakkındadır. Bu karar ile devlet üniversitelerinde çalışıp yine devlet üniversitelerinde lisansüstü öğrenim gören araştırma görevlilerinden öğrenci katkı payı alınmaması; ancak vakıf üniversitelerinde çalışıp devlet üniversitelerinde lisansüstü eğitim yapan araştırma görevlilerinin ise öğrenci katkı payı ödemesi öngörülmüştür. Bu işlemin hukuka aykırılığını iddia eden vakıf üniversitesinde çalışan bir araştırma görevlisinin açmış olduğu davada Danıştay 8. Dairesinin kararını bozan İDDK, gerekçe olarak şu ifadeleri kullanmıştır:

*"Ayrıca, Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi, birbiriyle aynı hukuki durumda olanlara veya olması gerekenlere ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Zorunlu ve istisnai hallerde belli kesimler için uygulanan pozitif ayrımcılık dışında eşitlik ilkesi uyarınca hukuki nitelikleri ve durumları benzer olanlar arasında değişik uygulamalar yapılamaz ve aynı durumda bulunanlar için farklı düzenlemelere gidilmesi bu ilkeye aykırılık oluşturur. Bu bağlamda, somut olayda eşitlik ilkesine konu olan taraflar, Daire kararında belirtildiğinin aksine üniversiteler değil akademik personeldir ve Anayasa ile 2547 sayılı Yasa uyarınca vakıf üniversitelerinde görev yapan akademik personel ile devlet üniversitelerinde görev yapan akademik personelin hukuki durumu arasında akademik konular ve mesleki yönden yetiştirilmeleri açısından bir fark bulunmamakta olup bilakis 2547 sayılı Yasada anılan akademik personelin aynı niteliği haiz olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla hukuki durum itibarıyla aynı konumda bulunan akademik personelin lisansüstü eğitimin maliyetine katılma konusunda farklı uygulamaya tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir."*⁵⁰³

⁵⁰² Danıştay 15. Daire, 30.12.2015 tarih ve E. 2013/2557, K. 2015/9357 sayılı karar, KİBB.

⁵⁰³ Danıştay İDDK, 20.03.2013 tarih ve E. 2009/704, K. 2013/997 sayılı karar, KİBB.

Karara konu olan uyuşmazlıkta vakıf üniversitelerinde çalışan akademik personel ile devlet üniversitelerinde çalışan akademik personelin hukuki durumları idarece, bu kişilere farklı muamele yapılmasını gerektirecek şekilde değerlendirilmiştir. Halbuki kamu tüzelkişisi olma ve kamu hizmeti yürütüyor olma bakımından aynı durumdaki devlet ve vakıf üniversitelerinde görev yapan akademik personelin, cari hizmet maliyetine katılım noktasında farklı muamelelere tâbi tutulması eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelir. Zira aynı zamanda öğrenci statüsünde bulunan ve akademik konularla mesleki yönden yetişmeleri bakımından aynı durumda olan akademik personelin devlet ya da vakıf üniversitesinde görev yapıyor olması; öğrencilik statülerinin sonucu olarak idareden aldıkları hizmetin türünü, maliyetini ya da süresini etkileyecek bir unsur değildir. Bu nedenle söz konusu maliyete katılım konusunda devlet ya da vakıf üniversitesinde çalışma gibi bir ölçüt getirmek hukuka ve hakkaniyete aykırıdır. Diğer bir ifadeyle devlet ya da vakıf üniversitesinde görev yapıyor olma idarenin farklı uygulamasını haklı kılacak bir neden değildir. Bu nedenle karara konu olan uyuşmazlıkta idari işlemin sebep ve konu unsurları arasındaki ilişkinin hukuka uygun bir şekilde kurulmadığı da belirtilmelidir.

Danıştayın, aynı hukuki durumda bulunma bakımından kullandığı bir diğer ölçüt ise kamu görevlilerinin yaptıkları görevlerin nitelikleri, sorumlulukları ve personel işlemleri bakımından tâbi oldukları kurallardır. Danıştaya göre bu hususlar bakımından aynı durumda bulunan kamu görevlilerine idare tarafından aynı şekilde muamelede bulunulması gerekir⁵⁰⁴.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da hangi durumlardaki kişilere farklı kurallar uygulanabileceği, diğer bir ifadeyle hangi kuralların eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğuracak şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerinin istihdam şekillerinin bu kişilerin aynı hukuki durumda bulunup bulunmadıklarının tespiti bakımından bir ölçüt olduğu ve aynı istihdam şekliyle istihdam edilenlere aynı muamelede bulunulması gerektiği görüşündedir. Bu yöndeki kararların birinde Mahkeme şu ifadelere yer vermiştir:

⁵⁰⁴ İlgili karar için bkz. Danıştay 2. Daire, 15.10.2008 tarih ve E. 2008/3278, K. 2008/4009 sayılı karar, KİBB.

“İptali istenen bölüm, 657 sayılı Yasanın 4/B maddesinde belirtilen bu iki istihdam durumu için bir farklılık yaratmaktadır. Bir başka anlatımla avukatlar dışındaki sözleşmeli personelin pozisyonları yasayla vize edilmiş sayılırken, avukat unvanlı pozisyonlar bu kapsam dışında tutulmuştur.

657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesinde tanımlanmış olan personel, sözleşmeli olmaları bakımından aynı hukuksal durumdadır. Bu nedenle aynı konumda bulunan sözleşmeli personelin farklı kurallara tabi tutulması Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.”⁵⁰⁵

Buna göre 657 sayılı Kanun’un 4/B maddesi uyarınca istihdam edilen personelin eşitlik ilkesi gereği aynı kurallara tâbi olması gerekmekte olup, Kanun’un aynı maddesi uyarınca istihdam edilen kamu görevlilerine uygulanacak kuralların farklı olması durumunda eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olur.

“Aynı hukuki durum”un tespiti bakımından Anayasa Mahkemesinin getirdiği başka bir ölçüt ise bir statünün kazanılması ve kaybedilmesi koşulları ile bu statünün kişilere sağladığı haklar ve getirdiği yükümlülüklerin farklı olmasıdır. Mahkeme, TBMM üyeliği statüsüne ilişkin vermiş olduğu kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin geniş anlamda kamu görevlisi olarak kabul edilebilmesi mümkün olmakla birlikte statülerinin ve görevlerinin özellikleri dolayısıyla diğer kamu görevlilerinden farklı bir hukuki konumda bulundukları kuşkusuzdur. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği statüsünün kazanılması ve kaybedilmesi, yasama dokunulmazlığı, çalışma düzeni ve mali haklar gibi birçok konuda Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, kendilerine özgü hukuki konumlarına bağlı olarak farklı kurallara tâbi tutulabilirler.”⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ Anayasa Mahkemesinin E. 2005/95, K. 2007/5 sayı ve 24.1.2007 tarihli kararı, 29.12.2007 tarihli R.G.

⁵⁰⁶ Anayasa Mahkemesinin E. 2009/57, K. 2011/33 sayı ve 3.2.2011 tarihli kararı, 14.4.2011 tarihli R.G. Danıştay da benzer yönde vermiş olduğu bir kararda şu ifadeleri kullanmıştır: “Buna göre, 657 sayılı Yasa’nın ek 41. maddesinde yer alan düzenlemeye göre mesleğe özel yarışma sınavı ile giren Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Uzmanları ile söz konusu maddenin yürürlüğe girmesinden önce atanan Uzmanların, mesleğe girmelerinde ve kabul edilmelerinde farklı hukuki süreçlere tabi olmaları nedeniyle, dava konusu olayda eşitlik ilkesine aykırı bir durumdan söz edilemeyeceğinden, aksi yöndeki davacı iddialarına da itibar edilmemiştir.” Danıştay 2. Daire, 12.12.2013 tarih ve E. 2013/6149, K. 2013/11031 sayılı karar, KİBB.

Geniş anlamda kamu görevlisi sayılan TBMM üyelerinin diğer kamu görevlilerinden farklı kurallara tâbi olmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığını belirten Anayasa Mahkemesi bir diğer kararda ise Sosyal Güvenlik Uzmanlığına, en az üç yıl görev yapmış olan ve fiilen genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürlüğü görevlerinde bulunan kamu görevlilerinin atanabileceğine ilişkin kuralı bu niteliklere sahip kişilerin diğer kamu görevlilerinden farklı hukuki durumda bulundukları gerekçesiyle eşitlik ilkesine uygun bulmuştur⁵⁰⁷. Bu noktada kişilerin yalnızca farklı hukuki durumda bulunmalarının kendilerine yapılacak her türlü farklı muamele bakımından hukuka uygunluk sebebi olmadığını vurgulamak gerekir. Diğer bir deyişle farklı hukuki durumda bulunanlara yönelik tesis edilecek her türlü idari işleme, eşitlik ilkesine dayanılarak meşruiyet kazandırılmaz. Burada söz konusu farklı düzenleme açısından geçerli olan hukuka uygunluk ölçütü, kişilerin içinde bulundukları farklı hukuki durum ile farklı düzenleme arasında bir illiyet bağının bulunmasıdır. Aksi takdirde farklı kuralla tâbi olmayı haklı kılmayacak farklı hukuki durumlar, işlemin hukuka uygunluğunun sağlanması bakımından yeterli olmaz. Söz konusu illiyet bağının hukuka uygun bir şekilde kurulup kurulmadığı, idari işlemler yoluyla kişilere keyfî biçimde hak ya da menfaat sağlanıp sağlanmadığı ise her somut uyuşmazlık bakımından yargı organı tarafından belirlenir. Farklı hukuki durum ile farklı yönde ihdas edilen düzenleme arasında gerekli olan illiyet bağının kurulmuş olması içinse getirilecek kuralın; anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve hakkaniyete uygun bir farklılığı öngörmesi gerekir⁵⁰⁸. Bu husus Anayasa Mahkemesi kararlarında eşitlik ilkesi bakımından hukuka aykırılığı önleyen bir ölçüt olarak kullanılan “haklı neden” kavramının⁵⁰⁹ önemini de ortaya koyar. Zira hukuki durumları kişilerin farklı kurallara tâbi olmasını öngören düzenlemelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için aranan haklı bir nedenin varlığı, işlemin sebep ve konu unsurları arasındaki ilişkinin kurulmasını sağlar. Böylelikle her uyuşmazlık için sebep ve konu unsurları arasındaki ilişkinin kurulup kurulmadığı haklı neden ölçütü çerçevesinde değerlendirilir.

⁵⁰⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2014/87, K. 2015/112 sayı ve 8.12.2015 tarihli kararı, 28.1.2016 tarihli R.G. Benzer yönde: Anayasa Mahkemesinin E. 2013/114, K. 2014/184 sayı ve 4.12.2014 tarihli kararı, 16.7.2015 tarihli R.G.

⁵⁰⁸ Selda ÇAĞLAR, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 70, S. 2012/3, sa. 41-86, s. 55.

⁵⁰⁹ Çağlar, Anayasa Mahkemesi Kararlarında, s. 51.

Diğer yandan belirtmek gerekir ki, sadece kamu görevlileri bakımından değil; emeklilik, öğrencilik, mezuniyet gibi statüler bakımından da statünün içinde yer alan ve aynı hukuki durumda bulunan kişilerin aynı kurallara tâbi olmaları ve bunun sonucunda aynı muamele görmeleri eşitlik ilkesinin bir gereğidir.

İdare, türev ve bağlı nitelikteki düzenleme yetkisini kullanıp normatif işlemler tesis ederken bu normatif işlemlere dayanılarak tesis edilecek birel işlemlerin de eşitlik ilkesine uygun olmasını sağlamalıdır. Diğer bir ifadeyle mevzuata uygun birel işlemler tesis etmek zorunda olan idare, üst hukuk normu niteliğindeki düzenleyici işlem doğrultusunda hareket ettiğinde eşitlik ilkesini çiğnemek durumunda kalmamalıdır. Bu ise idarenin düzenleyici işlem tesis ederken, söz konusu düzenlemelerin aynı durumda bulunanlar arasında eşitliğe aykırı uygulamalara yol açabilecek, fırsat eşitliğini engelleyecek ya da ayrımcılığa neden olabilecek nitelikte olmamasına dikkat etmesiyle mümkün olur. Aksi takdirde hem uygulama işlemi hem de düzenleyici işlem konu unsuru bakımından sakat olacak ve iptal edilebilecektir⁵¹⁰. Danıştayın bu yönde vermiş olduğu kararların birinde şu ifadeler yer verilmiştir:

“Anayasamızın 10.maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin görünümülerinden biri olan düzenli idare ilkesi; idarenin düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu alanlarda, bu alanları tüzük yönetmelik gibi idari metinlerle objektif bir şekilde düzenlemesi ve sürekli uygulamalar ile hukuki istikrarı tesis ederek buna uyması olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla, idarenin düzenleme yetkisine sahip olduğu alanlarda, hukuka uygun olan uygulamayı sağlamak adına objektif düzenlemeler yapması ve istikrarlı uygulamalarda bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda; idarenin yetki sahibi olduğu alanlarda yapacağı düzenlemelerde, haklı bir neden olmadan yerleşik, istikrar kazanmış uygulamalarından ayrılması sahip olduğu serbestiyi düzenli idare ilkesine ve bu ilkenin bağlı olduğu eşitlik ilkesine aykırı kullanması anlamına gelecektir.”⁵¹¹

Kararda Danıştay, idarenin düzenleyici işlemlerle aynı olaylar ya da koşullar gerçekleştiğinde aynı yönde işlem tesis etmesi gerektiğini ifade ederek istikrarlı ve

⁵¹⁰ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 529.

⁵¹¹ Danıştay 8. Daire, 18.5.2010 tarih ve E. 2010/106 sayılı karar, KİBB; Danıştay 8. Daire, 5.4.2010 tarih ve E. 2009/7827 sayılı karar, KİBB; Danıştay 8. Daire, 11.1.2010 tarih ve E. 2009/7855 sayılı karar, KİBB; Danıştay 8. Daire, 25.12.2009 tarih ve E. 2009/6617 sayılı karar, KİBB.

düzenli bir idareyle, düzenleme yetkisinin eşitlik ilkesine uygun bir şekilde kullanılması arasındaki bağlantıya dikkat çekmiştir. Buna göre idarenin haklı bir neden olmaksızın farklı yönde tesis ettiği düzenleyici işlemler eşitlik ilkesine aykırı olabilecektir. Danıştay düzenleme yetkisinin eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde kullanıldığı gerekçesiyle verdiği bir iptal kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

“Bu bağlamda, yurtdışında aynı yükseköğretim kurumunda öğrenim görmüş olanlar arasında ayırım yapılarak Milli Eğitim Bakanlığı bursu ile yurtdışında öğrenim görenlerin bu amaçla yapılan seviye tespit sınavının ilk aşamasından muaf tutulmalarında hukuka ve eşitlik ilkelerine uygunluk bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, sağlık hizmetinin önemi ve özelliği gözetildiğinde gerek burslu okuyanların gerekse davacı durumunda olanların seviye tespit sınavının ilk aşamasından muaf tutulmamaları gerekmektedir. Yurt dışında burslu olarak okumak dış hekimliği alanında teorik ve pratik sınavları içeren ve kural olarak iki aşamalı yapılan denklik sınavlarının birinci aşamasından muaf tutulmayı gerektiren hukuken haklı bir neden olarak kabul edilemez.”⁵¹²

Danıştay, idarenin düzenleyici işlemlerinin eşitlik ilkesine uygun olması gerektiğini nispî eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirmiş ve farklı hukuki durumlar ve kişiler bakımından düzenleme yetkisinin farklı yönde kullanılabileceğini belirtmiştir. Ne var ki farklı yönde düzenlemelere gitmek için ortada böyle bir düzenlemeyi haklı kılacak bir nedenin olması gerekir. Bu nitelikte bir neden olmadan farklı uygulamalara yol açabilecek biçimde tesis edilen düzenleyici işlemler ise konu unsuru bakımından hukuka aykırı olur.

İdarenin kanuniliği ilkesi uyarınca idare, kanun koyucunun farklı hukuki durumda olduğunu belirttiği kişilere de farklı muamelede bulunabilir. Diğer bir ifadeyle kimlerin aynı kimlerin farklı hukuki durumda oldukları doğrudan kanun koyucunun

⁵¹² Danıştay İDDK, 11.3.2010 tarih ve E. 2006/21, K. 2010/447 sayılı karar, KİBB. Benzer yönde: “Öte yandan amatör sporcular için kulübünden muvafakatname aranmadan transfer şartları düzenlenirken, spor dalları için farklı kıstaslara gidilmesi ve basketbol spor dalı dışındaki spor dalları için mevcut yaş sınırı korunurken salt olarak basketbol spor dalında yer alan amatör sporcuların yaş sınırının yükseltilmesi ile de Anayasa ve idare hukukunun en temel esası olan eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı açıktır.” Danıştay 10. Daire, 18.11.1986 tarih ve E. 1985/1885, K. 1986/2093 sayılı karar, KİBB.

iradesiyle belirlenebilir. Bu husus bir Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Bu çerçevede, 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 6326 sayılı Petrol Kanunu'nda yabancı ticari şirketlerin taşınmaz edinmesine ve bunun sınırlarına ilişkin hükümler yer almaktadır. Yabancı ticari şirketlerin taşınmaz ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak edinmesi ülkemizde yabancı gerçek kişilere göre tamamen farklı bir hukuki rejime tabi tutulmuştur. Bu nedenle yabancı gerçek kişilerle, yabancı ticaret şirketleri aynı hukuki durumda değildirler.”*⁵¹³

Kararda Anayasa Mahkemesinin de belirtmiş olduğu gibi tâbi olacakları hukuki süreç kanun koyucu tarafından farklı şekilde düzenlenen kişilere uygulanacak farklı kurallar eşitlik ilkesine aykırı olmaz. Başka bir örnekte ise “2006 yılı içerisinde usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam 6 ay ve daha fazla süreyle çalışmış olan” geçici işçileri, kanun koyucunun diğer geçici işçilerden farklı bir hukuki statüye tâbi tuttuğunu belirten Anayasa Mahkemesi bu kişilere diğer geçici işçilerden farklı muamelede bulunulmasında eşitlik ilkesine aykırılık görmemiştir⁵¹⁴. Bu bakımdan kanunla bir statü ihdas edildikten sonra bu statüye girenlerle girmeyenler arasında bir ayırım gözetilmesi eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmez. Buna karşılık, kanunla ihdas edilen bir statü içinde yer alan ya da bu statüye girmek için gereken şartları taşıyanlara yönelik bulunulacak farklı muameleler eşitlik ilkesine aykırı olur⁵¹⁵.

Anayasa Mahkemesinin kişilerin aynı hukuki durumda bulunup bulunmadıklarını tespit ederken başvurduğu bir diğer ölçüt ise kişilerin öğrenim durumlarıdır. Buna göre eğitim seviyeleri aynı olan kişilere aynı kurallar uygulanmalı ve

⁵¹³ Anayasa Mahkemesinin E. 2008/79, K. 2011/74 sayı ve 12.5.2011 tarihli kararı, 23.7.2011 tarihli R.G.

⁵¹⁴ Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2007/56, K. 2009/84 sayı ve 11.6.2009 tarihli kararı, 27.3.2010 tarihli R.G.

⁵¹⁵ Bu durum kanunların genellik ilkesiyle de alakalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda kanunların genelliğinin eşitlik ilkesinin bir sonucu olduğunu vurgulamıştır: “Öte yandan, yasaların ve yasalarla getirilen kuralların genel olması, hukuk devleti ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Yasanın genelliğinden anlaşılan, belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, önceden saptanıp, soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir. Buna göre, yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir.” Anayasa Mahkemesinin E. 2008/35, K. 2011/65 sayı ve 14.4.2011 tarihli kararı, 23.7.2011 tarihli R.G.

idare bu kişilere eşit şekilde muamelede bulunmalıdır. Bu yönde vermiş olduğu kararların birinde Mahkeme söz konusu durumu şu şekilde ifade etmiştir:

*“Kamu hizmetini yürüttükleri tarihlerde farklı öğrenim durumlarına sahip olan Devlet memurları aynı hukuki konumda değildir. Aynı öğrenimi memuriyet öncesi tamamlayarak memuriyete başlayan ve hizmet veren kişiler ile memuriyette iken veya memuriyetten ayrıldıktan sonra bitiren kişiler aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından eşitlik karşılaştırmasına esas alınamazlar.”*⁵¹⁶

Anayasa Mahkemesi’ne göre eşitlik karşılaştırmasında bulunulabilecek olan ve aynı muamelede bulunulup bulunulmaması eşitlik ilkesinin ihlali bakımından önem arz eden kişiler, kamu hizmetini yürüttükleri tarihlerde aynı öğrenim seviyesinde bulunan ve bu öğrenim seviyesine aynı dönemde ulaşan kişilerdir. Diğer bir deyişle memuriyetleri devam ederken ya da memurluktan ayrılarak bir üst öğrenim seviyesine ulaşanlar, bu kişilerin daha sonra ulaştıkları seviyeye memuriyete başlarken ulaşmış olanlarla aynı hukuki durumda değildir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, hukuk fakültesi mezunu idari hakimlerle hukuk fakültesi mezunu olmayan idari hakimlerin⁵¹⁷ ve komiser yardımcılığı kursunu tamamlamış olanlarla bu kursu tamamlamayanların aynı hukuki durumda olmadıklarını kabul etmiştir⁵¹⁸.

2. Aynı Hukuki Durumdakilere Aynı Muamelede Bulunulması

Eşitlik ilkesinin birel işlemler bakımından somutlaşmış biçimi olan “Kanun önünde eşitlik” anlayışı, kamu gücü kullanan organların hiçbir ayırım gözetmeksizin herkese aynı şekilde davranması anlamına gelir⁵¹⁹. Bu bakımdan eşitlik ilkesinin idarenin uygulamaları bakımından bir diğer görünüş biçiminin “aynı hukuki durumdakilere aynı muamelede bulunulması” olarak tezahür edeceği söylenebilir. Aynı muamelede bulunma, nispî eşitlik anlayışı doğrultusunda yürürlükteki kuralların aynı hukuki durumda bulunanlara eşit şekilde uygulanmasını ifade eder. 20.4.2016 tarihli Resmi Gazete’de

⁵¹⁶ Anayasa Mahkemesinin E. 2005/33, K. 2008/53 sayı ve 7.2.2008 tarihli kararı, 8.4.2008 tarihli R.G.

⁵¹⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2001/252, K. 2002/102 sayı ve 12.11.2002 tarihli kararı, 27.2.2003 tarihli R.G.

⁵¹⁸ Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2005/38, K. 2008/53 sayı ve 7.2.2008 tarihli kararı, 8.4.2008 tarihli R.G.

⁵¹⁹ Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 114.

yayımlanarak yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 1. maddesinde de idareye genel olarak insan hakları ve eşit muamele hakkının ihlaline yönelik önleyici bir işlev yüklenmiştir. Eşitlik ilkesinin görünüş biçimlerinden olan aynı muamelede bulunma, Kanun'da kişiler açısından bir temel hak olarak düzenlenmiş ve "eşit muamele görme hakkı" olarak yer bulmuştur⁵²⁰.

Öte yandan gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay kararlarında aynı muamelede bulunma, Anayasada yer bulan nispî eşitlik anlayışı çerçevesinde ele alınmakta ve aynı hukuki durumda bulunanlara eşit muamelede bulunma şeklinde anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle farklı hukuki durumda bulunanlara farklı muamelelerde bulunulması eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmemektedir.

Danıştay, aynı durumda olanlara yönelik farklı yönde tesis edilen disiplin cezasını eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal ettiği bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

"Dava ve soruşturma dosyasının incelenmesinden davacının üzerine atılı bulunan Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8.maddesinin 6.bendinde belirtilen ve meslekten çıkarma cezasını gerektiren suçu işlediği anlaşıldığından, dava konusu işlemlerde bu yönden hukuka aykırılık bulunmamakta ise de; aynı Disiplin Kurulu kararında meslekten ihracına karar verilen aynı ekipte görevli başka bir polis memurun, kurulca sicil fişinin incelenmesi sonucunda geçmiş hizmetlerinin olumlu, sicilinin iyi olduğu dikkate alınarak sözü edilen Tüzüğü'nün 15.maddesi gereğince bir alt ceza olan "24 ay uzun süreli durdurma" cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği halde, şahsi dosyasının incelenmesinden geçmiş hizmetleri ve sicilleri olumlu olduğu anlaşılan davacı hakkında da anılan madde hükmü uygulanarak bir alt ceza verilmesi gerekirken, aksi yolda hareket

⁵²⁰ Kanun'un "Amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesi şu şekildedir:

"Bu Kanunun amacı; insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir."

edilerek davacının bu hükmünden yararlandırılmamasına eşitlik ilkesine aykırı görülmüştür."⁵²¹

Karara göre aynı suçu işlemiş olan ve geçmiş hizmetleri olumlu ve sicilleri temiz olanlar hukuki bakımdan aynı durumda olduklarından bu kişilere tesis edilecek disiplin cezası niteliğindeki işlemlerin ve disiplin cezasının indirimli şekilde uygulanmasına ilişkin kararların da aynı yönde olması gerekir. Aksi takdirde idarenin eşitlik ilkesine aykırı ve keyfi biçimde hareket ettiği söylenebilecektir.

Danıştay verdiği diğer bir kararda ise; göreve atanma, görevde yetiştirilme ve yükseltilme gibi konular bakımından aynı kurallara tâbi olan kamu görevlilerine aynı muamelede bulunulması gerektiğini vurgulamıştır⁵²². Gerçekten de aynı muamelede bulunma ilkesi ihlal edilerek aynı hukuki durumda bulunanlara farklı yönde tesis edilecek işlemler hukuka aykırı sonuçlar doğuracak; bu aykırılıklar ise işlemi konu unsuru bakımından sakatlayacaktır. Farklı hukuki durumdakilere farklı sonuçlar doğuracak işlemler tesis edildiğinde ise bu işlemlerin konu unsuru, eşitlik ilkesi bakımından hukuka uygun olur. Danıştayın konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda, davacıyla aynı hukuki durumda bulunan kişinin sözleşme ücretinin takdir yetkisine dayanılarak davacıdan daha yüksek belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği şu ifadelerle ortaya konulmuştur:

“Anılan düzenlemelerle sözleşme ücretinin belirlenmesi konusunda, tavan ve taban ücretler arasında kalmak koşulu ile idareye takdir yetkisi tanındığı açık ise de, mutlak ve sınırsız olmayan söz konusu takdir yetkisinin, Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine uygun olarak, nesnel bir şekilde kullanılması gerekmekte olup, nesnel bir ölçüte dayanmaksızın aynı durumda olan personele farklı uygulamaların yapılmasının takdir hatası oluşturacağı açıktır.

⁵²¹ Danıştay 10. Daire, 18.2.1988 tarih ve E. 1987/932 K. 1988/242 sayılı karar, KİBB.

⁵²² Danıştay 5. Daire, 16.4.1997 tarih ve E. 1995/852, K. 1997/860 sayılı karar, KİBB. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesinin E. 2004/87, K. 2009/5 sayı ve 8.1.2009 tarihli kararı, 5.3.2009 tarihli R.G.

Olayda, emsal olarak gösterilen kişinin davacı gibi lise mezunu olarak bilgisayarlı kadrosunda görev yapması ve hizmet süresinin daha az olmasına karşın, sözleşme ücretinin davacıdan daha yüksek belirlendiği anlaşılmıştır.

Dava konusu uyuşmazlıkta aynı durumda olan ve aynı işi yapan çalışanların parasal haklarının, haklı bir neden olmaksızın ve nesnel bir ölçüte dayanmaksızın farklı belirlenmiş olması nedeniyle, takdir yetkisinin anayasanın eşitlik ilkesine, dolayısıyla hukuka aykırı olarak kullanıldığı sonucuna varıldığından, dava konusu işlemde ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddine dair İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”⁵²³

Kararda da değinildiği üzere idare takdir yetkisini kullanırken, benzer ya da aynı durumlarda iradesini aynı yönde ortaya koyup aynı hukuki sonuçları doğuracak işlemler tesis etmelidir. Aksi takdirde söz konusu işlem eşitlik ilkesi bakımından hukuka aykırı olur⁵²⁴. Diğer bir ifadeyle kanunların uygulanmasını sağlamakla yükümlü olan idare de kanun koyucu gibi eşitlik ilkesine uygun hareket etmelidir. Özellikle takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda idare, bu yetkisini eşitlik ilkesi doğrultusunda ve objektif bir biçimde kullanılmalıdır. Aksi durum idareye verilen takdir yetkisinin keyfî biçimde kullanılma tehlikesinin ve hukuka aykırı sonuçların doğmasına neden olur⁵²⁵.

Üzerinde durulmaya değer bir başka husus ise, aynı muamelede bulunma yükümlülüğünün sadece gerçek kişiler bakımından söz konusu olmayıp idarenin tüzel kişilere de eşit davranmak durumunda olmasıdır. Bu kapsamda örneğin; kamu yararına çalışan dernek statüsündeki dernekler ile Bakanlar Kurulu tarafından vergi muafiyeti tanınan vakıfların bu statüde yer almayan dernek ve vakıflardan farklı muameleyle tâbi olması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Burada eşitlik ilkesine aykırılık; ancak kamu yararına çalışan dernek statüsü için kanunda aranan şartları taşıyan bir derneğe ya da Bakanlar Kurulu tarafından vergi muafiyeti tanınan vakıflarla aynı şartları taşıyan ve mevzuatta aranan şartları yerine getirmiş olan bir vakfa farklı muamelede bulunulması

⁵²³ Danıştay 11. Daire, 24.1.2007 tarih ve E. 2004/5815, K. 2007/461 sayılı karar, KİBB.

⁵²⁴ Kaya, s. 136-137.

⁵²⁵ Günday, s. 61.

durumunda gerçekleşebilir. Bu ise aynı hukuki durumda bulunanların farklı muameleye tâbi tutulmasının somutlaşmış bir şeklidir.

3. Tarafsızlık ve Ayrımcılık Yasağı

3.1. Tarafsızlık

Eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu⁵²⁶ ve gerçekleşme şartlarından biri olan⁵²⁷ tarafsızlık; idarenin kişilerin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri durumlarını farklı uygulamaların gerekçesi olarak kabul etmemesini ve bunun sonucu olarak herkese objektif şekilde davranmasını zorunlu kılar. Bunun yanında ayrımcılık yasağına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getiren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 3. maddesinde de herkesin hukuken tanınmış hak ve özgürlüklerden yararlanmada eşit olduğu belirtilmiştir. Kanunda ayrıca; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefî ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığın yasak olduğu vurgulanmıştır. Diğer bir ifadeyle Kanun'da sayılan bu sebepler gerekçe gösterilerek, aynı hukuki durumdakilere farklı yönde işlemler tesis edilmesinin tarafsızlık ilkesinin ihlali sonucunu doğuracağı kanun koyucu tarafından ortaya konulmuştur.

Bu doğrultuda, idari faaliyet yürütülürken idarenin, kişilerle belli bir siyasi görüş ya da ideolojiyi dayatmayacak biçimde ve her türlü farklılıklara eşit mesafede durarak ilişki kurması tarafsızlık ilkesinin bir gereğidir⁵²⁸. Faaliyetlerini tarafsızlık ilkesi uyarınca yürütmek hususunda Anayasa uyarınca bağlı yetki içerisinde olan idarenin tarafsızlığını yitirmesi sonucunda, eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olur. Bu durumda ortaya çıkacak mağduriyetler kişilerin devlete ve hukuka olan güvenini de zedeler.

Danıştay kararlarına da konu olan tarafsızlık ilkesi bu kararlarda ayrımcılık yasağını da kapsayan boyutuyla ele alınmıştır. Danıştay İDDK tarafından onanan bir kararda Danıştay 12. Dairesi Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatının mühendis kadrolarına yapılacak atamalar için KPSS-2004/2 ve Ek

⁵²⁶ Melikşah YASİN, “Kamu Hizmeti”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 505.

⁵²⁷ Yaşar, İdare Hukuku, 2014, s. 168.

⁵²⁸ Züleyha KESKİN, Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 65.

Yerleştirme Tercih Kılavuzunda 100 adet mühendis kadrosundan 88 adeti için 252 kodu ile “cinsiyeti erkek olmak” koşuluna yer verilmesini eşitlik ilkesine aykırı bularak şu ifadeleri kullanmıştır:

“İdare hukuku alanında eşitlik ilkesi kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, "ayrımcılık yapmama" yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır.

TC. Anayasasının; kamu hizmetlerine girme hakkının düzenlendiği 70 inci maddesinde de; "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." hükmü yer almaktadır.

Anayasanın yukarıda yer verilen hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, herkes cinsiyet yönünden kanun önünde eşittir. Aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olabileceği kabul edilemez. Bir yüksek öğretim lisans programına devam edilerek alınan mezuniyet diploması; diplomaya hak kazanan kişinin mesleği her koşulda yerine getirmeye hak kazandığını göstermektedir. Kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşullar eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi, işlevselliği kalmayan meslek unvanlarının dolaylı olarak kişilerin elinden alınması suretiyle hak kaybına yol açacaktır.”⁵²⁹

⁵²⁹ Danıştay 12. Dairesinin 22.2.2006 tarih ve E. 2004/4382, K. 2006/539 sayılı kararının onandığı Danıştay İDDK, 18.3.2010 tarih ve E. 2006/1404, K. 2010/504 sayılı karar. Aynı yönde bkz. Danıştay 12. Daire, 27.6.2013 tarih ve E. 2009/5045, K. 2013/5796 sayılı karar, KİBB. Bununla birlikte Danıştay tarafından verilen eski tarihli bir kararda ise kaymakam olmak için yapılan başvurunun, başvurucunun kadın olması nedeniyle reddedilmesi tarafsızlık ilkesine aykırı bulunmamıştır:

“Dosyanın incelenmesinden davalı idare; “Ülkemizin idari yapısı, kaymakamdan beklenen hizmetler, bu hizmetlerin fiziki yönden arz ettiği zorluklar düşünülerek, bayanların başvuruları Bakanlığımızca kabul edilmektedir.” yolunda takdirde bulunarak davacının başvurusunu reddettiği anlaşılmaktadır.

Anayasamızda yer alan eşitlik ilkesinde, her ne kadar herkesin cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu hususu vurgulanmakta ise de; idarenin kaymakamlık görevinin özelliklerini ve ülke genelinde bu görevin yürütüleceği ilçelerin bugünkü toplumsal, kültürel, coğrafi ve ulaşım olanaklarını göz önüne alarak maiyet memurluğu-kaymakamlık görevine almada kadın erkek ayrımı gözetmesinde Anayasaların yukarıda anılan hizmete girme ile ilgili maddelerine aykırılık bulunmamaktadır.” Danıştay 5. Daire, 15.11.1984 tarih ve E. 1980/9357, K. 1984/3836 sayılı karar, KİBB.

Kamu hizmetine girme hakkı Anayasanın 70. maddesinde düzenlenmiş olup maddede “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.” denildikten sonra hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrımın gözetilemeyeceği belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki kamu hizmetine girme aşamasında söz konusu olan bu kural kamu görevinde ilerleme bakımından da geçerlidir⁵³⁰. Öte yandan görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayrımın gözetilemeyeceği kuralının, kamu personel hukukunda teorik olarak kabul edilen ilkelerden biri olan liyakat ilkesinin uygulanmasına ilişkin bir kural olduğu söylenebilir⁵³¹. bir Böylelikle idarenin kamu hizmetine girmek isteyenler ve girdikten sonra ilerleme için gereken şartları yerine getirenler arasında tarafsızlık ilkesi uyarınca keyfi bir ayrıcalık uygulaması mümkün olmaz.

Danıştay, verdiği kararda maden mühendisliği bölümünden mezun olanların çalışabileceği kadrolara yapılacak alımlarda bu bölümden mezun olanlar arasında tarafsızlık ilkesi uyarınca kadın-erkek ayrımı yapılamayacağını belirtmiştir. Diğer bir deyişle söz konusu kadrolara yapılacak alımlarda kadın ya da erkekler lehine bir düzenleme getirilemeyecektir. Zira bu yönde yapılacak bir ayrım Anayasanın 70. maddesinde yer alan “görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrımın gözetilemeyeceği” kuralının ihlali anlamına gelir. Diğer bir deyişle cinsiyeti kadın olma, maden mühendisleri bakımından görevin gerektirdiği ve kamu hizmetine girme hakkını engelleyecek nitelikte bir özellik değildir. Bu nedenle “cinsiyeti erkek olmak” koşulunu içeren tercih kılavuzu, idarenin tarafsızlığını cinsiyeti erkek olanlar lehine bozması sonucunu doğurmuş ve bu yönüyle konu unsuru bakımından hukuka aykırı hale gelmiştir.

3.2. Ayrımcılık Yasağı

Kamu gücünün kullanılması sonucu tesis edilen işlemler yoluyla kişiler arasında dil, din, mezhep, cinsiyet, siyasi görüş gibi gerekçelerle herhangi bir ayrım yapılamayacağını ifade eden ayrımcılık yasağı, idarenin kamu hizmeti yürütürken uyması gereken temel ilkelerden olan tarafsızlık (nesnellik) kapsamında değerlendirilir⁵³². Diğer

⁵³⁰ Onur KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 207.

⁵³¹ Nur KAMAN, Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 22.

⁵³² Gözübüyük-Tan, C. I, s. 598. Aynı yönde: “İdare hukuku alanında eşitlik ilkesi kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede

bir deyişle, idarenin tarafsızlık ilkesini ihlal etmesi sonucu ayrımcılık söz konusu olur. Bu nedenle idarenin eşit ve tarafsız muamelede bulunma yönündeki iradesiyle ayrımcılık yasağına uygun hareket etmesi arasında bir nedensellik bağı olduğunu söylemek mümkündür.

İdare tesis etmiş olduğu düzenleyici işlemlerle ayrımcılığa yol açabilecek kurallar ihdas edebilecekken birel işlemlerle de kişilerin doğrudan ayrımcılığa maruz kalmasına neden olabilir. Burada kişilere ayrımcılık yapılmasıyla ayrıcalık tanınmasının tarafsızlık ilkesinin ihlali sonucu ortaya çıkan iki farklı durum olduğunu ve bu iki durum arasındaki bağlantıyı da vurgulamak gerekir. Zira bir kişiye, gruba ya da toplumun bir kesimine ayrımcılık yapılması bu kişi ya da grupların çoğunluğun sahip olduğu hak, menfaat, imkan ya da hizmetten yoksun bırakılması sonucunu doğurur. Halbuki kişi, grup ya da toplumun bir kesimine ayrıcalık yani imtiyaz tanınması durumunda, çoğunluğun yoksun kaldığı menfaat, imkan ya da hizmetten bu kişilerin yararlandırılması söz konusu olur. Dolayısıyla her iki uygulama sonucunda da, haksızlığa uğrayan kişi sayısı bakımından ortaya çıkan sonuçlar farklı olsa da, tarafsızlık ve dolayısıyla eşitliğin ihlal edildiğini söylemek mümkündür⁵³³.

Eşitlik ilkesinin devlet yönetimine hakim olan hukukun genel ilkeleri arasında yer alması nedeniyle, gerek kanunlar gerekse idari işlemler yoluyla kişilere hiçbir şekilde ayrıcalık tanınmayıp eşitlik ilkesi çerçevesinde davranılması esastır. Başka bir deyişle devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinin kişilere eşit şekilde davranması ve ayrımcılıktan kaçınması için bir gerekçeye ihtiyaç yoktur. Zira yasama ve yürütme organlarının işlemleri sonucunda kişilere yönelik farklı uygulamaların ortaya çıkması ancak haklı bir nedenin bulunması koşuluyla mümkün olabilir. Bu haklı nedenlerin bir kısmı yasama ve yürütme organlarının işlemlerine muhatap olacak kişilerin farklı hukuki durumda bulunuyor olmalarından kaynaklanabilir. Bununla birlikte, kanunların yürütülmesi işlevini yerine getiren ve kamu hizmeti sunan idarenin mali imkanları ve sunulacak

idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, "ayrımcılık yapmama" yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır." Danıştay 12. Daire, 22.2.2006 tarih ve E. 2004/4382, K. 2006/539 sayılı karar, KİBB.

⁵³³ Aynı yönde Hans GRIBNAU, "Equality, Legal Certainty and Tax Legislation in the Netherlands Fundamental Legal Principles as Checks on Legislative Power: A Case Study", Utrecht Law Review, Volume 9, Issue 2 (March) 2013, s. 53.

hizmetin maliyeti; idarenin bu hizmeti gereği gibi yürütmek amacıyla yapmış olduğu birtakım tasnifler sonucunda farklı uygulamaların gerçekleştirilmesini haklı kılabilir. Örneğin üniversitede yapılacak bir akademik etkinliğe, etkinliğin yapılacağı salonun kapasitesini dikkate alan idare, sadece öğretim üyelerinin veya belli bölümlerdeki öğretim elemanlarının katılabileceğini karara bağlayabilir. Ya da üniversitenin kampüslerinden birinde yer alan yemekhane, kütüphane ya da kantinden sadece o kampüste öğrenim gören öğrencilerin faydalanması öngörülebilir. İdarenin kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amacıyla, kendi bütçesi ve fiziki imkanları doğrultusunda takdir yetkisini kullanarak koyduğu bu kurallar, eşitlik ilkesine aykırılık olarak yorumlanamaz.

