

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

KANUNÎ İDARE İLKESİ

Doktora Tezi

EMRE AKBULUT

İstanbul, 2013

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

KANUNÎ İDARE İLKESİ

Doktora Tezi

EMRE AKBULUT

Danışman: Prof. Dr. TURAN YILDIRIM

İstanbul, 2013

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi EMRE AKBULUT'nın KANUNÎ İDARE İLKESİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 13.02.2013 tarih ve 2013-6/33 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 15 / 3 / 2013

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. TURAN YILDIRIM	
2.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. YÜCEL OĞURLU	
3.	Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. HALİT EYÜP ÖZDEMİR	
4.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. H.NURİ YAŞAR	
5.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. BİHTERİN DİNÇKOL	

ÖZET

Kanunî idare ilkesi konulu doktora tez çalışmasında, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini" öngören 123. maddesi incelenmiştir. Çalışma dört bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümde; idare hukukunda kanunîlik ilkesi ve kanunî idare ilkesinin Anayasal dayanakları incelenmiştir.

İkinci ve üçüncü bölümlerde; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 123. maddesinin anlamı ve kapsamı üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede "idarenin kuruluşunun kanunla düzenleneceği" kuralının ne anlama geldiği ikinci bölümün, "idarenin görevlerinin ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği" hükmünün ne anlama geldiği de üçüncü bölümün konusunu oluşturmaktadır. Üçüncü bölümde idarenin görevleri ve yetkileri idari faaliyet türlerine göre ele alınmış ve kanunîlik ilkesi idarenin düzenleyici işlemleri, birel işlemleri, eylemleri ve sözleşmeleri açısından ayrı ayrı incelenmiştir.

Son bölümde ise Türk İdare Hukukunda kanunîlik ilkesi açısından sapma oluşturan veya bu yönde bir izlenim uyandıran müesseseler üzerinde durulmuş, sonrasında ilke için Anayasa'da bir istisna öngörülüp öngörülmediği sorusuna cevap bulunmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

This doctorate thesis the subject of which is *intra legem* and *secundum legem* attributes of administration dwells on the 123rd article of Turkish Constitution, which commands that “the structure and functions of the administration shall be regulated by law ” . The study is divided into four chapters:

In the first chapter, the principle of legality in administrative law and the constitutional bases of *intra legem* and *secundum legem* attributes of administration are examined.

In the second and third chapters, the meaning and enclosure of the 123rd article of Turkish Constitution are analysed. In this context, the meaning of the rule which states that the structure of the administration shall be regulated by law establishes the second chapter’s subject and the meaning of the rule which states that the functions and the powers of the administration shall be regulated by law establishes the third chapter’s subject. In the third chapter, the functions and the powers of the administration are treated according to the kinds of administrative activities and the principle of legality is examined separately in terms of the administration’s statutory acts, specific acts, actions and contracts.

Finally, in the fourth chapter, it is focused on the subjects which breaches or seems like breaching as to the legality principle in Turkish Administrative Law and then it is tried to come up with an answer to the question whether any derogation is provided for the principle in the Constitution or not.

ÖNSÖZ

Kamu gücü gibi üstün yetkilerle donatılmış bulunan idareler karşısında kişilerin kendilerini güvende hissedebilmeleri, idareyi kayıt altına alacak ve kişiler açısından idari tasarrufları öngörülebilir kılacak prensiplerin varlığına bağlıdır. Bu çerçevede Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasında “İdare kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenir” şeklinde kaleme alınan kanunî idare ilkesi, hukuk devletinin gereği olarak idarenin kuruluşu ile görevlerini ve yetkilerini, hukuki öngörülebilirlik sağlayacak bir esasa, kanunîlik ölçütüne tâbi kılmalıdır. Ancak kişiler yönünden hukuki öngörülebilirlikle hukuki güvenliğin gerçek anlamda temin edilebilmesi, şüphesiz bu ilkenin ne anlama geldiğinin, kapsamına hangi konuları alıp hangilerini almadığının belirgin olmasına bağlıdır. İşte bu çalışma ile kanunî idare ilkesinin ne anlama geldiği, kapsamının ve gerekliliklerinin neler olduğu, ilkenin gerekliliklerine aykırı davranılmasının sonuçlarının neler olacağı gibi sorunlar üzerinde durularak, idare hukukunun soyut nitelikteki bir alanının somut hale getirilmesine katkı sunulmaya çalışılmıştır. Bu çalışmayı sonuçlandırmamda görüşleri ile katkıda bulunan değerli hocam Prof. Dr. Turan YILDIRIM'a ve doktora eğitimim süresince beni destekleyen Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na (TÜBİTAK) teşekkür eder, çalışmanın tüm ilgililere yararlı olmasını dilerim.