Öte yandan idarenin kamu düzeninin bozulmasını önlemek ya da bozulan kamu düzeninin yeniden tesisini sağlamak amacıyla kullandığı kolluk yetkisi sonucu ortaya çıkacak farklı uygulamalar da ayrımcılık ya da ayrıcalık olarak değerlendirilemez. Bu kapsamda örneğin; trafikte düzenin ve güvenliğin sağlanması amacıyla İstanbul'da Avrupa ve Asya yakalarını birleştiren üçüncü köprü olan Yavuz Sultan Selim Köprüsü faaliyete girdikten sonra 2., 3., 4. ve 5. sınıf araçlar ile kimyasal ve tehlikeli madde taşıyan araçların Fatih Sultan Mehmet Köprüsü'nden geçişinin yasaklanması eşitlik ilkesini ihlal eden bir uygulama değildir. Benzer şekilde ÖSYM tarafından yapılan sınavlarda sınavın yapıldığı binalara adaylar ya da görevliler dışında kimsenin girememesi de sınav güvenliği amacıyla getirilen bir kural olup herhangi bir ayrımcılık ya da ayrıcalık içermez.

3.2.1. Düzenleyici İşlemlerde Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağına ilişkin verilen Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında ayrımcılığa yol açacak düzenlemelerin neler olduğu ve hangi durumlarda kişilere ayrımcılık yapılmış olacağı ortaya konulmuştur. Bu kararların birinde Danıştay, Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliği'nde yer alan ve Anadolu Öğretmen Liselerine başvuruyu engelleyen şartlar arasında sayılan “körlük-şaşılık” ifadesinin engellilere yönelik bir ayrımcılık meydana getirdiği gerekçesiyle iptal etmiştir⁵³⁴. Bu durumda söz konusu yönetmelikte yer alan ve iptal edilen ifadenin işleme

⁵³⁴ “Davalı idare tarafından, öğretmenlerin, eğitim ortamında ve eğitim ortamı dışında öğrencilere rol model oluşturacağı, eğitim ortamında eğitim faaliyetlerinin yürütülmesinde her noktadaki öğrenciyle

ortaya çıkacak hukuka aykırı sonucun kaynağı olduğu ve dolayısıyla işlemi konu unsuru bakımından sakat hale getireceğini söyleyebiliriz.

Aynı hukuki durumda bulunanlar arasında ayrımcılığa yol açacak ya da bir kişi ya da gruba ayrıcalık tanınması sonucunu doğurabilecek düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi de bu yönde verdiği kararların birinde davaya konu olan yasal düzenlemeyi iptal ederken şu ifadelere başvurmuştur:

“Cinsiyet ayrımcılığını reddeden Anayasal düzenleme, hemşirelik mesleğini yapacak kişilerin belirlenmesine yönelik itiraz konusu kurallar yönünden de geçerlidir. Hemşireler; tabip tarafından acil haller dışında yazılı olarak verilen tedavileri uygulamak, her ortamda bireyin, ailenin ve toplumun hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek sağlıkla ilgili ihtiyaçlarını belirlemek ve hemşirelik tanılama süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçlar çerçevesinde hemşirelik bakımını planlamak, uygulamak, denetlemek ve değerlendirmekle görevli ve yetkili sağlık personelidir. Hemşirelik mesleğinin icrası bakımından kadınlar ve erkekler aynı hukuki konumda bulunduklarından, hemşire unvanının yalnızca kadınlara verilmesini ve hemşirelik sanatının yalnızca kadınlar tarafından yapılabilmesini öngören itiraz konusu kurallar, cinsiyet ayrımcılığına yol açmakta ve eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır.”⁵³⁵

gözüyle, sözüyle ve diğer duyu organlarıyla iletişim kuracağı, öğrencilerin davranışlarını izleyerek, kontrol edeceği ve yönlendireceği, gerektiğinde eğitim araç ve gereçlerini kullanmasına her yönden yardım ve destek olacağı, uygulamalara rehberlik edeceği, zarar verecek hal ve davranışlara gerektiğinde fiziksel olarak müdahale edeceği ve öğrencileri zarar verici etkenlerden koruyacağı, özürllüler tarafından bu hususların gerçekleştirilmesi mümkün olamayacağından öğretmen de olamayacakları belirtilmişse de, bu tespitin, özürllülere yönelik açık bir ayrımcılık niteliğinde olduğu, öğretmenlik branşları dikkate alınmaksızın ve somut dayanaklar olmaksızın yapıldığı anlaşılmaktadır.” Danıştay İDDK, 21.11.2012 tarih ve E. 2008/2220, K. 2012/2239 sayılı karar, KİBB.

⁵³⁵ Anayasa Mahkemesinin E. 2006/166, K. 2009/113 sayı ve 23.7.2009 tarihli kararı, 19.3.2010 tarihli R.G. Mahkeme aynı yönde verdiği başka bir kararda ise şu ifadeleri kullanmıştır: “Hususi damgalı pasaport sahibi olan kişilerin kız ve erkek çocukları aynı hukuki durumdadırlar. Aynı durumda bulunan kişilerin yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmaları ya da yararlandırılmamaları eşitlik ilkesinin gereğidir.

İtiraz konusu ibarenin de yer aldığı 5682 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca kız çocukları hususi damgalı pasaport sahibi ile birlikte yaşadıkları, çalışmadıkları ve evlenmedikleri sürece hususi damgalı pasaporttan yararlanabilme olanağına sahip olmalarına karşın aynı durumda bulunan erkek çocuklarının bu imkandan ancak reşit olana kadar yararlanabilmeleri cinsiyetler arasında ayrımcılığa yol açmakta ve bu durum yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.” Anayasa Mahkemesinin E. 2004/30, K. 2008/55 sayı ve 7.2.2008 tarihli kararı, 19.3.2008 tarihli R.G.

Anayasa Mahkemesi gerek mezuniyet gerek mesleğin icrası bakımından aynı hukuki durumda olmaları nedeniyle hem erkeklerin hem de kadınların hemşire unvanını kullanabilmesi gerektiğini, aksi durumun erkeklere yönelik bir ayrımcılığa neden olacağını belirtmiştir. Gerçekten de aynı hukuki durumda bulunan kişilerin aynı kurallara tâbi olmasının eşitlik ilkesinin bir sonucu olduğu düşünüldüğünde bir mesleğe ait unvanın sadece kadınlar ya da erkekler tarafından kullanılabilmesi ayrımcılık yasağının ve dolayısıyla tarafsızlığın ihlali olarak düşünülebilir.

Anayasa Mahkemesi istihdam şekilleri farklı olan kişilerin farklı kurallara tâbi olmasını ise bu kişilerin aynı hukuki durumda olmadıkları gerekçesiyle ayrımcılık olarak nitelememiş ve bu hususta vermiş olduğu kararda şu ifadeleri kullanmıştır:

“Eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir yasanın aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayırım veya ayrıcalık yaratması gerekir. 657 sayılı Yasa'nın 4/A maddesine tabi memur statüsünde çalışan kadrolu öğretmenler ile 4/B maddesi kapsamındaki sözleşmeli personel statüsündeki sözleşmeli öğretmenler aynı hukuksal konumda değildir. Farklı hukuksal konumda olanların farklı hukuksal düzenlemelere tabi olmalarının eşitsizliğe yol açtığı ileri sürülemez.”⁵³⁶

Anayasa Mahkemesi kararında da değinildiği üzere farklı yönde tesis edilecek bir işlemin ayrımcılık yapılması ya da ayrıcalık tanınması sonucunu doğurması için bu kişilerin aynı hukuki durumda olmaları gerekir. Bu nedenle; tâbi oldukları hukuki rejim, sahip oldukları nitelikler ya da taşıdıkları şartlar veya bulundukları statü vs. den kaynaklanan nedenlerle farklı durumda olan kişiler hakkında farklı yönde tesis edilecek işlemlerle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği ileri sürülemez.

3.2.2. Birel İşlemlerde Ayrımcılık Yasağı

İdare tesis edeceği düzenlemelerde ayrımcılık yasağına aykırı hareket ederek aynı kurallara tâbi olması gereken kişilere farklı kuralların uygulanmasını öngörebileceği gibi birel işlemler yoluyla da ayrımcılık yasağını ihlal edebilecektir. Konuya ilişkin bir Danıştay kararı, Ankara Büyükşehir Belediye Meclisinin; camii, mescid, Kur'an kursu

⁵³⁶ Anayasa Mahkemesinin E. 2008/54, K. 2011/45 sayı ve 10.3.2011 tarihli kararı, 21.10.2011 tarihli R.G.

gibi dini yerler ile ücretsiz öğrenci barındıran yurtlardan su ücreti alınmaması ve bu ücretin Büyükşehir Belediyesince karşılanması yönünde aldığı karar hakkındadır. Bu karar üzerine ASKİ'ye yapmış olduğu bedelsiz su kullanımına ilişkin başvuru zımnen reddedilen davacı, işlemin eşitlik ilkesine aykırılığını iddia ederek iptalini istemiştir. gerekçesiyle iptali istemiyle dava açmıştır. Danıştay dava sonucunda ilk derece mahkemesinin verdiği ret kararını şu gerekçelerle bozmuştur:

“Davacının sorumlusu olduğu Protestan Kilisesinin anılan meclis kararında belirtilen dini yerlerden olduğunda kuşku yoktur. Kararda sayılan ibadet ve dini eğitim yerleri dışında bir başka dine ve inanca mensup ibadethanelerin sayılmamış olması kararın belirli bir dine mensup ibadethaneler için alınmış özel bir karar olduğu anlamına gelmez. Zira belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tanzim ve tesviye ile mükellef olan belediyenin hizmet sunumunda dinsel farklılık gözetmesi düşünülemez.

Bu durumda, davacının sorumlu olduğu Protestan Kilisesinin, yukarıda anılan belediye meclisi kararı kapsamında olan dini yerlerden olması nedeniyle bedelsiz su kullanım hakkından yararlandırılması gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemde eşitlik ve hakkaniyet kurallarına uyarlık bulunmadığından, işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.”⁵³⁷

Kararda, belediye meclisinin vermiş olduğu kararın ibadet yeri olan Cami ve Protestan Kilisesi arasında bir ayırım güdülmesi sonucunu doğurmayacağı bu nedenle yapılan başvurunun reddi yönünde tesis edilen işlemin eşitlik ilkesine aykırı olduğu vurgulanmıştır. Danıştayın vermiş olduğu kararda, cami ve kilisenin ibadet yeri olma bakımından aynı hukuki durumda oldukları belirtilmiştir. Bu nedenle de bu iki ibadet yeri arasında ayırım yapılması sonucunu doğuran işlem konu unsuru bakımından sakat olup söz konusu işlemin iptal edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan Danıştay, başka bir kararda ise vakıf üniversitelerinin sundukları sağlık hizmeti ile aynı kategoride sayılan kamuya ait diğer sağlık hizmet sunucularının verdikleri sağlık hizmeti arasında bir ayırım yapılarak vakıf üniversitesi hastanesiyle

⁵³⁷ Danıştay 8. Daire, 22.2.2005 tarih ve E. 2004/4350, K. 2005/809 sayılı karar, KİBB.

imzalanan protokolün Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yenilenmemesini de eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur⁵³⁸.

Danıştay 10. Dairesi tarafından verilen ve İDDK tarafından onanan başka bir kararda ise 8. Cumhurbaşkanı Turgut Özal'ın kardeşi ve devlet eski Bakanı Yusuf Bozkurt Özal'ın Süleymaniye Camii haziresine defnedilmesini öngören Bakanlar Kurulu kararı iptal edilmiştir:

“Öte yandan Anayasamızın 12. maddesi "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmünü taşımaktadır. Ayrıcalık yapılmasını gerektirecek hiçbir olağanüstü hal bulunmadığı halde Yusuf Bozkurt Özal'a, ölümünde belediye mezarlığı dışında ayrı bir yere gömülmesine izin veren ve bu suretle ona ayrıcalık tanıyan Bakanlar Kurulu kararının sözü geçen maddede ifadesini bulan "eşitlik" ilkesine uygunluğundan da söz edilemez.”⁵³⁹

Danıştay bu kararda, eski Cumhurbaşkanı'nın kardeşi ya da eski bakan olmayı farklı uygulama gerektirecek bir neden olarak görmemiş, bunun sonucunda da işlem kişiye farklı uygulamada bulunulmasını haklı kılacak bir sebebe dayanmadığından hukuka aykırı bulunmuştur. Bu noktada haklı neden kriterinin işlemi hem sebep hem konu yönünden sakatladığını söylemek mümkündür.

3.3. Pozitif Ayrımcılık

Pozitif ayrımcılık, ayrımcılık yasağının istisnasıdır⁵⁴⁰. Başka bir ifadeyle eşitlik ilkesine aykırılık ancak negatif yönde yapılacak ayrımcılık sonucu ortaya çıkar ve pozitif ayrımcılık sonucunu doğuracak idari işlemler konu unsuru bakımından hukuka uygun kabul edilir. Zira negatif ayrımcılık, hukuken aynı durumda bulunanlar arasında bir ayrım yapılması anlamına gelir ve bu nispî eşitlik ilkesine aykırıdır. Öte yandan eşitlik ilkesinin

⁵³⁸ Danıştay 15. Daire, 18.3.2016 tarih ve E. 2016/1583 sayılı karar, KİBB.

⁵³⁹ Danıştay 10. DAİRE, 9.6.2004 tarih ve E. 2002/4723, K. 2004/5434 sayılı kararı, KİBB. Danıştay İDDK. Karar, Danıştay İDDK'nın 5.5.2005 tarih ve E. 2005/16, K. 2005/1118 sayılı kararıyla onanmıştır. Bkz. KİBB.

⁵⁴⁰ Pozitif ayrımcılık hakkında bkz. Tuğba ÜNLÜ, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, SÜSBE, Konya 2009.

sadece hukuken aynı durumda bulunanlar arasında uygulanması, bazı durumlarda bizi mutlak eşitlik anlayışına götürür ki bu da fiilen farklı durumlarda bulunanlar bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmasına neden olur. Bu nedenle pozitif ayrımcılığın hakkaniyet ilkesinin eşitlik ilkesinin uygulanması aşamasındaki bir görünüş biçimi olduğunu söylemek de mümkündür.

1982 Anayasasının 10. maddesine, 2004 ve 2010 yıllarında yapılan değişikliklerle eklenen kurallarla⁵⁴¹ pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırılık olarak yorumlanamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler sonucunda, içinde bulundukları fiili durum gereği toplumun sosyal, kültürel ya da ekonomik açıdan dezavantajlı durumda bulunan kesimlerine yönelik alınacak tedbirlerle nispî anlamda eşitliğin sağlanması öngörülmüştür⁵⁴². Ancak belirtmek gerekir ki, eşitliğin sağlanması ve hakkaniyete uygun uygulamaların hayata geçirilmesi için esas olan devletin vatandaşları arasında fiili olarak oluşan dezavantajlı durumların önüne geçerek pozitif ayrımcılığa ilişkin düzenleme yapılmasına ihtiyaç bırakmamasıdır.

4. Fırsat Eşitliğinin Sağlanması

Eşitlik ilkesinin görünüş biçimlerinden biri olan fırsat eşitliğinin, “bazı kişi ya da grupların özel durumları nedeniyle diğerlerinden daha başlangıçta farklı olduğunu ve bu kişilerin fırsatlara erişimleri sağlanmadığı ve yasal güvenceye kavuşturulmadığı sürece toplumun geri kalanıyla eşit olamayacağını savunan bir eşitlik türü” olduğu belirtilmiştir⁵⁴³. Bu bakımdan, fırsat eşitliğini sağlamakla yükümlü olan idare de tesis

⁵⁴¹ “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” Anayasasının 10. maddesinde yer alan kadınlara yönelik pozitif ayrımcılığa yönelik düzenlemelere ilişkin, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir karara karşıoy yazan üyeler şu ifadeleri kullanmıştır: “Böylece kadınların da erkeklerin sahip oldukları hakları elde edebilmeleri için Devletin alacağı önlemlerle kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yapılmasına olur verilmiştir. Bu kural kuşkusuz, siyasi, sosyal ve ekonomik hakların uygulamaya geçirilmesi bakımından erkeğe göre daha geride bulunan kadının aradaki mesafeyi kapatabilmesi için getirilmiş olup, erkeğin hak kaybına uğramasının Anayasal dayanağı olarak değerlendirilemez. Pozitif ayrımcılık kadının, cinsiyeti nedeniyle hak kaybına uğramasının önüne geçilmesi amacıyla yöneliktir.” Anayasa Mahkemesinin E. 2006/156, K. 2008/125 sayılı ve 19.6.2008 tarihli kararına karşıoy yazan üyeler Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ’ın karşıoy gerekçesi, bkz. 26.11.2008 tarihli R.G.

⁵⁴² Günday, s. 65.

⁵⁴³ Yener ŞİŞMAN, “Engelliler Açısından Eşitlik, Ayrımcılık ve Eğitim Hakkı”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, Y. 14, S. 32, Ocak-Haziran 2014, sa. 57-85, s. 60.

edeceği işlemlerde bu yükümlülüğü yerine getirmeye yönelik tedbirler almalı ve yaşanacak mağduriyetlerin önüne geçmelidir.

Danıştay 8. Dairesi yakın tarihte vermiş olduğu bir kararda idari işlemi fırsat eşitliğine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. İDDK tarafından onanan kararda 8. Daire şu gerekçelere yer vermiştir:

“... örgün öğretim adalet meslek yüksekokulu mezunları ile açıköğretim adalet önlisans mezunlarının başvurabilecekleri hukuk fakültesi kontenjanları arasında ayrım yapılarak, açıköğretim adalet önlisans mezunlarının daha az sayıda kontenjan için başvuru yapabileceğine dair düzenlemenin, 2547 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin (ı) bendi ile 6114 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında da belirtilen fırsat eşitliği ilkesine de aykırı olduğu; ... bu durumda, aynı hukuksal durumda bulunmalarına ve aynı sınava girmelerine rağmen, dikey geçiş sınavında açıköğretim adalet önlisans mezunları ile örgün öğretim adalet önlisans mezunları için ayrı kontenjanlar belirlenmesine dair davaya konu düzenlemede hukuka, kamu yararına ve eşitlik ilkesine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.”⁵⁴⁴

Fırsat eşitliğini sağlama; aynı hukuki durumda bulunup da eşit muamele görme hakkına sahip kişilerin imkân ya da hizmetten aynı ölçüde yararlanmalarının sağlanması anlamına gelir⁵⁴⁵. İdare fırsat eşitliğini sağlamak amacıyla; bir statüye girişte ya da bir imkandan yararlanmada mevcut şartlar gereği doğabilecek eşitsizlikleri ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Aksi yönde tesis edilecek işlemler sonucu ortaya çıkacak hukuka aykırılıklar işlemi konu yönünden hukuka aykırı hale getirir.

⁵⁴⁴ Danıştay Sekizinci Dairesinin 4.2.2015 tarih ve E. 2014/6621, K. 2015/450 sayılı kararını onayan Danıştay İDDK, 30.9.2015 tarih ve E. 2015/2967, K. 2015/3161 sayılı karar, KİBB.

⁵⁴⁵ Münici KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, AÜHF Yayınları, Ankara, 1981, s. 12.

II. HUKUKİ GÜVENLİK

A. Hukuki Güvenlik İlkesinin Tanımı

Hukuk devletinin vazgeçilmezlerinden biri olan hukuki güvenlik, yürürlükteki hukuk düzeniyle birlikte tüm devlet faaliyetlerinin de önceden bilinebilir ve öngörülebilir olmasını gerektirir. Bunun yanında hukuki güvenlik; gerek yürürlükteki mevzuatın, gerekse idari uygulamaların kişilerin lehine doğurduğu sonuçların korunmasını ifade eder⁵⁴⁶. Hukuki güvenliğin sağlandığı bir ülkede hukuk normları ileriye etkileyecek şekilde yürürlüğe konulur ve kişilerin temel hak ve özgürlükleri devletin güvencesi altında varlığını sürdürür. Bu durum hukuki güvenliğin hukuk devletinin zorunlu bir unsuru olmasıyla da alakalıdır. Zira hukuk devleti kişilerin hukuki güvenlik içinde bulundukları, işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabildikleri devlettir⁵⁴⁷. Hukuk devletinde kamu gücünü kullanan otoritenin, kişilerin devlete olan güvenini sarsıcı işlem ve uygulamalardan kaçınması beklenir⁵⁴⁸. Hukuki güvenlik, hukukun uygulama alanındaki kişilere rehberlik ederek; onların, hayatlarını daha az bir belirsizlik içerisinde planlamalarını sağlar ve bu kişileri kamu gücünün keyfi kullanımına karşı korur⁵⁴⁹.

Hukuk devletinde kişiler, tâbi oldukları mevzuat hükümlerini önceden bilerek ve bu hükümlerin sürekli değişmeyeceğine olan güvenlerini canlı tutarak hukuki muamelelere girişebildikleri ölçüde hukuksal anlamda güvenlik içerisinde dirler. Zira hukuk kurallarının sık sık değiştiği bir ortamda hukuki istikrar ve belirlilik sağlanamaz⁵⁵⁰. Nitekim Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini “*insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık olan devlet*” olarak tanımlamaktadır⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ Yücel OĞURLU, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 40.

⁵⁴⁷ Günday, s. 93.

⁵⁴⁸ Atay, İdare Hukuku, s. 140.

⁵⁴⁹ James MAXEINER, “Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law”, The Rule of Law in Comparative Perspective, Springer, 2010, s. 30.

⁵⁵⁰ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 40.

⁵⁵¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/65, K. 2014/93 sayı ve 22.5.2014 tarihli kararı, 24.6.2015 tarihli R.G.

Hukuki güvenliğe ilişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında ilkenin tanımı ve açıklaması yapılırken hukuk devleti ile birlikte istikrar, öngörülebilirlik, belirlilik, idareye güven ve geçmişe yürümezlik gibi kavramlardan da yararlanılmıştır. Örneğin Anayasa Mahkemesinin hukuki güvenlik ilkesi hakkında yaptığı klasik açıklama şu şekildedir:

*“Hukuk güvenliği, temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir.”*⁵⁵²

Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin hukuki güvenlik uyarınca güvence altında alınmasını ve yürürlükteki hukuk normlarının öngörülebilir nitelikte olması gerektiğinin vurgulamıştır. Bunun sonucunda da kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunacağına yönelik güven duyabildikleri devletin, hukuk devleti niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan hukuk devletinin kişilerin hukuki açıdan kendilerini güvende hissedebildikleri devlet olduğunu söylemek mümkündür. Kişinin kendini güvende hissetmesi için kanun koyucunun, gerçekleştirdiği yasal düzenlemelerde idarenin keyfi uygulamalarına yol açmayacak kurallar koyması da yine hukuki güvenliğin bir gereğidir⁵⁵³.

Başka bir kararında ise Anayasa Mahkemesi hukuki güvenliği hukuk devletinin önkoşullarından biri olarak kabul etmiştir. Mahkeme kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasının hukuki güvenliğin bir gereği olduğunu belirtmiştir⁵⁵⁴.

⁵⁵² Anayasa Mahkemesinin E. 2008/19, K. 2010/17 sayı ve 28.1.2010 tarihli kararı, 28.4.2010 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2006/64, K. 2006/54 sayı ve 4.5.2006 tarihli kararı, 5.10.2006 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2004/17, K. 2007/59 sayı ve 17.5.2007 tarihli kararı, 21.11.2007 tarihli R.G.

⁵⁵³ Bu hususa yer verdiği bir kararda Anayasa Mahkemesi şu ifadeleri kullanmıştır: “İptali istenilen kuralla vergi miktarının, taşıtların teknik özellikleri ve/veya kullandıkları yakıt türleri, kullanım amaçlarına göre ayrı ayrı veya topluca yirmi katına kadar arttırılabilmesi için Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesi, keyfi bir uygulamaya neden olabileceğinden hukuk güvenliği ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.” Anayasa Mahkemesinin E. 2001/36, K. 2003/3 sayı ve 16.1.2003 tarihli kararı, 21.11.2003 tarihli R.G.

⁵⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin E. 2008/34, K. 2008/153 sayı ve 31.10.2008 tarihli kararı, 6.12.2008 tarihli R.G. Aynı yönde “Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin temel ilkelerinden biri hukuk güvenliğidir. Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün

Öte yandan hukuki güvenliğin teminine katkıda bulunacak başka bir husus, kişilerin hak ve özgürlüklerine geçmişe yürür nitelikte hukuk kuralları ve uygulamalar yoluyla müdahale edilmemesidir. Zira aksi takdirde kişilerin hak ve menfaatlerinin göz ardı edilmesi sonucu doğar ve böyle bir durumda, kanun koyucunun ve idarenin uygulamaları sonucu hayal kırıklığına uğrayacak kişilerin devlete ve hukuka olan güven duyguları sarsılarak hukuk devleti ilkesi zedelenmiş olur⁵⁵⁵.

Danıştayın hukuki güvenlik ilkesine yer verdiği kararların birinde ise ilkeden şu şekilde söz edilmiştir:

*“Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesi zorunlu koşullardandır. Yapılan düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak hukuki güvenlik sağlanır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır.”*⁵⁵⁶

Danıştayın, kararında da vurguladığı üzere idare hukuku bakımından hukuki güvenlik ilkesi, ilk olarak belirlilik ve öngörülebilirlik unsuru uyarınca, kişilerin gerek kendileri hakkında tesis edilecek işlemlerin sonuçlarını gerekse kendilerine uygulanacak hukuk kurallarının ne olduğunu açıkça bilmelerini gerektirir. Bunun yanında hukuki güvenlik kişilerin, idareye duydukları güven nedeniyle öngöremeyecekleri ya da idareden beklemecekleri işlem ve uygulamalara muhatap olmamalarını da gerekli kılar⁵⁵⁷.

sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar.” Anayasa Mahkemesinin E. 2014/194, K. 2015/55 sayılı ve 17.6.2015 tarihli kararı, 26.6.2015 tarihli R.G.

⁵⁵⁵ Atay, İdare Hukuku, s. 141.

⁵⁵⁶ Danıştay 10. Daire, 14.6.2011 tarih ve E. 2007/5427, K. 2011/2289 sayılı karar, KİBB.

⁵⁵⁷ Aynı yönde: “Hukuki güvenlik ilkesi ise, bir toplumda bireylerin bağlı oldukları hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmeleri, başka bir ifadeyle ilgililerin hukuki durumun süreceğine olan inancı dolayısıyla hayal kırıklığına uğratılmaması anlamına gelir. Dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur.” Danıştay 9. Daire, 26.12.2013 tarih ve E. 2013/11310, K. 2013/12989 sayılı karar, KİBB.

Düzenleyici işlemlerin kişilerin yeni hukuki duruma adapte olmalarını engelleyecek ve idareye duydukları güveni zedelemeyecek şekilde kısa aralıklarla değiştirilmemesi ya da kaldırılmaması, yani idari işlem ve uygulamalardaki istikrar da, hukuki güvenliğin bir göstergesidir. Zira kişiler idarenin hukuka uygun işlemler tesis ettiğini düşünüp bu işlem ya da uygulamanın bundan sonra da sürdürüleceği beklentisiyle faaliyetlerde bulunurlar⁵⁵⁸. Hukuk devletinde bu beklentinin karşılanması esastır.

B. Hukuki Güvenlik İlkesinin Unsurları

Hukuki güvenliğin unsurlarının neler olduğu, diğer bir deyişle hangi ilke ya da ilkelerin hukuki güvenliğin sağlanmasında belirleyici rol oynadığı, gerek Anayasa Mahkemesi gerek Danıştay kararlarının incelenmesi sonucunda daha isabetli bir şekilde ortaya konulabilir. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki yüksek mahkemelerin bu konuda istikrarlı bir şekilde kabul ettikleri ve kararlarında yer verdikleri bir tasnif de yoktur. Örneğin Anayasa Mahkemesinin hukuki güvenlik ve belirliliği hukuk devletinin ön koşulu⁵⁵⁹ ya da alt unsuru⁵⁶⁰ şeklinde iki ayrı ilke olarak değerlendirdiği kararları⁵⁶¹ bulunmaktadır. Bunun yanında Mahkeme, bir kararında öngörülebilirliğe hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin yanında ayrı bir ilke olarak yer vermiştir⁵⁶². Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir başka kararda⁵⁶³ ise *“düzenlemenin belirlilik unsuru açısından hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır”* ifadesini kullanarak belirliliği hukuki güvenliğin bir unsuru olarak ele almıştır.

Danıştayın bazı kararlarında⁵⁶⁴ ise *“geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesi”* ifadesi kullanılarak hukuki güvenliğin unsurlarının belirlilik ve geçmişe yürümezlik olduğu belirtilmiştir. Öte yandan Danıştayın verdiği

⁵⁵⁸ Ali ULUSOY, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul 2004, s. 177.

⁵⁵⁹ Anayasa Mahkemesinin E. 2012/116, K. 2013/32 sayı ve 28.2.2013 tarihli kararı, 13.8.2013 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/110, K. 2014/8 sayı ve 16.1.2014 tarihli kararı, 9.5.2014 tarihli R.G.

⁵⁶⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 2012/1, K. 2012/147 sayı ve 11.10.2012 tarihli kararı, 22.11.2013 tarihli R.G.

⁵⁶¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2014/61, K. 2014/166 sayı ve 7.11.2014 tarihli kararı, 19.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/30, K. 2014/13 sayı ve 29.1.2014 tarihli kararı, 12.9.2014 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/64, K. 2013/142 sayı ve 28.11.2013 tarihli kararı, 23.7.2013 tarihli R.G.

⁵⁶² Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2010/82, K. 2012/159 sayı ve 18.10.2012 tarihli kararı, 23.7.2013 tarihli R.G.

⁵⁶³ Anayasa Mahkemesinin E. 2004/79, K. 2007/6 sayı ve 25.1.2007 tarihli kararı, 17.1.2008 tarihli R.G.

⁵⁶⁴ Danıştay İDDK, 11.6.2014 tarih ve E. 2014/255 sayılı karar, KİBB; Danıştay İDDGK, 29.1.1999 tarih ve E. 1998/316, K. 1999/169 sayılı karar, KİBB; Danıştay İDDGK, 15.1.1999 tarih ve E. 1997/417 K. 1999/81 sayılı karar, KİBB.

başka bir kararda⁵⁶⁵ “*hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz parçası olan hukuki güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri*” ifadesi kullanılmış ve belirlilik ve öngörülebilirlik hukuki güvenlikten ayrı bir karar olarak bahsedilmiştir. Bir başka kararda ise “*Yapılan düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak hukuki güvenlik sağlanır.*” ifadesini kullanan Mahkeme’nin ilkenin unsurlarını istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik olarak kabul ettiği söylenebilir.

Doktrinde ise Köküarı, hukuki güvenliğin alt unsurlarını hukuki belirlilik, hukuki istikrar ve hukuki öngörülebilirlik olarak incelemiştir⁵⁶⁶. Bunun yanında Erdoğan, hukuki güvenlik ile hukuki öngörülebilirliği ayrı ilkeler olarak ele almıştır⁵⁶⁷. Çağlar da hukuki güvenliğin unsurlarının genellik ve öngörülebilirlik olduğunu belirterek⁵⁶⁸ belirliliğin öngörülebilirliği sağlamaya yönelik bir ilke olduğunu savunmuştur⁵⁶⁹.

Gerek Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları gerekse de doktrindeki görüşler dikkate alındığında, idare hukuku bakımından hukuki güvenlik ilkesinin unsurlarının idari istikrar, öngörülebilirlik ve belirlilik ile geriye yürümezlik olduğunu söylemek daha isabetli olur.

1. İdari İstikrar

1.1. İdari İstikrarın Tanımı

Hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği de hukuki istikrarın varlığıdır. Hukuki istikrarın sağlanmasında idareye düşen görev ise bir yandan hukuk kurallarının sık ve keyfi biçimde değiştirilmemesi, diğer yandan da kazanılmış hak gibi kişilerin lehine olan durumları bertaraf edecek uygulamalara gidilmemesidir⁵⁷⁰. Bu durumda idari istikrarın, idarenin iradesini belli bir süre ve belli bir yoğunlukla aynı yönde kullanması sonucu ortaya çıkan hukuki durum olduğunu söyleyebiliriz. Zira idari istikrar, benzer durumlarla karşılaşılması halinde benzer şekilde davranmayı gerektirir⁵⁷¹.

⁵⁶⁵ Danıştay 6. Daire, 20.10.2015 tarih ve E. 2015/1060 sayılı karar, KİBB.

⁵⁶⁶ Bkz. Köküarı, s. 67 vd.

⁵⁶⁷ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 118.

⁵⁶⁸ Çağlar, Belirlilik, s. 187.

⁵⁶⁹ Çağlar, Belirlilik, s. 191.

⁵⁷⁰ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 151; Köküarı, s. 103; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 189.

⁵⁷¹ Stefanie A. LINDQUIST and Frank C. CROSS, “Stability, Predictability And The Rule Of Law: Stare Decisis As Reciprocity Norm”, in Conference On Measuring The Rule Of Law, University of Texas School of Law, 2010, s. 1.

İdari istikrar ilkesinin idare hukuku bakımından taşıdığı anlam ve uygulanma alanı oldukça geniştir. Bu ilke bir taraftan hukuka uygun düzenleyici işlemlerin kaldırılmasında ve değiştirilmesinde kişilerin elde ettikleri hakların korunmasını sağlarken, diğer yandan hukuka aykırı birel işlemlerin geri alınmasında kişiler lehine doğacak sonuçların korunması bakımından da bir güvencedir⁵⁷².

Hukuki öngörülebilirliğin sağlanmasına da katkıda bulunan⁵⁷³ idari istikrarın temin edilebilmesi için hukuk kurallarının ve idari uygulamalarının sık sık değiştirilmemesi gerekir. Zira bu durum istikrarın oluşmasını engeller. Sık değişim ise hukuk kurallarının insanların kendisini yeni kurala göre ayarlayamayacakları, kendilerine uygulanacak normu öngöremeyecekleri veya günlük hayata ilişkin planlarını gerçekleştiremeyecekleri şekilde kısa aralıklarla değişimini ifade eder⁵⁷⁴. Bununla birlikte ekonomik, kültürel, sosyolojik ve siyasi şartların değişimi kaçınılmaz olduğundan hukuk kurallarının hiç değişmemesinden bahsetmek de mümkün değildir. Bu noktada ideal olan kuralların hiç değişmemesi değil; şartların değişmesi ve düzenleme yapılan alanın gerektirmesi sonucunda hukuk kurallarının da dengeli ve makul bir biçimde değişen bu şartlara uyum sağlayabilmesidir⁵⁷⁵.

Bu nedenle, idari istikrar ilkesinin; idarenin kanunda düzenlenmeyen ya da idareye takdir yetkisi tanınan konulardaki iradesini uzun süre boyunca aynı yönde ortaya koyması neticesinde, kişilerde söz konusu iradenin bundan sonra da aynı yönde tecelli edeceğine dair oluşan beklentinin korunarak hukuki güvenliğin sağlanmasını amaçlayan bir ilke olduğunu söylemek mümkündür.

1.2. İdari Teamüllerin İdari İstikrarın Oluşmasındaki Yeri

İdari teamüller doktrinde; “idarenin işlem ve eylemlerinde süreklilik arz eden ve bu nedenle de hem idare hem de kişiler nezdinde uyulması gerektiği konusunda ortak bir kanaat oluşan idari uygulamalar” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁷⁶. Özel hukuktaki örf ve âdet

⁵⁷² Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 190.

⁵⁷³ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 118; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 189.

⁵⁷⁴ Köküarı, s. 109.

⁵⁷⁵ Köküarı, s. 110.

⁵⁷⁶ Melikşah Yasin, “Örf Ve Adet Kuralları İle İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri” İHİD, C. 15, S. 2, sa. 29-44, s. 32.

kuralları ise, kanunlarda yer almadığı halde kadimden beri “iyi” kabul edilerek uygulanagelen ve toplumda gerek yöneticiler gerekse yönetilenlerin uyması hususunda bir mutabakatın bulunduğu kurallardır⁵⁷⁷. Doktrindeki bir görüşe göre özel hukuktaki örf ve âdet kurallarına karşılık idare hukukunda idari teamüller bulunur⁵⁷⁸. Diğer bir görüş ise özel hukuktaki örf ve âdet kurallarıyla idare hukukundaki idari teamül ve uygulamaların birbirinden farklı olduğu yönündedir⁵⁷⁹. Bununla beraber özel hukuktaki örf ve âdet kurallarına karşılık idare hukukunda idari teamüllerin bulunduğunu savunan yazarlar da idari teamül ve uygulamayı, özel hukuktaki örf ve âdet kurallarından farklı şekilde kullanmışlardır. Zira gerek Onar, gerek Duran idari teamüllerin idarenin belli konularda önceden beri aynı yönde kullandığı ve tekrarlanarak objektifleşen iradesi sonucu oluştuğunu kabul etmektedirler⁵⁸⁰.

Gerçekten de idari teamüllerle örf ve âdet kuralları arasında önemli bazı farklar bulunur. İlk olarak belirtmek gerekir ki, örf ve âdet kurallarının oluşumunda kamu gücünün etkisi yoktur⁵⁸¹. Halbuki idari teamüller idarenin uygulamaları olduğu için kamu gücünün kullanımı sonucu meydana gelir. İdari teamüllerle örf ve âdet kuralları arasındaki bir diğer önemli fark ise örf ve âdet kuralları toplumun iradesinin belli bir kuralın “iyi” ve “uygulanması gereken” kural olduğu yönünde tezahür etmesiyken idari teamüllerde söz konusu olan irade idareninkidir⁵⁸².

İdarenin, idari teamüllere uyma zorunluluğunun temelinde genel olarak hukuki güvenlik, özel olarak da idari istikrar ilkesi bulunur⁵⁸³. Öte yandan idari istikrar ilkesiyle yalnızca hukuka uygun uygulamalar bakımından değil hukuka aykırı işlem ve eylemler sonucu ortaya çıkan sonuçlar bakımından da bir koruma söz konusu olur. Hatta idari istikrar ilkesinin, idare hukukunda idarenin hukuka aykırı birel işlemlerinin geri alınması sonucu doğacak sonuçların korunması amacıyla kullanıldığını söylemek de mümkündür⁵⁸⁴. Bununla birlikte kişilerin lehine sonuç doğuracak idari teamüllerin

⁵⁷⁷ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 171; Kubbealtı Lugatı, “örf” maddesi, www.kubbealtilugati.com.

⁵⁷⁸ Onar, C. I, s. 412; Duran, Ders Notları, s. 28-29; Günday, s. 33.

⁵⁷⁹ Gözler C. I, s. 72, Yasin, s. 32.

⁵⁸⁰ Bkz. Onar, C. I, 413; Duran, Ders Notları, s. 29. Hatta Onar, idarenin “an’aneleri ve ahlakîyatından” ayrıca bahsetmektedir. Bkz. Onar, C. I, s. 413.

⁵⁸¹ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 171.

⁵⁸² Yasin, Örf Ve Adet Kuralları, s. 35.

⁵⁸³ Yasin, Örf Ve Adet Kuralları, s. 40.

⁵⁸⁴ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 190.

düzenli idare ilkesi uyarınca herkese aynı şekilde uygulanması ya da, bir hukuka aykırılığın hukuk düzenince koruma görmemesi için, hukuka aykırı böyle bir uygulamanın hiç kimse için hayata geçirilmemesi gerekir⁵⁸⁵. Zira idarenin hukuka uygun uygulamalarıyla oluşan, idarenin o işlemi aynı yönde tesis etmeye devam edeceğine yönelik beklenti hukuka aykırı işlem ve eylemler bakımından da ortaya çıkabilir⁵⁸⁶. Bu durumda söz konusu hukuka aykırı uygulamaların hukuk kaynağı olma bakımından meşruiyet seviyesi hukuka uygun idari teamüllerinki kadar olamayacağı için, doktrinde idarenin hukuka aykırı biçimde istikrarlı bir şekilde gerçekleştirdiği bu uygulamalar “eksik idari teamül” olarak adlandırılmıştır⁵⁸⁷.

İdarece hukuka aykırı şekilde sürdürülen ve idari istikrar ilkesi uyarınca korunması gereken idari teamül halini almış bir uygulamanın yine idari istikrar ilkesi uyarınca koruma altında olan⁵⁸⁸ müesses durumlarla karıştırılmaması gerekir. Zira doktrinde; “ilgilinin lehine sonuçları olan hukuka aykırı bir idari tasarrufun sonuçlarından kendisine atfedebilecek bir kusur, yokluk ve açık hata bulunmadıkça belli bir süre yararlanılması ile hukuk düzeninde tanınması gerektiği düşünülen, tanınmaması durumunda ise idari istikrar ve hukuk güvenliğinin bozulacağı düşünülen hukuki durum” olarak tanımlanan⁵⁸⁹ müesses durumlar idari teamüllerin aksine süreklilik gerektirmeyen uygulamalardır⁵⁹⁰. Ayrıca müesses durumdan söz edebilmek için bir idari işlemin varlığı gerekirken⁵⁹¹ idari teamüller sadece idari işlemlerle değil idarenin işlem, eylem ve sözleşmeleriyle gerçekleşebilir. Son olarak müesses durumlar ilgilinin lehine sonuç doğururken idari teamüller her zaman kişiler lehine sonuç doğuracak şekilde gerçekleşmez⁵⁹².