Emre AKBULUT

Eskişehir, 2013

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No.
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
ANAYASA ve KANUNÎ İDARE İLKESİ	
I. KANUNÎLİK İLKESİ ve İDARE HUKUKU.....	4
II. HUKUK DEVLETİ ve KANUNÎ İDARE İLKESİ.....	8
III. KANUNÎ İDARE İLKESİNİN ANAYASAL TEMELLERİ.....	14
A. Anayasa'nın 123. Maddesi.....	15
1. İlkenin Anayasa'nın 123. Maddesinde Düzenlenme Şekli.....	15
2. Anayasa'nın 123. Maddesinin Anlamı.....	19
a. Kanun.....	19
b. Kanuna Eş Değer Normlar.....	22
aa. Kanun Hükmünde Kararnameler.....	22
aaa. Temel Haklar, Kişi Hakları ve	
Siyasi Haklara İlişkin Konular.....	24
bbb. Önemlilik, Zorunluluk ve İvedilik Kriterleri.....	28
bb. Uluslararası Sözleşmeler.....	42
c. İdare.....	46
d. Kanunî İdare.....	51
e. Kanunla Düzenleme.....	52
aa. İdarenin Düzenleme Yetkisi.....	52
aaa. Yasama Yetkisi (AY. m.7).....	54
bbb. Yürütme Yetkisi (AY m.8).....	56
bb. İdarenin Düzenleme Yetkisinin Sınırı	64
B. Anayasa'nın 2. Maddesi (Demokratik Devlet) ile 6. Maddesi.....	79
C. Anayasa'nın Başlangıç Hükümleri ile 7. ve 8. Maddeleri	
(Erkler Ayrılığı).....	87
D. Anayasa'nın 13. Maddesi.....	92
E. Anayasa'nın 38. Maddesi.....	100
F. Anayasa'nın 73. Maddesi.....	113
G. Anayasa'nın 113., 126., 127., 130., 131. ve 135. Maddeleri.....	119
H. Anayasa'nın 128. Maddesi.....	125
İ. Anayasa'nın 161. ve 163. Maddeleri.....	134

İKİNCİ BÖLÜM İDARENİN KURULUŞUNUN KANUNLA DÜZENLENMESİ

I. İDARENİN KURULMASI KAVRAMI.....	140
II. İDARENİN KANUNLA KURULMASI.....	144
A. İdarenin Hukuken Varlık Kazanması.....	145
1. Anayasa'nın 123. Maddesinin 3. Fıkrası.....	149
2. İdarenin Kanunla Kurulmasına İlişkin Sınırlar.....	155
B. İdarenin Hukuken Varlığını Kaybetmesi.....	158
C. İdarenin Organize Edilmesi (Düzenlenmesi).....	161
1. İdarenin Adının, Amacının ve Faaliyet Alanının Belirlenmesi.....	166
2. İdarenin Niteliğinin Belirlenmesi.....	170
3. İdarenin Görev Süresinin Belirlenmesi.....	176
4. İdarenin Organlarının Belirlenmesi.....	178
5. İdarenin İşleyişinin ve Çalışma Usullerinin Belirlenmesi.....	183
6. İdarenin Personeline İlişkin İlkelerin Belirlenmesi.....	186
7. İdarenin Gelir ve Giderlerine İlişkin İlkelerin Belirlenmesi.....	192
D. İdarenin Kanunla Kurulmaması	196

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM İDARENİN GÖREV ve YETKİLERİNİN KANUNLA DÜZENLENMESİ

I. DÜZENLEYİCİ İŞLEMLER AÇISINDAN KANUNÎLİK İLKESİ.....	208
A. Düzenleyici İşlemin Yetki Unsuru.....	209
B. Düzenleyici İşlemin Şekil Unsuru.....	217
C. Düzenleyici İşlemin Sebep Unsuru.....	221
D. Düzenleyici İşlemin Konu Unsuru.....	222
1. Konunun Kanun Tarafından Düzenlenmesi.....	225
2. Konunun Anayasa'da Mutlak Suretle Yasa Konusu Yapılan Hususlardan Olmaması.....	228
3. Konunun Temel İlkelere İlişkin Olmaması.....	235
4. Konunun Kanunu Aşmaması ve Genişletmemesi.....	238
5. Konunun Kanuna Uygun Olması.....	244
E. Düzenleyici İşlemin Maksat Unsuru.....	250
II. İDARENİN BİREL İŞLEMLERİ VE KANUNÎLİK İLKESİ.....	253
A. Birel İşlemin Yetki Unsuru.....	254
1. Yetki Devri.....	259
2. Yetkide Paralellik.....	261
B. Birel İşlemin Şekil Unsuru.....	264
C. Birel İşlemin Sebep Unsuru.....	269
D. Birel İşlemin Konu Unsuru.....	273
E. Birel İşlemin Maksat Unsuru.....	291

	Sayfa No.
III. İDARİ EYLEMLER AÇISINDAN KANUNÎLİK İLKESİ.....	293
IV. İDARÎ SÖZLEŞMELER AÇISINDAN KANUNÎLİK İLKESİ.....	302
 DÖRDÜNCÜ BÖLÜM KANUNÎ İDARE İLKESİNDEN SAPMALAR 	
I. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ.....	309
A. Takdir Yetkisinin Denetimi ve Yerindelik Denetimi Yasağı.....	315
B. Takdir Yetkisinin Kullanımında Sınır Olarak Hukukun Genel İlkeleri	321
1. Eşitlik İlkesi.....	322
2. Kazanılmış Hak ve Haklı Beklenti Kurumları.....	324
3. İdari İşlemin Geri Alınmasında Uyulacak Kurallar.....	330
4. Ölçülülük İlkesi.....	335
5. Hukukun Diğer Genel İlkeleri.....	337
II. YERLEŞİK YARGISAL İÇTİHATLAR (YARGICIN HUKUK YARATMASI).....	338
III. KANUNÎ İDARE İLKESİNİN İSTİSNASI.....	347
SONUÇ.....	353