Danıştayın idari istikrar ilkesine yer verdiği kararların birinde, idarenin uzun zamandır süregelen bir uygulamasına düzenleyici işlemle son verilmiş; bunun üzerine

⁵⁸⁵ Köküarı, s. 112-113.

⁵⁸⁶ Köküarı, s. 113; Yasin, Örf Ve Adet Kuralları, s. 35.

⁵⁸⁷ Bkz. Yasin, Örf Ve Adet Kuralları, s. 35.

⁵⁸⁸ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 200.

⁵⁸⁹ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 200-201.

⁵⁹⁰ Köküarı, s. 113.

⁵⁹¹ Oğurlu, Kazanılmış Hak, s. 200.

⁵⁹² Belirtmek gerekir ki; kişilerin aleyhine sonuç doğuracak idari uygulamaların, idari istikrar kavramının hukuki güvenliğinin bir unsuru olmak suretiyle taşıdığı olumlu işlev dolayısıyla, istikrarın korunması gerekçesiyle sürdürülmesi mümkün değildir. Bkz. Köküarı, s. 113.

açılan davada biyoloji bölümü mezunlarının uzun süredir uygulanan tıpta uzmanlık sınavına girme haklarının, idarenin düzenleyici işlemiyle ortadan kaldırılması hukuka aykırı bulunmuştur. İşlemin yürütmesini durdurduğu kararında Mahkeme şu ifadelerle yer vermiştir:

“... ülkemizde 1929 yılından bu yana tıpta uzmanlık eğitimi tüzükler ile düzenlenmekte ve 1956 yılından bu yana da kendi bölümleriyle ilintili olan alanlarla sınırlı olmak üzere veteriner, eczacı, kimyager ve biyoloji bölümü mezunlarına tıpta uzmanlık eğitimi alabilme imkanı, 1219 ve 992 sayılı yasalar uyarınca sağlanmaktadır. Bu kapsamda uzun süredir devam eden ve idari düzenlemelerle belirlenen istikrar kazanmış uygulamaya ilişkin olarak, ne 1219 sayılı Yasada ne de 992 sayılı Yasada bir değişiklik yapılmıştır. Bir başka ifadeyle bu kapsamda idareyi tıp alanı dışında yer alan meslek mensuplarının tıpta uzmanlık eğitimi alabilmesine ilişkin idari uygulamada değişiklik yapmaya sevk edecek hukuki bir neden bulunmamaktadır.

...Bu duruma göre, 1219 sayılı ve 992 sayılı Yasalara dayanılarak yürütülen ve hukuki istikrar kazanmış idari uygulama uyarınca belli alanlarla sınırlı olmak üzere tıpta uzmanlık eğitimi alabilen biyoloji bölümü mezunlarının; bu konuya ilişkin olarak anılan Yasalarda bir değişikliğe gidilmediği halde, bir başka ifadeyle hukuki bir neden olmadan, 992 sayılı Yasanın Yargı kararı ile de belirlenmiş uygulamasını daraltacak şekilde ve kamu yararını gerçekleştirecek konuya ilişkin bilimsel bir gerekçe olmadan, biyoloji bölümü mezunlarının tıpta uzmanlık eğitimini almasını engelleyen ve düzenli idare ilkesine aykırı olarak düzenlenen Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinin geçici 4.maddesinde eksik düzenleme nedeniyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, temel idare hukuku prensiplerine ve hukuka açıkça aykırı olan dava konusu düzenlemenin, biyoloji bölümü mezunlarının tıpta uzmanlık sınavına girmelerini engelleyecek olması dikkate alındığında, giderilmesi güç veya olanaksız zararlar doğuracağı da açıktır.”⁵⁹³

⁵⁹³ Danıştay 8. Daire, 6.11.2009 tarih ve E. 2009/6689, K. 2015/4964 sayılı karar, KİBB.

Kararda biyoloji bölümü mezunlarına tıpta uzmanlık sınavına girme hakkı tanınmasına yönelik uygulamanın idarece çok uzun zamandır yürürlükte olan kanun hükümlerine dayanılarak gerçekleştirildiği ve bu şekilde istikrarlı bir uygulama halini kazandığı vurgulanmıştır. Bu nedenle söz konusu yasal düzenlemelerde değişiklik olmadığı müddetçe bu uygulamadan vazgeçilmesini gerektirecek hukuki ya da bilimsel bir sebebin mevcut olmadığı, dolayısıyla idarenin bu yöndeki istikrarlı uygulamasından vazgeçmesi sonucunu doğuracak düzenlemenin hukuka aykırı olduğu vurgulanmıştır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki idarenin bir uygulamayı kanunun kendisine tanıdığı bağlı yetki çerçevesinde gerçekleştirmesi durumunda, bu uygulamadan vazgeçmesi kanuna aykırılık sonucunu doğuracağından idari istikrar ilkesine aykırılıktan söz etmeye gerek yoktur. Zira burada kanuna dayanan bir istikrar söz konusudur ve idarenin kanuniliği ilkesi gereğince idare kanuna uygun hareket etmek yükümlülüğündedir. Ancak Danıştay 8. Dairesi tarafından verilen ve yukarıda aktarmış olduğumuz düzenleyici işlemin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin karar İDDK tarafından kaldırılmıştır. Kararın gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir:

“Ülkemizde ilk biyoloji bölümünün 1933 yılında kurulduğu, bakteriyoloji ve kimya laboratuvarları ile ilgili 992 sayılı Yasa’nın 1927 yılında çıkarıldığı, biyoloji bölümü mezunlarının da görevleri süresince aldıkları dersler ve eğitimden bahisle 992 sayılı Yasa kapsamında yer almaları gerektiği sonucuna varılması, Yasa kapsamının yorum yoluyla genişletilmesi anlamına gelir ki, bunun Yasa’ya, tıpta uzmanlık eğitimin amacı ve gerekleri ile kamu yararına uygun düşmeyeceği açıktır.

Öte yandan, günün şartları gereği ve ihtiyaçtan doğan nedenlerle 1956 yılından dava konusu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 2009 yılına kadar tıpta uzmanlık sınavına girme olanağı tanınan biyoloji bölümü mezunlarının süre gelen uygulamadan kaynaklı kazanılmış haklarının bulunduğunun kabulü de hukuken olanaklı görülmemiştir.

Bu itibarla, tıpta uzmanlık eğitimi almak, tıp doktorları için esas, 992 sayılı Kanun hükümlerine göre veteriner, eczacı ve kimyagerler için kendi alanlarına ilişkin düzenleme yapıncaya kadar istisnai nitelikte olduğundan, Yasa’nın lafzının süre gelen

uygulamalar ve alınan eğitimin niteliğinden bahisle yorum yoluyla genişletilmesi suretiyle verilen Daire kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”⁵⁹⁴

İDDK, her ne kadar 8. Daire kararında biyoloji bölümü mezunlarına tıpta uzmanlık sınavına girme hakkı verilmesinin kanunlara dayandığı söylenmiş olsa da kanunun lafzı uyarınca, biyoloji bölümü mezunlarının kanunda sayılan istisnalar arasında yer almadığını belirtmiştir. Dolayısıyla kanunda tıp fakültesi mezunları dışında tıpta uzmanlık eğitimi alabilecek bölümler arasında sayılmayan biyoloji bölümü mezunlarına idarenin uzun süredir gerçekleştirdiği uygulama gerekçe gösterilerek tıpta uzmanlık sınavına girme hakkı tanınması kanunu genişletmek anlamına geleceğinden 8. Daire kararı isabetli bulunmamıştır. İDDK tarafından verilen bu karar, kararda her ne kadar kazanılmış hak kavramı kullanılmış olsa da, idari istikrar ilkesinin; kanunda düzenlenmeyen veya idareye takdir yetkisi tanınan konular bakımından idarenin uymakla yükümlü olduğu bir ilke olduğunu göstermesi bakımından önemlidir⁵⁹⁵.

Danıştayın idari istikrar ilkesine değinerek verdiği başka bir kararda ise şöyle şu ifadeler yer verilmiştir:

“... idari istikrar oluşturacak biçimde 1962 yılından bu yana ayrı bir uzmanlık ana dalı olarak belirlenen parazitoloji disiplininin yan dal olarak düzenlenmesini hukuki bir zemine oturtacak, idarenin takdir hakkını ve düzenleme yetkisini kamu yararı ve hizmet gerekleri uyarınca kullandığını ortaya koyacak bilimsel gerekçenin bulunmadığı anlaşıldığından, Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinin; Tıbbi Parazitoloji alanını, Tıbbi Mikrobiyoloji Anabilim Dalına bağlı iki yıllık bir yan dal olarak düzenleyen Ek-3 sayılı çizelgesinin 43. satırında hukuka uyarlık görülmemiştir.”⁵⁹⁶

İdarenin 1962 yılından beri yürürlükte olan düzenleyici işlemde değişiklik yapmamasının idari istikrarı oluşturduğunu vurgulayan Danıştay, bu istikrarın bozulmasını haklı kılacak nedenlerin var olması gerektiğini vurgulamıştır. Kararda her ne kadar idarenin uzun süredir belli bir yönde sürdürdüğü uygulamadan vazgeçmesini

⁵⁹⁴ Danıştay İDDK, 18.2.2010 tarih ve E. 2010/45 sayılı karar. Yayımlanmamıştır.

⁵⁹⁵ Aynı yönde: Yasin, Örf Ve Adet Kuralları, s. 41.

⁵⁹⁶ Danıştay 8. Daire, 25.12.2009 tarih ve E. 2009/6617 sayılı karar, KİBB.

gerektirecek hukuki ve bilimsel bir gerekçe bulunmaması nedeniyle işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırılığına vurgu yapılmaktaysa da bu gibi durumlarda idari işlemin hukuka aykırılığı her zaman sebep unsuruna aykırılık biçiminde gerçekleşmez. Zira idarenin belli bir konuda uzun süredir aynı yönde kullandığı iradesini, kişilerin idarenin o konuda bundan sonra da aynı yönde hareket edeceğine yönelik beklentisine aykırı biçimde ve dolayısıyla hukuki güvenliği tehlikeye düşürecek şekilde kullanmasıyla idari istikrar ilkesi de ihlal edilmiş olur. Böylelikle idarenin istikrar kazanmış uygulamasından ayrılarak farklı yönde tesis ettiği bu işlem sonucu hukuka aykırılığı ortaya çıkaran, yalnızca sebep unsurundaki sakatlık değil işlemin doğurduğu sonucun yani konu unsurunun idari istikrar ilkesiyle bağdaşmayacak olmasıdır.

İdari istikrar ilkesi sonucu idarenin istikrarlı biçimde hep aynı yönde karar vermesi gerektiği de düşünülmemelidir. Zira takdir yetkisini kullanan idare gerek düzenleyici gerek birel işlemlerinde her zaman aynı yönde hareket etmek durumunda değildir. İdare takdir yetkisini kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun biçimde kullanmak şartıyla farklı yönde kararlar alabilir. Aksi durum idarenin belli bir konuda tecelli eden iradesini artık hiç değiştirememesi ve sahip olduğu takdir yetkisinin anlamını yitirmesi sonucunu doğurur. Bu noktada idari istikrarın hukuki güvenlikle ilişkisi önem kazanır. İdare uzun süredir aynı yönde tesis ettiği bir işlemde ya da gerçekleştirdiği bir uygulamadan kişilerin hukuki güvenliklerini ihlal etmemek koşuluyla vazgeçmelidir. Bu, mevzuatta yer alan ve farklı yönde işlem tesis edilmesini gerektirecek bir sebepten yani işlemin sebep unsurundan ayrı düşünülmelidir. Zira özellikle idari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisi olduğu durumlarda idari istikrar ilkesi işlemin doğuracağı sonuç bakımından esas belirleyici olmaktadır. Bu nedenle idarenin takdir yetkisiyle birlikte düşünüldüğünde idari istikrar ilkesinin idari işlemin konu unsuru bakımından öncelikli bir sınırı ifade ettiği söylenebilir.

Bu hususa ilişkin verilebilecek bir örnek, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yaklaşık sekiz yıldır sürdürülen yaz okulu uygulamasına Rektörlükçe 2015-2016 eğitim öğretim döneminde devam edilmeyeceğine karar verilmiş olmasıdır⁵⁹⁷. Belirtmek gerekir ki, Hukuk Fakültesinde yaz okulu uygulamasının başlamasına ilişkin

⁵⁹⁷ Karar 2016 yılının Mayıs ayında alınmıştır.

2008 yılında alınan karar idarenin takdir yetkisi çerçevesinde alınmış bir karar olduğundan sebep ve konu unsuru bakımından hukuka uygundur. Aynı şekilde yaz okulunun 2016 yılı için kaldırılması yönündeki kararda da takdir yetkisi çerçevesinde alınmış olduğundan işlemde sebep unsuru bakımından hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu noktada idari işlemin sebep unsurundaki hukuka aykırılıkla idari istikrar ilkesine aykırılığın birbirinden bağımsız olduğunu ve idari istikrara aykırılığın her zaman sebep unsurundaki sakatlıktan kaynaklanmadığını söylemek gerekir. Bununla birlikte, idarenin takdir yetkisini sekiz yıldır yürürlükte olan bir uygulamanın kaldırılması doğrultusunda kullanmasıyla ortaya çıkacak sonuç kişilerin idareye güvenerek yaz okulu uygulamasının o sene de devam edeceğine ilişkin beklentisine aykırı olacağından, bu işlemin konu yönünden hukuka uygunluğu tartışmalı hale gelir. Bu durumda işlemi konu yönünden tartışmalı hale getiren ise karara muhatap olacak kişilerin idarenin istikrarlı uygulamasının süreceği yönündeki beklentinin karşılanmamasıdır.

İdare bu yönde yeni bir işlem tesis etmeden önce hukuk devletine ve hukuk devletinin vazgeçilmezlerinden olan hukuki güvenlik ilkesine saygısı ve bağlılığının bir sonucu olarak, kişilerde idarenin istikrarlı uygulamalarının devam edeceği hususunda oluşan beklentinin ortadan kalkmasını sağlamalı ve bunu kişilerin kendilerini yeni duruma hazırlayacak ve planlarını yeni durumu gözeterek yapabilmelerini mümkün kılacak bir zamanda gerçekleştirmelidir. Bu durum da idari istikrar ve öngörülebilirlik ilkeleri arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır.

Yaz okulu örneğini devam ettirecek olursak; düzenli ve güvenilir bir idareden beklenen, idarenin uzun süredir devam eden uygulaması sonucu yaz okulu programının 2016 yılında da süreceğine ilişkin öğrencilerde oluşan beklentiyi, 2015-2016 eğitim öğretim yılı güz döneminin başında ya da en geç bitiminde yapacağı bir duyuruyla ortadan kaldırdıktan sonra, yaz okulu programının o sene uygulanmayacağına karar vermesidir. Bu husus idarenin takdir yetkisine dayanarak uzun süredir aynı yönde aldığı kararları hangi şartlarda ve ne zaman değiştirebileceği sorusuna bir cevap teşkil etmesi bakımından da önemlidir.

Nitekim Danıştayın vermiş olduğu başka bir kararda takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılmış olması ve kazanılmış hakların korunması koşuluyla idarenin uzun süren uygulamasından vazgeçebileceği belirtilmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“Dava dosyasının incelenmesinden, davacının 1992-1993 öğretim yılında Suriye Şam Üniversitesi Tıp Fakültesindeki eğitimine başladığı, 2000-2001 öğretim yılı sonunda mezun olduğu, diplomasına denklik verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun ise mezun olduğu yurt dışı eğitim kurumunun tanınmadığından bahisle reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı idarece anılan eğitim kurumunun tanınmadığı belirtilmekle beraber dosyada bulunan belgelerden davacının eğitim aldığı Şam Üniversitesinin 1998 yılına kadar tanındığı, bu tarihten itibaren tanınmadığı, davacının ise eğitimine başladığı 1992-1993 öğretim yılında anılan Üniversitenin tanınmakta olduğu görülmektedir.

Alıntısı yapılan Yasa ve Yönetmeliğin verdiği yetkiye istinaden davalı idarenin tanınmasına karar verdiği bazı yükseköğretim kurumları hakkında sonradan tanınmama kararı verebilmesi mümkün ise de, bu uygulamanın hukuken kabul edilebilir sebeplerinin bulunması gerektiği gibi daha önce öğrenime başlamış olanlar kazanılmış hak sahibi olduklarından bu hakkın korunması gerekmektedir. Bu yaklaşım, idare hukuku ilkelerinden olan idari istikrar ve idareye güven prensibinin doğal sonucudur.”⁵⁹⁸

Kararda idarenin uzun süredir aynı yönde ortaya koyduğu iradesine aykırı olarak kanunun kendisine verdiği takdir yetkisi çerçevesinde bir üniversitenin denkliğini tanıma ya da tanımama yönünde karar alabileceği, bunun için takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılmış olması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanında idarenin iradesini farklı yönde kullanmasını gerektirecek bir gerekçenin varlığı da aranmaktadır. Bu şartlar gerçekleştiğinde idare bir üniversitenin denkliğini tanımaktan vazgeçebilecek olsa da bu kararını, karardan etkilenecek kişilerde idarenin istikrarlı uygulamaları sonucu, uygulamanın aynı yönde devam edeceği hususunda oluşan beklentiyi göz önünde bulundurarak ve kişilerin mağduriyetiyle sonuçlanmayacak bir şekilde almak durumundadır. Aksi takdirde henüz herhangi bir statüye dahil olmamış ve hak ya da

⁵⁹⁸ Danıştay 8. Daire, 18.9.2006 tarih ve E. 2005/2542 K. 2006/3075 sayılı karar, KİBB.

menfaat elde etme süreci henüz başlamamış olsalar da kişilerin düzenli idare ve idari istikrar ilkelerine aykırı uygulama ve usullerle mağdur edilmeleri ve hukuki güvenliklerinin çiğnenmesi söz konusu olur.

Öte yandan Danıştayın idari istikrar ilkesini idarenin istikrar kazanmış uygulamaları söz konusu olmaksızın ve bu nedenle esasen hatalı şekilde kullandığı kararları da bulunmaktadır. Bu kararların birinde idarece ilan edilen sınav sonuçlarının aynı gün içinde birden fazla defa değiştirilmiş olmasıyla idari istikrar ilkesinin ihlal edildiğini belirten Danıştay, kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“Olayda, idarece sınav sonuçlarının internet sitesinden ilan edilmesinden sonra davacının da aralarında bulunduğu bazı isim ve puan değişiklikleri yapılması suretiyle aynı gün içinde listelerin iptal edilerek üç kez yeniden ilan edildiği hususu göz önüne alındığında, davalı idarece öne sürülen Sınav Kurulunca hazırlanan Değerlendirme Cetvelindeki aday ve puan bilgilerinin listelere sehven yapılan maddi hatalar sonucunda yanlış aktarılması olarak gösterilen işlemin gerekçesinin inandırıcı bulunmadığı, ilk listede başarılı olan ve sınavda herhangi bir usulsüzlüğü saptanamayan davacının elde ettiği bu hakkın idarelerin güvenilirliği, idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleri uyarınca korunması gerektiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”⁵⁹⁹

Karara konu olan olayda sınav sonuçlarının gün içinde üç kez ilan edilmesi idarenin savunmasında ileri sürdüğü üzere sehven gerçekleşmiş ise; idare hata sonucu tesis ettiği işlemi dava açma süresi içinde, açık hata söz konusu olduğu durumlarda ise her zaman geri alabilir. Bu nedenle söz konusu geri alma işlemlerinde bir hukuka aykırılıktan söz edilemez. Bunun yanında idarece kasten ve kötü niyetli olarak davacının aleyhine bir işlem tesis edilmiş olması durumunun idari yargı tarafından tespit edilmiş olması ihtimalinde ise söz konusu işlemler davacıya yönelik bir ayrımcılık yapılması anlamına geleceğinden eşitlik ve tarafsızlık ilkesine aykırı olur. Bu nedenle uyuşmazlıkta idarenin istikrar kazanmış bir uygulaması ve kişilerde bu uygulamanın kendilerine de

⁵⁹⁹ Danıştay 12. Daire, 30.9.2015 tarih ve E. 2015/2328, K. 2015/4964 sayılı karar, KİBB.

aynı şekilde uygulanmaya devam edeceğine ilişkin bir beklenti söz konusu olmadığından, Danıştayın idari istikrar ilkesinden söz etmesi isabetli değildir.

Bir başka kararda ise ÖSYM'nin daha önceden belirlemiş olduğu sınav tarihinde değişikliğe gitmesinin, kusuru bulunmayan davacının yaş şartı nedeniyle sınava girememesi sonucunu doğurması üzerine, davacının başvurusunun reddi yönündeki işlemi iptal eden Danıştayın gerekçesi şu şekilde olmuştur:

“... sınavın belirlenen tarihte yapılmasının idari istikrar ilkesi gereği idarenin sorumluluğunda olması nedeniyle, davacının kendi kusuru olmaksızın giremediği merkezi sınav tarihinin, 28.11.2010 değil 26.9.2010 olarak kabul edilmesi gerektiği, bu durumda yaş şartını taşıyan davacının başvurusunun reddine dair davaya konu işlemde hakkaniyete ve hukuka uyarlık görülmemiştir.”⁶⁰⁰

Bu kararda ise Danıştay, sınav tarihinin ertelenmesinin kusuru olmayan davacı için doğuracağı olumsuz sonucun idari istikrar ilkesi uyarınca hukuka aykırı olacağına hükmetmiştir. Halbuki bu uyuşmazlıkta da idarenin daha önce belirttiği tarihte sınavı yapamamış olması, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini gereği gibi yürütememesi anlamına geleceği için idarenin hizmet kusurundan söz etmek daha isabetli olur. Öte yandan karara konu olan uyuşmazlıkta idarenin uzun zamandan beri sürdürdüğü ve istikrarından bahsedilebilecek bir uygulama ya da tavır mevcut değildir. Bu durumda idarenin kusuru sonucu mağduriyet yaşayan davacının başvurusunun hakkaniyet gereği kabul edilmesi mümkün olsa da Danıştayın gerekçede idari istikrar ilkesine başvurusu yerinde değildir. Zira, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini geç ifa etmesi ya da gereği gibi ifa edememesi durumunda idari istikrar ilkesine başvurulması

⁶⁰⁰ Danıştay 12. Daire, 4.6.2015 tarih ve E. 2015/1146 K. 2015/3688 sayılı karar, KİBB. Danıştay başka bir kararda ise yine idarenin, tesis etmiş olduğu işleme getirmiş olduğu gerekçeyi, ortaya çıkan sonucu haklı kılacak nitelikte görmemiş ve idari istikrar ilkesine de, gereksiz yere, vurgu yaparak işlemi iptal etmiştir. “Bu bağlamda, idareler ihaleye çıkma kararını almadan önce yapılacak işe ilişkin olarak yeterli ödeneğin alınmasını sağlamalıdır. İhale süreci devam ederken idare bütçesinde meydana gelebilecek değişimlerden etkilenmemek amacıyla ayrılan ödenek, yaklaşık maliyet dikkate alınarak ayrılmalıdır. Yeterli ödeneği bulunan bir işin ihalesinde idarenin alacak-borç dengesine yönelik değişimlerin ise ihalenin iptali için geçerli sebep oluşturmaması gerekir. Aksi halde idari istikrar ilkesine aykırılık oluşacağı gibi, kamu hizmetinin yürütümünde de aksaklıklar ortaya çıkması riski doğar.” Danıştay 12. Daire, 13.9.2011 tarih ve E. 2008/678, K. 2011/3674 sayılı karar, KİBB. Bu kararda, idari istikrar ilkesi kamu hizmetlerine ilişkin temel ilkelerden biri olan süreklilik ilkesiyle aynı işlevi yerine getirecek şekilde kullanılmıştır.

ilkenin kapsamını gereğinden fazla genişletmek anlamına gelir ki bu da ilkenin asıl işlevini yitirmesine neden olur.

1.3. İdari İşlemin Geri Alınmasında İdari İstikrar İlkesi

Birel işlemler bakımından idari istikrardan söz edilebilmesi, idarenin benzer olay ve durumlara benzer yönde ve mevzuata uygun şekilde işlemler tesis etmesi sonucunda mümkün olur⁶⁰¹. Bu durumda kişiler idarenin bir kuralı aynı yönde istikrarlı bir şekilde uygulayacağına dair beklenti ve güven duygusu içine girerler⁶⁰². Aksi takdirde idarenin aynı konuda istikrarsız şekilde farklı yönde işlemler tesis etmesi ya da tesis ettiği işlemleri dava açma süresi içinde de olsa kısa aralıklarla geri alması idari istikrarın ortaya çıkmasını engeller⁶⁰³. Nitekim idarenin yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi gibi durumlarda tesis edilen işlemler hariç, tesis ettiği birel işlemi belli bir süre geçtikten sonra geri alamayacak olması da idari istikrarın oluşmasını sağlamaya yönelik bir yasaklamadır⁶⁰⁴. Bu nedenle idari işlemlerin idari istikrar ilkesine aykırı olması durumunu, işlemin idari istikrarın oluşmasını engelleyecek ve idarenin uzun süre boyunca aynı yönde tesis ettiği işlemlerle oluşturduğu istikrarın bozulmasına neden olacak biçimde iki açıdan ele almak daha isabetlidir.

Hukuka aykırı birel işlemlerin geri alınması hususunda Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun (DİBK) 1973 yılında vermiş olduğu karar⁶⁰⁵ belirleyici olmuştur. Zira doktrinde bu karar doğrultusunda idarenin; yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi durumu hariç işlemin tesis edildiği tarihten itibaren başlayacak dava açma süresi içinde veya dava açılmışsa bu dava sonuçlanana kadar işlemi geri alabileceği ve bunun içtihatlarda da kabul edilmesi gerektiği görüşü savunulmuştur⁶⁰⁶. Gerçekten de idari işleme karşı süresi içinde dava açılmadığı takdirde ilgililerin idari işlemin

⁶⁰¹ Köküarı, s. 111.

⁶⁰² Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 190.

⁶⁰³ Köküarı, s. 111-112.

⁶⁰⁴ İdari işlemin geri alınması hususunda ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. Turgut TAN, İdari İşlemin Geri Alınması, Sevinç Matbaası, Ankara 1970; Turan YILDIRIM, “İdari İşlemin İptali ve Geri Alınması”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yay., İstanbul 2003. Fatma Ebru GÜNDÜZ, “İdari İşlemin Geri Alınması”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, GÜSBE, Ankara 2010.

⁶⁰⁵ Danıştay İBK, 22.12.1973 tarih ve E. 1968/8, K. 1973/14 sayılı karar, KİBB.

⁶⁰⁶ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 427-428; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 211.

sonuçlarına katlanmak zorunda olmalarına mukabil idare de tesis ettiği hukuka aykırı bir işlemi ancak dava açma süresi içinde ya da açılan bir dava sonuçlanana kadar geri alabilmelidir⁶⁰⁷. Bununla birlikte Danıştayın sonraki yıllarda verdiği kararlarında, DİBK tarafından verilen bu kararının yalnızca haksız ödemelerin geri alınmasına münhasır olduğu ve bu nedenle somut uyuşmazlığın koşulları değerlendirilerek, dava açma süresi geçmiş olsa bile işlemin makul bir sürede geri alınabileceği ağırlıklı olarak kabul edilmiştir⁶⁰⁸. Bu kararlarda örneğin, sekiz ay, bir buçuk sene, yirmi altı ay, dört buçuk sene⁶⁰⁹ ve hatta on yıldan fazla süreler⁶¹⁰ geçmesine rağmen idari işlemin geri alınması idari istikrar ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmemiştir⁶¹¹. Bu da idari istikrar ilkesinin idari işlemin geri alınması bakımından taşıdığı fonksiyonellik özelliğini ortaya koymaktadır⁶¹².

Öte yandan hukuka aykırı işlemler sonucu kişiler için subjektif bazı kazanımların meydana geldiği durumlarda da DİBK'nın 1952 yılında vermiş olduğu karar⁶¹³ uyarınca hukuka aykırı işlem, tesisinden uzun zaman geçtikten sonra geri alınabilecek olsa da idari işlemin tesisiyle doğmuş bulunan kişisel sonuçlar idari istikrar ilkesi uyarınca korunur⁶¹⁴. Bu durumda, kanunsuz bir terfi sonucu ortaya çıkan subjektif

⁶⁰⁷ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 460; Yayla, s. 135.

⁶⁰⁸ Anayasa Mahkemesi de emeklilerle alakalı 5434 sayılı Kanun'da açık hüküm olması nedeniyle bu İçtihadı Birleştirme Kurulu kararının ancak fiilen görevde olan memurlar bakımından uygulanabileceğini belirtmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 2013/3385 B.N. ve 12.3.2015 tarihli kararı, 16.5.2015 tarihli R.G.

⁶⁰⁹ Kararlar için bkz. Ahmet Cemil SOYLU, “Danıştay Kararları Çerçevesinde İdari İşlemin Geri Alınmasında İdari İstikrar ve Hukuki Güvenlik İlkeleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul 2015, s. 85 vd.

⁶¹⁰ Kararlar için bkz. Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 640-641.

⁶¹¹ Bununla birlikte idari işlemin geri alınması hususunda dava açma süresini ölçüt olarak kullandığı bir kararda Danıştay şu ifadelere yer vermiştir:

“Bu durumda, idarenin sakat işlemini ancak dava açma süresi içinde geri alabileceği, dava açma süresi geçtikten sonra vazife malülü olduğu yönündeki kararın idari istikrar ve kazanılmış hak ilkesi gereği korunması gerektiği sonucuna varıldığından, söz konusu kararın, davacının emekliye sevk edildiği tarihten itibaren 10 ay geçtikten sonra iptal edilmesine ilişkin kararda ve bu kararın iptali istemiyle açılan davanın reddi yönünde verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır”. Danıştay 11. Daire, 25.11.2010 tarih ve E. 2008/5396, K. 2010/9432 sayılı karar, KİBB.

⁶¹² TAN, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 120-121.

⁶¹³ “Kanunsuz bir terfi işleminin, bundan faydalanan memur lehine müktesep bir hak doğurmadığı aşikar olmakla beraber bu terfiin de subjektif bazı tesir ve neticeler hasıl ettiğine şüphe edilemez. Böyle olunca kanunsuz bir terfiin her zaman geri alınabileceğini kabul etmek, terfiin kanunsuzluğu dolayısıyla bunun tesir ve neticelerini tehdit eden müphemiyet ve kararsızlığın hudutsuz bir şekilde devamına yol açmak olur ki, bu hal idare hukuku sahasında da tatbik yeri bulan istikrar esası ile bağdaşmaz.” Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 26.9.1952 tarih ve E. 1952/15, K. 1952/244 sayılı karar, KİBB.

⁶¹⁴ İşlemin kişisel sonuçlarının korunması hakkında bkz. Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 195 vd.

sonuçların; idari işlemin geri alınmasında uygulanan, işlemin dava açma süresinde ya da açılan dava sonuçlanana kadar geri alınabileceği kuralı bakımından istisnanın istisnasını teşkil ettiği sonucunu çıkarmak mümkündür. Konuya ilişkin bir Danıştay kararında bu husus şu şekilde dile getirilmiştir:

“... idarede istikrar ilkesi esas alınarak sağlanan bu korumanın, kamu düzenini ve bunun sonucu olarak kamu yararını ihlal eden, bozan ve sonuca ulaştığında artık sürdürülmesinin olanaklı olmadığı; korumanın, hukuka aykırı işlemin düzeltildiği tarihe kadar ilgili kişi için doğurduğu kişisel kazanımlarla sınırlı kalacağını kabul etmek gerekmektedir. Daha açık bir anlatımla hukuka aykırı idari işlemle elde edilen statü ve bu statüye dayanılarak yapılan işlem ve eylemler kamuya yönelik etki ve sonuçlar doğuruyorsa bu statü korunmayacak, ancak idarece hatalı işlem düzeltilinceye kadar ilgili kişinin bu statü nedeniyle elde ettiği kişisel kazanımlara da dokunulmayacaktır.

Temyize konu kararda, idari istikrar ilkesinden hareketle aradan uzun bir zaman geçtikten sonra "bilgisayar yüksek mühendisliği ünvan ve ruhsatnamesinin" ilgili lehine hak sağladığı sonucuna varılmış olmasında hukuki isabet yok ise de, ancak işlemin düzeltildiği tarihe kadar davacı lehine oluşan kazanımların geri alınamayacağı açıktır.

Belirtilen durum karşısında, davacının yasayla belirlenen niteliklere sahip olmadan kazandığı "bilgisayar yüksek mühendisi ünvan ve ruhsatnamesinin" geçersiz sayılması suretiyle mühendis kadrosundan APK Dairesi Başkanlığı emrine uzman olarak atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık, temyize konu kararın bu işleme yönelik kısmında hukuki isabet görülmemiştir.”⁶¹⁵

Kararda ilk olarak hukuka aykırı idari işlemin kamuyu ilgilendiren sonuçlarının işlemin tesisinden itibaren 10 yıldan fazla bir süre sonra bile geri alınma suretiyle ortadan kaldırılabileceği kabul edilmiştir. Bunun yanında 1973 tarihli DİBK kararı uyarınca dava açma süresi geçtikten sonra işlemin geri alınamayacak olması kuralının ancak bu işlemler sonucunda ortaya çıkan kişisel sonuçlar bakımından geçerli olacağı ve ilgilinin, giriş şartlarını taşımadığı statüde kalması mümkün olmasa da kanunsuz yapılan atama

⁶¹⁵ Danıştay İDDGK, 13.11.1998 tarih ve E. 1996/509, K. 1998/562 sayılı karar, KİBB. Aynı yönde bkz. Danıştay 5. Daire, 9.10.1997 tarih ve E. 1994/7834 K. 1997/2030 sayılı karar, KİBB.

sonrasında hukuka uygun şekilde kazandığı yükselme, derece, vs. gibi kişisel ve mali hakların korunması gerektiği ifade edilmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hukuka aykırı işlemler sonucu doğan kişisel hakların korunması için ilgilinin iyi niyetli olması gerekmekte olup yanlış beyan ya da hile sonucu elde edilen kişisel kazanımlar tüm sonuçlarıyla beraber her zaman geri alınabilir.

İdari işlemin geri alınması hakkında gerek doktrinde gerekse yargısal içtihatlarda getirilen bu sınırlar; diğer idari işlemler gibi yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden yargısal denetime tâbi olan ve tesis edilen işlemi geriye yönelik olarak tüm sonuçlarıyla beraber hukuk aleminden kaldıran geri alma işleminin konu unsuru yönünden hukuka uygunluğuna ilişkin bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Öngörülebilirlik ve Belirlilik

2.1. Öngörülebilirlik

Kişilerin kendilerine uygulanacak olan hukuku önceden bilmelerini ve davranışlarını buna göre düzenleyebilmelerini sağlayan öngörülebilirlik; hukuk kurallarının ve somut uygulamaların gerek içerik, gerekse doğuracağı sonuç bakımından önceden tahmin edilebilir nitelikte, makul ve kabul edilebilir olmasını gerektirir⁶¹⁶. Bu sayede kamu gücünü kullanan otoriteler kişilerin hayatlarına beklenmedik biçimde müdahalede edemeyecek ve hukuki güvenliğin sağlanması kolaylaşmış olacaktır. Öngörülebilirliğin hukuki güvenliğin bir gereği olduğu Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtilmiştir. Bu kararlarda Mahkeme söz konusu gerekliliği şu şekilde ifade etmiştir:

*“Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”*⁶¹⁷

⁶¹⁶ Köküarı, s. 140; Selda ÇAĞLAR, Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 188.

⁶¹⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2015/19, K. 2015/17 sayı ve 18.2.2015 tarihli kararı, 10.7.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2014/169, K. 2014/167 sayı ve 13.11.2014 tarihli kararı, 10.7.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/157, K. 2014/138 sayı ve 11.9.2014 tarihli kararı, 10.7.2015 tarihli R.G.

Anayasa Mahkemesi öngörülebilirliğe vurgu yaptığı başka bir kararında ise şu ifadelerle başvurmuştur:

*“Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. 'Öngörülebilirlik şartı' olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi kişileri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır.”*⁶¹⁸

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere öngörülebilirlik ilkesinin amacı, kişilerin kamu gücü kullanan otoriteler tarafından öngöremeyecekleri biçimde ve keyfi müdahalelere maruz kalmamasıdır. Bunun yanında ilke sayesinde kişiler, geleceği hukuki anlamda öngörerek hayatlarını bu öngörülerine uygun biçimde planlayabilir⁶¹⁹. Öte yandan öngörülebilirlik, yalnızca kanun koyucu tarafından tesis edilen değil; idare tarafından yürürlüğe konulan işlemler bakımından da geçerlidir. Zira özellikle hukuki güvenliğin unsurları olarak kabul edilen ilkelerin sadece yasal düzenlemeler bakımından geçerli olacağını savunmak bu ilkelerin uygulama alanının daraltılması anlamına gelir. Ayrıca bu durumda kanunları uygulamakla görevli idarenin, kanundan aldığı yetkiyle tesis edeceği idari işlemlerin kişiler bakımından ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlar da göz ardı edilmiş olur. Diğer bir deyişle sadece genel, soyut ve objektif kurallar bakımından geçerli olduklarını düşünmek, bu ilkelerin kişilerin günlük hayatlarında gerektiği ölçüde uygulanmamasına ve hukuki güvenliğin tehlikeye düşmesine neden olabilir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda TÜBİTAK başkanı ile başkan yardımcıları ve genel sekreterinin görevlerinin; iptali istenen maddenin yer aldığı KHK'nin yürürlüğe girdiği tarihte sona ereceğine ilişkin düzenleme hukuki güvenlik ilkesine aykırı bulunmuştur. Mahkeme, kararda *“bir görevi belirli bir süre yürütmek için seçilen kişilerin, hukuki statülerinde herhangi bir değişiklik olmaksızın, hukuki güvenliklerini ihlal edecek biçimde görevlerine son verilmesi sonucunu doğuracak*

⁶¹⁸ Anayasa Mahkemesinin E. 2008/94, K. 2010/13 sayı ve 21.1.2010 tarihli kararı, 19.3.2010 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2006/61, K. 2007/91 sayı ve 30.11.2007 tarihli kararı, 23.2.2008 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2005/5, K. 2008/93 sayı ve 17.4.2008 tarihli kararı, 5.11.2008 tarihli R.G.

⁶¹⁹ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 118.

*yasama tasarrufunda bulunulması hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.”*⁶²⁰ ifadelerini kullanarak; kişilerin yasal düzenlemelerle, öngörmedikleri ve tahmin etmedikleri bir sonuca maruz bırakılmalarını iptal sebebi saymıştır.

Öngörülebilirlik, hukuk devletin vazgeçilmez bir gerekliliği olan eşitlik ilkesiyle de ilişkilidir. Zira eşitlik ilkesi gereğince, aynı hukuki durumda bulunanlar aynı kurallara tâbi olmakta ve bunun sonucunda da idarece eşit muamele görmektedir. Bu durumda kişilerin gerek genel nitelikteki düzenlemelerin, gerekse kendileri hakkındaki subjektif işlemlerin eşitlik ilkesi çerçevesinde tesis edileceği yönündeki beklentisi ve tahmini; hem kanun koyucunun hem de idarenin öngörülebilirlik ilkesi doğrultusunda hareket etmesi suretiyle kişilerin bu yöndeki “öngörülerinin” karşılanmasını gerektirir.

Hukuki güvenliğin unsurlarından biri olan idari istikrar da öngörülebilirliğin sağlanmasına katkıda bulunan ilkelerdendir⁶²¹. Zira hukuk kurallarının kişilerin işlem ve eylemlerini planlamalarına imkan vermeyecek biçimde kısa aralıklarla değişmesi ve idarenin uzun süredir aynı yönde kullandığı iradesini kişilerin hukuki güvenliklerini tehlikeye atacak şekilde değiştirmesi idari istikrar ilkesine aykırı olacak; bu ise ortaya çıkacak hukuki sonuçların öngörülemez olmasına yol açacaktır.

İdari işlemin öngörülebilirlik ilkesine uygun biçimde tesis edilmesine örnek olarak Üniversitelerarası Kurul (ÜAK) tarafından doçentlik kriterlerinde yapılan 31.12.2015 tarihli değişiklikler gösterilebilir. Şöyle ki; ÜAK bu değişikliklerin ilk olarak Ekim 2016 tarihinde yapılacak başvurular için uygulanacağını belirtmiş; böylelikle doçentliğe başvuracak adaylardan, değişiklikler öncesi geçerli olan şartları taşıyanların Nisan dönemi başvurularını değişiklik öncesi kriterlere göre yapabilmeleri sağlanmıştır. Değişikliklerin uygulanmaya başlayacağı tarihin belirtilmediği varsayımında söz konusu düzenleme; önceden tahmin edilebilir nitelikte olmayan bu değişikliklere göre hazırlıklarını yapmamış olan adaylar bakımından öngörülemez sonuçlar doğurur. Bu durumda öngörülebilirliği sağlayacak geçiş hükümleri getirilmeyerek kişiler kamu gücü tarafından beklenmedik hukuki sonuçlara maruz bırakılmış olur. Geçiş hükümlerinin

⁶²⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/115, K. 2012/177 sayı ve 8.11.2012 tarihli kararı, 26.7.2013 tarihli R.G.

⁶²¹ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 118. Aleksander PECZENIK, On the Law and Reason, Springer, 2008, s. 174.

eksikliği, kişilerin mevcut hukuk kurallarına güvenerek girmiş oldukları beklentilerinin göz ardı edilmesi anlamına da gelir ve bu durum hukuk devletiyle bağdaşmaz.

Bu noktada düzenleyici işlemin konu unsuru bakımından hukuka aykırı hale gelmesi; bazen hukuk kuralının içeriğinin önceden tahmin edilemez, öngörülemez olmasından, bazı durumlarda ise kuralın öngörülebilirliğini sağlayacak bir geçiş hükmü içermemesinden kaynaklanır⁶²². Söz konusu geçiş hükümleri doğrudan idari işlemin içeriğini, hukuk alanında meydana getireceği değişikliğin ne olacağını belirlemese de; bu değişikliklerin kişiler açısından doğuracağı etkinin kapsamını belirlemeleri bakımından işlemin konu unsuruyla ilişkilendirilebilir. Bu noktada öngörülebilirliği sağlayacak bir geçiş hükmü bulunmaması nedeniyle işlemde meydana gelen sakatlık, bu nitelikte bir geçiş hükmü eklenmek ya da mevcut geçiş hükmü değiştirilmek suretiyle giderilebilir. Dolayısıyla idari işlemin konu unsurunu, işlemin doğuracağı hukuki sonuç ile bu hukuki sonucun doğuracağı etkinin hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde belirlenmesi olarak ortaya koymak da mümkündür.

Danıştayın yakın tarihte vermiş olduğu bir kararda da, hukuki güvenlik ilkesine aykırı biçimde tesis edilmiş bir geçiş hükmü ihtiva eden düzenleyici işlemin öngörülebilirlik ilkesine aykırılığı şu cümlelerle ifade edilmiştir:

“Dava konusu düzenlemede, 6495 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 02.08.2013 tarihinden bir ay öncesi(02.07.2013) ve bir ay sonrası(02.09.2013) dikkate alınarak aradaki süreçte trafik tesciline kaydı yapılan araçların yetki belgesine kaydedilmeleri imkanı getirilmiş ancak 02.09.2013 tarihi ile anılan Genelge'nin yayımlandığı 10.10.2013 tarihi arasında trafik tesciline kaydı yapılan araçlara ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Genelge'nin yayım tarihinin ve bu şekilde bir düzenleme yapılacağının yetki belgesi sahipleri tarafından öngörülemeyeceği açıktır.

Her ne kadar davalı idare, mevzuata uyumun sağlanabilmesi için düzenlemeler yapma yetkisini haiz ise de idarenin işlem tesis ederken öncelikle kamu yararının dikkate

⁶²² Köküarı, s. 138.

alınması ve hizmet gereklerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira varlık amacı kamu hizmetini gerçekleştirmek olan idare, nihai amacı olan kamu yararı için kişilerin hukuki durumları üzerinde etki eden düzenleyici işlemler tesis eder; kişilere yükümlülükler getirir veya dava konusu düzenlemede olduğu gibi yararlandırıcı birtakım düzenlemeler yaparken öngörülebilir olmak durumundadır”⁶²³

Danıştay kararına konu olan uyuşmazlıkta; 6495 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden itibaren geçecek bir aylık sürede trafik tesciline kaydı yapılan araçların yetki belgesine kaydedilmeleri bir geçiş hükmüyle düzenlenmiştir. Bu tarihten sonra, söz konusu genelgenin yürürlüğe girdiği tarihe kadarki sürede aynı durumda bulunanlar için böyle bir imkanın getirilmemiş olması; kişiler bakımından beklenmedik ve öngörülemez hukuki sonuçlar doğurma potansiyeli taşıması nedeniyle eksik bir geçiş hükmü niteliğindedir. Zira öngörülebilirlik, idarenin kişiler bakımından beklenmedik hukuki sonuçları olan işlemler tesis etmemesini gerektirir. Hangi sonuçların kişiler için beklenmedik nitelikte olduğu ise her uyuşmazlık için idari yargıç tarafından belirlenir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki; kişilerin hukuki güvenliklerinin sağlandığı ve güvenilir bir idareden söz edilebilen bir hukuk devletinde idare kişilerin hukuki güvenliklerini koruma bilinciyle hareket edeceğinden kişiler, hak ve yükümlülüklerini etkileyecek sürprizlerle karşılaşmaz⁶²⁴.

2.2. Belirlilik

Hukuki güvenliğin sağlanması bakımından önem arz eden başka bir ölçüt ise hukuk kurallarının belirlilik ilkesine uygun olmasıdır. Belirlilik; “hukuk düzeniyle ilişki içindeki kişilere devlet gücü tarafından yapılacak uygulamaları önceden görme imkanı sunabilecek kadar açık, anlaşılabilir, erişilebilir, devamlı, düzenli, tutarlı ve geleceğe yönelik yasal düzenlemelerin yürürlükte olduğu bir hukuk sistemini oluşturmaya, kamusal gücün kullanımının hukuk kuralları temelinde öngörülebilirliğini sağlamaya hizmet eden bir hukuk devleti ilkesi” olarak tanımlanmıştır⁶²⁵.

⁶²³ Danıştay 15. Daire, 16.12.2015 tarih ve E.2013/13742, K. 2015/8826 sayılı karar, KİBB.

⁶²⁴ Bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s. 177.

⁶²⁵ Bkz. Çağlar, Belirlilik, s. 188.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın, belirlilik ilkesinin hukuki güvenlikle “bağlantılı” olduğunu açıkça vurguladığı kararları bulunmaktadır⁶²⁶. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında belirlilik ilkesini hukuki güvenliğin bir unsuru⁶²⁷ ya da gerekliliği⁶²⁸ olarak telaffuz ederken; bazı kararlarda ilkeyi, öngörülebilirlik ve hukuki güvenlikle birlikte hukuk devletinin unsurlarından biri olarak saymıştır⁶²⁹. Hukuk devletinin nihai amacının kişilerin hukuki güvenliklerinin sağlanması olduğu düşünüldüğünde, belirlilik ilkesinin hukuki güvenliğin bir unsuru olarak ele alınması daha isabetli olur.

Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesine ilişkin açıklamalar getirdiği kararlarında şu ifadelere yer vermektedir:

*"Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar."*⁶³⁰

⁶²⁶ Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2014/169, K. 2014/167 sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararı, 10.7.2015 kararı, tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/157, K. 2014/138 sayılı ve 11.9.2014 tarihli kararı, 10.07.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2015/19, K. 2015/17 sayılı ve 18.2.2015 tarihli kararı, 17.1.2008 tarihli R.G.; Danıştay 6. Daire, 20.10.2015 tarih ve E. 2015/1060 sayılı karar, KİBB; Danıştay 9. Daire, 19.2.2015 tarih ve E. 2012/1358, K. 2015/520 sayılı karar, KİBB; Danıştay İDDK, 11.6.2014 tarih ve E. 2014/255 sayılı karar, KİBB.

⁶²⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2004/79, K. 2007/6 sayılı ve 25.1.2007 tarihli kararı, 17.1.2008 tarihli R.G.

⁶²⁸ Anayasa Mahkemesinin E. 2010/7, K. 2011/172 sayılı ve 22.12.2011 tarihli kararı, 14.2.2012 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2006/95, K. 2015/48 sayılı ve 13.5.2015 tarihli kararı, 23.5.2015 tarihli R.G.

⁶²⁹ Anayasa Mahkemesinin E. 2010/82, K. 2012/159 sayılı ve 18.10.2012 tarihli kararı, 23.07.2013 tarihli R.G. *"Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, belirlilik, hukuk güvenliği ve öngörülebilirlik ilkeleri Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerindendir."*

⁶³⁰ Kararlardan bazıları için bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2015/17, K. 2015/20 sayılı ve 5. 3.2015 tarihli kararı, 19.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2015/19, K. 2015/17 sayılı ve 18.2.2015 tarihli kararı, 10.7.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2015/22, K. 2015/37 sayılı ve 1.4.2015 tarihli kararı, 15.4.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2015/34, K. 2015/48 sayılı ve 13.5.2015 tarihli kararı, 23.5.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2014/169, K. 2014/167 sayılı ve 13.11.2014 tarihli

Mahkeme'nin belirlilik ilkesine ilişkin kararlarında yer verdiği bu açıklamalar; yasal düzenlemeler bakımından olduğu kadar idari işlemler için de geçerlidir. Zira belirlilik ilkesi gereği idare, tesis edeceği işlemlerde bu işlemlerin kişiler için ne gibi yükümlülükler doğuracağı ve kişilerin haklarını ne yönde etkileyeceği gibi hususları açıkça belirtmek durumundadır.

Anayasa Mahkemesi 275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki “37 ilâ 46’ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar.” şeklindeki düzenlemeyi belirlilik ilkesine aykırı bularak iptal ettiği kararında şu açıklamaya yer vermiştir:

“İtiraz konusu kuralla, Kanun'un 37 ilâ 46. maddelerinde yer almayan fiillerle ilgili olarak da disiplin cezasının uygulanabileceğinin öngörülmesi belirsizliğe neden olmaktadır. Zira, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklular, hangi fiilleri işlerlerse haklarında disiplin cezası uygulanabileceği konusunda duraksamaya sevk edilmektedir. Bu şekilde bir belirsizliğin kabul edilmesi ise hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaz.”

Belirlilik ilkesi idareye, yapacağı düzenlemelerde izaha muhtaç ve belirsiz hukuki sonuçlar doğmasını engelleme hususunda pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Zira idari işlemin uygulanmasıyla ortaya çıkacak hukuki sonucun ne olduğunun ve ilgilileri hakkında neyi ifade ettiğinin idari işlemin metninden kolayca anlaşılması gerekir. Diğer bir ifadeyle idarenin, idari işlemin konu unsurunun ne olduğu anlaşılmayacak ya da belirsiz hukuki sonuçlar doğuracak şekilde tesis ettiği işlemler de konu unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil eder. Bu durumda söz konusu belirsizlik, esasen idari işlemin konu unsurundaki belirsizlik olarak tezahür eder.

Nitekim Danıştay da belirlilik ilkesini tanımladığı yakın tarihli bir kararında, Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 164. maddesinin 2.

kararı, 10.7.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2014/61, K. 2014/166 sayı ve 7.11.2014 tarihli kararı, 19.6.2015 tarihli R.G.

fıkrasının (ç) bendinde yer alan “izinsiz gösteri veya toplantı düzenlemek, bu tür gösteri veya toplantılara katılmak ve bu amaçla yapılan etkinliklerde bulunmak” fiilinin okuldan kısa süreli uzaklaştırma cezasını gerektiren fiil ve davranışlar arasında sayılmasının belirlilik ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiş ve kararı şu gerekçelere dayandırmıştır:

“Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya mahal bırakmayacak şekilde açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

Her ne kadar davalı idarece izinsiz gösteri, etkinlik ve toplantıya dair disiplin hükmünün okul sınırları içindeki davranışlara ilişkin olduğu belirtilmekte ise de bu husus düzenlemede açık bir şekilde belirtilmediğinden, maddenin uygulayıcısı konumunda bulunan idareler tarafından okul dışında gerçekleştirilen fiil ve davranışların da soruşturulmasına ve disiplin cezası uygulanmasına sebebiyet verebilecektir.

Bu durumda dava konusu bu hüküm yukarıda ifade edilen hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.”⁶³¹

Danıştay, kuralın uygulayıcısı konumundaki idarenin hukuka aykırı uygulamalarına dayanak oluşturabilme ihtimaline karşı okul dışında gerçekleştirilen fiil ve davranışların da disiplin cezasına konu yapılmasını mümkün kılan yönetmelik kuralının yürütmesinin durdurulmasını hukuka uygun bulmuştur. Gerçekten de belirlilik ilkesi uyarınca, hukuk kurallarının hukuki güvenliği tehlikeye düşürecek biçimde idarenin kötüye kullanımına açık olmaması gerekir. Aksi takdirde idarenin keyfi uygulamalarla kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahalesi kolaylaşır.

⁶³¹ Danıştay İDDK, 08.06.2016 tarih ve YD itiraz no: 2016/320 sayılı karar. (Yayımlanmamıştır.)

İdari işlemin konu unsurundaki belirsizliğe örnek olarak Yükseköğretim Kurulu tarafından tesis edilen ve 20.04.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin Geçici 1. maddesi ele alınabilir. Söz konusu yönetmeliğin bu maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: “Bu Yönetmelikle getirilmiş hükümlerin uygulaması ve belirlenmiş süreler yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihinden itibaren başlar.” Bu Yönetmelik yürürlüğe girdikten sonra, yüksek lisans ve doktora programlarına ilişkin Yönetmelik'te belirlenen azami sürelerin tam olarak hangi tarihten itibaren başlayacağı; halihazırda eğitimlerine devam eden öğrencilerin bu değişiklikten nasıl etkileneceği gibi hususlara ilişkin belirsizlikler oluşmuş ve çeşitli üniversitelerden gelen dilekçeler üzerine YÖK, üniversitelere konuya ilişkin yeni bir yazı göndermek durumunda kalmıştır⁶³². YÖK bu yazıda bazı yükseköğretim kurumlarının Yönetmelik'in ilgili hükmünün uygulanmasında tereddüde düştüklerini ve bu tereddütlerin giderilmesi amacıyla açıklamalar yapılması ihtiyacının hasıl olduğunu ifade etmiştir. Bir düzenleyici işlemin, uygulayıcılarını ve muhataplarını tereddüde düşürecek şekilde kaleme alınması, maddenin belirlilik ilkesine uygun ve açık bir biçimde tesis edilmediğini gösterir. Zira belirlilik ilkesi gereğince idare, yürürlüğe koyduğu kuralların tereddüde yer bırakmayacak derecede açık ve belirgin olmasını sağlamak zorundadır. Öte yandan aynı konuda yeni bir açıklama yapılması ihtiyacının doğmasını engellemek de idarenin görevidir. Aksi takdirde idari işlemin hangi yönde hukuki sonuç doğuracağı tam olarak anlaşılamaz ve kişilerin hukuki güvenliklerini zedeler nitelikte uygulamaların önü açılmış olur⁶³³.

2.3. Öngörülebilirlik ve Belirlilik Arasındaki İlişki

Belirlilik ilkesi gereğince; genel, soyut ve objektif nitelikteki işlemler tesis edilirken bu nitelikteki işlemlerin uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçlar tüm ihtimaller çerçevesinde değerlendirilerek, kişilerin hukuki güvenliği uygulayıcının insafına bırakılmamalıdır. Diğer bir deyişle belirlilik ilkesi; hukuk kurallarının, idarece keyfi

⁶³² YÖK'ün 13/06/2016 tarihli yazısı için bkz.

<http://www.memurlar.net/common/news/documents/591162/yoka.jpg>, E.T. 29.11.2016.

⁶³³ Anayasa Mahkemesi de bir kararında “*Hukuk devletinde, yasa kurallarının adalet ve hakkaniyet ölçütlerine uygun, açık, anlaşılabilir ve belirgin olması gerekir.*” ifadesine yer vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2010/82, K. 2012/159 sayı ve 18.10.2012 tarihli kararı, 23.7.2013 tarihli R.G. Aynı yönde: Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2011/16, K. 2012/129 sayı ve 27.9.2012 tarihli kararı, 22.11.2013 tarihli R.G.

olarak kişilerin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanmasına müsaade etmeyecek derecede açık, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını zorunlu kılmaktadır. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, belirlilik ilkesi hukuk kurallarının yalnızca kötüye kullanılma ihtimalinin önlenmesi işlevini yerine getirmez. Kişilerin kendilerine uygulanacak hukuk kurallarını, mevzuat uyarınca yerine getirmeleri gereken yükümlülükleri ve bu yükümlülüklerle aykırı davranışları sonucunda karşılaşacakları yaptırımları önceden açık, net ve anlaşılır biçimde bilmeleri bakımından da ilke hayati öneme sahiptir⁶³⁴. Belirlilik ilkesinin bu özelliği sayesinde ise hukuki öngörülebilirliğin gerçekleşmesi kolaylaşır⁶³⁵. Zira belirlilik ilkesine uygun biçimde ihdas edilen düzenlemeler ve tesis edilen işlemler, kişileri yürürlükteki hukuk düzenine ve idarenin uygulamalarına karşı korunaklı hale getirir. Bu durum da kişilerin plan ve hazırlıklarını bu açık, net ve anlaşılır uygulamalar ışığında yapabilmelerini sağlar.

Belirlilik ilkesinin öngörülebilirliğin sağlanmasına hizmet eden bir ilke olduğuna ilişkin görüşü destekler nitelikte, Anayasa Mahkemesi kararlarında bu iki ilkenin sıklıkla beraber kullanıldığı görülmektedir. Bu kararlarda Anayasa Mahkemesi gerek belirlilik ilkesini tanımlarken, gerekse ilkeyi iptali istenen yasal düzenlemeye uygularken öngörülebilirliğin sağlanması amacına vurgu yapmaktadır. Mahkeme, ilkeyi tanımladığı kararlarda şu ifadelerle yer vermektedir:

“Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel

⁶³⁴ Bu hususta Anayasa Mahkemesi “Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılacak şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermek zorundadır.” ifadesini kullanarak belirlilik ilkesi gereği hukuk kurallarının yalnızca kişiler tarafından değil idare tarafından da anlaşılabilir olması gerektiğini vurgulamıştır. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2005/5, K. 2008/93 sayı ve 17.4.2008 tarihli kararı, 5.11.2008 tarihli R.G.

⁶³⁵ Çağlar, Belirlilik, s. 191.

muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.”⁶³⁶

Mahkemenin yaptığı tanımda da değinildiği üzere yürütmenin düzenleyici işlemleriyle belirliliğin sağlanabilmesi, ancak bu işlemlerin öngörülebilirliği gerçekleştirmesi koşuluyla mümkündür. Diğer bir deyişle yasama ya da yürütmenin düzenleyici işlemleriyle sağlanacak belirliliğin hedefi, hukuki öngörülebilirliğin hayata geçirilmesidir. Bu nedenle belirlilik ilkesine uygun tesis edilen işlem, kişilerin hukuk kuralının kendileri için doğuracağı sonuçları öngörebilmelerini mümkün kılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararda ise belirliliğin *öngörülebilirlik şartı* olarak nitelendirildiğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre, belirlilik ilkesi uyarınca kanun metinleri kişileri öngöremeyecekleri ve keyfi müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır⁶³⁷. Diğer yandan belirlilik ilkesi doğrultusunda açık, anlaşılır, uygulanabilir ve öngörülebilir kurallar barındıran bir düzenleme idarenin benzer durumlarda benzer şekilde hareket etmesini kolaylaştırır. Belirlilik ilkesi bu yönüyle, idari istikrarın sağlanması suretiyle de kişilerin hukuki güvenliğinin korunmasına katkıda bulunur⁶³⁸.

Öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerini bir arada kullandığı kararların birinde Anayasa Mahkemesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 297. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeyi ⁶³⁹ iptal etmiştir. Mahkeme iptal kararında şu gerekçeye dayanmıştır:

“297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik

⁶³⁶ Anayasa Mahkemesinin E. 2015/17, K. 2015/20 sayı ve 5.3.2015 tarihli kararı, 19.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/77, K. 2014/4 sayı ve 16.1.2014 tarihli kararı, 4.3.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2009/9, K. 2011/103 sayı ve 16.6.2011 tarihli kararı, 19.5.2012 tarihli R.G.

⁶³⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/63, K. 2013/28 sayı ve 14.2.2013 tarihli kararı, 31.12.2013 tarihli R.G.

⁶³⁸ Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2011/63, K. 2013/28 sayı ve 14.2.2013 tarihli kararı, 31.12.2013 tarihli R.G.

⁶³⁹ İptal edilen madde metni şöyledir: “Birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Maddenin ilk fıkrasında ise infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokan veya bu madde ya da haberleşme aracını yanlarında bulunduran kişilerin, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir.”⁶⁴⁰

Yasal düzenleme sonucu idareye çok geniş bir takdir yetkisi verilmesi, kişileri idarenin keyfi ve istikrarsız uygulamalarına karşı korunmasız bırakmaktadır. Belirliliğin sağlanamaması sonucu oluşan bu durum ise kişilerin öngöremeyecekleri hukuki sonuçlarla karşı karşıya kalmaları ihtimalini artırır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin başka bir kararında ifade edildiği üzere: “*kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.*”⁶⁴¹

Yukarıdaki açıklamalara yer verdiği kararında Anayasa Mahkemesi Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Kararda söz konusu düzenlemenin belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılığı şu şekilde dile getirilmiştir:

“İtiraz konusu kuralda, adayın avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmesi durumunun avukatlık mesleğine giriş engeli olacağını hükme bağlamaktadır. Kuralda yer alan 'avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar' ile söz konusu tutum ve davranışların 'çevresince bilinmesi' kavramlarının muğlak ve objektiflikten uzak olduğu açıktır. Kuralda, adayların hangi tutum ve davranışlarının avukatlık ile bağdaşmayacağına ve bunların çevrece bilinmesinin ne demek olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle avukat adaylarının mesleğe kabulünde barolara sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Dolayısıyla, mesleğe kabul edilmeme sonucunu doğuran nedenlerin tespiti noktasında

⁶⁴⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 2010/69, K. 2011/116 sayı ve 7.7.2011 tarihli kararı, 21.10.2011 tarihli R.G.

⁶⁴¹ Karar için bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2012/116, K. 2013/32 sayı ve 28.2.2013 tarihli kararı, 13.8.2013 tarihli R.G.

barolara geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kural, avukat adayları için öngörülebilir olmadığı gibi baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır.”⁶⁴²

Kararda da vurgulandığı üzere objektiflikten uzak ve muğlak hukuk kurallarıyla uygulayıcılara sınırsız bir takdir yetkisi verilmesi belirlilik ilkesiyle bağdaşmaz. Zira bu durumda söz konusu kural muhatapları için öngörülemez sonuçlar doğurur ve kişilerin hukuki güvenlikleri ihlal edilmiş olur. Bu husus dikkate alındığında Anayasa Mahkemesinin belirlilik ilkesine öngörülebilirliği sağlamaya katkı sunan bir işlev yüklemesinin isabetli olduğu söylenebilir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesinin, kararlarında bu iki ilkeyi bir arada ve nedensellik bağı içinde kullanması da kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasına yönelik yaptığı açıklamaları daha anlaşılır ve makul kılmaktadır.

3. Geriye Yürümezlik

Bir hukuk kuralının geriye yürümesi, bu kural ile ortaya çıkan hukuki sonucun, yani işlemin konusunun, işlemin tesis edilmesinden önceki hukuki durumları da etkilemesi anlamına gelir⁶⁴³. Geriye yürümenin yasaklanması ise; hukuk kurallarının yürürlüğe girişinin, yani işlemin doğuracağı etkinin, işlemin ilan ya da tebliğ tarihinden önceye yürütülemeyecek olmasıdır⁶⁴⁴. Bu doğrultuda geriye yürümezlik; gerek yasamanın, gerekse idarenin yapacağı düzenlemelerin ancak geleceğe ilişkin olması gerektiğini ifade eder⁶⁴⁵. Hukuk kurallarının toplumsal meşruiyetini kazanması ve koruması için ancak içinde bulunulan zamanı düzenlemesi gerekir. Diğer bir deyişle, kişilerin hukuk kuralları karşısındaki konumunun ve hukuk kurallarının kişilerin kurmuş oldukları hukuki ilişkilere bağladığı sonuçların geçmişe etkili olarak değiştirilmesi, hukuk düzeninin meşruiyetini yitirmesine neden olur⁶⁴⁶. Bununla birlikte yalnızca geriye

⁶⁴² Anayasa Mahkemesinin E. 2012/116, K. 2013/32 sayı ve 28.2.2013 tarihli kararı, 13.8.2013 tarihli R.G.

⁶⁴³ Taner AYANOĞLU, “Kanunlar ve İdari İşlemler Bakımından Geriye Yürümezlik İlkesi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 112, sa. 85-126, s. 86.

⁶⁴⁴ Gözübüyük-Tan, C. 1, s. 416.

⁶⁴⁵ Duran, Ders Notları, s. 412; Yayla, s. 135; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 385; Atay, İdare Hukuku, s. 503; Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 599.

⁶⁴⁶ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 596.

yürüyen düzenleyici işlemler değil, aynı nitelikteki birel işlemler de hukuka aykırı olur⁶⁴⁷. Zira idare yalnızca düzenleyici işlem tesis ederken değil normatif işlemleri kişilere uygularken de hukuki güvenliği esas alarak geçmişe etkili ve kişilerin aleyhine sonuç doğuracak işlemleri yürürlüğe koymamalıdır.

Hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olan geriye yürümezlik kuralı, hukuki güvenliğin diğ er bir unsuru olan idari istikrar ilkesiyle de yakından ilgilidir⁶⁴⁸. Zira geriye yürümezlikle, kişilerin yasama ve yürütme organlarının işlem ve uygulamalarıyla elde ettikleri kazanımların korunması amaçlanır. Bununla beraber ilke aynı zamanda, geçmiş i etkileyecek nitelikte yasak, yükümlülük ya da yaptırım iç eren kurallar koymayı da kapsamaktadır⁶⁴⁹. Diğ er bir ifadeyle, geriye yürümezlik kuralıyla hukuki güvenlik ilkesi uyarınca kişilerin lehine oluşacak sonuçların kamu gücü eliyle bertaraf edilmemesi amaçlansa da; geriye yürüyen bir işlem her zaman kişilerin hukuka uygun şekilde elde ettikleri kazanımların ellerinden alınması anlamına gelmeyebilir⁶⁵⁰. Bu da, geriye yürümezlik kuralının kazanılmış hakların korunmasından daha geniş kapsamlı bir ilke olduğunu gösterir⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Karahanoğ ulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 597; H. Eyüp ÖZDEMİR, “İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliğı İlkesi”, MÜHFHAD, Mehmet Somer’e Armağ an, C. 12, S. 1-3, sa. 1001-1010, s. 1002.

⁶⁴⁸ Yaş ar, İdare Hukuku, 2016, s. 385; Özdemir, s. 1010.

⁶⁴⁹ Tekin AKILLIOĞ LU, “Ekonomik Anlamda Yönetmelik İşlemlerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karş ısında Ç eş itli Durumları”, Prof. Dr. Aziz KÖKLÜ’nün Anısına Armağ an, AÜSBF Yayınları, 1984, sa. 33-51, s. 39. Danış tay da, vermiş olduğı çeş itli kararlarında yaptırım ya da ceza iç ermeyen veya ilg ilisi iç in aleyhe sonuçlar doğ urmayan idari işlemlerin geçmiş e etkili sonuçlar doğ urmasını hukuka aykırı bulmamıştır. Danış tay bu kararlarında ş u ifadeleri kullanmaktadır: “*Dava konusu Yönetmelik yeni bir kabahat ya da yaptırım ö ngörmediğ inden ve Kanun’da yer alan yüzde on sınırı dış ında sonuç yaptırımı değı ş tirecek nitelikte hükümler ihtiva etmediğ inden, salt Kanun’da yer alan idari para cezasının belirlenmesine dair kıstasları iç eren ve idarenin her bir somut olayda sahip olduğı takdir yetkisinin geleceğ e dönük olarak benzer nitelikteki tüm olaylar bakımından somutlaşt ırılmasını ö ngören hükümler ihdas edildiğı anlaşıld ığından, Yönetmeliğ in eylem tarihinde yürürlükte olmamasına rağ men henüz haklarında nihai karar verilmemiş ilg ililere uygulanmasının, aleyhte bir sonuç doğ urması söz konusu olmad ığından, Yönetmelik hükümlerinin, yürürlüğ e girmesinden önce baş latılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanmasına yönelik Yönetmeliğ in Geçici 1. maddesinde de hukuka aykırılık bulunmamaktadır.*” Bkz. Danış tay 13. Dairesi, 3.12.2013 tarih ve E. 2010/1908, K. 2013/3363 sayılı; 1.11.2013 tarih ve E. 2010/2490 K. 2013/2706 sayılı; 1.11.2013 tarih ve E. 2010/3202 K. 2013/2707 sayılı kararlar, KİBB.

⁶⁵⁰ Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 59.

⁶⁵¹ Tekin AKILLIOĞ LU, “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanması”, AİD, C.17, 1984, s. 44.

3.1. Kanunların Geriye Yürümezliği

Geriye yürümezlik, kanunların geriye yürümezliği ve idari işlemlerin geriye yürümezliği olarak iki başlık altında incelenir. Kanunların, yayımından önceki bir tarihten itibaren yürürlüğe konulması ya da yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşen olay ve durumlara da uygulanacak kurallar içermesi halinde geriye yürümeden söz edilebilir⁶⁵². Böylesi durumlarda kişilerin aleyhine sonuçlar doğuracak yasal düzenlemeler hukuki güvenliğe ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olur.

Kanunların geriye yürümezliğine ilişkin Anayasa'da, 38. maddedeki suç ve cezalara ilişkin düzenlemenin dışında bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle kanunların zaman bakımından uygulanması hususunda kanun koyucu, kanunun doğuracağı sonuçları değerlendirerek somut şartlar ve hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde bir düzenleme ortaya koymalıdır⁶⁵³.

Anayasa Mahkemesi de kanunların geçmişe yürütülmesi yasağına ilişkin şu hususları dile getirmektedir:

*“Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Yasaların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, yasalar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.”*⁶⁵⁴

⁶⁵² Ayanoğlu, s. 87-88.

⁶⁵³ Ayanoğlu, s. 88.

⁶⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin E. 2007/44, K. 2009/148 sayı ve 15.10.2009 tarihli kararı, 28.4.2010 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2006/95, K. 2009/144 sayı ve 15.10.2009 tarihli kararı, 8.1.2010 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2014/14, K. 2014/77 sayı ve 9.4.2014 tarihli kararı, 23.5.2014 tarihli R.G. Aynı yönde: “Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.” Anayasa Mahkemesinin E. 2010/7, K. 2011/172 sayı ve 22.12.2011 tarihli kararı, 14.2.2012 tarihli R.G. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesinin E. 2004/3, K. 2008/47 sayı ve 31.1.2008 tarihli kararı, 20.3.2010 tarihli R.G.

Hukuki güvenlik ilkesi uyarınca kanunların kural olarak geriye yürütülememesi, öngörülebilirlik ilkesiyle de alakalıdır. Zira kişiler geleceğe dönük planlarını yaparken yürürlükte olan hukuk kurallarını göz önünde bulundurup, bunların ancak ileriye etkili biçimde değişebileceğini düşünürler. Böylelikle mevcut hukuk düzeninin kendilerine tanıdığı hakların ve yüklediği yükümlülüklerin neler olduğunu öngörebilirler. Bunun sonucu olarak da ileriye yönelik düzenlemeleri hayata geçirme hususunda kanun koyucuya güvenirlir.

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında geriye yürür nitelikteki yasal düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu kararların biri Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kurulmasını ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB) ve İstanbul Altın Borsası'nın (İAB) kaldırılmasını öngören 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki değişikliklerle alakalıdır. Mahkeme kararda şu ifadelere yer vermiştir:

“İptali istenilen kuralla belirtilen İMKB ve İAB'ye uygulanacak olan mevzuatın değiştirilmesiyle, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ihlal edilmiş, bu borsalara tâbi bulunan kişiler, işlem tarihinde geçerli olan yürürlükteki kurallar yerine, o tarihte geçerli olmayan kurallarla karşı karşıya kalmıştır. Söz konusu kuralla, İMKB ve İAB hakkında hükmi şahsiyetleri teşekkül ettiği tarihten itibaren yapılan işlemler için kanunla geriye dönük olarak açık bir müdahale yapılmıştır.

Bu bağlamda, iptali istenilen düzenleme ile İMKB ve İAB hakkında belirtilen kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin uygulanmayacağına ilişkin olarak Kanun'un yayımı tarihinden öncesine yönelik bir düzenleme getirilmesi, bu tarihten önce söz konusu borsalarda işlem yapan yükümlülerin öngöremeyecekleri şekilde aleyhlerine sonuç doğurmuştur.

İptali istenilen kural aynı zamanda uygulanmayacağı belirtilen kanun ve kanun hükmünde kararnameler kapsamındaki kişiler yönünden hak kayıplarına yol açabilecek ve hukuki güvenliklerini ihlal edecek bir nitelik taşımaktadır.”⁶⁵⁵

⁶⁵⁵ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/24, K. 2013/133 sayı ve 14.11.2013 tarihli kararı, 22.07.2014 tarihli R.G.

Kanunların geçmişe yönelik düzenleme getirmesiyle, kişilerin girmiş oldukları hukuki ilişkiler sonucunda gerçekleştirdikleri işlem ve eylemlerinin, bu işlem ve eylemleri gerçekleştirdikleri tarihteki kurallara tâbi olması engellenir. Bu ise kişilerin öngörülemez ve beklenmedik sonuçlarla karşı karşıya kalması anlamına gelir. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararda da İMKB ve İAB’da işlem yapmış kişilerin hukuki güvenlikleri, geçmişe yönelik sonuçlar doğuran yasal düzenlemeyle ihlal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kanunların geriye yürümezliğiyle alakalı vermiş olduğu bir diğer kararda ise 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu’nun geçici 10. maddesindeki düzenlemeyi iptal etmiştir. Mahkeme kararda şu açıklamaları yapmıştır:

“Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi kanunların hukuk güvenliğini sağlaması, bu doğrultuda geleceğe yönelik, öngörülebilir kurallar içermesi gerekliliğidir. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gereği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayırksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

3568 sayılı Kanun’da değişiklikler öngören 5786 sayılı Kanun 26.7.2008 günü Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Oysa dava konusu Geçici 10. maddede belli koşullarda seçimlerde aday olma yasağı öngören yeni kuralların 1 Nisan 2008 tarihinden sonra yapılan seçimlerden itibaren uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla yaklaşık olarak dört aylık geriye doğru uygulanma söz konusudur. Kişilerin seçilerek, koşulları kanunla belirlenmiş bir göreve getirildikten sonra geriye dönük düzenlemelerle haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.”⁶⁵⁶

⁶⁵⁶ Anayasa Mahkemesinin E. 2008/80, K. 2011/81 sayı ve 18.5.2011 tarihli kararı, 15.12.2011 tarihli R.G.

Yürürlüğe girdiği tarihten yaklaşık dört ay öncesinden başlayarak hüküm doğuracak yasal düzenleme, kişiler açısından öngörülemez sonuçlar doğurur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de hukuki güvenlik ve idari istikrar ilkelerine aykırı nitelikteki bu durumu kanunların geriye yürümezliği kuralının ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bu kararda ayrıca kanunların hangi durumlarda geriye yürütülebileceğine de değinerek geriye yürümezlik kuralının istisnalarına yer vermiştir. Buna göre, kişilerin lehine sonuç doğuracak olan kazanılmış hakların korunması ve mali haklardaki iyileştirmeler söz konusu olduğunda kanunun geriye yürütülmesi mümkün olabilir. Öte yandan kanun koyucu, kamu yararı ya da kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda da kanunun doğuracağı sonuçları geçmişe teşmil edebilir⁶⁵⁷.

3.2. İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği

İdari işlemler bakımından geriye yürümezlik; idarece tesis edilen yürürlükteki bir idari işlemin kişiler lehine ortaya çıkardığı hukuki sonuçların daha sonra yürürlüğe konulan bir işlemle bertaraf edilememesi anlamına gelir⁶⁵⁸. Diğer bir deyişle idari işlemin yürürlüğe giriş tarihinden öncesini kapsayacak şekilde hukuki sonuçlar doğurması, bu işlemin geriye yürüdüğünü gösterir⁶⁵⁹. Hukuki ilişkilerde istikrarı sağlama ihtiyacından doğmuş olan idari işlemin geriye yürümezliği⁶⁶⁰, idarenin kişilerin hukuki güvenliğini gerçekleştirmek amacıyla uyması gereken ilkelerdendir.

Belirtmek gerekir ki; idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi gerek düzenleyici işlemler gerekse birel işlemler bakımından ele alınması gereken bir ilkedir⁶⁶¹. Bu noktada ilkenin, idarenin sadece düzenleme yetkisini değil; aynı zamanda birel işlem tesis ederken kullandığı takdir yetkisini ve bağlı yetkisini de ilgilendirdiğini söyleyebiliriz. Geriye yürümezlik ilkesinin bir amacının da kişilerin kazanılmış haklarını korumak ve hukuksal güvenliklerini sağlamak olduğu⁶⁶² dikkate alındığında, ilkenin birel işlemler bakımından

⁶⁵⁷ Ayanoğlu, s. 97.

⁶⁵⁸ Tan, Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 58.

⁶⁵⁹ Tan, Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 58.

⁶⁶⁰ Lûtfi DURAN, İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1964, s. 403.

⁶⁶¹ Özdemir, s. 1002; Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 597; Atay, İdare Hukuku, s. 503.

⁶⁶² Duran, Meseleler, s. 403; Celal ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku-İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri, Kavram Yayınları, İstanbul 1996, s. 75; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 385; Atay, İdare Hukuku, s. 503; Özdemir, s. 1010.

taşıdığı önem de ortaya çıkar. İlke doğrultusunda, hukuk kurallarının bu kurallar yürürlüğe girmeden önce meydana gelen olay ve durumlara uygulanamaması ise geriye yürümezlik kuralının düzenleyici işlemler bakımından taşıdığı anlamı ortaya koymaktadır⁶⁶³.

Hukukun genel ilkeleriyle yakın ilişki içerisinde olan geriye yürümezlik ilkesi, idari işlemler söz konusu olduğunda işlemin konu unsuruna ilişkin bir kural olarak belirir. Zira konu unsuru idari işlemin doğurduğu hukuki sonuç olup, geriye yürümezlik de işlemin doğuracağı hukuki sonucun ne zamandan itibaren etkisini göstereceğini ilgilendirir. Bu nedenle geriye yürümezlik ilkesine aykırı şekilde tesis edilen işlemler, konu unsuru bakımından hukuka aykırı olur⁶⁶⁴.

3.2.1. Geriye Yürümezlik Bakımından Kanun ve İdari İşlem İlişkisi

İdari işlemin geriye yürümezliği ile kanunların geriye yürümezliği arasındaki ilişki geriye yürümezliğin dayanağı ve uygulanma alanı bakımından önemlidir. Bu noktada öncelikle, geriye yürümezlik kuralının yasama işlemlerinde olduğu kadar idari işlemler bakımından da gerekli ve önemli olduğunu vurgulamak gerekir⁶⁶⁵. Zira kanunların geriye yürümezliği ilkesiyle yasal düzenlemelerin zaman bakımından uygulanmasına yönelik bir tercih ortaya konurken;⁶⁶⁶ idari işlemlerin geriye yürümezliğinde, kanunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonucun kişiler üzerindeki etkisini ne zamandan itibaren göstereceği önem arz eder⁶⁶⁷. Diğer bir ifadeyle; genel, soyut ve objektif kurallar içeren kanunların geriye yürümesi, doğrudan kişileri etkileyen bir sonuç doğurmaz⁶⁶⁸. Kişiler üzerinde doğrudan sonuç doğuracak olan, geriye yürür

⁶⁶³ Danıştay da konuya ilişkin olarak verdiği kararlarda “Geriye yürümezlik ilkesi, hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili temel bir ilke olup gerek yargısal kararlar gerekse öğretide kabul edilmiştir. Kural olarak düzenleyici işlemler yürürlüğe girdikleri andan başlayarak hukuki etkilerini doğurur ve yürürlük tarihinden sonraki olaylara uygulanır.” ifadelerini kullanmaktadır. Bkz. Danıştay 13. Dairesinin, 3.12.2013 tarih ve E. 2010/1908, K. 2013/3363 sayılı; 1.11.2013 tarih ve E. 2010/2490, K. 2013/2706 sayılı; 1.11.2013 tarih ve E. 2010/3202 K. 2013/2707 sayılı kararları, KİBB.

⁶⁶⁴ Yayla, s. 135; Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 459; Özay, Günışığında Yönetim, s. 429; Günday, s. 160; Ayanoğlu, s. 111.

⁶⁶⁵ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 63.

⁶⁶⁶ Tekin AKILLIOĞLU, “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, AİD, C.17, 1984, sa. 36-45, s. 37.

⁶⁶⁷ Hasan İsmet BIYIKLI, “Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi”, D.D., Y. 3, S. 8-11, sa. 82-132, s. 92, dn. 22.