KISALTMALAR

<i>agm</i>	Adı geçen makale
<i>AİTİA</i>	Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi
<i>AÜ</i>	Ankara Üniversitesi
<i>AÜEHFD</i>	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<i>AÜHF</i>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<i>AÜSBF</i>	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
<i>AY</i>	Anayasa
<i>AYM</i>	Anayasa Mahkemesi
<i>Bkz.</i>	Bakınız
<i>Çev.</i>	Çeviren
<i>D.</i>	Daire
<i>DD.</i>	Danıştay Dergisi
<i>DEÜ</i>	Dokuz Eylül Üniversitesi
<i>DİDDK</i>	Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
<i>DİBK</i>	Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu
<i>dn.</i>	Dipnot
<i>E.</i>	Esas (Numarası)
<i>f.</i>	Fıkra
<i>GÜHFD</i>	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<i>İBK</i>	İçtihatları Birleştirme Kurulu
<i>İDDK</i>	İdarî Dava Daireleri Kurulu
<i>İHAM</i>	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
<i>İHAS</i>	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

<i>İHEB</i>	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
<i>İHİD</i>	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
<i>İÜ</i>	İstanbul Üniversitesi
<i>İÜHF</i>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<i>İÜHFM</i>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<i>K.</i>	Karar (Numarası)
<i>KHK</i>	Kanun Hükmünde Kararname
<i>p.</i>	Paragraf
<i>RG</i>	Resmi Gazete
<i>S.</i>	Sayı
<i>SBE</i>	Sosyal Bilimler Enstitüsü
<i>SD.</i>	Sayıştay Dergisi
<i>SK</i>	Sayı Kanun
<i>syf.</i>	Sayfa
<i>m.</i>	Madde
<i>No</i>	Numara
<i>TBB</i>	Türkiye Barolar Birliği
<i>TBMM</i>	Türkiye Büyük Millet Meclisi
<i>TCK</i>	Türk Ceza Kanunu
<i>TODAİE</i>	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
<i>TRT</i>	Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
<i>UKOME</i>	Ulaşım Koordinasyon Merkezi
<i>Vb.</i>	Ve bunlar gibi

<i>Vd.</i>	Ve devamı
<i>VDDK</i>	Vergi Dava Daireleri Kurulu
<i>YD</i>	Yürütmenin Durdurulması

GİRİŞ

Hukuk öngörülebilirliktir. Herhangi bir toplumda herhangi bir hukuk sisteminin geçerli olduğunun kabul edilebilmesi için ön koşul; o topluma mensup bireylerin hangi davranışları yapmaları ya da hangi davranışları yapmamaları durumunda neyle karşılaşacaklarını öngörebilmeleri ve bu öngörülerinde yanılmamalarıdır. Bu olgu günümüzde hukukî öngörülebilirlik, belirlilik, idarî istikrar gibi kavramlarla ifade edilmekte ve söz konusu kavramlar hukuk devletinin onsuz olmaz (*sine qua non*) koşulları olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda Anayasalarda anılan kavramların gerekliliklerinin hayata geçirilmesini sağlayacak ilke ve kurallara yer verilmekte, Devlet ve diğer kamu idareleri anılan ilkeler doğrultusunda şekillendirilmeye çalışılmaktadır.

Ülkemizde halen yürürlükte bulunan 18.10.1982 günlü, 2709 sayılı Anayasa’da da hukukî öngörülebilirliği temin etmek maksadıyla çeşitli düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. Anayasa’nın farklı bölümlerinde yer alan bu düzenlemelerin büyük bir kısmının ortak noktası, öngörülebilirliğin tesisi için hukuki araç olarak “kanun”u seçmiş olmaları ve bu kapsamda ilgili oldukları alanda kanunîlik prensibini benimsemeleridir. Temel hak ve özgürlüklerden kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına kadar bir çok alanda getirilen bu düzenlemelerden birisi de genel olarak “idare”ye ilişkindir ve Anayasa’nın 123. maddesinde yer almaktadır. Bu bağlamda Anayasa’nın 123. maddesinin birinci fıkrası “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” şeklindedir. Anayasa koyucu böyle bir hükümle idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini emretmiş; böylelikle toplumun idareyle muhatap olan ya da olmak durumunda kalan tüm fertleri açısından, idareyi ve onun faaliyet sahasını öngörülebilir kılmak istemiştir.

Anayasa’nın 123. maddesinin birinci fıkrasındaki “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” hükmü, idarenin kurulmasından yani hukuk alanında varlık kazanmasından, görevlerine yani faaliyet göstereceği konulara kadar çok geniş bir alanı kapsamına almaktadır. Bu haliyle anılan hüküm idarenin ve idare hukukunun tamamına yakın bir kısmı yönünden kanunîlik ilkesini geçerli hale getirmektedir. Bu çerçevede aynen Anayasa’nın 38. maddesinin ceza hukuku açısından

ve Anayasa'nın 73. maddesinin vergi hukuku açısından yaptığı gibi, 123. madde de idare hukuku açısından kanunîlik prensibini bir pozitif hukuk ilkesi haline getirmektedir. Bu çerçevede kanunîlik, idare hukukunda geçerli olan ve ona yön veren pozitif hukuk ilkelerinden biridir ve kaynağını doğrudan Anayasa'dan almaktadır.

“İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünün idareye ilişkin olması ve idareyi çok geniş bir şekilde kanunîlik ilkesine tâbi kılması nedeniyle, Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan kanunîlik prensibinin -öğretide ve idari yargı içtihatlarında da tercih edildiği şekilde- **“kanunî idare ilkesi”** şeklinde özel bir isimle anılmasının anlatım kolaylığı sağlayacağı muhakkaktır. Bu nedenle çalışmada *“kanunî idare ilkesi”* ibaresinin sıklıkla kullanılacağı ve bu ibareyle kastedilmek istenilenin genel olarak *“İdare, kuruluş ve görevleriyle ... kanunla düzenlenir”* şeklindeki Anayasa kuralı olduğunun not edilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edilen şekliyle kanunî idare ilkesi, idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. İlk bakışta madde net ve belirgin ifadelerle kaleme alınmış gibi görünse ve maddenin anlamının son derece açık olduğu yönünde bir izlenim uyansa da; uygulamada idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenlenmesinin ne anlama geldiği, hangi durumları kapsamına aldığı, nelerin bu ilkeye uygun nelerin ise aykırı olduğu gibi pratik sorunlarla karşılaşmaktadır.

Anayasa'da yer alan pozitif bir hukuk prensibi olarak kanunî idare ilkesi, -diğer pozitif hukuk kuralları gibi- yardımcı norm olarak çeşitli uyuşmazlıkların çözümünde kararlara ek gerekçe oluşturmak için değil; doğrudan uygulanmak, kişilerin ve toplumun yaşayışına, kamu otoritelerinin işleyişine yön vermek amacıyla ihdas edilmiştir. İlkenin bu niteliği somut uyuşmazlıklarda gündeme gelmekte ve ilkenin ne anlama geldiği, hangi durumları kapsamına aldığı, nelerin bu ilkeye uygun nelerin ise aykırı olduğu gibi sorunlarla uğraşmak, hukuk uygulayıcılarının sıklıkla karşılaştığı bir durum halini almaktadır.

Hukuk uygulayıcısı olan bir kimsenin mesleğini vicdani yönden rahat şekilde ifa edebilmesinin ön koşulu, hiç şüphesiz tutarlılıktır. Tutarlılık ise öncelikle hukukun

kaynağı olan pozitif ilkelerin anlamlarının, dolayısıyla fonksiyonlarının, koşullarının ve sonuçlarının (en azından uygulayıcının zihninde) belirgin olmasını zorunlu kılmaktadır. Bu belirginliğin olmayışı aynı ilkedен hareketle benzer olaylarda farklı yargılara ulaşılmasına sebebiyet verebilmekte; bu ise, hukukun varlık sebebi olduğu öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır. Bu noktadan hareketle bu çalışmanın en temel hedefi; pozitif bir idare hukuku ilkesi olan kanunî idare ilkesinin anlamının ve kapsamının belirgin kılınmasına katkı sağlamak, herkesten önce (bir hukuk uygulayıcısı olan) çalışmanın yazarına kanunî idare ilkesiyle bağlantılı olan uyuşmazlıklarda tutarlılık sağlayabilmesi için veriler sunmaktır.

Bu bağlamda incelememizin konusunu esas olarak kanunî idare ilkesi ve bu ilkenin pozitif hukuktaki karşılığı olan, Anayasa'nın 123. maddesindeki “*İdare, kuruluş ve görevleriyle ... kanunla düzenlenir*” hükmü oluşturmaktadır. Çalışmada kanunî idare ilkesi, Türk İdare Hukuku'nda geçerli olan pozitif bir Anayasal ilke olarak ele alınmış; dolayısıyla çalışma Türk Hukuku ile ve olması gereken hukuktan (*de lege ferenda*) bağımsız olarak olan hukuk (*de lege lata*) ile sınırlı tutulmuştur. Bu çerçevede çalışmamız dört ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde kanunî idare ilkesinin Anayasal temelleri üzerinde durulmuştur. Kanunî idare ilkesinin pozitif dayanağını oluşturan Anayasa'nın 123. maddesinin anlamı ve kapsamı ise, ikinci ve üçüncü bölümlerin konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda söz konusu kanun hükmünün anlamı, kapsamı ve uygulanma koşulları, ikinci bölümde idarenin kuruluşu, üçüncü bölümde de idarenin görev ve yetkileri açısından ele alınmış; üçüncü bölümde kanunî idare ilkesinin idarenin görevlerine ve yetkilerine ilişkin gereklilikleri de, düzenleyici işlemler, birel işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmeler açısından ayrı ayrı incelenmiştir. Son olarak, kanunî idare ilkesinden sapma olarak değerlendirilebilecek idare hukuku müesseseleri üzerinde durulmuş ve Anayasa'da kanunî idare ilkesi bakımından istisna öngörülüp öngörülmediği hususu değerlendirilerek, ilke açısından istisna oluşturduğu düşünülen hükmün anlamı irdelenmeye çalışılmıştır.

Birinci Bölüm

ANAYASA ve KANUNÎ İDARE İLKESİ

I. KANUNÎLİK İLKESİ VE İDARE HUKUKU

En genel anlamıyla kanunlara uygunluğu ifade eden “kanunîlik ilkesi”, kamu hukuku alanında büyük bir öneme sahiptir. Gerçekten, kamu gücüne sahip kuruluşların bu güce tâbi şahıslarla kamu gücü kullanarak kurdukları ilişkileri¹ konu edinen kamu hukuku disiplinlerinin hemen hemen tamamında kanunîlik ilkesi geçerlidir.² Bu bağlamda ilke, Anayasa Hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, Ceza Hukukunda suç ihdası ile ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin konulmasında, Vergi Hukukunda da vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin konulmasında ve kaldırılmasında karşımıza çıkmaktadır.³ Her üç disiplinde de ortak nokta kanunîlik ilkesinin kamu gücü kullanan otorite(ler) bakımından bir sınır çizerek kamu gücüne tâbi bireyler bakımından bir güvence oluşturmastır. Bu ilke sayesinde kamu otoriteleri keyfî hareket edememekte, ancak önceden belirli usullerle oluşturulan ve aleniyet kazanan kurallar çerçevesinde insan haklarını sınırlandırabilmekte, suç ihdas edip ceza verebilmekte ve vergi ile benzeri diğer malî yükümleri tahsil edebilmektedir.