⁶⁶⁸ Ayanoğlu, s. 104.

nitelikteki kanunların idari işlemler aracılığıyla uygulanmasıdır. Böylelikle geriye yönelik sonuçlar, ancak kanunların idari işlemler aracılığıyla uygulanması sonucunda gerçekleşir. Zira idari işlemlerle, ya kanunun uygulanmasına yönelik kurallar getirilir ya da doğrudan kanunun uygulanması söz konusu olur⁶⁶⁹. Kanunlarla idari işlemler arasındaki bu ilişki nedeniyle, kanunların geriye yürütmesi yasağı, idari işlemlerin geriye yürütmesine de engel olur.

Geriye yürütmezlik bakımından idarenin düzenleyici işlemleriyle uygulama işlemleri arasında da bir bağlantı bulunmaktadır. Zira idarenin düzenleyici işlemlerinin tâbi olduğu geriye yürütmezlik yasağı; düzenleyici işlemin uygulama işlemi niteliğinde tesis edilecek birel işlemleri de etkiler. Bu durumda, düzenleyici işlemlerdeki geriye yürütme yasağının bu işlemlerin uygulama işlemlerini de kapsadığını söyleyebiliriz. Kanunun uygulama işlemi niteliğindeki birel işlemler söz konusu olduğunda ise kanunların geriye yürütmesi yasağı, birel idari işlemlerin geriye yürütmesi yasağı şeklinde uygulanır.

Öte yandan, gerek kanun koyucunun gerekse idarenin geçmişi etkileyecek kurallar koyamaması aynı nedene dayanmaktadır. Bu neden, anayasal güvence altındaki değerlerin korunması düşüncesidir⁶⁷⁰. Bu doğrultuda başlı başına geriye yürütmezlik kuralının hukukun genel ilkelerinden biri olmadığını; ve fakat bu ilkelerle birlikte Anayasal değerleri koruma işlevini yerine getirdiğini söylemek daha isabetli olur⁶⁷¹.

Anayasa Mahkemesinin kanunların geriye yürütmezliğine ilişkin verdiği kararlarında ise, ilke hukukun genel ilkeleri arasında sayılmış ve bununla birlikte idari işlemlerin geriye yürütmezliği bakımından da geçerli olacak şu ifadelere yer verilmiştir:

“Kural olarak hukuk güvenliği kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. ‘Kanunların geriye yürütmezliği’ olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki

⁶⁶⁹ Ayanoğlu, s. 104.

⁶⁷⁰ Akıllıoğlu, Ekonomik Anlamda, s. 39.

⁶⁷¹ Akıllıoğlu, Ekonomik Anlamda, s. 38-39. Aksi yönde, geriye yürütmezliğin hukukun genel ilkelerinden olduğu da belirtilmiştir. Bkz. Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 58; Ayanoğlu, s. 111.

olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir."⁶⁷²

Kararda belirtilen; kanunların kural olarak ancak yürürlük tarihinden sonraki olay ve durumlara uygulanabileceği ve yeni çıkarılan bir kanunla ancak geleceğe yönelik düzenlemeler yapılabileceği gibi esaslar idari işlemler bakımından da geçerlidir. Ayrıca kararda, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkeleri arasında sayılmış; diğer bir ifadeyle geriye yürümezlik kuralı genel ilke olarak kabul edilmiştir. Kararın devamında geriye yürümezliğin amacının kişilerin hukuksal güvenliklerinin sağlanması olduğu da vurgulanmış ve şu ifadeler kullanılmıştır:

Hukuk güvenliği ilkesi, aynı zamanda eski kanun döneminde oluşmuş ve tamamlanmış hukuki durumların korunmasını gerektirmektedir. Kanunların geçmişe yürütülme yasağıyla, geçmiş dönemde yürürlükte bulunan kanunlara uygun olarak oluşmuş kazanılmış hakların korunması sağlanmaktadır. Bununla beraber, geçmişe yürüme yasağı mutlak bir kural değildir. Geçmişe yürüme yasağının amacı, kişilerin hukuka olan güvenini korumak olduğuna göre, kişilere yükümlülük yüklemeyen aksine, kişiler lehine elverişli durumlar doğuran ve kişilere menfaat sağlayan düzenlemelerin geçmişe yürütülmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır."

Kararda geriye yürümezlik hukukun genel ilkeleri arasında sayıldıktan sonra bu ilkenin mutlak bir kural olmadığına ilişkin yapılan vurgu, ilkenin hem istisnalarının olduğunu göstermekte hem de ancak hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla uygulandığına işaret etmektedir. Bu durumda geriye yürümezlik bakımından aslolan hukuki güvenliğin sağlanması olup⁶⁷³, ilkenin başlı başına hukukun genel ilkeleri arasında bulunup bulunmadığı da ikincil bir mesele halini almaktadır.

⁶⁷² Anayasa Mahkemesinin E. 2014/177, K. 2015/49 sayı ve 14.5.2015 tarihli kararı, 11.6.2015 tarihli R.G.

⁶⁷³ Akıllıoğlu, "Ekonomik Anlamda ...", s. 38-39.

3.2.2. Danıştay Kararlarında İdari İşlemin Geriye Yürümezliği

Danıştayın, geriye yürümezlik ilkesinin hukuki güvenlikle ilişkisini belirterek vermiş olduğu çok sayıda karar bulunmaktadır. Bu kararların birinde Danıştay; sigorta şirketlerinin, Sosyal Güvenlik Kurumuna yapacağı aktarmayı nispi tutar üzerinden yapmasına ilişkin 02.05.2012 günlü Yönetmelikle getirilen yükümlülüğün, Yönetmeliğin yayım tarihinden geriye doğru götürülerek 01.01.2012 tarihinden itibaren başlatılmasını hukuka aykırı bulmuş ve şu ifadelerle yer vermiştir:

“İdari işlemler yürürlüğe girdikleri andan itibaren hukuki etkilerini gösterirler ve idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, gerek yargısal kararlar gerekse öğretide kabul edilmiş bir idare hukuku kuralıdır. İdareye yasayla tanınan düzenleme yetkisinin, geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesine uygun kullanılması hukuk devleti olmanın doğal ve zorunlu gereğidir.”⁶⁷⁴

Karara konu olan uyuşmazlıkta idare tarafından muhataplarına bir yükümlülük getiren bir işlemin hukuki sonuçlarını yürürlüğe girdiği tarihten önce doğuracağı düzenlenmekte, diğer bir deyişle işlemin konu unsurunun kapsamı genişletilmektedir. Bu durum da idari işlemin geriye yürümezliği ilkesine ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Yakın tarihli bir başka Danıştay kararında ise geriye yürümezlik hukuki güvenlik ilkesinin bir “yansıması” olarak nitelenmiş ve şu ifadelerle yer verilmiştir:

“18.01.2016 tarih ve 29597 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in 28. maddesinin (f) bendine ilişkin olarak;

Tebliğin 28. maddesinin (f) bendinde, Tebliğin, 3., 4 üncü maddeleri ve 12 ilâ 15 inci maddelerinin 1/1/2016 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlemiştir.

⁶⁷⁴ Danıştay İDDK, 11.6.2014 tarih ve E. 2014/255 sayılı kararı, KİBB. Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay İDDGK, 29.1.1999 tarih ve E. 1998/316, K. 1999/169; Danıştay İDDGK, 15.1.1999 tarih ve E.1997/417, K. 1999/81 sayılı kararlar, KİBB.

İdari işlemlerin geçmişe yürümezliği ilkesi hukukun genel ilkeleri arasında kabul edilmektedir. Bu ilke, hukuk güvenliği ilkesinin bir yansımasından ibarettir. Çünkü yürürlükteki mevzuat hükümlerine dayanarak geçerli bir hak kazanımında bulunan kimselerin bu kazanımları sonradan yürürlüğe giren bir hüküm ile ortadan kaldırılacak ya da bu kişisel kazanıma zarar verilecek olur ise kişilerin hukuka duydukları inanç ve güven sarsılacaktır.

... Olayda davacı tarafından Tebliğ değişikliğinin, yürürlüğe girdiği tarihte dava konusu maddenin öğrenildiğinin kabulü gerekmektedir. İptali istenen maddeyle hükmün yaklaşık on sekiz gün geriye yürütülmesi suretiyle bu süre içinde davacı tarafından eski düzenlemeye güvenerek yapılan işlem bedelleri Kurumca karşılanmayacaktır.

Bu durumun, yukarıda aktarılan hukuki güvenlik ilkesine ve idari işlemlerin geriye yürütülmesine ilişkin kurallara aykırı olduğu ve nihayet hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır.”⁶⁷⁵

Kararda söz konusu olan tebliğ değişikliğinin yürürlüğe girdikten on sekiz gün öncesinden başlayarak hukuki sonuçlarını doğuracak olması idari işlemin geriye yürütmesine bir örnektir. Bu durumda; ilgililerin 1.1.2016 ilâ 18.1.2016 tarihleri arasında idareye güvenerek yapmış oldukları muameleler sonucu doğan ve kendi açılarından lehe olan hukuki sonuçlar ile bu süre içinde elde ettikleri haklar idare eliyle bertaraf edilerek hukuki güvenlikleri zedelenebilir. Bir düzenleyici işlemin kısmen de olsa geriye yürütülmek suretiyle kişilerin aleyhine sonuçlar doğmasının önünü açan; diğer bir ifadeyle idari işlemin konu unsurunun kapsamını gerek zaman, gerekse kişiler bakımından genişleterek idareye ve hukuka duyulan güvenin sarsılmasına yol açacak nitelikteki böyle bir düzenleme idari işlemi konu bakımından sakatlayacaktır⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Danıştay 15. Daire, 17.6.2016 tarih ve E. 2016/419 sayılı karar. (Yayımlanmamıştır.)

⁶⁷⁶ 29.9.2003 tarihli, 25244 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Gemi Adamlarının Eğitim, Belgelendirilme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme”ye 28.4.1989 tarihinden geçerli olmak üzere katılmamızı öngören 26.8.2003 gün ve 2003/6109 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın iptali istemiyle açılan davada da Danıştay benzer gerekçelerle işlemin hukuka aykırılığına hükmetmiştir: “Bu itibarla, olayda, gemi adamlarına ilişkin hak ve yükümlülükleri düzenleyen Gemi Adamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşmesi’nin yürürlüğünün, kapsamındaki kişilerin haklarını ve yükümlülüklerini geçmişe dönük olarak etkileyecek biçimde geriye yürütülmesini haklı

3.2.3. İdari İşlemin Geriye Yürümezliği Kuralının İstisnaları

İdari işlemlerin bazı durumlarda geriye yürüyebileceği doktrinde kabul edilmiştir. Geriye yürümezlik kuralının istisnalarını teşkil eden bu durumların ilki kanunda açıkça o işlemin geriye yürümesinin öngörülmüş olmasıdır⁶⁷⁷. Kanun koyucu, hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmak koşuluyla ve kamu yararı ya da kamu düzeni gibi gerekçelerle idari işlemlerin geçmişe etkili olabileceğini düzenleyebilir⁶⁷⁸. Bu durumda idarenin tesis edeceği işlemler geriye yürüme yasağına tâbi olmaz.

Geriye yürümezlik kuralının bir diğer istisnası ise idari işlemlerin hukuka uygun bir şekilde geri alınmalarıdır⁶⁷⁹. Zira idari işlemin geri alınması, işlemi tesis edildiği tarihten itibaren tüm sonuçlarıyla beraber ortadan kaldıran bir tasarruftur. Bu durumda idare, idari istikrar ilkesine uymak koşuluyla, tesis ettiği hukuka aykırı işlemi geri alabilir ve bu yönde tesis ettiği işlem geriye yürümezlik kuralının istisnası sayılmaz. Hukuka uygun işlemlerin geri alınması kural olarak mümkün olmadığından⁶⁸⁰, idari işlemin hukuka uygun bir şekilde geri alınması bir hukuka aykırılığın kaldırılması anlamına gelir. Bir hukuka aykırılığın kaldırılması ise hukuk devleti ve hukuki güvenliğin sağlanması bakımından idari işlemlerin geriye yürümezliği kuralıyla aynı amaca hizmet eder. Dolayısıyla idari işlemin geri alınması geriye yürümezlik kuralının istisnası olsa da, bu kuralın amacıyla ya da varlık sebebiyle çeliştiği söylenemez.

Yargı kararlarını uygulama hususunda anayasal zorunluluk içinde bulunan idare, bazı durumlarda bu zorunluluğu yerine getirmek amacıyla geriye etkili sonuçlar içeren

kılacak herhangi bir sebep bulunmadığı anlaşıldığından, 26.8.2003 günlü, 2003/6109 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının, anılan sözleşmeye 28.4.1989 tarihinden geçerli olmak üzere katılmamızı öngören kısmında hukuka uyarlık görülmemiştir.” Bkz. Danıştay 10. Daire, 19.02.2016 tarih ve E. 2015/3828, K. 2016/890 sayılı karar. (Yayımlanmamıştır.)

⁶⁷⁷ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 459; Oğurlu, Kazanılmış Haklar, s. 64; Özdemir, s. 1003; Gözübüyük-Tan, C. I, s. 417;

⁶⁷⁸ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 64-65. Kanun koyucunun geriye yürümezlik kuralına getireceği yasal istisnaların gerekçeleri hakkında bkz. Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 65-66.

⁶⁷⁹ Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 14; Yayla, s. 135; Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 460; Oğurlu, Kazanılmış Haklar, s. 67; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1294.

⁶⁸⁰ Hukuka uygun düzenleyici işlemler ancak kişiler için geçmişte uygulanabilir nitelik taşııyorsa geri alınabilir. Bkz. Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 422. Hukuka uygun birel işlemlerse ancak ilgilinin yararına sonuç doğurma koşuluyla geri alınabilir. Bkz. Yıldırım, age., s. 460.

işlemler tesis edebilir. Bu durumda idarenin; mahkemelerin verdiği bu kararların gereğini, geriye etkili işlem tesis ederek yerine getirmesi de geriye yürümezlik kuralının istisnasını oluşturur⁶⁸¹. Zira gerek iptal kararları, gerekse yürütmenin durdurulması kararları geriye etkili sonuçları olan kararlardır⁶⁸². Dolayısıyla, idarenin bu kararların uygulanması yönündeki düzenleyici⁶⁸³ ve birel işlemleri de geriye etkili olmak durumundadır.

Bu nedenle idari işlemin geriye yürümezliği kuralının istisnaları olarak idari işlemin geri alınmasını ve mahkeme kararlarının yerine getirilmesini aynı doğrultuda düşünmek gerekir. Zira idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlayan en önemli araçlardan olan iptal davaları neticesinde verilen yürütmenin durdurulması ya da iptal kararları sayesinde, idarenin hukuka bağlılığı sağlanarak hukuk düzeninin korunması amaçlanır⁶⁸⁴. İdari işlemin geri alınması da bu amaca hizmet ettiğinden, her iki istisnanın da idarenin hukuka bağlılığını temin ettiğini ve kamu yararını sağlayarak kişilerin menfaati⁶⁸⁵ doğrultusunda sonuçlar doğurduğunu söylemek mümkündür.

İdarenin, kişilerin lehine sonuçları olan idari işlemleri de başkalarının menfaatine aykırılık teşkil etmediği sürece geriye etkili şekilde yürürlüğe koyabileceği kabul edilmiştir⁶⁸⁶. Zira idari işlemlerin geriye yürümezliği kuralının amacı idari istikrar ve öngörülebilirliğin gerçekleşmesi sonucu kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması olup, ilgili kişiler bakımından aleyhe sonuçlar doğurmadıkça idari işlemlerin geriye yürütülmesinde bir hukuka aykırılıktan söz edilemez.

Öte yandan kamu yararının sağlanması ya da kamu düzeninin korunması gibi idari gerekçeler de idareyi geçmişe etkili işlemler tesis etmek durumunda bırakabilir⁶⁸⁷. Bunun yanında diploma, transkript, hizmet belgesi ya da öğrenci belgesi gibi bazı

⁶⁸¹ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 459; Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 597-598; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 67; Özdemir, s. 1003; Gözübüyük-Tan, C. I, s. 419.

⁶⁸² Aslan, s. 33.

⁶⁸³ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 598.

⁶⁸⁴ Özdemir, s. 1003; Ali Ülkü AZRAK, “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, Onar Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1977, s. 146.

⁶⁸⁵ Faruk GÖÇGÜN, “İptal Davasında Subjektif Ehliyet Koşulu Olarak Kişisel Menfaat Unsuru”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, Ankara 2016, s. 22.

⁶⁸⁶ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 459-460. Aksi yönde: bkz. Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 596.

⁶⁸⁷ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 68 vd. Kamu hizmetlerinin uyarlanması ihtiyacının karşılanması bu gerekçelere bir örnektir. Bkz. Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 386.

hususları belgelendiren işlemlerde olduğu gibi, idare işlemin niteliğinden kaynaklanan sebeplerle de geçmiş ilgilendiren işlemler tesis edebilecektir⁶⁸⁸.

C. Hukuki Güvenliğin Sağlanması Amacıyla Uygulanan İlkeler

1. Kazanılmış Hakların Korunması

1.1. Kazanılmış Hakkın Tanımı

İdari işlemin konu unsuru bakımından sakatlığına yol açacak önemli bir hukuka aykırılık durumu, idarenin tesis ettiği işlemlerle kazanılmış hakları ihlal etmesi suretiyle ortaya çıkar⁶⁸⁹. Kazanılmış hak; mahiyetinin ve kapsamının belirlenmesinde zorlanılan ve hukukçular arasında da ihtilafa neden olan kavramlardan biri olarak kabul edilmiştir.⁶⁹⁰ Bununla birlikte, kazanılmış hak; hukuk kurallarının zaman içerisinde değiştirilmesi sonucu uygulama alanında ortaya çıkan, kanunların ve diğer düzenleyici işlemlerin zaman bakımından uygulanması sorununa ilişkin bir kavramdır⁶⁹¹.

Kazanılmış hak kavramının idare hukuku bakımından önemi, idare tarafından yapılacak yeni bir düzenleme sonrasında kişilerin bir hakkı elde etme koşullarında ya da daha önce hukuka uygun bir şekilde elde ettikleri haklar üzerinde birel işlemlerle idarenin tasarrufu söz konusu olduğunda ortaya çıkar⁶⁹². Bu bakımdan idari işlem neticesinde doğan hak; işlemin geri alınması, değiştirilmesi ya da kaldırılması sonrasında da korunmaya devam ediyorsa kazanılmış hakkın varlığından söz edilebilir⁶⁹³. Diğer bir ifadeyle kazanılmış hak söz konusu olduğunda, halihazırda elde edilmiş bulunan hak, idari işlemde meydana gelen değişiklikten etkilenmemektedir.

Doktrinde kazanılmış hakkın çeşitli şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Örneğin, bir tanımda “yürürlükteki hukuk kurallarına uygun bir şekilde kişilerin lehine

⁶⁸⁸ Gözübüyük-Tan, C. I, s. 418.

⁶⁸⁹ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 460; Yayla, s. 137. Ayrıca, kazanılmış hakkın idari eylemler sonucunda da ortaya çıkabileceğine ilişkin görüş için bkz. Ayşegül Çoban ATİK, “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi”, SÜHFD, sa. 11-53, s. 28-29.

⁶⁹⁰ Onar, C. I, s. 482.

⁶⁹¹ Atay, İdare Hukuku, s.135; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 29.

⁶⁹² Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 29.

⁶⁹³ Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s. 181.

doğmuş olan hukuki durumlar”⁶⁹⁴ kazanılmış hak olarak ifade edilirken; diğer bir tanımda kazanılmış hakkın “genel ve objektif bir hukuk kuralının bireylere uygulanmasıyla ortaya çıkan özel hukuki durum” olduğu kabul edilmiştir⁶⁹⁵. Yine başka bir tanıma göre kazanılmış hak, “doğumu anında hukuka uygun olarak tanımlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen, hukuk düzenince korunması gereken hak”tır⁶⁹⁶. Başka bir yazar ise ilkeyi öngörülebilirlik ilkesi çerçevesinde değerlendirerek “bireylerin daha önceki hukuka uygun bireysel işlemle elde ettikleri kesinleşmiş hak ve statüleri” kazanılmış hak olarak nitelemiştir⁶⁹⁷.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay da değişik tarihlerde verdikleri kararlarında kazanılmış hakkı tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesine göre kazanılmış hak: “*özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznal hakkın korunması*”dır⁶⁹⁸. Danıştay ise kazanılmış hakkı “*objektif bir hukuk kuralının kişilere uygulanmasıyla objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemle özel hukuki duruma dönüşmesi*” olarak tanımlamıştır⁶⁹⁹. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun eski tarihli bir kararında ise “*kişilerin hukuki statülerini belirlemiş ve buna dayalı olarak da yeni hukuki*

⁶⁹⁴ Atay, İdare Hukuku, s. 135.

⁶⁹⁵ Yaşar, İdare Hukuku, 2014, s. 307.

⁶⁹⁶ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 28.

⁶⁹⁷ Köküarı, s. 172.

⁶⁹⁸ Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih ve E. 2012/65, K. 2012/128 sayılı kararı, bkz. 18.04.2013 tarih ve 28622 sayılı R.G. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 tarih ve E. 2007/44, K. 2009/148 sayılı kararı, bkz. 28.04.2010 tarih ve 27565 sayılı R.G., Anayasa Mahkemesinin 7.2.2008 tarih ve E. 2005/38, K. 2008/53 sayılı kararı, bkz. 08.04.2008 tarih ve 26841 sayılı R.G., Anayasa Mahkemesinin 15.3.2007 tarih ve E. 2006/52, K. 2007/27 sayılı kararı, bkz. 21.02.2008 tarih ve 26794 sayılı R.G., Anayasa Mahkemesinin 28.12.2005 tarih ve E. 2003/87, K. 2005/110 sayılı kararı, bkz. 16.11.2006 tarih ve 26348 sayılı R.G., Anayasa Mahkemesinin 3.4.2001 tarih ve E. 1999/50, K. 2001/67 sayılı kararı, bkz. 07.11.2001 tarih ve 24576 sayılı R.G. Anayasa Mahkemesinin bazı kararında ise kazanılmış hak; “*kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak*” olarak tanımlanmıştır. Bu kararlardan bazıları için bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2014/61, K. 2014/166 sayı ve 7.11.2014 tarihli kararı, 19.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2014/177, K. 2015/49 sayı ve 14.5.2015 tarihli kararı, 11.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2011/45, K. 2013/24 sayı ve 31.1.2013 tarihli kararı, 13.1.2015 tarihli R.G.

⁶⁹⁹ Danıştay 1. Daire, 19.12.1988 tarih ve E. 1988/336, K. 1988/355 sayılı karar, KİBB. Bunun yanı sıra Danıştay 11. Dairesinin, 4.4.2006 tarih ve E. 2005/2927, K. 2006/1625 sayılı kararında kazanılmış hakkın “*elde edildiği tarihte meri olan, mevzuata uygun, açık hata ve hileye dayanmayan bir işlem sonucu elde edilen hak*”; Danıştay 10. Dairesinin, 6.10.1998 tarih ve E. 1996/9616, K. 1998/4741 sayılı kararında ise “*objektif bir hukuk kuralının kişi hakkında uygulanması veya kendiliğinden uygulanacak hale gelmesi*” olarak tanımlanabileceği belirtilmiştir. Kararlar için bkz. KİBB.

durumların ve hakların elde edilmesine neden olmuş, bir başka deyişle hukuki sonuçlarını yerine getirmiş olan durumların, artık geriye dönülmez, vazgeçilmez haklar olduğu, yani kazanılmış hak teşkil ettiği” belirtilmiştir⁷⁰⁰.

Kazanılmış hakkın varlığı tespit edilirken somut olay dikkate alınarak hangi durumlarda kazanılmış hakkın var olabileceğinin ya da hangi durumların kazanılmış hak oluşturmayacağını belirlenmesi yoluna gidilir. Diğer bir deyişle, kazanılmış hakkın mevcudiyetine ilişkin genel geçer bir ölçüt ortaya konulmayarak, her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılması tercih edilir. Kazanılmış hakkın fonksiyonelliği olarak kabul edilen bu özelliği sayesinde idari yargıç kendini bağlayacak bir kazanılmış hak tanımı ve kazanılmış hakkın varlığına ilişkin objektif bir ölçütün bulunmamasından yararlanır. Bunun sonucunda da uyuşmazlıkları belli bir serbestlik içerisinde çözüp, ilgilinin söz konusu hakkının korunup korunmayacağını somut olayın şartları çerçevesinde belirleme imkanına kavuşur⁷⁰¹.

1.2. Kazanılmış Hakkın Doğması İçin Gereken Şartlar

1.2.1. İşlemin Kişisel ve Somut Nitelikte Olması

Kazanılmış hakka ilişkin yapılan tanımlarda da belirtildiği üzere kazanılmış hakkın doğması için genel ve soyut hukuki durumun kişisel, somut ve öznel bir hukuki duruma dönüşmesi gerekir⁷⁰². Diğer bir deyişle, kazanılmış hak; ancak soyut nitelikteki işlemin somutlaşması, uygulanmaya ve hak doğurmaya hazır nitelikteki işlemin uygulanması ve ilgilisi bakımından bir hak doğurması sonucu söz konusu olur⁷⁰³. Bu

⁷⁰⁰ Danıştay İBGK, 14.6.1989 tarih ve E. 1989/1-2, K. 1989/2 sayılı karar, KİBB.

⁷⁰¹ Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 65; Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 401. Nitekim Danıştay da eski tarihli bir kararında kazanılmış hakkın fonksiyonellik özelliğine ilişkin aşağıdaki açıklamalarda bulunmuştur:

“Kazanılmış hakkın her olaya göre incelenmesi gerektiği başka bir anlatımla kazanılmış hak kavramının bir fonksiyonellik içerdiği doktrinde kabul edilmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararıyla Danıştay içtihatlarında da kazanılmış hak kavramının konu ve kapsamının kesin sınırlarının çizilmediği ve her olaya göre, değişken olması göz önünde tutularak, konunun özelliğine göre değerlendirme yoluna gidildiği gözlenmektedir.” Danıştay 1. Daire, 19.12.1988 tarih ve E. 1988/336, K. 1988/355 sayılı karar, KİBB.

⁷⁰² Onar, C. I, s. 482.

⁷⁰³ Lehe sonuç doğuracak nitelikteki düzenleyici işlemlerin muhafaza edilmesini talep etme bakımından kişilerin kazanılmış haklarının bulunmadığı; ve fakat bu durumun düzenleyici işlemin hak doğurmadığı anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir. Buna göre düzenleyici işlemin yapılmasını ve muhafazasını isteme, kişilere uygulanacak subjektif işlemlerin temelini oluşturması bakımından önem taşır. Bkz. Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 66-67.

bakımdan kazanılmış haktan söz edilebilmesi için birel nitelikte bir idari işlemin varlığı doktrinde birçok yazar tarafından zorunlu görülmüştür⁷⁰⁴. Zira kazanılmış hak soyut ve objektif bir kuralın yürürlüğe konulmasıyla değil, kuralın ilgiliye uygulanmasıyla ortaya çıkar⁷⁰⁵.

Anayasa Mahkemesi soyut ve objektif nitelikteki işlemlerin kazanılmış hak oluşturmayacağını şu cümlelerle ifade etmiştir:

*“Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez.”*⁷⁰⁶

Danıştay da “... ‘kazanılmış hak’ kavramı, nesnel bir hukuk kuralının birey hakkında kendiliğinden uygulanabilir duruma gelmesini ya da somut bir sonucun oluşmasını veya somut sonucun istenebilir duruma gelmesini gerekli kılar”⁷⁰⁷ ve “Kişilerin ise, lehlerine olan bir düzenleyici işlemin yürürlükte tutulması yönünden kazanılmış hakka sahip olamayacakları tartışmasızdır”⁷⁰⁸ ifadeleriyle kazanılmış hakkın ancak birel idari işlemler sonucu doğacağını kabul etmiştir⁷⁰⁹.

Kazanılmış hakkın varlığından söz edebilmek için dikkat edilmesi gereken husus, tesis edilen işlemin ilgilisi bakımından somutlaşmış ve kişiselleşmiş olması gerektiğidir. Aksi takdirde soyut ve objektif bir kuralın ilgililer bakımından somutlaşma ve kişiselleşme potansiyeli taşıyor olması, başlı başına kazanılmış hakkı ortaya çıkarmaz. Bu durumda ileriye dönük beklenen bir hak söz konusudur ve bu durum hukuki güvenlik

⁷⁰⁴ Bkz. Onar, C. I, s. 482; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 93; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1297.

⁷⁰⁵ Karahanoğulları, Yasallık ve İdari İşlemler, s. 616.

⁷⁰⁶ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/42, K. 2013/60 sayı ve 9.5.2013 tarihli kararı, 25.7.2014 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2011/9, K. 2012/44 sayı ve 22.3.2012 tarihli kararı, 6.10.2012 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2008/80, K. 2011/81 sayı ve 18.5.2011 tarihli kararı, 15.12.2011 tarihli R.G.

⁷⁰⁷ Danıştay 8. Daire, 3.5.2010 tarih ve E. 2009/10046 sayılı karar, KİBB.

⁷⁰⁸ Danıştay 10. Daire, 18.11.2011 tarih ve E. 2008/2577, K. 2011/4970 sayılı karar, KİBB.

⁷⁰⁹ Başka bir kararda ise “Bir başka anlatımla, düzenleyici işlemlerin, yargı kararlarında da belirlendiği üzere maddi olay ve hukuk düzenindeki değişikliğe bağlı olarak değiştirilmesinin mümkün olduğu ve bu nedenle kazanılmış hakka dönüşme olanağı bulunmadığı açıktır” ifadeleri kullanılarak düzenleyici işlemlerin kazanılmış hak doğurmayacağı görüşü açıkça belirtilmiştir. Bkz. Danıştay 8. Daire, 16.4.2010 tarih ve E. 2010/2304 sayılı karar, KİBB.

ilkesi bakımından ayrıca değerlendirilir. Kural olarak genel, soyut ve objektif düzenlemeler içeren kanunların, ilgilileri hakkında uygulanarak kişisel sonuçları ortaya çıkmadan kazanılmış hak doğuracağını söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte kanunların, uygulanması sonucu kazanılmış hakların ihlalini sonucunu doğurabilecek kurallar içermesi durumunda ise Anayasa'ya aykırılıktan bahsedilir.

Belirtmek gerekir ki; genel, soyut ve objektif nitelikteki işlemlerin muhataplarına uygulanması, düzenleyici işlemin kişiler üzerindeki sonuçlarını birel işlemlerle doğurması anlamına gelir⁷¹⁰ ve kazanılmış hak bu yolla doğmuş olur. Zira bir düzenleyici işlemin varlığı kazanılmaya elverişli bir hakkın doğmasını sağlamakta ise de; düzenleyici işlemin uygulama işlemi niteliğinde bir işlem tesis edilmedikçe, beklenen bir hak meydana gelmiş olsa da kazanılmış haktan söz etmek mümkün değildir⁷¹¹.

1.2.2. İşlem Sonucu Elde Edilen Hakkın Tüm Sonuçlarıyla Tamamlanmış Olması

Kazanılmış hakkın doğması için gereken şartlardan biri de ilgili işlem sonucu elde edilen hakkın tüm sonuçlarıyla beraber tamamlanmış olmasıdır. Zira hak tüm sonuçlarıyla beraber elde edilmediğinde, yani tam anlamıyla kazanılmadıkça korunması gereken bir haktan da söz edilemez⁷¹².

Yakın tarihli bir kararında konuyla ilgili “*Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir.*” ifadelerini kullanan⁷¹³ Anayasa Mahkemesi, aynı yöndeki başka bir kararında ise şu ifadelere yer vermiştir:

⁷¹⁰ Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 67

⁷¹¹ Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 67-68. Aksi yönde görüş için bkz. Bkz. Atay, İdare Hukuku, s. 136-139 vd; Güneş, s. 169. Ayrıca bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin tesis edilen idari işlemler sonucunda bu hizmetten yararlananlar bakımından bazı hakların doğabileceği; bu nitelikteki idari işlemlerin değiştirilmesi veya kaldırılması durumunda ise kazanılmış hakların korunması sorununun gündeme geleceği hakkında bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s. 184 vd.

⁷¹² Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 96.

⁷¹³ Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih ve E. 2012/65, K. 2012/128 sayılı kararı, 18.04.2013 tarihli R.G. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 tarih ve E. 2007/44, K. 2009/148 sayılı kararı, 28.04.2010 tarihli R.G., Anayasa Mahkemesinin 7.2.2008 tarih ve E. 2005/38, K. 2008/53 sayılı kararı, 08.04.2008 tarihli R.G., Anayasa Mahkemesinin 15.3.2007 tarih ve E. 2006/52, K. 2007/27 sayılı kararı, 21.02.2008 tarihli R.G., Anayasa Mahkemesinin 28.12.2005 tarih ve E. 2003/87, K. 2005/110 sayılı kararı,

“Rütbe terfii yönünden kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi ise bu hakkın yeni Yasa'dan önce yürürlükte bulunan kurallara göre bütün sonuçlarıyla elde edilmiş olmasına bağlı bulunduğundan, belirli sürelerin rütbe kademinde değerlendirilmesi sonucunda emsallerine göre kıdemli sayılanların kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi de, bu kişilerin 5337 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce rütbe terfiinde bulunmuş olmalarına bağlıdır. Henüz rütbe terfiinde bulunmamış kişiler yönünden Yasa değişikliği öncesindeki koşullar, bir statüye bağlı olarak ileriye dönük ve beklenen hak niteliğinde olduğundan, dava konusu kuralla kazanılmış hakların ihlal edildiği savı yerinde görülmemiştir.”⁷¹⁴

Mahkeme böylelikle bir hakkın kazanılmış hak olması ve bu nedenle korunabilmesi için; kanunla belli bir statünün düzenlenmiş olmasının yeterli olmadığını, kişilerin kanunun düzenlediği o statüye girmiş olmalarını ve bunun kendileri bakımından öngörülen sonuçları doğurarak kesinleşmiş olması gerektiğini vurgulamıştır.

Danıştayın da bu hususta Anayasa Mahkemesiyle paralel bir yaklaşım sergilediği kararlar mevcuttur. Bu kararlardan biri Danıştay 1. Dairesi tarafından verilmiş ve kararda şu cümleler kullanılmıştır:

“... Öte yandan gerek öğretide, gerekse uygulamada kişilerin hukuki statülerini belirlemiş ve buna dayalı olarak da yeni hukuki durumların ve hakların elde edilmesine neden olmuş durumların artık geriye dönülmez yani kazanılmış haklar olduğu da bilinmektedir. Başka bir anlatımla statüye girilmeden kazanılmış bir haktan söz etmeye olanak yoktur. Kazanılmış haklar eski kanun yürürlükte iken kesin bir surette kazanılan yani hukukça korunmakta bulunan ve bir iddia haline gelen haklardır.”⁷¹⁵

16.11.2006 tarihli R.G., Anayasa Mahkemesinin 3.4.2001 tarih ve E. 1999/50, K. 2001/67 sayılı kararı, 07.11.2001 tarihli R.G.

⁷¹⁴ 2005/51 Aynı yönde: Anayasa Mahkemesinin E. 2010/106, K. 2011/55 sayı ve 17.3.2011 tarihli kararı, 14.5.2011 tarihli R.G. Anayasa Mahkemesi ayrıca, 6287 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce ortaöğretimde okuyan kişilerin, yükseköğretime giriş sınavında dikkate alınması gereken ortaöğretim başarı puanının hesaplama yöntemi yönünden kazanılmış haklarının bulunmadığını da bu gerekçeyle dayandırmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih ve E. 2012/65, K. 2012/128 sayılı kararı, 18.4.2013 tarihli R.G.

⁷¹⁵ Danıştay 1. Daire, 13.7.1992 tarih ve E. 1992/224, K. 1992/238 sayılı karar, KİBB. Danıştayın vermiş olduğu diğer bir kararda ise Anayasa Mahkemesinin kullandığı ölçüt tekrar edilmiş ve hakkın bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekliliği vurgulanmıştır: “...davacı şirketin korunabilecek hakkından söz edebilmek için, bu hakkın yeni düzenlemeden önce yürürlükte olan kurallara göre bütün

Bu karardan ve aynı yönde verdiği diğer kararlardan anlaşılacağı üzere Danıştay da kazanılmış hakkın varlığı için yeni hukuki durumların meydana gelmiş olmasını ve bu hukuki durumların ilgili kişiyi daha önceden belirlenen statülerin içine dahil etmiş olmasını aramaktadır. Diğer bir ifadeyle, idari işlem neticesinde kazanılmış bir hakkın doğduğundan söz edilebilmesi için, sadece statüye ilişkin düzenlemeler getiren genel ve soyut bir işlemin varlığı yeterli olmamaktadır.

1.2.3. İşlemin Hukuka Uygun Olması

Bir hakkın kazanılmış hak olması ve bu nedenle korunabilmesi için hukuka uygun bir işlemten doğmuş olması gerektiği, hukuka aykırı işlemlerden kaynaklanan hakların “kazanılmış” sayılmayacağı ve korunmayacağı kabul edilmiştir⁷¹⁶. Hakkın hukuka uygun bir işlemten doğmuş sayılabilmesi içinse, doğumu sırasındaki mevzuat hükümlerinin hakkın doğmasına izin verecek nitelikte olması gerekir⁷¹⁷. Ayrıca elde edilen hakkın sadece kanuna değil, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere de uygun bir biçimde doğması kazanılmış hakkın doğumu için aranan bir şarttır⁷¹⁸. Bununla beraber sadece mevzuata aykırılık değil, kişiye hak kazandıran işlemin dayanağı durumundaki mevzuat hükmü aleyhine verilmiş bir kesin hükmün ya da yürütmenin durdurulması kararının varlığı durumunda da kazanılmış haktan söz edilemez⁷¹⁹.

İdari işlemlerin geri alınması ile kazanılmış hak arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Bu noktada ilk olarak, hukuka uygun birel işlemlerin geri alınmasının mümkün olmadığı söylenebilir⁷²⁰. Zira hukuka uygun işlem eğer ilgililere bir hak tanıyorsa bu hak kazanılmış haktır ve bu işlemin geri alınamaması kazanılmış hak doğurması nedeniyledir⁷²¹. Bununla birlikte kazanılmış hak doğuran hukuka uygun bir birel işlem,

sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, bu konuda teşebbüslere yönelik olarak öncesinde hak sağlayıcı bireysel bir işlemin tesisi gerektiği açıktır.” Danıştay 13. Daire, 21.6.2011 tarih ve E. 2009/6779, K. 2011/2990 sayılı karar, KİBB.

⁷¹⁶ Atay, İdare Hukuku, s. 139; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 101.

⁷¹⁷ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 101.

⁷¹⁸ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 104.

⁷¹⁹ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 103-104.

⁷²⁰ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 421; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 180.

⁷²¹ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 180.

kaldırma yöntemiyle ya da yine hukuka uygun karşı yönde bir işlem tesis edilerek yürürlükten kaldırılabilir⁷²².

Hukuka aykırı birel işlemlerin ancak dava açma süresi içinde ya da açılmış bir dava sonuçlanana kadar geri alınabilecek olması ise idari istikrar ilkesiyle alakalıdır. Diğer bir deyişle, hukuka aykırı bir işlemin belli bir süre geçtikten sonra geri alınamaması, kazanılmış hak doğurduğu gerekçesiyle değil; idarenin hukuka aykırı işlemlerinden doğacak kişisel sonuçların belli bir ölçüde de olsa korunması amacıyladır⁷²³. Zira ilgilisi lehine sonuçlar doğuran hukuka aykırı bir işlemin belli bir süre uygulanmasıyla kazanılmış hak değil, müesses durum söz konusu olur ve müesses durumların korunmasının dayanağı da idari istikrardır⁷²⁴. Müesses durumların, müesses yani kurulu, tesis edilmiş hale gelebilmesi için, idari istikrarın ve kişilerde idarece tesis edilen bu durumun korunacağına yönelik bir güvenin oluşması gerekir. İdarenin bir hukuka aykırılığı istikrarlı bir şekilde uygulaması sonucu tesis edilecek müesses durumlar; ancak hukuka uygun işlemlerle ortaya çıkan kazanılmış haklar gibi, hukuki güvenliğin sağlanması ve korunmasını amaçlar. Bununla birlikte, kazanılmış hak doğurmayacak işlemler hariç, hukuka uygun işlemler neticesinde kişiler lehine doğan sonuçların korunması, hukuki güvenliğin gerçekleşmesi için uygulanan ve yargı kararlarıyla doktrinde kabul gören temel bir ilkedir. Bir hukuka aykırılığın müesses durum niteliğini kazanabilmesi içinse ilgilinin iyiniyetli olması ve hukuka aykırılığın açık bir hata sonucu meydana gelmemiş olması gerekir.

1.3. Kazanılmış Hak Doğurmayacak İşlemler

Kazanılmış haktan bahsedebilmek için hukuka uygun bir idari işlemin ilgilisi lehine hukuki sonuçlar doğurması gerekir. Bu nedenle, ortaya çıkardıkları sonuçlar itibariyle kazanılmış hak doğurmaları söz konusu olamayacak işlemler kategorisinden söz etmek mümkün olduğu gibi; bazı işlemler de ilgilisi lehine hukuka uygun sonuçlar doğurmasına rağmen kazanılmış hak meydana getirmezler.

⁷²² Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 421; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 180.

⁷²³ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 191.

⁷²⁴ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 200.

Bu noktada idari yaptırımların, idarenin zımni ya da açık ret işlemlerinin⁷²⁵ ve tespit edici ya da açıklayıcı nitelikteki işlemlerin ortaya çıkardığı sonuçlar ilgililerin lehine olmadığından, bu işlemler sonucunda kazanılmış hak doğmayacağını vurgulamak gerekir⁷²⁶. Diğer yandan; idarenin haksız ödemeleri⁷²⁷, ağır hukuka aykırılık içeren, açık hata ya da ilgilinin kötü niyeti veya hilesi sonucu tesis edilen ve kamu görevlilerinin tehdit ve zorlama sonucu tesis ettiği idari işlemler de hukuka uygunluk şartını sağlamadığı için, bu işlemler sonucunda kazanılmış hak doğması söz konusu olmaz⁷²⁸.

İdarenin kolluk faaliyeti çerçevesinde almış olduğu kararların kazanılmış hak doğurup doğurmayacakları ayrıca ele alınmalıdır. Zira kolluk faaliyetleri çoğunlukla, kamu düzenini sağlama amacı doğrultusunda kişiler açısından sınırlandırıcı ve yasaklayıcı nitelik arz eder⁷²⁹. Bu bakımdan, bu yöndeki kolluk işlemleri ilgililerine hak kazandırma niteliğine sahip değildir. İdarenin kolluk faaliyeti kapsamında verdiği izinlerse (ruhsatlar) hukuka uygun olarak ilgisinin lehine sonuçlar meydana getirmesine rağmen kazanılmış hak doğurmayan işlemlerdir⁷³⁰. Bununla birlikte kişilerin mevzuata uygun biçimde yapı inşa etmelerini sağlayarak imar düzenini koruyan yapı ruhsatları da kazanılmış haklar bakımından önem arz eden bir husustur⁷³¹. Zira hukuka uygun biçimde alınan bir yapı ruhsatına uygun şekilde inşa edilen bir yapının; ruhsat işleminin geri alınması ya da iptali sırasında fiili olarak gelmiş olduğu seviye, ilgili iyiniyetli kişiler bakımından kazanılmış hak doğurur⁷³².

⁷²⁵ Negatif işlemlerin üçüncü kişiler için hak doğurabileceği belirtilmiştir. Bkz. Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 41.

⁷²⁶ Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 79 vd.; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 137 vd.

⁷²⁷ Haksız ödemelerle kazanılmış hak doğmasa da belli bir sürenin geçmesiyle, idari istikrar ilkesi gereğince korunması gereken sonuçlar ortaya çıkabilir. Bkz. Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 139

⁷²⁸ Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 74 vd.; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 120 vd.

⁷²⁹ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 133. Kamu düzeni hakkında geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Özge OKAY TEKİNSOY, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

⁷³⁰ Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 85; Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 461; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 180.

⁷³¹ Hasan Nuri YAŞAR, İmar Hukuku, Filiz Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 238.

⁷³² Bu konuda vermiş olduğu bir kararda Danıştay bu hususu şu şekilde dile getirmiştir: “Yukarıda da belirtildiği üzere inşaat ruhsatının düzenlenmesi kazanılmış hak için tek başına yeterli olmasa da İdare Mahkemesince iptal hükmünün verildiği tarihe kadar ilgilinin hatası, hilesi ya da kusuru olmadan yapıya devam edilmesi durumunda mahkeme kararının verilmesini takiben davalı idarece yapının ruhsatının iptal edilerek inşaatın mühürlenmesi, bu aşamaya kadar gelmiş yapının fiili durumunun da kazanılmış hak olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Olayda ise imar planı değişikliğinin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararının 10.11.1998 tarihinde verilmesine ve davacıya 25.12.1998 tarihinde yapı kullanma izni düzenlemesine karşı davalı idarece yapı

İdarenin vermiş olduğu bu izinlerin kazanılmış hak doğurmamasını, ilgililerin bu izinler sonucu ortaya çıkan hukuki sonucun devamını talep etme haklarının bulunmaması şeklinde anlamak gerektiği ifade edilmiştir⁷³³. Bu işlemler, ilgililerin izin aldıkları alanda kesintisiz faaliyet göstermek gibi belli şartları taşımaları koşuluyla tesis edilirler. Bu nedenle idare, belirli aralıklarla yapacağı denetimler sonucunda ve kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda vermiş olduğu izni geri alabilir⁷³⁴. Bununla birlikte idarenin verdiği izinlerin geri alınmasının aslında kaldırma olduğunu da belirtmek gerekir⁷³⁵.

1.4. Kazanılmış Hakların Korunmasının Gerekliliği

Kazanılmış hakların korunması ya da diğer ifadeyle kazanılmış haklara saygı gösterilmesi ilkesinin hukuk devletinin bir gereği olduğu gerek doktrinde, gerekse Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında kabul edilmiştir. Nitekim özellikle birel işlemlerin geri alınması aşamasında bu işlemler nedeniyle daha önce ortaya çıkmış olan somut ve kişisel sonuçların korunması hukuki güvenlik ilkesi bakımından önemlidir⁷³⁶. Zira kazanılmış hakların korunması, hukuki durumlardaki belirliliğin ve sürekliliğin sağlanarak kişilerin idareye güven duyabilmesini mümkün kılar⁷³⁷.

İdarenin tesis etmiş olduğu hukuka uygun bir işlem sonucunda kişilerin lehine hukuki bir sonucun ortaya çıkması durumunda idarenin bu sonucu bertaraf edemeyecek olması, kişiye idare karşısında güvenli bir alan sunmuş olur⁷³⁸. Diğer bir ifadeyle, devletin kazanılmış haklara saygı duyması ile kişinin hukuka/ devlete/ idareye güven duyması arasında bir karşılıklık söz konusudur. Hukuk devleti aslında, kişiyle arasında böyle karşılıklı bir durumun gerçekleşmesini sağlayan devlettir.

bittikten sonra 1.11.2000 günlü işlemlerle inşaat ruhsatının iptal edildiği ve yapı tatil tutanağının 25.1.2001 tarihinde düzenlenerek yapının mühürlendiği anlaşıldığından davacının kazanılmış hakkının bulunduğu kabulü zorunludur.” Danıştay İDDK, 23.10.2008 tarih ve E. 2005/1721, K. 2008/1837 sayılı karar, KİBB.

⁷³³ Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 43; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 180.

⁷³⁴ Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 42-43; Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 461; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 133.

⁷³⁵ Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 44.

⁷³⁶ Bülbül, s. 52. vd.

⁷³⁷ Atay, s. 136-137.

⁷³⁸ Atay, s. 137.

Kazanılmış haklara saygı duyulması ve bunun sonucunda bu hakların korunması, aslında devletin vatandaşına duyduğu saygı anlamına da gelir. Bu bakımdan, hukuk devleti bilincine sahip olan bir yasama ya da yürütme organından, hukuk normlarını kısa aralıklarla ya da keyfi bir biçimde değiştirmemesi beklenir⁷³⁹. Aksi halde, hukuk kurallarında kişilerin kazanılmış haklarını koruyacak önlemler almaksızın değişikliğe giden idare hukuki istikrarı sağlayamaz ve bu durum hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Bu nedenle kişilerin daha önce hukuka uygun bir şekilde kazandıkları haklarını yok sayacak ve onları bu haklarını kullanmaktan mahrum bırakacak her türlü yeni düzenleme hukuki istikrara, hukuki güvenliğe ve hukuk devletine aykırılık teşkil eder⁷⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın kazanılmış haklara saygı duyulması ve bu hakların korunması gerekliliğine ilişkin kararları da bu doğrultudadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi 2009 yılında vermiş olduğu bir kararda şu ifadeleri kullanmıştır:

*“Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukukî güvenliğin bir sonucu da kazanılmış haklara saygı gösterilmesi ilkesidir. ... Kişilerin hukuk düzenine güvenerek elde ettikleri hakların sonradan çıkarılacak yasal düzenlemelerle ihlal edilmemesi bu ilkenin gereğidir.”*⁷⁴¹

Danıştay da, kazanılmış hakların korunmasının “bir hak sağlamaya elverişli düzenleyici kuralların bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması”⁷⁴² anlamına geldiğini belirtmektedir. Mahkeme, kazanılmış hakların korunmasının hukuki istikrarın ve dolayısıyla hukuki güvenliğin sağlanmasında bir ölçüt olduğunu vurguladığı yakın tarihli bir kararında konuya ilişkin şu ifadelere yer vermiştir:

“İdareler, kendi görev alanlarını ilgilendiren yasa ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla her zaman yönetmelik, tebliğ, genelge

⁷³⁹ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 28.

⁷⁴⁰ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 28.

⁷⁴¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2005/66, K. 2009/102 sayı ve 2.7.2009 tarihli kararı, 7.10.2009 tarihli R.G.

⁷⁴² Danıştay 10. Daire, 22.2.2010 tarih ve E. 2007/8872, K. 2010/1389 sayılı karar, KİBB.

çıkartabilme ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, her zaman yönetmelik, tebliğ, genelge çıkartabilme ve düzenlemelerle, değişen koşullar dikkate alınarak, daha önceki düzenlemeler ile doğmuş bulunan objektif hukuki durumları, ileriye yönelik olarak yürürlükten kaldırma yetkisine sahip bulunmaktadır. Ancak idareler, bu konudaki yetkilerini kullanırken önceki düzenlemeler kapsamında kişilerin kazanılmış haklarını ve haklı beklentilerini korumak zorundadırlar. Bu durum, hukuk güvenliğinin ve hukuki istikrarın sağlanması açısından vazgeçilmez niteliktedir.”⁷⁴³

Danıştay kararında açıkça belirtilmiş olmasa da, kazanılmış hakların korunması ilkesi idari işlemle ortaya çıkan sonuçların korunup korunmayacağına ilişkin bir ilke olduğundan, işlemin konu unsuru bakımından bir sınırlamayı içerir. İdare, tesis edeceği işlemlerde bu sınıra riayet ederek kişilerin hukuki güvenliklerini temin eder. Danıştay konuya ilişkin bir başka kararında, Ankara 18. İdare Mahkemesinin konuya ilişkin aşağıdaki gerekçelerle vermiş olduğu kararı onamıştır:

“Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı emrinde vergi dairesi müdürü olarak görev yapan davacının, Sakarya Vergi Dairesi Başkanlığı emrine atanmasına ilişkin 12.6.2013 günlü, 54891 sayılı işlemin; 22.9.2000 tarihli Yönetmeliğin tanıdığı hak doğrultusunda 17.10.2000 günlü başvurusu üzerine Konya ilinde geçen 3 yıl, 10 ay, 20 günlük hizmetinin ikinci hizmet bölgesinde çalışılmış süreler olarak kabul edildiği; bu işlemin kaldırılması veya geri alınması yolunda tesis edilmiş herhangi bir işlemin bulunmadığı ve davacı açısından kazanılmış hak oluşturduğu; dava konusu işleme dayanak teşkil eden 3.11.2011 günlü Yönetmeliğin geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, “önceki yönetmelikler uyarınca yapılan intibak işlemleri dikkate alınmaz” ifadesinin kronolojik olarak üç dönem önce yürürlükte olan Yönetmelik uyarınca gerçekleşen çalışmalara ilişkin olarak tesis edilen intibak işlemini geçersiz kılacak şekilde yorumlanamayacağı;

⁷⁴³ Danıştay 15. Daire, E. 2013/5000 sayılı karar. Karar için bkz. Hüseyin Melih ÇAKIR, Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.14. Aynı yönde başka bir kararda ise şu ifadelerle başvurulmuştur:

“Hukukun amacı toplumda adalet istikrar ve güveni sağlamaktır. İdareler işlemlerini yasalar ve yürürlükte bulunan diğer mevzuat çerçevesinde tesis etmekle yükümlüdürler. Hukuki kazanımlara saygı gösterilmesi ve bunların korunması hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

Yasaların geriye yürüme yasağı ilkesi de kazanılmış hak kuralını öne çıkaran bir ilkedir. Bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında bu kurala uygun biçimde tüm sonuçları ile birlikte kesin olarak edinilmiş hakların hukuken korunması gerekir.” Bkz. Danıştay 11. Daire, 4.4.2006 tarih ve E. 2005/2927, K. 2006/1625 sayılı karar, KİBB.

*Konya ilinde geçen 3 yıl, 10 ay, 20 günlük hizmetinin birinci hizmet bölgesinde geçmiş sayılması sonucu kurulan dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği...*⁷⁴⁴

Ankara 18. İdare Mahkemesi tarafından verilen bu kararda, davacının başvurusu üzerine Konya ilinde geçen hizmeti ikinci hizmet bölgesinde çalışılmış süreler olarak kabul edilmiştir. Bu kabul üzerine 22.9.2000 tarihli yönetmelik uyarınca hukuka uygun şekilde bir hak elde etmiş olan davacının bu hakkının 2011 yılında çıkarılan yönetmelik gerekçe gösterilerek elinden alınmak istenmesi, dava konusu uyumsuzluğu doğurmuştur. İdare Mahkemesi de davacı hakkında yetkili idare tarafından tesis edilen “Konya ilinde geçen 3 yıl, 10 ay, 20 günlük hizmetinin birinci hizmet bölgesinde geçmiş sayılması” yönündeki işlemin davacının kazanılmış hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

Bununla birlikte kazanılmış hakların korunmasının idari işlemlerin geriye yürümezliği kuralıyla yakından ilgili olduğu⁷⁴⁵ ve geriye yürümezlik kuralının kazanılmış hakların korunması ihtiyacından doğduğu belirtilmiştir⁷⁴⁶. Nitekim kişilerin hukuka uygun bir şekilde elde ettikleri hakların, bu hakları elde ettikleri tarihten sonra yürürlüğe konulan işlemlerle ihlal edilmesi, ancak işlemlerin geriye yürümesiyle mümkün olabilir⁷⁴⁷. Bu noktada kazanılmış hakların korunması ilkesinin geriye yürümezlik kuralından bağımsız düşünülemeyeceği ve bu ilkelerin birbirlerini tamamlayıcı nitelikte ilke ve kavramlar olduğu ifade edilmiştir⁷⁴⁸. Nitekim yukarıdaki kararda da davacı hakkında uygulanmak istenen 3.11.2011 tarihli yönetmelik hükümleri davacının daha

⁷⁴⁴ Danıştay 5. Dairesi’nin; Ankara 18. İdare Mahkemesince verilen 9.5.2014 tarih ve E. 2013/1059, K. 2014/720 sayılı kararını onadığı 26.11.2015 tarih ve E. 2014/7884, K. 2015/9476 sayılı kararı, KİBB.

⁷⁴⁵ Oğurlu, *Kazanılmış Haklara Saygı*, s. 60.

⁷⁴⁶ Duran, *Meseleler*, s. 403. Danıştay da kararlarında aynı doğrultuda ifadelere yer vermektedir: “Öte yandan, idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi de, yürürlükte olan hukuk kurallarına uygun olarak yapılmış işlemlerin ve yaratılmış hukuksal durumların, daha sonra yapılacak işlemlerle tartışmalı duruma getirilmesinin, hukuktan beklenen güvenlikle bağdaşmaması ve zaman itibarıyla yetki kuralının çiğnenmesi görüşüne, başka bir anlatımla, kazanılmış hakların korunması fikrine dayanır.” Danıştay 1. Daire, 30.4.1984 tarih ve E. 1984/71, K. 1984/85 sayılı karar, KİBB. Aynı yönde: “Görüldüğü üzere, geriye yürümezlik ilkesi kazanılmış hakları korumak amacını gütmekte olup, ilgililerin kazanılmış haklarını haleldar etmeyen geriye yürümenin gerek yasa normları gerekse yüksek yargı kararları açısından hukuka aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir.” Danıştay 11. Daire, 7.12.2011 tarih ve E. 2008/10755 K. 2011/7473 sayılı karar, KİBB.

⁷⁴⁷ Kemal Galip BALKAR, “İdari Kararlarda Makale Şümül Meselesi”, AÜSBFD, C. XXV, S. 2, 1960, sa. 210-212, s. 212.

⁷⁴⁸ Ayanoğlu, s. 118. Danıştay tarafından verilmiş bir kararda da kanunların geriye yürümezliği ilkesinin kazanılmış hak kuralını öne çıkaran bir ilke olduğu belirtilmiştir. Bkz. Danıştay 11. Daire, 4.4.2006 tarih ve E. 2005/2927, K. 2006/1625 sayılı karar, KİBB.

önceki yönetmelik uyarınca elde ettiği haklarını ihlal edecek şekilde geriye yürütülmek istenmiştir.

Öte yandan kazanılmış hakların korunmasında kanun koyucunun tasarrufları da belirleyici olabilmektedir. Böyle durumlarda, yasal düzenlemelerin geçmişe yönelik doğuracağı sonuçların kazanılmış hakların korunması ilkesine aykırılık teşkil etmesi, söz konusu yasal düzenlemenin iptaliyle sonuçlanır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, dava konusu yasal düzenlemeyi kazanılmış hakların ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı gerekçesiyle iptal ettiği bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

“...eser sahipliği sadece bir hukuki statüden ibaret değildir. Eser sahipliği ile birlikte ve ona bağlı olarak eser üzerindeki fıkri haklar da kendiliğinden kazanılır. 5846 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca sinema eseri sahipleri birlikte eser sahibi olduklarından, eser üzerindeki haklara da birlikte sahip olurlar. Anılan Kanun'un 10. maddesinin ikinci fıkrasının atfıyla uygulanması gereken adi şirkete ilişkin hükümler uyarınca ise sinema eseri sahipleri, eser üzerindeki haklardan elde edilen bütün kazançları aralarında eşit olarak paylaşmak ve bunlara ilişkin kararları oybirliğiyle almakla yükümlüdürler. Buna göre, kuralla diyalog yazarı ve animatör yönünden eser sahipliğine ilişkin hükümler geriye yürütülerek 12.6.1995 gününden sonra yapımına başlanıp 3.3.2001 gününe kadar meydana getirilmiş olan sinema eserlerinin üç kişiden oluşan eser sahipleri beş kişiye çıkarılmakta ve daha önce sinema eseri sahibi olan yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarının eserin meydana getirilmesiyle birlikte kazanmış oldukları mülkiyet hakkı kapsamında yer alan fıkri hakları üzerindeki kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf yetkileri azaltılmaktadır. Dolayısıyla kural, diyalog yazarı ve animatörler yönünden sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümleri geriye yürütüp, eser sahipliği statüsünden doğan, kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş olan fıkri haklar üzerindeki yetkileri azaltmak suretiyle kazanılmış hak ve hukuk güvenliği ilkelerini ihlal etmekte ve mülkiyet hakkını zedelemektedir.”⁷⁴⁹

⁷⁴⁹ Anayasa Mahkemesinin E. 2010/73, K. 2011/176 sayı ve 29.12.2011 tarihli kararı, 17.3.2012 tarihli R.G.

Karara konu olan yasal düzenlemenin, sonuçlarını yürürlük tarihinden çok önce, 12.6.1995 tarihinden başlayarak doğurması öngörülmüştür. Bu durumda geçmişi etkiler nitelikte çıkarılan bu Kanun'un uygulanmasıyla, kanun değişikliğinden önce hukuka uygun bir şekilde doğmuş olan kazanılmış haklar ihlal edilmiş olur. Nitekim, söz konusu yasal düzenleme genel, soyut ve objektif bir işlem olmakla beraber idarece uygulandığı takdirde kişilerin hukuki güvenliklerini zedeleyecek nitelikte olduğundan hukuka aykırı bulunmuştur.

Kişilerin hukuka uygun şekilde elde ettikleri haklara saygı duyulması, onların yürürlükteki hukuk düzenine ve bu düzenin tanzim edicisi ve koruyucusu konumundaki Devlete güvenerek geleceğe yönelik planlarını daha kolay ve öngörülebilir biçimde yapmalarını da mümkün kılar⁷⁵⁰. Bu nedenle kazanılmış hakların korunması ilkesinin; hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla uygulanan ve idari istikrar, geriye yürümezlik ve öngörülebilirlik gibi hukuki güvenliğin unsurlarıyla birlikte düşünülmesi gereken bir ilke olduğu söylenebilir⁷⁵¹.

Öte yandan hukuk devletinde kazanılmış hakların korunmasının bir sınırı olduğu da Danıştay kararlarında değinilen hususlardandır. Danıştayın yakın tarihte vermiş olduğu bir kararda bu sınır şu cümlelerle ifade edilmiştir:

“Bir düzenleyici işlem yürürlükte iken hukuka uygun olarak elde edilmiş hakların, düzenleyici işlem yürürlükten kaldırıldıktan sonra da, kazanılmış hak olarak korunması ve önceki düzenleme uyarınca elde edilen yetkilerin kullanımının sürdürülmesi ise, her durumda mutlak olarak mümkün olmayıp, sınırları bulunmaktadır. Bu sınırlar, doktrinde ve yerleşik yargı kararlarında kabul edildiği üzere; genel olarak, kazanılmış hak ilkesinin kamu düzeniyle, kamu yararıyla ve kamu hizmetinin gerekleriyle çatıştığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Hakkın geleceğe yönelik kullanımının korunması kamu düzenini bozacak veya kamu hizmetini aksatacak veya kamu yararına aykırı sonuçlar doğuracak nitelikte ise, böyle bir durumda geleceğe yönelik kazanılmış hak

⁷⁵⁰ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 29.

⁷⁵¹ Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s. 183.

*olamayacaktır. Bu durumlara, yargı kararının gereğinin yerine getirildiği durumları da eklemek gerekmektedir.”*⁷⁵²

Görüldüğü üzere Danıştay; kamu yararı, kamu düzeni ve kamu hizmetinin gerekleri ile yargı kararlarının gerekleri söz konusu olduğunda kişilerin lehine doğan sonuçların kazanılmış hak olarak nitelendirilemeyeceğini ve korunmayacağını kabul etmektedir. Bu istisnai durumlarda kişilerin hukuka uygun şekilde elde ettikleri kazanımların kamu yararı ve kamu düzeni gibi gerekçelerle korunmaması kamu yararının kişisel yarara tercih edilmesi anlamında olup, hukuka aykırılık oluşturmaz.

2. Haklı Beklentilerin Karşılanması

2.1. Haklı Beklentinin Tanımı

Haklı beklenti doktrinde “bireyin hukuka uygun olmak kaydıyla İdareye, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirlerken yine yetkileri içerisinde yaptıkları işlem ve eylemler, hukuki açıklamalar, bulundukları taahhütler ya da süregelen idari uygulamaların hukuki güvenlik gerekçesiyle kendilerine de uygulanacağı beklentisi” olarak tanımlanmıştır⁷⁵³. Başka bir tanıma göre ise haklı beklenti; “yasalara, düzenleyici işlemlere veya idarenin süreklilik arz eden uygulamalarına güvenerek, belirli yönde idari işlem tesis edileceği” yönündeki beklentidir⁷⁵⁴. Aynı yönde başka bir tanım da haklı beklentinin; kişilerin daha önce idare ve kural koyucu organ tarafından yapılan bir işlem neticesinde oluşan durumun, hakkın veya statünün süreceğine ve korunacağına olan haklı güveni ifade ettiği belirtilmiştir⁷⁵⁵.

Danıştay ise haklı beklentiye; “*yönetimin bir düzenleyici işlemine veya bir taahhüdüne veyahutta uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin*

⁷⁵² Danıştay 10. Daire, 18.11.2011 tarih ve E. 2008/2577, K. 2011/4970 sayılı karar, KİBB. Aynı yönde bkz. Danıştay 11. Daire, 4.4.2006 tarih ve E. 2005/2927, K. 2006/1625 sayılı karar, KİBB. Ayrıca, bkz. Atik, s. 32.

⁷⁵³ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 221-222.

⁷⁵⁴ Yıldırım, “İdari İşlemler”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku) s. 463.

⁷⁵⁵ Köküarı, s. 161.

çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleri” olarak tanımlamaktadır⁷⁵⁶.

Haklı beklentilerin karşılanmasının hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olduğunu belirten ⁷⁵⁷ Anayasa Mahkemesi ise birçok kararında haklı beklentinin kazanılmış haklardan ayrılan yönünü vurgulayarak bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen hakların kazanılmış hak olmadığını ifade etmiştir⁷⁵⁸. Gerçekten bir statüye giriş koşullarına ya da bir statünün kişilere sağladığı imkan ve faydalara ilişkin değişiklik getiren işlemler sonucunda haklı beklentiler sorunu ortaya çıkmaktadır⁷⁵⁹. Bununla birlikte bir statü söz konusu olmaksızın kamu gücü kullanan otoriteye güvenerek bir yük altına giren, bir maliyete katlanan kişilerin, yapılacak mevzuat değişiklikleriyle mağdur edilmesinin önlenmesi de haklı beklentilerinin korunması ile sağlanabilir. Bu hususu Anayasa Mahkemesi *“Kanunların uzun süreli uygulanmasına güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere giren bireyin, bu kanunların uygulanacağı yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması gerekmektedir.”* ifadeleriyle ortaya koymuştur⁷⁶⁰.

Haklı beklentinin söz konusu olduğu durumlarda idare; tesis ettiği düzenleyici işlemler ya da daha önceki uygulamaları sonucunda kişilerde, bir eylemde bulunma ya da bir işlem tesis etme yönünde beklenti oluşturmaktadır. Bu beklentinin karşılanması ise "iyi idare" için bir zorunluluk haline gelmektedir⁷⁶¹.

⁷⁵⁶ Danıştay 10. Daire, 14.6.2011 tarih ve E. 2007/5427, K. 2011/2289 sayılı karar, KİBB.

⁷⁵⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2009/94, K. 2011/90 sayı ve 2.6.2011 tarihli kararı, 21.10.2011 tarihli R.G.

⁷⁵⁸ Örnek kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 2011/42, K. 2013/60 sayı ve 9.5.2013 tarihli kararı, 25.7.2014 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2011/139, K. 2012/205 sayı ve 27.12.2012 tarihli kararı, 10.10.2013 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2011/2011/143, K. 2013/18 sayı ve 17.1.2013 tarihli kararı, 12.7.2013 tarihli R.G. Mahkemeye göre beklenen hak, *“eski yasa zamanında henüz tüm sonuçlarıyla doğmamış bulunan fakat doğması olasılık içinde olan hak”*tır. Anayasa Mahkemesinin E. 2006/76, K. 2008/142 sayı ve 18.9.2008 tarihli kararı, 23.12.2008 tarihli R.G.

⁷⁵⁹ Ayanoglu, s. 119.

⁷⁶⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 2012/65, K. 2012/128 sayı ve 20.9.2012 tarihli kararı, 18.4.2013 tarihli R.G.

⁷⁶¹ C.F. Forsyth, “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, The Cambridge Law Journal, 47(2), Temmuz, 1988, sa. 238-260'dan çeviren Esin ÖRÜCÜ, “Haklı Beklentilerin Doğuşu Ve Korunması”, İHİD, 1986, Y. 7, S. 1-3, sa. 121-139, s. 122; Atay, İdare Hukuku, s. 137; Alder, s. 390.

2.2. Haklı Beklentilerin Karşılanmasının Gerekliliği

Hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla uygulanmakta olan ⁷⁶² haklı beklentilerin karşılanması ilkesini; geriye yürümezlik, idari istikrar ve kazanılmış hakların korunması gibi ilkelerle birlikte ele almak gerekir. Zira haklı beklentilerin karşılanması ilkesinin ülkemizde gerek idare gerek yargı organları tarafından yeteri kadar benimsenmediği; ancak bu alana ilişkin hukuki güvencenin idari işlemin geriye yürümezliği, kazanılmış hakların korunması ve idari istikrar ilkeleriyle sağlanmaya çalışıldığı belirtilmektedir ⁷⁶³. Halbuki haklı beklentilerin karşılanmasının hukuki güvenlik bakımından mutlak anlamda bir koruma sağlamamakla birlikte kişilere idari işlemin geriye yürümezliği ya da kazanılmış hakların karşılanması ilkelerine nazaran daha ileri seviyede bir güvence getirdiğini söylemek yanlış olmaz⁷⁶⁴.

Bu noktada haklı beklentilerin karşılanmasının özellikle kazanılmış hakların korunmasıyla ilişkisi üzerinde durmak gerekir. Zira hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla ortaya çıkmış olan bu iki ilkenin birbiriyle karıştırılması ve hatalı şekilde nitelendirilmesi mümkündür. İlk olarak belirtmek gerekir ki, haklı beklenti ile kazanılmış hakkın ortak bazı yönleri bulunmaktadır. Örneğin; kişilerin gerek kazanılmış hakları gerekse de haklı beklentileri hukuki güvenliğin temini amacıyla korunmakta olup her iki ilkenin varlığı da fonksiyonellik özelliği gereği, idari yargıç tarafından somut olayın şartları değerlendirilerek tespit edilir⁷⁶⁵. Haklı beklentilerin karşılanması ile kazanılmış hakların korunması ilkelerinin bir diğer ortak yönü ise her iki ilkeye aykırılığın da idari işlemi konu unsuru bakımından sakat hale getirmesidir.

Bununla birlikte iki ilke arasında ciddi farklar da bulunmaktadır. İlk olarak kazanılmış haktan bahsedebilmek için işlemin tüm sonuçlarıyla beraber doğmuş olması gerekirken haklı beklentide kişiler açısından tamamlanmamış durumlarda da var olan bir koruma söz konusudur⁷⁶⁶. Ayrıca haklı beklentinin kazanılmış haklara göre daha geniş bir uygulama alanının bulunduğu da belirtilmektedir ⁷⁶⁷. Zira haklı beklentilerin

⁷⁶² Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 399; Köküarı, s. 172.

⁷⁶³ Ayanoğlu, s. 119; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 285.

⁷⁶⁴ Ayanoğlu, s. 120.

⁷⁶⁵ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 225.

⁷⁶⁶ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 225.

⁷⁶⁷ Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 225-226.

karşılanmasından daha sonraki bir aşama olan⁷⁶⁸ kazanılmış hakların korunması, tek tek kişiler açısından tamamlanmış ve bir hak olarak elde edilmiş kazanımlar bakımından bir korumayı ifade eder. Haklı beklenti ise, henüz tüm sonuçlarıyla kazanılan bir hak olmasa da içinde bulunulan durumun ya da statünün kişilere sağlayacağı faydadan mahrum bırakılmama yönünde bir beklentidir⁷⁶⁹. Bu nedenle düzenleyici bir işlemin kapsamına giren, aynı statüde bulunan ya da bir statüye girmeye aday olan herkes için haklı beklenti söz konusu olabilir⁷⁷⁰. Haklı beklentinin bu özelliği neticesinde kişiler hakkında kazanılmış hakların korunması ve idari işlemin geriye yürümezliği ilkeleriyle sağlanamayan bir güvence sağlanmış olur⁷⁷¹.

Öte yandan idare, sahip olduğu takdir yetkisini kişilerin haklı beklentilerini gözeterek kullandığında bir taraftan hukuki belirliliği sağlarken diğer taraftan idari istikrarı ve dolayısıyla hukuka uygunluğu da gerçekleştirmiş olur⁷⁷². Zira kişilerde oluşan beklenti, idarenin daha önce gerçekleştirdiği bir uygulamayı gerçekleştirmeye devam edeceği ya da bir statüden kaynaklanan hukuki durumların muhafaza edileceğine; diğer bir ifadeyle idarenin güvenilir ve istikrarlı bir idare olması gerektiğine yönelik meşru bir beklentidir. Kişilerin meşru beklentilerini gözetken bir idare; aynı durumlarda, aynı statüdeki kişilere aynı işlem ve eylemleri tesis etmek suretiyle eşitlik ilkesine de riayet etmiş olur.

İdarenin geçmiş uygulamalarıyla, kişilerde kendileri için de aynı yönde muamele edeceği yönünde oluşan beklentinin “haklı” sayılabilmesi için bu beklentiyle idarenin işlem ya da eylemi arasında somut, güncel, makul ve meşru bir menfaat ilişkisinin bulunması gerekir⁷⁷³. Nitekim Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda; *“Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesi için, meşru (haklı) beklenti seviyesine ulaşması gerekmektedir. Beklentinin meşru olup olmadığı tespit edilirken başvurulacak ölçüt, ‘hakkaniyet’tir’ ”* ifadelerini kullandıktan sonra şu yönde bir değerlendirmede bulunmuştur:

⁷⁶⁸ Köküarı, s. 160.

⁷⁶⁹ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 399.

⁷⁷⁰ Ayanoğlu, s. 120.

⁷⁷¹ Ayanoğlu, s. 120.

⁷⁷² Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 222-223.

⁷⁷³ Köküarı, s. 165.

“Yargı kararları sonrası tam zamanlı çalışan öğretim üyeleri, mesai saatleri sonrası serbest olarak çalışabilecekleri yönünde oluşan kanaat ve beklenti nedeniyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planlamış, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşulları öngörmek suretiyle belirlemişlerdir. Öğretim üyelerinin var olan durumun devam edeceğine dair oluşan beklenti ve kanaat nedeniyle planladıkları faaliyet ve çalışmaları ile bunlar gereğince yaratılan hukuki durumlarını dava konusu kurallar gereğince sona erdirmek zorunda olması, aksi hâlde haklarında insan hayatında çok önemli bir hukuki sonuç doğuran istifa etmiş sayılma veya ilişik kesme işlemlerinin uygulanması hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle söz konusu öğretim üyeleri için yargı kararlarına güvenerek mesai sonrası çalışma ve faaliyette bulunmaları bu statünün kazanılmış hak olarak değerlendirilmesini olanaklı kılmaya da bu statülerin belli bir süre devam edeceğine ilişkin meşru bir beklenti oluşturduğu ve bu beklentinin hukuki güvenlik ilkesi gereğince korunması gerektiğinin kabulü gerekir.”⁷⁷⁴

Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu kararda, kişilerde oluşan beklentinin haklı sayılabilmesinin ölçütü olarak hakkaniyet ilkesini esas almıştır. Hukukun genel ilkelerinden olan hakkaniyet ise her somut olay bakımından değerlendirilecek şartlar sonucu en adil ve makul kararı vermeyi gerektirir. Anayasa Mahkemesi, öğretim üyelerinin yargı kararlarına güvenerek mesai saatleri dışında çalışabilmeleri hususunda içine girdikleri beklentinin karşılanması gerektiğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre öğretim üyelerinin bu beklentileri karşılanmayarak yasal düzenleme uyarınca istifa etmiş sayılmaları ya da kurumlarıyla ilişkilerinin kesilmesi hakkaniyete aykırı olur. Bu noktada haklı beklentinin; “kişilerde hukuk kuralları, idarenin uygulamaları ve yargı kararları sonucu meydana gelen ve kendileri açısından lehe sonuçlar doğuran hukuki durumların aynı yönde devam edeceği yönünde oluşan ve hakkaniyet gereği karşılanması gereken beklenti” olarak tanımlanması da mümkündür.

Haklı beklentilerin karşılanması ilkesine aykırı şekilde tesis edilen işlemler; kişilerin korunmasını bekledikleri hukuki durumların, öngöremeyecekleri şekilde değiştirilmesi ve kazanılma potansiyeli olan bir hakka sahip olmanın engellenmesi

⁷⁷⁴ Anayasa Mahkemesinin E. 2014/61, K. 2014/166 sayı ve 7.11.2014 tarihli kararı, 19.6.2015 tarihli R.G. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesinin E. 2010/29, K. 2010/90 sayı ve 16.7.2010 tarihli kararı, 4.12.2010 tarihli R.G.

sonucunu doğurur. Bunun sonucunda da öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkeleri zedelenmiş olur⁷⁷⁵. Bir beklentinin haklı olması ise korunabilmesi için her zaman yeterli olmaz. Zira haklı beklentinin korunabilmesi için bu korumayı engelleyecek nitelikte baskın bir kamu yararının bulunmaması⁷⁷⁶ ve söz konusu beklentinin korunması ile idarenin takdir yetkisinin tamamen ortadan kaldırılmıyor olması da gerekir⁷⁷⁷.

Danıştayın haklı beklentiği kavram olarak zikrederek ve ilgili işlemi haklı beklentilerin karşılanması ilkesine aykırı bularak iptal ettiğı fazla sayıda karar bulunmamaktadır. Danıştay ilkeye ilişkin vermiş olduğı kararların birinde haklı beklenti ilkesini hukuki güvenlik ilkesiyle birlikte kullanmıştır. Girmiş olduğı sınav tarihinde yürürlükte olan yönetmelik uyarınca başarılı sayılan davacının, yönetmelik değıştikten sonra başarısız ilan edilmesini haklı beklentilerin karşılanması ilkesine aykırı bulan Mahkeme, kararda şu ifadelere yer vermiştir:

Olayda, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değışikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmeliğın 12. maddesinin 4. fıkrasının, görevde yükselme sınavının yapıldığı 05.04.2014 tarihi itibarıyla yürürlükte olan şeklinde; yazılı sınavın, yüz tam puan üzerinden değılendirileceğı ve yazılı sınavda başarı puanının en az kaç olması gerektiğinin kurumlarca belirlenerek, duyuruda belirtileceğı düzenlenmiş, anılan düzenleme uyarınca yapılan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Merkez/Taşra Teşkilatı Görevde Yükselme ve Yazılı Sınav Duyurusunda ise; sosyal güvenlik merkezi müdür yardımcısı, şef ve memur kadroları için yazılı sınavda başarı puanı, 60 (altmış) olarak belirlenmiş olup, davacı bu sınavda, 65 (altmış beş) puan alarak, mali hizmetler sosyal güvenlik merkezi müdür yardımcısı kadrosu için başarılı sayılmıştır.

Bu bakımdan, davacının, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değışikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmeliğın, yazılı sınavın yapıldığı tarihte yürürlükte olan 12. maddesinin 4. fıkrası gereğince başarılı sayılmasına rağmen, anılan düzenlemede, sınav tarihinden sonra yapılan değışiklikle, başarı puanının 70 (yetmiş) olarak belirlendiğinden bahisle başarısız sayılması yolunda tesis edilen işlem, davacı

⁷⁷⁵ Köküarı, s. 172.

⁷⁷⁶ Köküarı, s. 164; Örüü, s. 139.

⁷⁷⁷ Köküarı, s. 161.

bakımından, önceki düzenleme ile oluşan hukuksal durumun, sonradan yapılacak işlemlerle değiştirilmesi sonucunu doğuracağından, hukuktan beklenen güvenle bağdaşmamakta olup, yukarıda bahsi geçen hukuk güvenliği ve haklı beklenti ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.’’⁷⁷⁸

Karara konu olan uyuşmazlıkta davacı ilgili kadroya atanmak için gereken şartı yerine getirmek üzere girmiş olduğu sınavdan 65 puan alarak başarılı sayılmış ve müdür yardımcısı olarak atanmak hususunda haklı ve meşru bir beklenti içine girmiştir. Burada davacıda oluşan beklentinin, kendisi için tüm sonuçlarıyla tamamlanmış ve elde edilmiş bir hak olduğu söylenemez. Diğer bir deyişle davacı adı geçen kadroya henüz atanmamış, girmek istediği statüye henüz dahil olmamıştır. Bu nedenle kendisi hakkında başarısız sayılma yönünde tesis edilen işlemin yürürlüğü, kazanılmış haklara saygı değil haklı beklentilerin karşılanması ilkesine aykırılık nedeniyle durdurulmuştur. Böylelikle davacıda oluşan meşru ve korunması gereken beklentinin karşılanmaması açıkça hukuka aykırı bulunarak hukuki güvenliğin ihlalinin önlenmesi amaçlanmıştır.

2.3. Haklı Beklentilerin Karşılanmasında Geçiş Hükümlerinin Önemi

İdare, takdir yetkisini ve düzenleme yetkisini kullanarak düzenleyici işlemler üzerinde her zaman değişiklik yapabilir. Bununla birlikte, yapacağı bu değişikliklerde, kişilerin haklı beklentilerini ve dolayısıyla hukuki güvenliklerini ihlal etmeye müsait sonuçlar doğma ihtimalini de hesaba katmalıdır. Bunun için düzenleyici işlemlere konulacak geçiş hükümleriyle, yürürlükteki mevzuata güvenerek tasarrufta bulunan kişilerin mevzuat değişikliğinden etkilenmemeleri sağlanmalıdır. Aynı güvence, yapılan değişikliklerin yürürlük tarihlerinin daha ileri bir tarih olarak belirlenmesi suretiyle de sağlanabilir⁷⁷⁹.

Bu konuda Danıştay yakın tarihli bir kararında şu değerlendirmeleri yapmıştır:

“Düzenleyici işlemlerin, bireylerin hukuki durumunda tüm hukuki sonuçlarını doğuracak şekilde bireyselleşmesinden önce değişikliğe uğraması halinde idareden beklenen geçiş hükümlerini belirleyerek mağduriyetlerin önüne geçilmesidir. Genel

⁷⁷⁸ Danıştay 16. Daire, 23.3.2015 tarih ve E. 2015/10915 sayılı karar. (Yayımlanmamıştır.)