Kanunîlik ilkesi, yukarıda belirtilen disiplinlerde olduğu gibi kamusal gereksinimlerin karşılanması ve kamu yararının sağlanması amacıyla kamu gücü ve kamu hukukundan doğan üstün yetkiler kullanılarak yapılan hizmetleri, işlem ve eylemleri konu edinen⁴ İdare Hukukunda da geçerlidir. Hatta İdare Hukuku bakımından bu geçerlilik o derece belirgindir ki, daha en başta İdare Hukukunun konusunun saptanmasında, yani İdare Hukukunun diğer hukuk disiplinlerinden ayrılmasında rol oynayan başlıca faktör olarak “kanun” karşımıza çıkmaktadır.

¹ Turhan ESENER, Hukuk Başlangıcı Genel Hukuk Bilgisi, 8. Bası, İstanbul: Alkım, 2008, syf.269 vd., M. Kemal OĞUZMAN, Nami BARLAS, Medenî Hukuk, 14. Bası, İstanbul: Arıkan, 2007, syf.3,4., Kemal GÖZLER, Hukuka Giriş, 3. Bası, Bursa: Ekin, 2006, syf.72.

² Kamu gücü kullanan otoritelerin birbirleriyle olan ilişkilerini konu edinen kamu hukuku disiplinleri bakımından ise (Devletler Hukuku gibi) aynı şeyi söylemek mümkün olmayacaktır.

³ Bkz. Anayasa m.13, 38 ve 73. Aslında adli cezaların kişi özgürlüğü, verginin de mülkiyet hakkı bakımından bir sınırlama olduğu dikkate alındığında; Anayasa’nın 13. maddesi, kanunîlik ilkesinin ceza hukuku ve vergi hukuku disiplinlerinde geçerli sayılması için tek başına yeterli bir dayanak oluşturmaktadır. Anayasa’nın 13. maddesi ile kanunîlik ilkesine kaynaklık eden diğer Anayasal normlar arasındaki ilişkiye aşağıda ayrıca değinilecektir.

⁴ Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumî Esasları I. Cilt, 3. Bası, İstanbul: Hak Matbaa, 1966, syf.99

Gerçekten idare hukukunun konusunun belirlenmesinde “kamu hizmeti” ve “kamu gücü” ölçütlerinden yararlanıldığı⁵ dikkate alındığında, idare hukuku ile kanunîlik ilkesi arasında oldukça yakın bir ilişkinin var olduğu söylenebilecektir. Bu bağlamda bu kriterlerden herhangi birinden veya her ikisinden⁶ hareketle idare hukukunun konusu açıklandığında; idare hukukunun konusunu belirleyen **ana unsurun** kanun olduğu görülecektir. Zira kamu hizmeti kanunla kurulacağından ve kamu gücü ancak kanunun yetki vermesi halinde kullanılabileceğinden; spesifik bir konunun idare hukukunun uğraş alanı içinde yer alıp almadığı, “bu konunun kanun tarafından kamu hizmeti olarak düzenlenip düzenlenmediği”ne ya da “kanun tarafından kamu otoritelerine bu konuda kamu gücü kullanma yetkisi tanınıp tanınmadığı”na bağlı olacaktır.

Nitekim öğretide genel olarak kamu hizmetinin ihdas edilmesi diğer bir ifadeyle hangi faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğunun belirlenmesi konusunda aslî yetkinin yasama organında olduğu kabul edilmektedir.⁷ Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetini “Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler”⁸ şeklinde tanımlamakta ve neyin kamu hizmeti sayılacağı konusunda kanunu ölçüt kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Öğretide, kamu

⁵ ONAR, Cilt I, syf.13 vd, A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 5. Bası, Ankara: Turhan, 2007, syf.5 vd, Turan YILDIRIM, İdari Yargı, 1. Bası, İstanbul: Beta, 2008, syf.10. Kamu hizmeti kriterine göre kamu hizmetlerinin kuruluşuna ve işleyişine ilişkin idari faaliyetler; kamu gücü kriterine göre ise idarenin kamu gücü kullanarak yaptığı işlem ve eylemler idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır. GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.6, 7, Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, 1. Bası, Bursa: Ekin, 2003, syf.61, 63.

⁶ “İdare hukuku önce kamu hizmetinin hukuku, sonra da kamu gücünün hukuku olarak tanımlanabilir. Kısaca, idare hukuku, kamusal usuller uygulanarak yürütülen kamu hizmetlerinin hukukudur denilebilir.” GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.6. “İdare hukukunun mevzuu âmme ihtiyaçlarının tatmini ve âmme menfaatinin temini maksadı ile, âmme kudreti ve âmme hukukundan doğan üstün salâhiyet ve imtiyazlar kullanılarak, yani hususî hukuktakinden ayrı bir usul takip ve tatbik edilerek görülen hizmetler, diğer tâbirle âmme hizmetleridir.” ONAR, Cilt I, syf.99

⁷ Süheyy DERBİL, İdare Hukuku, 5. Bası, Ankara: Yeni Desen, 1959, syf.452, ONAR, Cilt I, syf.38, GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.659, Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku, 1. Bası, İstanbul: Beta, 2009, syf.85, Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2004, syf.297, Turan YILDIRIM, Melikşah YASİN, H. Eyüp ÖZDEMİR, Gül ÜSTÜN, Özge OKAY, İdare Hukuku II, 1. Bası, İstanbul: XII Levha, 2010, syf.91, Onur KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), 2. Bası, Ankara: Turhan, 2004, syf.259