⁷⁷⁹ Bülbül, s. 43; Köküarı, 166; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 281-282.

düzenleyici işlemlerin geçiş hükümlerini içermemesi; değiştirilen veya kaldırılan genel ve soyut düzenlemeye güvenilerek gerekli hak kazanma sürecini başlatma yönünde iradesini ortaya koyan bireyin bu iradesine herhangi bir sonuç bağlanmaması anlamına gelecektir ki böyle bir durum hukuk devleti kavramı ile bağdaşmaz. Genel ve soyut düzenlemelere güvenerek ve değişikliğe uğrayan düzenlemelere dayanarak bir hak elde etmeyi bekleyen bireylerin bu haklı beklentilerinin karşılanması hukuk devleti olmanın gereğidir.”⁷⁸⁰

Kararda da belirtildiği üzere; idarenin uygulama işlemleriyle kişilerin haklı beklentilerini göz ardı edecek işlemler tesis etmesinin önüne geçilmesi, bu uygulama işlemlerinin dayanağı olan düzenleyici işlemlere geçiş hükümleri eklenmesiyle mümkün olur. Bu geçiş hükümleri ise ya düzenleyici işlemin yürürlük tarihinin daha ileri bir tarih olarak belirlenmesini; ya da düzenleyici işlemin kapsamının, düzenleyici işlemin önceki haline güvenerek hareket etmiş olan kişileri kapsamayacak şekilde sınırlandırılmasını içermelidir⁷⁸¹. Aksi takdirde kişilerin hukuki güvenlikleri sağlanamayacağından hukuk devleti ilkesi çiğnenmiş olur. Nitekim geçiş hükümlerine yer verilmeksizin yürürlüğe konulan bir genelge ve bakan onayının iptali istemiyle açılan davada Danıştay aşağıdaki gerekçelerle iptal kararı vermiştir:

“Dava konusu düzenlemeden önce yayımlanan 2006 yılı Genelgesi kapsamında dekar başına 250 TL olan destekleme miktarının, tarım politikaları ile gıda güvenliği ve kalitesi dikkate alınarak dava konusu düzenleme ile dekar başına 45 TL'ye düşürülmesi konusunda davalı idarenin yetkisi olmakla birlikte, önceki Genelge kapsamında destekten yararlanmak amacıyla başvuruda bulunan ve bu konuda haklı beklenti içerisinde olan çiftçilerin haklarını koruyucu ve gözetici biçimde düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu yönüyle dava konusu düzenleme ile üreticilere ödenecek destekleme miktarları üreticilerin haklı beklentilerinin karşılanması amacıyla dikim tarihi esas alınmak suretiyle, daha önceki Genelge kapsamında dikim yapan çiftçilerin hakkını koruyacak nitelikte düzenleme yapılmadığından, dava konusu Genelge ve Bakan onayındaki hukuk

⁷⁸⁰ Danıştay 15. Daire, 22.5.2014 tarih ve E. 2013/5000, K. 2014/4151 sayılı karar. Karar için bkz. Çakır, Sağlık Hizmetlerinin, s. 143.

⁷⁸¹ Bülbül, s. 43, 46; Köküarı, 166; Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 281-282.

*güvenliğini zedeleyici nitelikteki eksik düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*⁷⁸²

Karara konu olan uyuşmazlıkta idareye güvenerek dekar başına 250 TL destekleme alacağını düşünen davacı, bu beklentisi doğrultusunda hareket ederek zeytin fidanı dikmiştir. Bu durumda, dikim tarihinde yürürlükte olan mevzuata güvenerek belli bir yük altına girmiş olan davacının idareye duyduğu güvenin boşa çıkarılmaması gerekir. Bunu sağlamak için idarenin, takdir yetkisine dayanarak yapacağı yeni düzenlemelerde kişilerin haklı beklentilerini karşılayacak tedbirler alması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Kararda Danıştayın eksik düzenleme olarak belirttiği husus da, idarenin söz konusu genelgede idareye güvenerek hareket eden kişilerin mağduriyetini önleyecek geçiş hükümlerine yer vermemiş olmasıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, bir idari işlem, doğuracağı hukuki sonuçlar bakımından hukuka aykırılık teşkil eden eksiklikler barındırıyorsa, bu işlem konu unsuru yönünden sakat hale gelir. Diğer bir deyişle idari işlemlerin konu unsurunda ortaya çıkacak hukuka aykırılık işlemin metninde yer alan ifadelerden kaynaklanabileceği gibi, işlem metninde yer alması gerekip de yer almayan hususlardan da kaynaklanabilir.

III. ÖLÇÜLÜLÜK

A. Ölçülülük İlkesinin Tanımı

Ölçülülük, “temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlandırmaların bu sınırlandırmayla ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından elverişli ve gerekli olup, sınırlandırma aracıyla amaç arasında orantısızlık bulunmaması” şeklinde tanımlanır⁷⁸³. “Kolluk tedbirlerinin uygulanışındaki nazik sorumluluk” olarak ifade edilen⁷⁸⁴ ölçülülük, kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacıyla alınacak önlemlerin sınırını teşkil eder. Öte yandan kanun koyucu ya da idare, kamu düzenini temin ederken mutlak surette kamu yararını sağlamayı hedeflemelidir⁷⁸⁵. Ölçülülük ilkesiyle, kamu gücünü kullanan

⁷⁸² Danıştay 10. Daire, 14.6.2011 tarih ve E. 2007/5427, K. 2011/2289 sayılı kararı, KİBB.

⁷⁸³ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 116.

⁷⁸⁴ Yayla, s. 61.

⁷⁸⁵ Yaşar, İdare Hukuku, 2016, s. 282.

organların temel hak ve özgürlüklere kamu yararı amacıyla ne ölçüde müdahale edebileceği, yani müdahalenin sınırı belirlenmiş olur⁷⁸⁶. Diğer bir ifadeyle kamu düzenini bozan ya da kamu düzeninin bozulmasına neden olabilecek faaliyetlerin boyutu, idarenin kolluk yetkisi çerçevesinde tesis edeceği işlemlerin konusunu belirler⁷⁸⁷.

Ölçülülüğün hukuk devleti ilkesine dayandırılabilmesi, hatta hukuk devletinin zorunlu bir sonucu ve somutlaşmış şekli olduğu söylenebilir⁷⁸⁸. Zira hukuk devleti kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin anayasal güvence altında olduğu bir devlet olup, ölçülülük ilkesi de temel hak ve özgürlüklerin hukuk devleti ilkesinin gerekleri doğrultusunda korunup güçlendirilmesini sağlar⁷⁸⁹.

Anayasa Mahkemesi de verdiği birçok kararında ölçülülük ilkesini yargısal denetimde ölçüt olarak kabul ederek bu ilkenin gelişmesine ve yaygınlaşmasına katkıda bulunmuştur. Mahkeme; ölçülülüğe ilişkin önemli açıklamalarda bulunduğu kararların birinde ilkenin temel hak ve özgürlüklerin korunmasında bir güvence niteliği taşıdığını belirtilerek şu ifadelerle yer vermiştir:

"Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple, kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

...Ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin kanun koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabilmesini ortaya koymaktadır.

⁷⁸⁶ Yüksel METİN, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 193-194.

⁷⁸⁷ Günday, s. 315.

⁷⁸⁸ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 116; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1180; Fazıl SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Öz, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 118.

⁷⁸⁹ Sağlam, Temel Hakların, s. 118.

...Ölçülülük ilkesi, kanuni önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

...Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "ölçülülük ilkesi"dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa'nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi amaç ile araç arasında makul bir ilişki ve dengenin bulunup bulunmadığını inceler.

...Ölçülülük ilkesinin amacı da, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir."⁷⁹⁰

Kararda ölçülülük ilkesinin amacı olarak belirtilen temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmamasının bir sonucu da, getirilen sınırlamanın bu temel hak ve özgürlüğün varlık sebebi ve kullanılabilirliğiyle orantılı olmasıdır. Aksi takdirde söz konusu sınırlama bu temel hak ve özgürlüğü kullanılamaz hale getirir ve bu da ölçülülük ilkesine aykırı olur. Zira bu ilke kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale imkanı verse de; hakkın ortadan kaldırılmasının ya da hakkın özüne müdahalenin bir gerekçesi olamaz⁷⁹¹. Alıntılanan kararda ayrıca, ölçülülük ilkesinin amaç ve araç arasındaki dengeyi ifade ettiği vurgulanmıştır. Gerçekten de ölçülülük ilkesi uyarınca uygulanacak kolluk tedbirleri, karşı karşıya gelen özgürlükler arasında adil ve dengeli bir biçimde hayata geçirilmelidir. Bunun yanı sıra tedbirin uygulanması aşamasında mevcut olan şartlar objektif ve makul bir biçimde değerlendirilerek hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yoluna gidilmelidir⁷⁹².

Ölçülülük ilkesiyle Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin korunması hedeflenir. Ayrıca bu ilke sayesinde kamu düzeni, kamu yararı

⁷⁹⁰ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/1, K. 2014/161 sayı ve 22.10.2014 tarihli kararı, 11.11.2015 tarihli R.G.

⁷⁹¹ Christian Rumpf, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi", Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1993, sa. 25-48, s. 29.

⁷⁹² Yayla, s. 61.

ya da hakkaniyet gibi, korunan başka bir değerin gerektirdiği sınırlama ya da tedbir arasında bir denge kurulması da öngörülür⁷⁹³. Nitekim Danıştay da ölçülülük ilkesinin Avrupa Birliği hukukundaki yerine değinerek verdiği bir kararında, amaç-araç dengesine vurgu yapmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin idare tarafından sınırlandırılmasında ilkenin belirleyici olması gerektiği ifade edilen kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“Avrupa Birliği Hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'den 11'e kadarki maddeleri ile Ek Birinci Protokolün 1. maddesi hükümlerinde anlamını bulan ölçülülük ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında, yaptırım ve yükümlülüklerin denetiminde kullanılmaktadır. Avrupa Birliği Hukuku bakımından hukukun genel ilkesi kapsamında değerlendirilen ölçülülük ilkesi, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle Anayasanın 13 ve 15 nci maddelerinde yer alarak pozitif hukuk kuralı haline gelmiştir.

Anayasanın 13. maddesinde ifade edildiği gibi; temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, ölçülülük ilkesine uygun biçimde, yasayla sınırlandırılabilir. Ölçülülük ilkesi gereği olarak kısıtlamada başvuru olan araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalı, araçla amaç, ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır.

*Ölçülülük ilkesi ile temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmakta, sınırlandırılan hak ve özgürlükler arasında denge kurulması ve mümkün olduğunca sınırlandırılan hak ve özgürlüğe az zarar verilmesi amaçlanmaktadır. Yani önlem elverişli ve zorunlu olmalı, amaca göre dengeli bir orantı içinde kalmalıdır.”*⁷⁹⁴

Danıştay kararında da değinildiği üzere temel hak ve özgürlüklerin minimum düzeyde sınırlandırılması bakımından ölçülülük ilkesi önemli rol oynar. Zira kamu düzeninin bozulmasına yol açan ya da yol açma tehlikesi olan durumun ortadan kaldırılması amacıyla temel hak ve özgürlüklere getirilen gereğinden fazla sınırlandırmalar, ölçülülük

⁷⁹³ Rumpf, s. 41; Metin, s. 59. Bununla birlikte ölçülülük denetiminin daha kolay ve etkili bir şekilde yapılabilmesi ve hukuk devletinin bir gereği olan belirliliğin sağlanabilmesi için kanun koyucu ya da idarenin mevzuattaki kamu düzeni, kamu yararı gibi belirsiz kavramların içini doldurarak sınırlandırma amacını somutlaştırması gerekir. Bkz. Sağlam, Temel Hakların, s. 114.

⁷⁹⁴ Danıştay 10. Dairesinin, 12.4.2010 tarih ve E. 2009/13450 sayılı Anayasa Mahkemesi'ne başvuru gerekçesi, KİBB.

ilkesinin ihlali sonucunu doğurur⁷⁹⁵. İdarenin kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde müdahale etmesinin önlenmesi, hukuka aykırı sonuçların da önüne geçilmesini sağlar. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin en aza indirilebilmesi için idareye, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin konularda kural olarak bağlı yetki; istisnaen de takdir yetkisi verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁹⁶.

B. 1982 Anayasası'nda Ölçülülük

Ölçülülük ilkesi pozitif hukukumuzda 2001 Anayasa değişiklikleri ile girmiş olup, 1982 Anayasası'nın ilk halinde bu ilkeye yer verilmemişti. Bununla birlikte 1961 Anayasası döneminden itibaren Anayasa Mahkemesi kararlarında ilkenin unsurlarına⁷⁹⁷ ve “adaletli bir denge”⁷⁹⁸, “makul ve insani sayılacak sınır”⁷⁹⁹ gibi ilkeyi çağrıştıran ifadelere rastlanılmaktaydı⁸⁰⁰.

1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması başlıklı 13. maddesinin ilk halinde sınırlamanın sınırına ilişkin “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.” hükmü bulunmaktaydı. Buradaki AİHS'e de paralel bir sınır getiren "öngörüldükleri amaç dışında kullanılamama" ifadesinin ölçülülük ilkesinin bir yansıması olduğu ileri sürülmüş bu düşünceye dayanak olarak da 13. maddenin gerekçesi gösterilmiştir⁸⁰¹. Diğer yandan ilgili maddenin Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesi ise şu şekildedir:

⁷⁹⁵ Erkut, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 108.

⁷⁹⁶ Oğurlu, Ölçülülük İlkesi, s. 35.

⁷⁹⁷ Elverişlilik unsuru için bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 1963/330, K. 1964/15 sayı ve 11.2.1964 tarihli kararı, 14.7.1964 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 1970/48, K. 1972/3 sayı ve 8-9.2.1972 tarihli kararı, 19.10.1972 tarihli R.G.; Gereklilik unsuru için bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 1973/37, K. 1975/22 sayı ve 11-14.2.1975 tarihli kararı, 3.12.1975 tarihli R.G. Orantılılık unsuru için bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 1970/22, K. 1971/20 sayı ve 18.2.1971 tarihli kararı, tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 1970/42, K. sayı ve tarihli kararı, 7.7.1972 tarihli R.G.

⁷⁹⁸ Anayasa Mahkemesinin E. 1973/3, K. 1973/37 sayı ve 18-20.12.1973 tarihli kararı, 18.6.1974 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 1968/39, K. 1969/15 sayı ve 3.4.1969 tarihli kararı, 17.6.1970 tarihli R.G.

⁷⁹⁹ Anayasa Mahkemesinin E. 1970/22, K. 1971/20 sayı ve 18.2.1971 tarihli kararı, 7.7.1972 tarihli R.G.

⁸⁰⁰ Sağlam, Temel Hakların, s. 121 vd.; Metin, s. 202.

⁸⁰¹ Fazıl SAĞLAM, “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1988, s. 440; Yüzbaşıoğlu, s. 290; Oğurlu,

*"Öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlandırmayacak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlandırılmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli olduğundan fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır"*⁸⁰².

Gerekçede yer alan ifadelerin, özellikle ölçülülük ilkesinin gereklilik ve orantılılık unsurlarına tekabül ettiği söylenebilir. Zira gerekçede amacın meşruluğundan bahsedilmiş olsa da, sınırlamanın meşru amaca ulaşmak için elverişli olmasından söz edilmemiştir. Bununla birlikte gerekçede her ne kadar elverişlilik unsuruna yer verilmemiş olsa da, ilkenin diğer unsurlarının madde gerekçesinde yer bulmuş olması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir. Ancak maddenin 2001 değişikliklerinden önceki halinin madde gerekçesinde yer verilen amaçları gerçekleştirmek ve temel hak ve özgürlükleri koruma işlevi bakımından yeterli olmadığını söylemek de mümkündür⁸⁰³.

Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle ölçülülük ilkesi pozitif hukukumuza girmiş ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında anayasal bir ölçüt olarak kullanılmaya başlanmıştır. 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la değişikliğe uğrayan 13. maddenin son hali şu şekildedir: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

1982 Anayasası'na 2001 yılı değişikliğiyle girmiş olan ölçülülük ilkesi, yasal düzenlemeler ya da idarenin işlem ve eylemleri sonucu temel hak ve özgürlüklere yapılabilecek müdahaleler bakımından bir sınırı ifade eder⁸⁰⁴. Zira bu ilkenin amacı idarenin kamu gücünü gerekenden fazla bir şekilde kullanmasının önlenerek, kişilerin

Ölçülülük İlkesi, s. 41. Aksi yönde, söz konusu ifadenin yetki saptırmasını yasaklayan bir hüküm olduğu ve dolayısıyla ölçülülükle ilgisi olmadığı görüşü için bkz. Gözler, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 133.

⁸⁰² Burhan KUZU, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 25; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 116; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1179.

⁸⁰³ Oğurlu, Ölçülülük İlkesi, s. 43.

⁸⁰⁴ Okay Tekinsoy, "Kolluk", (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku), s. 575; Akbulut, s. 359.

temel hak ve özgürlüklerinin korunup güvence altına alınmasıdır⁸⁰⁵. Diğer bir ifadeyle, kamu düzeninin bozulması tehlikesi ya da ihtimalinin bulunduğu durumlarda tedbir niteliğinde tesis edilecek işlemler ya da gerçekleştirilecek eylemler ölçülülük ilkesine aykırı olamaz⁸⁰⁶.

Yasal düzenlemelerde yer bulmayan ölçülülük ilkesi, hukukun genel ilkelerinden biri olması nedeniyle yasama organının ve idarenin işlemlerinin hukuki denetiminde doğrudan uygulanabilecek nitelikte açık, somut ve kesin bir ilkedir⁸⁰⁷. Bununla birlikte Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan değişikliğin kanun koyucu tarafından yasal düzenlemelere de yansıtılması, ilkenin idari işlemlerin yargısal denetiminde daimi bir ölçüt olarak uygulanabilmesinin en güvenli yolu olur⁸⁰⁸.

C. Ölçülülük İlkesinin Unsurları

Özellikle Almanya ve İsviçre hukukunda geniş uygulama alanı bulan⁸⁰⁹ ölçülülük ilkesinin, Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla ortaya konulmuş⁸¹⁰ üç unsuru (alt ilkesi) bulunmaktadır. Bunlar elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarıdır⁸¹¹. Ölçülülük ilkesi kanun koyucu ya da idarenin ulaşmak istediği amaç ile bu amaca ulaşmak için kullandığı araç arasındaki ilişkiyi konu almakta olup⁸¹²; kamu düzeninin korunması ya da bozulan kamu düzeninin eski hale getirilebilmesi amacıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırıldığı durumlarda, sınırlama aracının amacı gerçekleştirmeye elverişli, bu amacın gerçekleşmesi bakımından zorunlu ve amacı gerçekleştirecek oranda olması anlamına gelir⁸¹³. Ölçülülük ilkesinin unsurları hakkında Anayasa Mahkemesi de muhtelif kararlarında şu ifadelerle yer vermektedir:

“Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak

⁸⁰⁵ Metin, s. 20; Yavuz ATAR, Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s. 132.

⁸⁰⁶ Yayla, s. 59.

⁸⁰⁷ Metin, s. 60; Oğurlu, Ölçülülük İlkesi, s. 25, 96.

⁸⁰⁸ Oğurlu, Ölçülülük İlkesi, s. 96.

⁸⁰⁹ Metin, s. 21.

⁸¹⁰ Sağlam, Temel Hakların, s. 113.

⁸¹¹ Oğurlu, Ölçülülük İlkesi, s. 35; Metin, s. 21; Sağlam, Temel Hakların, s. 113. Bu unsurlardan orantılılık, doktrinde “dar anlamda ölçülülük” olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Metin, s. 36 vd.

⁸¹² Metin, s. 21.

⁸¹³ Metin, s. 21; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 116.

üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, başvuru alan önlemin ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” başvuru alan önlemin ulaşmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve “orantılılık” ise başvuru alan önlem ve ulaşmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.”⁸¹⁴

Doktrinde ve yargı kararlarında kabul edilen elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurları sayesinde ölçülülük ilkesinin içeriğinin doldurulması mümkün hale gelir. Bunun yanında bu unsurlar ölçülülüğün eksiksiz bir şekilde tanımlanmasını⁸¹⁵ ve etkin bir ölçülülük denetiminin yapılmasını kolaylaştırır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ölçülülük ilkesine ilişkin yapılacak bir değerlendirmede bu unsurlardan biri bakımından hukuka aykırılık tespit edildiğinde, diğer unsurlar açısından bir inceleme yapmaya gerek kalmaz⁸¹⁶. Bu unsurlardan herhangi birindeki hukuka aykırılık, idari işlem ya da eylemin ölçüsüz bir müdahaleyi içerdiğini göstermeye yeter.

1. Elverişlilik

Elverişlilik, getirilen sınırlama ile ulaşmak istenen amaca ulaşmanın mümkün olmasını, diğer bir ifadeyle kullanılan aracın amacı gerçekleştirmeye uygun bir araç olmasını ifade eder⁸¹⁷. Elverişlilik unsuru açısından; başvuru alan araç, amacın gerçekleşmesine kısmen de olsa katkı sağlamıyorsa ya da amacın gerçekleşmesini zorlaştırıyorsa işlemin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu söylenir⁸¹⁸.

Anayasa Mahkemesinin 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesindeki yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve firar fiilleri hakkında dava zaman aşımının, “bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren” işlemeye başlayacağına ilişkin hükmü elverişlilik ilkesine aykırı bularak iptal ettiği kararında şu ifadeler yer almıştır:

⁸¹⁴ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/158, K. 2014/68 sayı ve 27.3.2014 tarihli kararı, 9.4.2014 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/66, K. 2014/19 sayı ve 29.1.2014 tarihli kararı, 10.1.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/115, K. 2014/16 sayı ve 29.1.2014 tarihli kararı, 9.5.2014 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesinin E. 2013/32, K. 2013/112 sayı ve 10.10.2013 tarihli kararı, 31.12.2013 tarihli R.G.

⁸¹⁵ Kaboğlu, s. 382.

⁸¹⁶ Kaboğlu, s. 383.

⁸¹⁷ Metin, s. 26; Oğurlu, Ölçülülük İlkesi, s. 36.

⁸¹⁸ Metin, s. 193; Oğurlu, Ölçülülük İlkesi, s. 36.

“Ölçölülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. İtiraz konusu kuralın askeri disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacıyla getirildiği anlaşılmakta ise de maddede belirtilen suçları işleyenler açısından dava zamanaşımı süresinin, failin yakalanmak veya kıtasına kendiliğinden katılmak suretiyle askeri hiyerarşi ve disiplin altına girdiği tarihten ya da idarece disiplin altına girmesine gerek görülmeyerek resen ilişkisinin kesildiği tarihten başlatılmayıp, bizzat girdiği taahhüdün bittiği tarihten itibaren başlatılması, askeri disiplinin sağlanması açısından gerekli ve elverişli bir tedbir olarak değerlendirilemez.

... İtiraz konusu kural, maddede sayılan suçların ağırlığını, öngörülen ceza sürelerini, cezadan beklenen sosyal faydanın zaman içinde azalacağını dikkate almaması, disiplinin yeniden tesisine etkin bir katkı sağlamayacak olmasına rağmen faili uzun ve aynı zamanda belirsiz olan süre ile ceza tehdidi altında bırakması nedeniyle kamu yararı ile bireyin hak ve hürriyetleri arasında adil bir denge oluşturduğu söylenemeyeceğinden bu yönüyle de ölçölülük ilkesine aykırıdır.”

Kanun koyucunun getirmiş olduğu düzenleme, Anayasa Mahkemesine göre düzenlemenin getiriliş amacı olan askeri disiplini tesis etmeye ve cezalandırmadan beklenen sosyal faydayı sağlamaya elverişli değildir. Dolayısıyla anayasal bir ilke olan ölçölülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, yasal düzenlemelerde olduğu gibi idare tarafından konulan kurallar da amacın gerçekleştirilmesini sağlamaya elverişli olmak durumundadır. Kamu düzenini bozan ya da bozma tehdidi oluşturan bir durum veya eylem mevcutsa; ilk olarak, idarenin kamu düzenini korumaya yönelik almış olduğu tedbirlerin bu durum ve eylemleri bertaraf etmeyi mümkün kılacak (yani elverişli) nitelikte olması gerekir. Aksi halde bu idari işlemler amacın gerçekleşmemesi sonucunu doğuracağı için ölçölülük ilkesine aykırılık gerekçesiyle iptal edilir.

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bir bireysel başvuru sonucu verilen kararda başvuru R.V.Y. A.Ş.’nin; izin almadan yayın yaptığı gerekçesiyle RTÜK tarafından radyo yayınlarının durdurulmasını elverişlilik açısından değerlendiren Mahkeme, şu yönde karar vermiştir:

“Başvurucu, 1995 yılından itibaren yayın yapmaktayken 2000 ile 2002 yılları arasında yayınlarına ara vermiş, 2002’den 2009 yılına kadar da yayınlarına devam etmiştir. Dolayısıyla başvuru, RTÜK ve Derece Mahkemesi kararlarında adı geçtiği gibi "izin almadan yayın yapan" değil; "yayınlarına ara veren" statüsünde bulunmaktadır. ... Bu hususlar dikkate alındığında RTÜK ile Derece Mahkemelerinin kararlarında belirtilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olmadığı ve bu nedenle de somut başvuruda müdahalenin "arzulanan hedeflere uygun" olmadığı değerlendirilmiştir.”⁸¹⁹

Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere bir temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin, bu müdahale ile ulaşılmak istenen hedefe uymaması elverişlilik unsurunun gerçekleşmediği anlamına gelir. Olayda da RTÜK’ün tesis ettiği işlem kamu düzeninin sağlanması amacını gerçekleştirmek bakımından elverişli değildir. Bu nedenle söz konusu müdahale elverişlilik unsuru yönünden ölçülülük ilkesine aykırı bulunmuştur.

2. Gereklilik

Ölçülülük ilkesinin bir diğer unsuru olan gereklilik; amaca ulaşmak için bu amacın gerçekleşmesini sağlayacak elverişli araçlar arasından en yumuşak ya da hafif olanının kullanılmasıdır. Dolayısıyla birden çok sınırlama aracından kişilerin hak ve özgürlüklerini minimum seviyede kısıtlayacak olan tedbirin uygulanması gereklilik unsuruyla mümkün olur⁸²⁰. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir sınırlamanın gereklilik koşuluna uygun olması, “maksadın hasıl olması için” daha az sınırlayıcı başka bir tedbirin bulunmadığı durumlarda söz konusu olur⁸²¹. Diğer bir ifadeyle, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvurulacak tedbire zorunlu olarak başvuruluyor olması, bu unsur bakımından belirleyicidir. Bu bakımdan idarenin ulaşmak istediği amacın somut olarak düzenlenmiş olması, gereklilik unsuru bakımından yapılacak denetimi de olumlu yönde etkiler. Zira ulaşılmak istenen amacın somut, açık ve net olması, idarenin bu amaca ulaşmak için kullanmayı tercih ettiği aracın gerçekten gerekli ya da zorunlu olup olmadığı hususunda karar verecek konumdaki idari yargıcın işini kolaylaştırır⁸²².

⁸¹⁹ Anayasa Mahkemesinin B.N. 2013/1429 ve 14.10.2015 tarihli kararı, 3.12.2015 tarihli R.G.

⁸²⁰ Sağlam, 1982 Anayasasının, s. 441; Metin, s. 30, 32; Oğurlu, Ölçülülük İlkesi s. 37-38; Gözler, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 132.

⁸²¹ Metin, s. 68.

⁸²² Sağlam, 1982 Anayasasının, s. 441.

Kolluk yetkileri ancak kamu düzeninin korunması ve bozulan kamu düzeninin eski hale getirilmesi amacıyla kullanılabileceği için ⁸²³ bu yetki kapsamında gerçekleştirilecek faaliyetlerin, söz konusu amacın gerçekleşmesini sağlayacak en hafif araçla yerine getirilmesi gerekir⁸²⁴. Zira gereklilik unsuru uyarınca, idarenin bir temel hak ve özgürlüğe getirdiği sınırlama, kamu düzeninin korunması bakımından alınması gereken ve daha hafif bir alternatifi bulunmayan zorunlu bir önlem olmalıdır⁸²⁵.

Anayasa Mahkemesi, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının ⁸²⁶ (TİB) “www.twitter.com” adlı internet sitesine erişim yasağı koyması üzerine yapılan bireysel başvuruyu değerlendirdiği kararda, ölçülülük ilkesine ilişkin şu açıklamaları yapmıştır:

“Sınırlama amacı ile aracı arasında adil bir dengenin gözetilmesi şeklinde tarif edilen ölçülülük ilkesi ile daha az sınırlayıcı ya da daha hafif tedbirlerle sınırlama amacına ulaşılması mümkün olduğu halde hak ve hürriyetleri daha çok sınırlayan, haklardan yararlanacak kişilere daha ağır yükümlülükler getiren düzenlemelerin önlenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla belli bir amaca ulaşmak için alınan sınırlayıcı tedbir, gereğinden ağır ve katı ise o sınırlama ölçülü olmayacağı gibi demokratik toplum düzenine de uygun bir sınırlama olmayacaktır.”

Mahkeme, bu açıklamalardan sonra ise aşağıdaki gerekçeyle, erişimin engellenmesi kararının ifade özgürlüğüne aykırı olduğuna hükmetmiştir:

“Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB’in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en

⁸²³ Atay, İdare Hukuku, s. 679.

⁸²⁴ Okay Tekinsoy, “Kolluk”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku), s. 576.

⁸²⁵ Günday, s. 315; Atay, İdare Hukuku, s. 679, Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1184; Okay Tekinsoy, “Kolluk”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, İdare Hukuku), s. 576.

⁸²⁶ Başkanlık 15.08.2016 tarih ve 671 sayılı KHK ile kapatılmıştır.

temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır.”⁸²⁷

Anayasa Mahkemesi söz konusu internet sitesine erişimin tamamen engellenmesinin ulaşılmak istenen amaç için zorunlu ve gerekli olmadığını ifade etmiştir. Zira erişimin tamamen engellenmesinden daha hafif bir tedbir olan URL bazında engelleme, kamu düzeninin sağlanması ve korunması için yeterlidir. Bu nedenle gereklilik unsurunun ihlali sonucunu doğuran müdahale, ölçülülük ilkesine aykırı şekilde gerçekleşmiştir.

Danıştay da, 5727 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde düzenlenen kuraldaki ⁸²⁸ “Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde” ifadesinde bulunan “kahvehane” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına ulaşmıştır. Bu kanıya ulaşılmasına sebep olan gerekçeler ise Mahkeme tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

“Anayasa’nın 48. maddesinde, Devletin, ticari işletmelerin güvenli ve kararlı bir biçimde faaliyetlerinin devamı için önlem almakla görevlendirilmiş olması karşısında, kahvehaneler açısından tütün ürünlerinin tüketildiği/tüketilmediği bölüm ayırımına gidilmesi; kahvehanelerin büyüklüklerine göre yasak uygulaması ya da başka ayırt edici özellikler belirlenmesi suretiyle çalışma özgürlüğü ve kişi özgürlüğünün özüne dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun biçimde sınırlandırma getirilmesi mümkündür.” ⁸²⁹

Danıştay, başvuru gerekçesinde bir temel hak ve özgürlüğe sınırlama getirilirken bu yönde alınacak tedbirlerin amaç bakımından zorunlu ya da gerekli olup olmadığına

⁸²⁷ Anayasa Mahkemesinin B.N. 2014/3986 ve 2.4.2014 tarihli kararı. Aynı yönde: “somut olayda idare veya yargı mercileri tarafından, dini inancı gereği vücudunu tamamen örtecek şekilde pardösü giyen başvuru kişinin pardösüsünü çıkartmaması ile güvenliğin nasıl bozulacağı tam olarak açıklanmamıştır. ... Bu sebeple mevcut şikâyetle başvuru kişinin görebileceği bir yerde ve diğer tedbirler alınmadan pardösüsünün çıkartılmasının neden zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç olduğu açıklanmamıştır.” Anayasa Mahkemesinin B.N. 2013/7443 ve 20.5.2015 tarihli kararı, 10.8.2015.

⁸²⁸ Kuralın ilgili kısmı şu şekildedir: “Tütün ürünleri; ... d) Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde tüketilemez.”

⁸²⁹ Danıştay 10. Dairesinin, 12.4.2010 tarih ve E. 2009/13450 sayılı Anayasa Mahkemesi’ne başvuru gerekçesi, KİBB.

yönelik bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Bunun yanında kanun koyucunun amacının gerçekleşmesi için son çarenin kahvehanelerde tütün ürünlerinin yasaklanması olmadığı, dolayısıyla temel hak ve özgürlüğü daha az sınırlayacak önlemler alınabilecekken yasaklama yoluna gidilmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olacağı da yine Mahkemece belirtmiştir. Gereklilik unsuru uyarınca, idare tarafından kullanılan araçlar kamu düzenini bozan ya da bozma potansiyeli olan durum ve eylemleri bertaraf etme amacını gerçekleştirmek için zorunlu ve gerekli olmalıdır⁸³⁰. İdare burada elverişli araçlar arasında bir tercih yapar⁸³¹. İdarenin kamu düzeninin daha hafif nitelikte bir sınırlama yoluyla sağlanması ya da korunmasının mümkün olduğu durumlarda, gerekenden ağır sonuçlar doğuracak bir önlemleri tercih etmesi ise gereklilik unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır.

3. Orantılılık

Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan orantılılık, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan araçların amacın gerçekleşmesi bakımından orantısız bir sonuç doğurmamasını ifade eder⁸³². Orantılılığı, unsurun kullanım alanını da genişletecek şekilde, araç ve amaç arasında makul bir orantının bulunması olarak tanımlamak da mümkündür⁸³³. Orantılılık uyarınca bir temel hak ve özgürlük ancak kamu düzeninin korunması için "gerekten oranda" sınırlandırılabilir⁸³⁴. Bu noktada kullanılan ölçütlerden biri de katlanılabilirliktir⁸³⁵. Zira orantılılık unsuruna aykırılık, kişilerin hak ve özgürlüklerine katlanılamaz ölçüde bir müdahale yapılması durumunda söz konusu olur. Diğer yandan kamu düzenini bozan ya da bozma tehdidi oluşturan durum ve eylemlerin nitelik ya da ağırlıkları dikkate alındığında idarenin bu durum ve eylemlerle dengeli ve orantılı bir sınırlama aracı kullanmayıp kişilere ölçsüz bir yükümlülük yüklememesi de orantılılık ilkesinin bir gereğidir⁸³⁶.

⁸³⁰ Sağlam, 1982 Anayasasının, s. 441.

⁸³¹ Metin, s. 32.

⁸³² Hasan Tahsin FENDOĞLU, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' Veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 2000, sa. 363-384, s. 369, dn. 35.

⁸³³ Sağlam, Temel Hakların, s. 116, Metin, s. 36.

⁸³⁴ Yaşar, İdare Hukuku, 2014, s. 240.

⁸³⁵ Metin, s. 38.

⁸³⁶ Sağlam, 1982 Anayasasının, s. 441; Metin, s. 38.

Orantılılık unsuruyla gereklilik unsuru arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Zira gereklilik unsurunda, sabit bir amacın gerçekleşmesi için kullanılmaya elverişli birden çok araç arasından ölçülülüğü sağlayacak bir seçim yapılması söz konusudur⁸³⁷. Orantılılıkta ise kamu düzenini sağlama ya da muhafaza etme amacını gerçekleştirmek için kullanılacak aracın, kişilerin hak ve özgürlüklerini orantısız biçimde sınırlandırmaması esastır. Görüldüğü gibi, gereklilik unsuru sınırlandırma aracının gerekli ve zorunlu olmadığı; orantılılık ise ortaya çıkan sonucun orantılı olmadığı durumlarda ihlal edilmiş olur. Bu durumda orantısız sonuca yol açan; kullanılan aracın elverişsizliği ya da gereksizliği olabileceği gibi, elverişli ve gerekli bir aracın orantıyı bozacak bir şekilde, yoğunlukta ve ölçüde kullanılması da olabilir.

Orantılılığı; *“özgürlükler alanında getirilen sınırlamanın onu belirleyen durumla orantılı olmasını, hak ve özgürlüğün varlığını zedelememesi”* şeklinde tanımlayan⁸³⁸ Danıştayın bu unsura ilişkin bir kararına konu olan uyuşmazlıkta; davacı, ilçe emniyet müdürü olarak görev yaptığı sırada, evinden para çalan çocuğun bir polis memurunun çocuğu olduğunu öğrenmiştir. Bunun üzerine polis memuru ile anlaşarak çocuğu ile ilgili işlem yaptırmamıştır. Danıştay bu durumun Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nün 8/10. maddesinde yer alan “suç kanıtlarını yok etmek veya bilerek ve isteyerek yok olmasına neden olmak ya da saklamak, saklanmasına yardımcı olmak yahut değiştirmek” fiili olarak nitelendirilmesi sonucu tesis edilen disiplin cezasını orantılılık ilkesine aykırılık gerekçesiyle iptal etmiştir⁸³⁹. Kararda Danıştay, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nde yer alan hükmün amacıyla davacının eylemi arasında bir orantısızlık olduğunu, zira davacının eyleminin ancak “görev sırasında veya dışında yasaklanan tutum ve davranışlarda bulunma fiili” kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir bireysel başvuru kararında da, başvurucunun e-posta yazışmaları gerekçe gösterilerek astsubaylık sözleşmesinin yenilenmemesi ölçülülük ilkesine aykırı bulunmuştur:

⁸³⁷ Sağlam, Temel Hakların, s. 116.

⁸³⁸ Danıştay 10. Dairesi, 13.6.1995 tarih ve E. 1994/665, K. 1995/3085 sayılı karar, KİBB.

⁸³⁹ Danıştay 10. Dairesi, 26.12.2006 tarih ve E. 2003/3174, K. 2006/6690 sayılı karar, KİBB.

“Başvurucunun dava konusu ettiği işlemin; sözleşmesinin feshi değil, sözleşmenin yenilenmemesi işlemi olduğu dikkate alınsa bile sicil notları çok iyi düzeyde olan, sicil amirlerince hakkında herhangi bir olumsuz kanaat bildirilmeyen, disiplin cezası bulunmayan, takdir ve ödül belgeleri ile taltif edilen ve hakkında "çok iyi" seviyede nitelik belgesi düzenlenen başvuru yönünden; resmî e-posta hesabının görev harici işlerde kullanılmasının ve bu bağlamda bu hesaptan sohbet ve sosyal amaçlı paylaşımlarda bulunulmasının, 9 yıllık görev (sözleşme) süresinin bitiminde sözleşmesinin yenilenmemesine dayanak olarak kabul edilmesinde, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı; başvurucunun özel hayatına ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır.”⁸⁴⁰

Mahkeme, yapılan müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırılığına hükmederken; uygulanan yaptırımın ağırlığına bakılarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiş ve bu yönde yaptığı değerlendirmede yaptırımın sonuçlarını şu şekilde ifade etmiştir:

“Başvurucu hakkında uygulanan resmî e-posta hesabı üzerinden yaptığı iletişimin denetlenmesi sonucunda bu hesabın kullanım şekli dolayısıyla sözleşmenin yenilenmemesi işleminin, başvurucunun mesleki hayatı üzerinde olduğu kadar, temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etkisi bulunmaktadır. ... Öte yandan 9 yıl süreyle astsubay olarak görev yaptıktan sonra sözleşmesi yenilenmeyen başvurucunun, mesleği gereği TSK dışında başka bir yerde iş bulmasının diğer meslek sahibi kişilere göre daha zor olduğu hususu da dikkate alınmalıdır.”

Başvurucunun sözleşmesinin yenilenmemesi yönündeki müdahalenin doğuracağı sonuçlar dikkate alındığında; hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan aracın müdahale ile hedeflenen amaçla bağdaşmadığı görülür. Bunun yanında, müdahale sonucunda başvuru bakımından ortaya çıkacak kararda yer verilen bu sonuçlar; müdahalenin, amaç ve araç arasında bulunması gereken adil dengeyi kurmaktan

⁸⁴⁰ Anayasa Mahkemesinin B.N. 2013/9704 ve 3.3.2016 tarihli kararı, 27.4.2016 tarihli R.G.

uzak ve hakkaniyete aykırı olduğunu ortaya koyar. Bu durum ise başvurucuya uygulanan sınırlamayla, orantılılık unsuru açısından ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelir.

D. İdari İşlemlerde Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik idari işlemlerin hukuka uygunluğunda kullanılan bir ölçüttür. Ölçülülük ilkesi doğrultusunda hareket eden idare, “idari işlemin doğurduğu sonuç”, “idari işlemde beklenen amaç” ve “idari işleme sebep olan olguları” göz önünde bulundurarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sınırlama getirir⁸⁴¹. Bu noktada idare; düzenleyici işlemler yoluyla, uygulanmasıyla ölçülülük ilkesine aykırı sonuçlar doğuracak kurallar ihdas edemeyeceği gibi, temel hak ve özgürlükleri ölçüsüzce sınırlandıracak birel işlemler de tesis edemez.

Danıştayın vermiş olduğu bir karara konu olan uyuşmazlıkta, Yükseköğretim Kurulunun 21.7.2009 tarih ve 1266 sayılı kararıyla yükseköğretime girişte farklı katsayı puanı uygulamasının kaldırılmasına ilişkin bir işlem tesis edilmiş; bu işlemin yürütmesinin durdurulması ve iptali için dava açılmıştır. Danıştay idari işlemlerin ölçülülük ilkesine uygun şekilde tesis edilmesi gerektiğine hükmettiği kararda şu ifadeleri kullanmıştır:

“Mesleki-teknik liseden mezun olan kişilerin üniversiteye girebilmelerinin de Yasanın bir gereği olduğu tartışmasızdır. Değinilen lise mezunlarına genel lise mezunlarıyla girdikleri sınavda farklı katsayı uygulanması yukarıda yapılan açıklamalar karşısında hukuka uygun ise de; bu farklılığın ölçülü (idari işlemde beklenen amaç ile kullanılan araç arasında adil bir denge) olması gerektiğinde de kuşku bulunmamaktadır. İdare bu konuda yapacağı düzenlemede ölçülülük ilkesini dikkate almalıdır. Ölçülülük ilkesi dikkate alınarak belirlenecek olan katsayı, temel ilkeleri yukarıda açıklanan eğitim sisteminin örgütleniş biçimindeki bütünlüğü bozmamalı, alan/bölüm, mesleki eğitim,

⁸⁴¹ Michel Guibal, "De la proportionnalité", in L'Actualité juridique Droit administratif, 1978, s. 477. (Aktaran: Erkut, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 107.)

genel lise eğitimi gibi ayrımları ve yargı kararlarını geçersiz kılacak nitelikte olmamalıdır.”⁸⁴²

Danıştay, idari işlemde beklenen amaç ile bu amacın gerçekleşmesi için kullanılan araç arasında ölçülü bir ilişkinin bulunmasını gerekli görmüştür. Bu noktada doğrudan bir hakkın sınırlandırılması ya da bir yaptırım uygulanmasının söz konusu olmadığı durumlarda da; aracın amacı gerçekleştirmek bakımından elverişli olması söz konusu ölçülülüğü sağlayacak ve işlemi hukuka uygun hale getirecektir.

Bunun yanında “idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkan, araç ve ölçülerin, bu davranışı ile elde etmek istediği sonuçlara uyarlanması” olarak da tanımlanan ⁸⁴³ ölçülülük ilkesi uyarınca idare, ancak hukuka uygun bir amacı gerçekleştirmek üzere sınırlamalar getirebilir⁸⁴⁴. Buna göre, ölçülülük ilkesinin tanımı da göz önünde bulundurulduğunda; idarenin, idari işlemi gerçekleştirmek için gereken sebebin meydana geldiği durumlarda bu sebebin gerektirdiğinden daha ağır bir sonucun doğmasına yol açmasının işlemi konu unsuru bakımından sakatlayacağı söylenebilir. Zira böyle durumlarda uygulanacak tedbirle ortaya çıkan sonucun bu tedbirin uygulanmasına sebep olan tehlikenin ağırlığıyla orantılı ve idarenin gerçekleştirmek istediği amaca uygun olması, ölçülülük ilkesinin bir gereğidir⁸⁴⁵.

Öte yandan gereklilik ve orantılılık unsurlarındaki, ağır hukuka aykırılıklar “fiili yol”u da gündeme getirebilir⁸⁴⁶. Zira fiili yolda idarenin işlem veya eylemindeki ağır hukuka aykırılık, idarenin temel hak ve özgürlüklere olağandışı usullerle müdahale etmesi sonucunu doğurur. Bu durumda da söz konusu işlem, eylem ya da usulün idarilik

⁸⁴² Danıştay İDDK, 10.12.2009 tarih ve E. 2009/1005 sayılı karar, KİBB.

⁸⁴³ Guibal, s. 479. (Aktaran: Erkut, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 108.)

⁸⁴⁴ Metin, s. 21.

⁸⁴⁵ Günday, s. 315; Yayla, s. 61.

⁸⁴⁶ Oğurlu, Ölçülülük İlkesi, s. 122. Fiili yol hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gül ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, MÜHFHAD, C. 13, S.1-2, 2007, sa. 211-224; Gürsel KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol”, GÜHFD, Haziran-Aralık 2007, C. XI, Sayı: 1-2, sa. 887-918; Yücel OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2003, C. IV, S. 1, sa. 59-71.

vasfı ortadan kalkmakta⁸⁴⁷ ve işlemin yargısal denetimi adli mahkemelerce yapılmaktadır⁸⁴⁸.

Ölçülülük ilkesine ilişkin hukuka aykırılıkların yaygın olarak görüldüğü ve ölçülülük denetiminin en kolay şekilde yapılabileceği idari işlem kategorilerinden biri idari yaptırımlardır⁸⁴⁹. İdari yaptırımlar "idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlar" olarak tanımlanır⁸⁵⁰. İdari yaptırımların en belirgin özellikleri ise Anayasa Mahkemesi tarafından *"bir idari organ veya makam tarafından kamu gücü kullanılarak yapılan tek yanlı idari bir işlem olma"* ve *"yasal veya düzenleyici idari işleme uyulmamasının bir ceza içermesi"* şeklinde ifade edilmiştir⁸⁵¹. İdari yaptırımlarda, kişilere uygulanan yaptırımın ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde yaptırıma muhatap olan kişilerin subjektif durumlarının göz önünde bulundurulması önemlidir. Böylelikle idari yaptırımın, hedeflenen amaca ulaşılması için gerekli ve elverişli bir araç olarak kullanılıp kullanılmadığı, yaptırımın caydırıcılığı da dikkate alınarak belirlenmiş olur⁸⁵².

İdare, ölçülülük ilkesi uyarınca, ihlal edilen kural ile bu ihlal neticesinde ilgiliye uygulanan yaptırım arasında bir denge kurmalıdır⁸⁵³. Bu durum idari yaptırım öngören yasal düzenlemeler bakımından da geçerlidir. Kural ve yaptırım arasında adil bir dengenin kurulmadığı yasal düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilir. Nitekim Mahkeme, bu hususta vermiş olduğu bir kararda şu ifadeleri kullanmıştır:

"Kanun koyucu hukuk devletinde kamu hizmetlerinin uyum ve düzen içinde yürütülmesini sağlamak amacıyla hizmeti sunan kamu görevlileri için disiplin düzenlemeleri içeren kurallar öngörebilir ve bu kurallara uyulmasını temin etmek

⁸⁴⁷ Siddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1672; Kamer GENÇ, "Kamu Gücünün Kullanılması", İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler, Ankara, 1980, sa. 348-397, s. 394.

⁸⁴⁸ Neville L. BROWN-John S. BELL, French Administrative Law, Fourth Edition, Oxford 1993, s. 135; Özay, Günışığında Yönetim, s. 745; Oğurlu, Ölçülülük İlkesi, s. 120.

⁸⁴⁹ Yücel OĞURLU, İdari Yaptırımlar, s. 92; Erkut, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 119.

⁸⁵⁰ İl Han ÖZAY, İdari Yaptırımlar, Özdem Kardeşler Matbaacılık, 1985, s. 35.

⁸⁵¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2010/55, K. 2011/140 sayı ve 20.10.2011 tarihli kararı, 14.2.2012 tarihli R.G.

⁸⁵² Oğurlu, Ölçülülük İlkesi, s. 93.

⁸⁵³ Oğurlu, İdari Yaptırımlar, s. 91.

amacıyla çeşitli disiplin yaptırımları benimseyebilir. Ancak disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır.”⁸⁵⁴

Çok çeşitli alanlarda uygulanabilecek olan idari yaptırımlar⁸⁵⁵, yaptırımın uygulanacağı alanın ve yaptırımlara muhatap olacak kişilerin özellikleri dikkate alınarak belirlenmektedir⁸⁵⁶. Bu bakımdan kamu görevlilerine, meslek mensuplarına ya da öğrencilere uygulanan ve idari yaptırımların bir türü olan disiplin cezalarında da ölçülülük ilkesine riayet önemlidir⁸⁵⁷. Kanunlarla ya da idarenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenecek disiplin cezaları ile disiplin suçları arasında adil ve makul bir dengenin bulunması ölçülülüğün gerçekleşmesini sağlar. Öte yandan idare birel işlem tesis ederek disiplin cezası uyguladığı durumlarda da, gerçekleşen ihlal ve somut olayın şartları çerçevesinde gerekli ve orantılı sonuç doğurma yönünde hareket etmelidir. Bu noktada idari yaptırımlar bakımından, yaptırımın uygulanmasıyla ortaya çıkan hukuki sonucu ifade eden konu unsuruna aykırılık, işlemin mevzuatta öngörülenden ağır sonuçlar doğurması şeklinde ya da takdir yetkisinin ölçülülüğe aykırı olarak kullanılmasıyla ortaya çıkar⁸⁵⁸. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki; idarenin, Anayasa’nın 38. maddesi gereği kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuracak bir müeyyide uygulayamaması da idari yaptırımların konu unsuru bakımından anayasal sınırını teşkil etmektedir.

⁸⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin E. 2013/15, K. 2013/131 sayı ve 14.11.2013 tarihli kararı, 28.2.2014 tarihli R.G.

⁸⁵⁵ Özay, İdarî Yaptırımlar, s. 110.

⁸⁵⁶ Oğurlu, İdarî Yaptırımlar, s. 39.

⁸⁵⁷ Ali ULUSOY, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 149; Erkut, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 119.

⁸⁵⁸ Oğurlu, İdarî Yaptırımlar, s. 164. Diğer yandan bağımsız idari otoriteler tarafından uygulanacak idari yaptırımların alt ve üst sınır belirlenmeksizin maktu olarak düzenlenmesinin de ölçülülük ilkesine aykırı sonuçlar doğuracağı ifade edilmiştir. Bkz. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 126; Aynı yönde: Oğurlu, İdarî Yaptırımlar, s. 192. Anayasa Mahkemesi ise idari yaptırımların maktu olarak belirlenmesini hukuka uygun bulmuştur: “Kanunla yapılan düzenlemelerin etkili bir şekilde hayata geçirilebilmesi bakımından, öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve yasaklanan fiillerin işlenmesini önlemek için hangi tür ve ölçekte idarî yaptırım uygulanacağı kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Maktu olarak belirlenen idarî para cezaları, cezayı gerektiren fiili işleyenlerin üzerinde, ekonomik durumlarına göre farklı etkiler doğurabilirse de bu durumun adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık oluşturduğu söylenemez. Kanun koyucunun, takdir yetkisine kapsamında fiilin meydana getireceği neticeleri de dikkate alarak düzenlediği itiraz konusu kuralda hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.” Anayasa Mahkemesinin E. 2015/73, K. 2016/161 sayı ve 12.10.2016 tarihli kararı, 3.11.2016 tarihli R.G.

SONUÇ

Kamu gücünü elinde bulunduran idarenin, sahip olduğu bu gücü sayesinde tesis ettiği işlemler özel hukuktaki işlemlerden çeşitli yönleriyle ayrılır. Zira özel hukukta tarafların karşılıklı iradeleri sonucu hukuki sonuç doğarken idari işlemler tek yanlı irade sonucu ortaya çıkar. Bunun yanında özel hukukta işlemin konusu taraflarca serbest bir şekilde belirlenebilirken idari işlemlerin konusu yasama organı ya da idare tarafından yine tek yanlı bir şekilde belirlenir. Özel hukukta karşılıklı iradeleriyle hukuki sonuç doğuran tarafların amacı kişisel yarar ya da menfaatleriyken, idari işlemler ancak kamu yararı amacıyla tesis edilir. Son olarak idari işlemler, kamu yararı amacıyla ve kamu gücü kullanılarak tesis edildiğinden karine olarak ve aksi bir mahkeme kararıyla tespit edilmediği sürece hukuka uygun kabul edilirken özel hukuk işlemlerine ilişkin böyle bir koruma mevcut değildir.

Özel hukuktaki işlemlerin konu unsuru yönünden, mümkün ve meşru olma gibi iki özelliğe sahip olması gerekir. İdari işlemin konusunun da aynı şekilde mümkün ve meşru olması gerekse de idari işlemin doğurduğu hukuki sonuç anlamına gelen konu unsurunun hukuka uygunluğunun sağlanması için çeşitli açılardan ele alınması gerekir.

Konu unsurunun çeşitli açılardan ele alınması için öncelikle idari işlemin özellikleriyle olan ilişkisi ortaya konulması gerekir. Zira konu unsuruyla idari işlemin özellikleri arasında, işlemle doğacak hukuki sonuç bakımından önemli birtakım bağlantılar bulunur. Hatta konu unsurunun neredeyse idari işlemin bir özelliği olduğu da söylenebilir. Şöyle ki; işlemin sonuç doğurma potansiyeliyle doğrudan alakalı olan icrailik özelliği, işlemin hukuki sonuç doğurabilecek olmasını ifade eder. Bu bakımdan icrailiğin, işlemin hukuk alanında değişiklik yapabilme gücü olduğunu söylemek mümkündür. Diğer bir deyişle icrai nitelikte bir konusu olmayan işlemin idari işlem sayılmaması gerekir. İdari işlem sayılmama ise, iptal davasının konusunu oluşturacak ve hukuka uygunluğu mahkemece denetlenebilecek nitelikte bir hukuki sonucun doğmamasıdır. İdari işlemin bir diğer özelliği olan idari işleve ilişkin olma ise işlemin konusunun idarenin, ihtiyaçların giderilmesine yönelik faaliyet gösterdiği teknik bir alanda gerçekleşmesidir. Hukuka uygunluk karinesi sayesinde ise idari işlemin doğurduğu sonucun, mahkemece verilecek bir iptal ya da yürütmenin durdurulması

kararına kadar hukuka uygun olduğu kabul edilir. Son olarak idari işlem, idarenin kamu gücünü kullanmasının verdiği bir ayrıcalıkla tek yanlı irade açıklaması sonucunda kişiler bakımından etkisini göstermektedir. Diğer bir deyişle idari işlemin sonuç doğurması için kişinin rızasına ihtiyaç bulunmaması, işlemin konusunun gerçekleşmesinde kamu gücünün etkisinin bir yansımasıdır.

İdari işlemin idari işleve ilişkin, icrai nitelikte, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan ve idarenin tek yanlı iradesiyle ortaya çıkan konusunun açık ve ağır bir hukuka aykırılık içermesi durumunda işlemin yok hükmünde sayılacağını belirtmek gerekir. Ayrıca bu denli ağır bir hukuka aykırılık içeren idari işlemin her zaman geri alınabileceği de düşünüldüğünde, işlemin konusundaki açık ve ağır hukuka aykırılığın işlemle hukuk alanında herhangi bir sonuç doğmamasına yol açacağı görülür. Bu noktada idari işlemin konusunun imkansız olmasından da işlemin açık ve ağır bir hukuka aykırılık içermesi durumunda söz edilebileceği dikkatten kaçmamalıdır.

İdari işlemin doğuracağı sonucun belirlenmesinde kişilerin iradesinin etkili olmaması işlemin konu unsuruna yönelik bir özelliktir. Bu noktada işlemin doğuracağı hukuki sonucun ortaya çıkmasında belirleyici nitelikteki irade asli ve genel nitelikte düzenleme yetkisini elinde bulunduran kanun koyucunun iradesidir. Kanun koyucu bu yetkisini, idareye bağlı yetki tanımak suretiyle kullanarak işlemin konusunu belirleyebileceği gibi, konu unsurunun belirlenmesini idarenin takdirine de bırakabilir. Öte yandan 1982 Anayasası'nda yürütme organı tarafından herhangi bir kanuna ihtiyaç duyulmaksızın tesis edilecek işlemler de öngörülmüştür. Buna göre Anayasa'nın 121. ve 122. maddesi uyarınca çıkarılacak KHK'lar ile 107. madde uyarınca yürürlüğe konulacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yasama organının sahip olduğu asli düzenleme yetkisinin istisnalarıdır.

İdari işlemin konu unsurunun belirlenmesi aşamasında kanun koyucunun iradesi, Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin temel ilkelere kanunda yer verilip konuya ilişkin çerçevenin kanunda çizilmesi; uzmanlık gerektiren ve teknik konuların ise idareye bırakılması suretiyle tecelli eder. Bunun yanında Anayasa'daki; temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, kişisel verilerin işlenmesi, Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybedilmesi bazı hususlar ise yalnızca kanunun

konusu olabilecek, idari işlemin konusunu oluşturamayacaktır. Bu durumda yalnızca kanunun konusunu oluşturacak hususlar bakımından “kanunla düzenlenir” ifadesi belirleyici bir ölçüttür. Ayrıca bu konulara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler de yine idari işlemle ihdas edilebilecektir. Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülme­yen konularda ise kanun koyucu asli nitelikteki düzenleme yetkisinin devri anlamına gelmemesi için çok geniş de olsa bir çerçeve ve sınır belirlemek suretiyle konunun ayrıntılı hususlarının idare tarafından belirlenmesini mümkün kılabilir. Burada da ölçüt, herhangi bir konunun ilk olarak idare tarafından düzenlenmiş olmamasıdır.

İdari işlemin kanun koyucu tarafından idarenin bağlı yetki içine sokularak belirlenmesi aşamasında dikkat edilecek önemli bir nokta da kuvvetler ayrılığı ilkesinin zedelenmemesidir. Bunun için kanun koyucu her ne kadar genel nitelikte bir düzenleme yetkisine sahipse de kuvvetler, diğer ifadeyle fonksiyonlar ayrılığı ilkesi gereği yasama fonksiyonunu aşarak yürütme fonksiyonuna giren bir konuda düzenleme yapmaktan kaçınmalıdır. Aksi takdirde kanun koyucu, kanunların uygulanmasını yine kanun çıkararak gerçekleştirmiş olur ki bu durumda yürütme diye bir organ ya da fonksiyonun varlık sebebi ortadan kalkmış olur.

Konu unsurunun idare tarafından belirlenmesinde de türev, bağımlı ve tamamlayıcı nitelikteki düzenleme yetkisini kullanan idare; ya düzenleyici işlemi birel işlem tesis ederek uygulayacak idareye bağlı yetki tanıyacak ya da konu unsuruna ilişkin bir takdir yetkisi tanıyacaktır. Bunun yanında idare, ihdas ettiği düzenleyici işlemde konunun normlar hiyerarşisine göre daha alt sırada yer alan bir düzenleyici işlemle belirlenmesini de öngörebilir. Konu unsurunun idare tarafından belirlenmesi aşamasında idarenin uymakla yükümlü olduğu sınır üst norma aykırı düzenleme yapamayacak olmasıdır. Bu durumda başta Anayasa ve kanun olmak üzere normlar hiyerarşisi uyarınca üst sırada yer alan bir düzenlemeye aykırı sonuçlar doğuran düzenleyici işlemler konu unsuru bakımından hukuka aykırıdır. Bu doğrultuda; üst normun kapsamını daraltan ya da genişleten, emredici nitelikteki üst norma aykırı düzenleme içeren ve üst normun amacını aşan düzenlemeler konu unsuru bakımından hukuka aykırılık gerekçesiyle iptal edilir. Birel işlemler ise idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca yine başta Anayasa ve

kanunlar olmak üzere genel soyut ve objektif nitelikteki hukuk normlarına aykırı sonuçlar doğurmamalıdır.

2577 sayılı İYUK'un 2. maddesi uyarınca iptal davaları idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönünden hukuka aykırılıkları iddiasıyla açılan davalardır. Buna göre idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin de yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönünden yapılması gerekir. İdari işlemin beş unsurunu teşkil eden mezkur hususlar bakımından yapılacak yargısal denetimde tespit edilecek hukuka aykırılıkların idari işlemin hangi unsuruna tekabül ettiği de belirtilmelidir. Bu, yapılacak yargısal denetimin daha sistematik ve kolay şekilde gerçekleşmesini sağlar.

İdari işlemin doğuracağı sonuçların hukukun temel ilkelerine de uygun olması gerekir. Bu temel ilkelerin başında, eşitlik, hukuki güvenlik ve ölçülülük gelir. Diğer bir deyişle; eşitlik, hukuki güvenlik ve ölçülülük gibi temel ilkelere aykırı sonuçlar doğuracak idari işlemler, konu unsuru bakımından sakat işlemlerdir. Ne var ki, yargısal denetim neticesinde bu ilkelere aykırı sonuçlar doğuran işlemler iptal edilse de, iptal gerekçelerinde “konu yönünden hukuka aykırılık” ifadesi kullanılmamaktadır.

İdari işlemler kanun önünde eşitlik ilkesine uygun sonuçlar doğuracak şekilde tesis edilmeli; bunun sonucunda nispî eşitlik anlayışı doğrultusunda, aynı hukuki durumda bulunanlara aynı kurallar uygulanmalı ve bu kişilere aynı yönde muamelede bulunulmalıdır. Bununla birlikte ayrımcılık yasağı ve tarafsızlık ilkesi doğrultusunda, kimseye negatif bir ayrımcılık ya da ayrıcalık tanınamayacak olması da yine eşitlik ilkesinin bir sonucudur. Toplumun çeşitli açılardan dezavantajlı bazı kesimlerine yönelik Anayasa uyarınca gerçekleştirilecek farklı uygulamalar ise nispî eşitlik ve hakkaniyet ilkelerinin bir gereği olup bu uygulamaların eşitlik ilkesine aykırılık içerdiği söylenemez. Diğer yandan idarenin belli bir imkan ya da hizmetten herkesin eşit bir şekilde yararlanması amacıyla gerçekleştirdiği fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik uygulamalar da eşitlik ilkesi kapsamında yer alır.

Kişilerin farklı kurallara tâbi tutulması ya da kişilere farklı muamelede bulunulması, ancak bu farklılığı haklı kılacak bir nedenin mevcudiyeti durumunda hukuka uygun olur. Hangi durumların farklı muameleyi ya da uygulanacak kuralın farklı

Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan kişilerin hukuki güvenliklerinin sağlanması da idari işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlayan temel ilkelere dendir. Hukuki güvenlik; idari istikrar, öngörülebilirlik ve belirlilik ile geriye yürümezlik unsurlarının birleşim kümesine karşılık gelir. Zira bu unsurlar zaman zaman birbirleriyle ortak sonuçlar doğururken bazı durumlarda aralarında birtakım nüanslar tebarüz edebilir. Bununla birlikte bu unsurların ortak özelliği haklı beklentilerin karşılanması ve kazanılmış hakların korunması ilkelerine dayanak teşkil etmesidir.

İdari işlemin konu yönünden hukuka uygunluğunu sağlayan bir diğer ilke ise ölçülülüktür. Buna göre kamu düzeninin sağlanması ya da korunması amacıyla bir temel hak ve özgürlüğe sınırlama getiren idari işlemler bu amacın gerçekleşmesi bakımından elverişli ve gerekli olmayan sonuçlar doğurmamalıdır. Diğer yandan idari işlemle ortaya çıkan sonuçla işlemin tesisindeki amaç arasında da orantısızlık bulunmamalıdır. Ölçülülük; yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında değil, idarenin tesis

ettiği tüm işlemlerde işlemin mutedil sonuçlar doğurmasını ve böylelikle konu unsuru bakımından hukuka uygunluğunu sağlayan temel nitelikte bir ilkedir.

lçllk ilkesi söz konusu olduğunda idari işlemin konu unsuru işlemin bir yandan sebep diğer yandan maksat unsuruyla olan ilişkisiyle ele alınmalıdır. Zira lçllk ilkesinin unsurlarından olan gereklilik, işlemin ortaya çıkardığı sonuçların doğmasını gerektirecek bir sebebin varlığını zorunlu kılar. Elverişlilik ise idari işlemin doğurduğu sonucun işlemlle ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesini mümkün kılması olarak tanımlanır. Orantılılıkta da işlemlle ortaya çıkan sonucun ulaşılmak istenen amaçla birlikte değerlendirildiğinde var olması gereken bir dengeden söz edilir.

İdari işlemin konu unsuru bakımından hukuka uygunluğunu sağlayacak olan hukukun temel ilkeleri, idari işlemin yargısal denetimi aşamasında kullanılmakta olan ölçütlerdir. İYUK'un 2. maddesindeki düzenleme doğrultusunda idari işlemin unsurları yönünden bir denetim yapması beklenen idari yargıcın bu temel ilkelere aykırılık tespit ettiğinde, bu aykırılıkların işlemin konu unsuruna tekabül ettiğini de belirtmesi gerekir. Zira bu durum gerek İYUK'taki düzenlemeye uygunluk, gerekse dava dilekçesinde yer alan; işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönleriyle hukuka aykırılığına yönelik iddiaların cevaplandırılması bakımından da isabetli olur. Hukukun genel ilkelerinin konu unsuru yönünden yapılacak denetimden ayrı tutulmak istenmesi durumunda ise yeni bir yasal düzenleme yapılarak iptal davalarının, işlemin unsurlarının yanı sıra hukukun genel ilkelerine aykırılık bakımından da ayrıca değerlendirilmesinin mümkün hale getirilmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

ABDÜLHAKİMOĞULLARI Erdal, “Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetimi Sorunu”, Yasama Dergisi, S. 5, Nisan-Mayıs-Haziran 2007, sa. 5-26.

AKBULUT Emre, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

AKILLIOĞLU Tekin, “Ekonomik Anlamda Yönetmelik İşlemlerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları”, Prof. Dr. Aziz KÖKLÜ’nün Anısına Armağan, AÜSBF Yayınları, 1984, sa. 33-51.

AKILLIOĞLU Tekin, “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Sorunlar”, AİD, C.17, 1984, sa. 36-45.

AKTAN Tahir, “Mahalli İdarelerde Vesayet Denetimi”, AİD, C. 9, S. 3, 1976, sa. 3-24.

AKYILMAZ Bahtiyar -Murat SEZGİNER-Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

ALAN Nuri, “Türk idari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, sa. 31-61.

ALDER John, Constitutional And Administrative Law, Palgrave Macmillan Law Masters, Eighty Edition, 2011.

ANTALYA Gökhan - Murat TOPUZ, Medeni Hukuka Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.

ARAT Nilay, Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi “Takdir Yetkisi” ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

ARIKAN Cengiz, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

ASLAN Zehreddin, İdari Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, 2. Basım, Alfa Yayıncılık, 2001.

ATAR Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015.

ATAY Ender Ethem “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Ankara 2007, sa. 13-95.

ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2014.

ATAY Ender Ethem, Normlar Hiyerarşisi, Erkler Hiyerarşisi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI, Kayseri, 2008, sa. 287-343.

ATAY Yeliz Şanlı, Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, TODAİE, Ankara 2011.

ATİK Ayşegül Çoban, “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi”, SÜHFD, sa. 11-53.

AYAN Mehmet - Nurşen AYAN, Medeni Hukuka Giriş, 10. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2014.

AYANOĞLU Taner, “Kanunlar ve İdari İşlemler Bakımından Geriye Yürümezlik İlkesi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 112, sa. 85-126.

AZRAK Ali Ülkü, “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, Onar Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1977.

BALKAR Kemal Galip, “İdari Kararlarda Makale Şümül Meselesi”, AÜSBFD, C. XXV, S. 2, 1960, sa. 210-212.

BALTA, Tahsin Bekir İdare Hukuku I Genel Konular, AÜSBF Yayını No: 326, Ankara 1970/72.

BARNETT Hilarie, Constitutional & Administrative Law, Tenth Edition, Routledge, 2013.

BAŞ Sezgin, Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

BAŞLAR Kemal, “Anayasa Mahkemesinin Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi ile İlgili Bir Kararının Düşündürdükleri” Yasama Dergisi, S. 7, Ekim-Kasım-Aralık, 2007, sa. 18-40.

BIYIKLI Hasan İsmet, “Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi”, D.D., Yıl. 3, S. 8-11, sa. 82-132.

BROWN Neville L., John S. Bell, French Administrative Law, Fourth Edition, Oxford 1993.

BÜLBÜL Erdoğan, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

ÇAĞLAR Selda, Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

ÇAĞLAR Selda, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 70, S. 2012/3, sa. 41-86.

ÇAKIR Hüseyin Melih, “Danıştay Kararları Çerçevesinde Yokluk Teorisi” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul 2010.

ÇAKIR Hüseyin Melih, Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

ÇAKMAK N. Münci, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

ÇEKİÇ Onur, Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri”, Yasama Dergisi, S. 12, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 2009, sa. 107-135.

ÇITAK H. Alperen -Murat ERDOĞAN, “Yasama Tekniğinde Yeni Bir Eğilim: Kanun Formunda Bireysel İdari İşlemler” Ankara Barosu Dergisi, S. 2012/4, sa. 255-275.

DİNÇKOL Bihterin, “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, S. 8, Güz 2005/2, sa. 101-117.

DURAN Lutfi, “Kanun Hükmünde Kararnâme”, AİD, C.8, S.2, Ankara, 1975. sa. 3-19.

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

DURAN Lutfi, İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1964.

ERDOĞAN Mustafa, Anayasa Hukuku, 8. Baskı, (Tıpkı Basım) Orion Kitabevi, Ankara 2011.

ERKAL Atila, “İdarenin Hukuk Kurallarını Üst Normlara Uygunluk Bakımından Kontrol Etme Ve Kuralı Uygulamayı İhmal Etme Yetkisi”, EÜHFD, C. IX, 2014, sa. 183-215.

ERKUT Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İHİD, S. 1-3, Y. 9, İstanbul, 1988, sa. 69-91.

ERKUT Celal, Hukuka Uygunluk Bloku-İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri, Kavram Yayınları, İstanbul 1996.

ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Matbaası, Ankara 1990.

ERKUT Celal, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004.

EROL Ömer Faruk, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında Hükümet Tasarrufları Teorisi ve Yargısal Denetimi”, Kamu Hukuku Arşivi, S. 2013/2, Y. 16, sa. 81-89.

FENDOĞLU Hasan Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ Veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 2000, sa. 363-384.

GENÇ Kamer, “Kamu Gücünün Kullanılması”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler, Ankara, 1980, sa. 348-397.

GİRİTLİ İsmet, Hükümet Tasarrufları, İÜHF Yayınları, İstanbul 1958.

GİRİTLİ İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK, İdare Hukuku, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2013.

GÖÇGÜN Faruk, “İptal Davasında Subjektif Ehliyet Koşulu Olarak Kişisel Menfaat Unsuru”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, Ankara 2016.

GÖÇGÜN Muhammed, “Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personelin Çekilmiş Sayılması”, MÜHFHAD, C. 19, S. 3, sa. 179-202.

GÖZLER Kemal - Gürsel KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2013.

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

GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2015.

GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi, Ekin yayıncılık, Bursa, 2000.

GÖZÜBÜYÜK Şeref - Turgut TAN, İdare Hukuku, C. I, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

GRIBNAU Hans, “Equality, Legal Certainty and Tax Legislation in the Netherlands Fundamental Legal Principles as Checks on Legislative Power: A Case Study”, Utrecht Law Review, Volume 9, Issue 2 (March), 2013.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı (Aynı baskı), İmaj Yayınevi, Ankara 2013.

GÜNDÜZ F. Ebru, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet”, DÜHFD, C. 20, S. 33, Y. 2015, sa. 63-89.

GÜNDÜZ Fatma Ebru, “İdari İşlemin Geri Alınması”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, GÜSBE, Ankara 2010.

GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1965.

GÜRİZ Adnan, “Adâlet Kavramı”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 7, 1990, sa. 13-20.

HATEMİ Hüseyin, Medeni Hukuk’a Giriş, 7. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013.

JOWELL Jeffrey, The Legal Control Of Administrative Discretion, Public Law, 1973.

KABOĞLU İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, 10. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.

KALABALIK Halil, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, GÜHFD, C. 1, S. 2, Aralık 1997, sa. 258-295.

KALABALIK Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 8. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2015.

KAMAN Nur, Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.

KAPANİ Münci, Kamu Hürriyetleri, AÜHF Yayınları, Ankara, 1981.

KAPLAN Gürsel, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol”, GÜHFD, Haziran-Aralık 2007, C. XI, Sayı: 1-2, sa. 887-918.

KAPLAN Gürsel, “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Belediye Meclisi Kararları Üzerinde Vesayet Denetimi”, MÜHFD, S. 2005/2, sa. 67–90.

KARAHANOGULLARI Onur, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, AÜSBFD, C. 52, S. 1-4, sa. 387-435, Ankara 1997.

KARAHANOGULLARI Onur, “İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, AÜHFD, C. 45, Y. 1996, S. 1-4, sa. 323-337.

KARAHANOGULLARI Onur, “Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği, (Bir Öneri: Birlikte Yasama)”, AİD, C. 31, S. 2, Haziran 1998. sa. 41-62.

KARAHANOGULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

KARAHANOGULLARI Onur, Kamu Hizmeti, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

KARATEPE Şükrü, “İdarenin Takdir Yetkisi”, TİD, Y. 63, Eylül 1991, S. 392, sa. 63-119.

KAYA Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

KAYA Cemil, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştayın Bakışı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

KESKİN Züleyha, Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

KIRIŞIK Fatih-Nizamettin AYDIN, “İdari İşlemin Unsurlarında Takdir Yetkisinin Varlığı Sorunu”, SDÜİİBFD, Y. 2002, C.7, sa. 331-344.

KÖKÜSARI İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

KUZU Burhan, “Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK) Hukuki Niteliği Tâbi Olacakları Rejim Ve Kurallar Hiyerarşisindeki Yeri (Tasdik Öncesi-Tasdik Sonrası)”, İHİD, C. 4, 1983, Sayı 1-3, sa. 83-93.

KUZU Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985.

KUZU Burhan, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

LINDQUIST Stefanie A.- Frank C. CROSS, “Stability, Predictability And The Rule Of Law: Stare Decisis As Reciprocity Norm”, in Conference On Measuring The Rule Of Law, University of Texas School of Law, 2010.

LUCATUORTO Pier Luigi M., “Reasonableness in Administrative Discretion: A Formal Model”, Journal Jurisprudence, Volume 8, December 2010.

MAXEINER James, “Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law”, The Rule of Law in Comparative Perspective, Springer, 2010.

MERMUT Güler, “İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler-I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 1976.

METİN Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine, Çeviri: Fehmi Baldaş, Hiperlink Yayınevi, İstanbul 2015.

OĞURLU Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.

OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

OĞURLU Yücel, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2003, C. IV, S. 1, sa. 59-71.

OĞUZMAN M. Kemal - Nami BARLAS, Medeni Hukuk, 20. Baskı, İstanbul 2014.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

ÖDEN Merih, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, AÜHFD, C. 58, S. 3, 2009, sa. 659-691.

ÖDEN Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

ÖRÜCÜ Esin, “Haklı beklentilerin doğuşu ve korunması”, İHİD, 1986, Y. 7, S. 1-3, sa. 121-139.

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

ÖZAY İl Han, İdarî Yaptırımlar, Özdem Kardeşler Matbaacılık, 1985.

ÖZBEY Özcan, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 4, Güz 2009, sa. 45-63.

ÖZBUDUN Ergun, “Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri”, AÜHFD, C. 6, 1979, sa. 3-27.

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

ÖZDEMİR H. Eyüp, “İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi”, MÜHFHAD, Mehmet Somer’e Armağan, C.12, S. 1-3, sa. 1001-1010.

ÖZLER Murat, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na Göre Olağanüstünün Olağanlaşması ve Kriz Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

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

PECZENIK Aleksander, On the Law and Reason, Springer, 2008.

RUMPF Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi”, Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1993, sa. 25-48.

SAĞLAM Fazıl, , “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, Bahri Savcı’ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1988.

SAĞLAM Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982.

SARICA Ragıp, “Türk Devlet Şûrası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, İÜHFM, C. 8, S. 3-4, 1942, s. 457-472.

SAYGILI Abdurrahman, “Meclis Başkanlık Divanı'nın Bireysel ve Düzenleyici İdari İşlemleri”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 3, 2008, sa. 104-107.

SEÇKİN Sinan, Türk İdare Hukukunda İdari İşlemlerde Gerekçe İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2014.

SEVGİLİ GENÇAY Fatma Didem, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, AÜHFD, C. 63, S. 2, Y. 2014, sa. 397-417.

SINGH Mahendra P., German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2nd edition, Berlin 2010.

SOYLU Ahmet Cemil, “Danıştay Kararları Çerçevesinde İdari İşlemin Geri Alınmasında İdari İstikrar ve Hukuki Güvenlik İlkeleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul 2015.

ŞAHİN Mustafa Emre, “Fransız İdare Hukukunda Yapılan Reform Bağlamında Zımni Kabul Müessesesi” TBB Dergisi, S. 127, 2016, sa. 157-192.

ŞEN Mahmut, “Kanun İle Bir Kurumdaki Kamu Görevinin Sona Erdirilmesine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargısal Denetim Ve Adalete Erişim Hakkı”, TBB Dergisi, S. 116, Y. 2016, sa. 179-212.

ŞİŞMAN Yener, “Engelliler Açısından Eşitlik, Ayrımcılık ve Eğitim Hakkı”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, Y. 14, S. 32, Ocak-Haziran 2014, sa. 57-85.

TAN Turgut, “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, AİD, C. 8, No. 2, 1975, sa. 33-49.

TAN Turgut, “Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması ve Sorunlar”, AÜSBFD, C. 50, S.1-2, Ankara, 1995. sa. 335-350.

TAN Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

TEKİNSOY M. Ayhan, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.

TEKİNSOY Özge OKAY, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

TEZİÇ Erdoğan, “Parlamento Kararı ve Kanun”, Anayasa Yargısı, C. V, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1989.

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, 18. Bası (Tıpkı Bası), Beta Yayınları, İstanbul 2014.

TEZİÇ Erdoğan, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972.

TÖGEL Akif, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

TURHAN Mehmet, “Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler”, AİD, C. 25, S. 3, 1992, sa. 13-36.

ULER Yıldırım, İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları, No: 281, Ankara 1970.

ULU Güher, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Seçkin Yayıncılık, Bursa 2012.

ULUCAN Devrim, “Eşitlik İlkesi Ve Pozitif Ayrımcılık”, DEÜHFD Cilt: 15, Özel S., 2013, sa. 369-383.

ULUSOY Ali, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul 2004,

UYANIK Halit, “Türk İdare Hukukunda Zımni Ret ve Zımni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 1, 2014, sa. 673-694.

ÜNLÜ Tuğba, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, SÜSBE, Konya 2009.

ÜSTÜN Gül, 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

ÜSTÜN Gül, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, MÜHFHAD, C. 13, S. 1-2, 2007, sa. 211-224.

YASİN Melikşah, “Örf Ve Adet Kuralları İle İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri” İHİD, C. 15, S. 2, sa. 29-44.

YAKAR Soner-Tamer BUDAK, “Bakanlar Kurulunun Vergi Oranını Belirleme Yetkisinin Alt Sınırı: “Sıfır Oran”ın Anlamı”, Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 22, S.1, 2013, sa. 399-426.

YAŞAR Hasan Nuri, İdare Hukuku, Der Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016.

YAŞAR Hasan Nuri, İdare Hukuku, Der Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2014.

YAŞAR Hasan Nuri, İmar Hukuku, Filiz Yayıncılık, İstanbul 2008.

YAŞAR Hasan Nuri, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Gerekçesi Olarak Anayasaya Aykırılık Kanısı”, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, 2014, sa. 751-758.

YAŞAR Hasan Nuri, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir, On İki Levha Yayıncılık, (Tıpkı Basım) İstanbul 2013.

YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, 2. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

YILDIRIM Ramazan-Mustafa AVCI, Türk İdari Rejimine Giriş, Astana Yayınları Ankara 2015.

YILDIRIM Turan, “Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması”, MÜHFHAD, C. 9, S. 1-3, İstanbul 1995, sa.73-90.

YILDIRIM Turan, “İdari İşlemin İptali ve Geri Alınması”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yay., İstanbul 2003.

YILDIRIM Turan, “Kanun Hükmünde Kararnameyle Bakanlık Kurulması”, Erdal Onar’a Armağan, C. 1, Ankara, 2013, sa. 215-230.

YILDIRIM Turan, “Kanunla Belde ve İlçe Sınırlarının Değiştirilmesi-Şişli Örneği”, MÜHFHAD, Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, sa. 489-505.

YILDIRIM Turan, Melikşah YASİN, Nur KAMAN, Halit Eyüp ÖZDEMİR, Gül ÜSTÜN, Özge OKAY TEKİNSOY, İdare Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

YILDIZ Abdulkadir, “Başkanlık Sistemi ve Türkiye”, KÜSBD, Ocak 2015, C. 5, S. 1, sa. 1-14.

YILMAZ Dilşat, İdari İşleminin İcraîlik Özelliği, Astana yayınları, Ankara 2014.

YILMAZ Harun, “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, TBB Dergisi, S. 110, Y. 2014, sa. 219-240.

YILMAZ Serdar, “Yeni “Lisansüstü Eğitim Ve Öğretim Yönetmeliği”nin Öngördüğü Sistem Ve Geçiş Esasları”, AÜHFD, C. 65 S. 2, Y. 2016, sa. 473-569.

YÜCEL Bülent, “Hukuki İşlemlerin Sınıflandırılması Bakımından Yasama-İdare İşlevi Ayrımı ve Yasama Organının İdari İşlemleri”, AÜSBD, C. 4, 2004/1, sa. 1-18.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, Beta Yayınları, İstanbul 1996.

www.anayasa.gov.tr.

www.danistay.gov.tr.

www.kazanci.com.

www.kubbealtilugati.com.

www.mevzuat.gov.tr.

www.resmigazete.gov.tr.

www.tdk.gov.tr.