⁸ AYM, 28.06.1995 E:1994/71 K:1995/23, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:14.05.2010. Öğretide de benzer tanımlara rastlanmaktadır. Bkz ONAR, I. Cilt, syf. 13, “Kamu hizmeti, özel işletmelerin yetersiz görülmesi dolayısıyla kamu(sa)l ihtiyacı karşılamak düşüncesiyle hükümet edenlerin idareleri veya idari denet(im)leri altında kurulmuş ve az çok ayrı bir hukuk rejimine bağlı bir işletmedir” DERBİL, syf.449, “Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir.” Aydın GÜLAN, Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1987, syf.4, Aydın GÜLAN, Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD, Yıl 9, S:1-3, 1988, syf.148

hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların iradesi olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımla, bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun iradesi rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. ...”⁹

Böylelikle öğreti gibi Yüksek Mahkeme de hangi faaliyet alanlarının kamu hizmeti olarak kabul edileceği konusunda yasa koyucunun iradesine üstünlük tanımış, bu iradenin tek sınırını da “Anayasa kurallarına uygun olma zorunluluğu” olarak belirlemiştir. Bu bağlamda doğrudan Anayasa’da düzenlenmiş olan kamu hizmetleri¹⁰ bir tarafa bırakılırsa, yeni bir kamu hizmetinin kurulması yasama organının tasarrufunda olacaktır.¹¹ Bu, yasama yetkisinin aslîliğinin ve genelliğinin tabîî bir sonucudur.¹²

Kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için idarelere tanınan üstün yetkileri ifade eden ve bu nedenle kamu hizmetinden bağımsız düşünülebilmesi mümkün olmayan kamu gücü de, ancak kendisine kaynaklık eden bir kanun hükmünün varlığı halinde kullanılabilir. Buna göre idarelerin kamu hizmetiyle ilgili her konuda

⁹ AYM, 28.06.1995 E:1994/71 K:1995/23, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:14.05.2010.

AYM, 09.12.1994 E:1994/43 K:1994/42-2, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:14.05.2010.

Ayrıca bkz. AYM, 28.11.1985 E:1985/7 K:1985/22, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:14.05.2010.

¹⁰ Örneğin, Anayasa’nın 42. ve 56. maddelerinde herkes için bir hak olarak öngörülen eğitim ve öğrenim ile sağlığın, yine Anayasa’nın 130. maddesinde düzenlenen yükseköğretimin birer Anayasal kamu hizmeti oldukları ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla bu faaliyetlerin mutlaka Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri aracılığıyla ya da bunların gözetim ve denetimi altında icra edilmesi, yine bu faaliyetlerin öncelikle kamu yararı dikkate alınarak sadece kâr amacı güdülmeksizin yürütülmesi gerekmektedir. Öte yandan Anayasa’da bir kamu hizmeti olarak düzenlenen bu hizmetlerin kamu hizmeti olmaktan çıkarılabilmesi için “kanun” yeterli olmayacak, mutlaka Anayasa değişikliği gerekecektir. Aynı yönde Turan YILDIRIM, Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı, in: Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör: Ali ULUSOY, 1. Bası, Ankara: Liberte, 2001, syf.44 vd.

¹¹ Örneğin bir sanat etkinliği olarak tiyatro, karşılanmasında kamu yararı bulunan genel ve kolektif bir ihtiyaç olarak görülmeyle tamamen özel hukuk hükümleri çerçevesinde özel hukuk kişileri tarafından icra edilen bir faaliyet olarak bırakılabileceği gibi; yasama organının iradesini aksi yönde ortaya koyması durumunda, yani bu etkinliğin “kamu yararı amacıyla herkesin yararlanmasına düzenli ve devamlı olarak sunulması gereken bir faaliyet” olarak yasal düzenlemeye konu edilmesi halinde bir kamu hizmeti niteliği kazanabilecektir. Her iki ihtimalde de hizmetin mahiyeti tamamen aynı olmasına karşın, bir yasama tasarrufunun diğer bir ifadeyle yasa koyucunun iradesinin devreye girmesi tiyatroyu bir kamu hizmetine dönüştürmektedir. Nitekim ülkemizde 10.06.1949 günlü, 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanun’la tiyatro bir kamu hizmeti olarak düzenlenerek, bu hizmeti yürütecek idari birim olan Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü’nün kuruluş esasları, görev ve yetkileri ile hizmetin yürütümüne ilişkin ilkeler kurala bağlanmıştır. Öte yandan bu yasanın kaldırılması veya yeni bir yasal düzenleme ihdas edilmesi suretiyle tiyatronun bir kamu hizmeti olmaktan çıkarılması da her zaman mümkün bulunmaktadır. Örneğin bkz. “Tiyatrolar Özelleşiyor”, www.haberturk.com/gundem/haber/739050-tiyatrolar-ozellesiyor, erişim tarihi:31.05.2012

¹² Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 8. Bası, Ankara: Yetkin, 2005, syf.191 vd., Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, 1. Bası, Bursa: Ekin, 2000, syf.364 vd.

ilgililerin iradesinden bağımsız olarak istedikleri işlemleri yapabilmeleri ve bunu zor kullanarak icra edebilmeleri¹³ mümkün değildir.

Nitekim bazı hallerde kanun, kamu hizmetiyle ilgili konularda idareye kamu gücü kullanma yetkisi vermemektedir. Örneğin bir kamu malına zarar verilmesi halinde bunun kamu malının özgülendiği kamu hizmetini sekteye uğratabileceği açıktır. Ne var ki bu zararın bir Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliğinden kaynaklanması halinde idare, bu zararı özel hukuk kişilerinden farklı şekilde (kamu gücü kullanarak) tazmin edemeyecektir. Zira yasa koyucu 657 sayılı Kanun'da buna izin vermemiştir.¹⁴

Dolayısıyla idarenin her konuda kamu gücü kullanarak, özel hukuktakinden farklı üstün yetkilerden yararlanmak suretiyle işlem ve eylem yapabilmesi mümkün bulunmamakta; bunun için kanun koyucunun idareye kamu gücü kullanma izni/yetkisi vermiş olması gerekmektedir. İdare özel hukuk subjelerinin sahip olmadığı bir takım imtiyazlardan yararlanmakla ya da onların iradesine aykırı şekilde zor kullanarak icraî faaliyetlerde bulunmakla birlikte, eğer bu durum bir kanuna dayanmıyorsa; idarenin kullandığı 'kamu gücü' değil, 'kaba kuvvet' olacaktır.

Sonuç olarak idare hukuku ister kamu hizmetinin, ister kamu gücünün, isterse kamusal usul ve yöntemler (kamu gücü) kullanılarak yürütülen kamu hizmetlerinin hukuku olarak kabul edilsin, "hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kabul edileceği" ve "hangi konularda idarenin kamu gücü kullanarak özel hukuktakinden farklı ve üstün yetkiler kullanabileceği" kanun tarafından belirleneceğinden; son tahlilde idare hukukunun konusu da kanun tarafından belirlenmiş olacaktır. Bu anlamda kanunlara

¹³ Kamu makamlarının Devlet yetkilerini kullanırken donatıldıkları kamu gücünün en belirgin özelliği, idareye ilgililerin iradesinden bağımsız olarak tek yanlı işlemler yapabilme ve başka bir işleme gerek olmaksızın doğrudan doğruya işlemlerini uygulayabilme yetkisi vermesidir. Celal ERKUT, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, 1. Bası, Ankara: Danıştay Yayınları, 1990, syf.13, 119

¹⁴ "Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. **Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır.**" 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.12/f.2-3, "... Bu duruma göre, Devlet memurunun sebebiyet verdiği Kurum zararının ödettilmesi amacını taşıyan davanın, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerince çözümlenmesi gerekeceği açıktır." Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2000/14, K:2000/20, RG:24.07.2000-24119. Yine idareler Sayıştay ilâmı ile yargılanarak kesin hükme bağlanan zararlarının karşılığını dahi kamu gücü kullanarak, tek yanlı icraî işlemler aracılığıyla tahsil edemeyeceklerdir. Zira 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nda idarelere bu konuda kamu gücü kullanma izni verilmemiştir. 03.12.2010 günlü, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu m.53/2: "*İlamlarda gösterilen tazmin miktarı hüküm tarihinden itibaren kanuni faize tabi tutularak, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre tahsil olunur.*"

uygunluğu ifade eden “kanunîlik” bu içeriği ile birlikte fakat bunun çok daha ötesinde, “kanunlara dayanma” olarak idare hukukunda geçerlik kazanmaktadır. İşte “kanunîlik ilkesi” ile “idare hukuku” arasındaki bu yakın ilişki sebebiyle, idare hukukunda kanunîlik ilkesi diğer kamu hukuku disiplinlerinden farklı olarak “kanunî idare ilkesi” şeklinde, idare hukuku alanına özgü bir isim kazanmıştır. Böylelikle İdare Hukukunun başlıca sujesi olan idare kanunîlik sıfatı ile vasıflandırılıp, idarenin kanun tarafından belirlenmeyen bir alanda üstün yetkiler kullanarak faaliyet gösteremeyeceği belirtilerek, idare karşısında kamu gücü ayrıcalıklarından yoksun bulunan bireylere en baştan bir güvence oluşturulmak istenmiştir.

II. HUKUK DEVLETİ ve KANUNÎ İDARE İLKESİ

Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Şüphesiz hukuk devleti ilkesi, kişiler gibi idarenin de önceden belli bazı kurallar doğrultusunda faaliyet göstermesini gerektirmekte ve böylece idarenin keyfi şekilde hareket etmesini engelleyerek kişiler açısından güvence oluşturmaktadır. Bu yönüyle hukuk devleti ilkesi idareleri ve idari faaliyetleri yakından ilgilendirmekte; idare ile idare edilenler arasındaki ilişkinin esaslarının belirlenmesinde rol oynamaktadır.

Bu durumda hukuk devleti ilkesi ile kanunî idare ilkesinin birbiriyle bağlantılı olduğu açıktır. Dolayısıyla kanunî idare ilkesinin anlamının daha iyi ortaya konulabilmesi için, “*kanunî idare ilkesinin hukuk devleti ilkesinden farkının ne olduğu, Anayasa’da hukuk devleti ilkesinden ayrı olarak kanunî idare ilkesine de yer verilmesine neden ihtiyaç duyulduğu*” sorularının üzerinde durulması gerekmektedir.

19. yüzyılda Alman Hukuku tarafından geliştirilerek günümüzde modern demokrasilerin temellerinden biri olarak kabul edilen¹⁵ ve “tüm eylem ve işlemleri hukuk kurallarına tâbi olan,¹⁶ hukuka uyan ve bunun sağlanması için de karar ve

¹⁵ Christian RUMPF, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Çev: Burak Oder, 1. Bası, Ankara, 1995, syf.58, Karl DOEHRING, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev: Ahmet Mumcu, 2. Bası, İstanbul: İnkılâp, 2002, syf.208

¹⁶ Mehmet AKAD, Bihterin VURAL DİNÇKOL, Genel Kamu Hukuku, 3. Bası, İstanbul: Der, 2004, syf.363

işlemleri yargı denetimine bağlı bulunan¹⁷ devlet”i tanımlayan hukuk devleti ilkesi, hem devlet organlarının yürürlükteki yasalara uygun davranmasını hem de devlet tasarruflarının yargısal denetime açık tutulması sonucunda yasaya aykırı olan tasarrufların yaptırıma bağlanmasını gerektirmektedir.

İlkenin Anayasa Mahkemesi içtihatları ile kazandığı anlam da bu sonucu doğrulamaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi’nin istikrarlı bir şekilde belirttiği üzere hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğunun bilincinde olan devlettir.¹⁸ Bu nitelikleri taşıyan bir devletin yürürlükte bulunan kanun hükümlerine uygun davranması gerekeceği; aksi durumun hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır.

Öte yandan belirtmek gerekir ki; hukuk devleti ilkesinin günümüzde kabul edilen anlamı “devletin işlem ve eylemlerinin kanunlara ve diğer hukuk normlarına uygun olması gerekliliği”nden çok daha geniştir. Bu bağlamda “yasama ve yürütme işlemlerinin yargısal denetimi,¹⁹ yargı bağımsızlığı²⁰, kanunî hakim güvencesi²¹ ve adil yargılanma ilkesinin gerektirdiği diğer güvenceler²², yasa önünde eşitlik, kazanılmış haklara saygı, kanunların geriye yürümezliği gibi hukukun genel ilkeleri²³” de hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında kabul edilmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin yukarıda sayılan nitelikleri dikkate alındığında, “idarenin kanunlara aykırı hareket edemeyeceği, kanunlara aykırı şekilde işlem ve

¹⁷ Bülent TANÖR, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, 7. Bası, İstanbul: Beta, 2005, syf.90

¹⁸ AYM, 13.04.1999 E:1998/24 K:1999/9, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:08.04.2010.

Benzer tanımlar için bkz. AYM, 28.12.2005, E:2003/87 K:2005/110; 10.11.2009, E:2007/12 K:2009/153;

14.01.2010, E:2007/36 K:2010/6. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:08.04.2010.

¹⁹ ÖZBUDUN, syf.118, İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul: Filiz, 2004, syf.17. ÖZAY yürütme işlemlerinin yargısal denetimi ile hukuk devleti arasındaki ilişkiyi “...idarenin yargısal yolla denetlenmesi ve bu alanda da özellikle işlemlerin hukuka uygunluğunu araştıran iptal davaları ‘Hukuk Devleti’ kavramının sadece bir unsuru olmaktan çıkarak onunla ‘eşanlımlı’ bir hale gelmektedir” şeklinde ifade etmektedir. ÖZAY syf.17

²⁰ ÖZBUDUN, syf.118, TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.91

²¹ ÖZBUDUN, syf.118

²² TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.91, RUMPF, syf.59

²³ ÖZBUDUN, syf.120, 121

eylemler yapamayacağı” şeklindeki bir açıklamanın, kanunî idare ilkesinin anlam ve kapsamının belirlenmesi bakımından yetersiz kalacağı açıktır. Zira Anayasa’da Türkiye Cumhuriyeti’nin nitelikleri arasında sayılan “hukuk devleti” ilkesi zaten bu sonucu temin etmektedir. Diğer bir ifadeyle idare hukuku alanında “kanunî idare ilkesi” şeklinde ayrı bir ilkenin varlığı kabul edilmeyecek olsaydı dahi; hukuk devleti ilkesi uyarınca idare, kanunlara uygun davranma yükümlülüğü altında olacaktı.

Bu bağlamda kanunî idare ilkesi açısından; ilkenin kapsamının “idarenin işlem ve eylemlerinin kanunlara uygun olması gerekliliği”ni içerdiği, fakat bundan ibaret bulunmadığı söylenebilecektir. Nitekim öğretinin kanunî idare ilkesine yaklaşımı da bu yöndedir. Örneğin BALTA’ya göre, “ ... kanunî idare ilkesi, idarenin davranışlarına kanunun ve ona eşit hukuk kurallarının ... egemen olması demektir. ... Kanunî idarenin başlıca ... iki etkisi vardır. a) Kanuna saygı ilkesi- İdare, yürürlükteki kanunlara, eşit hukuk kurallarına ve bu arada genel hukuk ilkelerine saygı göstermek ödevindedir. ... b) Kanuni yetki ilkesi- İdare belirli bir kısım konularda bir davranışta bulunabilmek için kanunî yetkiye muhtaçtır. ...”²⁴ YILDIRIM, YASİN, KARAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN ve OKAY TEKİNSOY’a göre de “Kanuni idare ilkesi iki boyut içermektedir. Birincisi, idarenin kuruluşunun kanunla düzenlenmesi, ikincisi ise idarenin görevlerinin kanunlarda gösterilmesidir.”²⁵ Yine GÖZLER ve AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA da kanunîlik ilkesinin iki anlamı bulunduğunu kabul etmişler; bu anlamları “idarenin eylem ve işlemlerinin kanuna aykırı olmaması”²⁶, idarenin yürürlükteki kanunlara, hukukun genel ilkelerine saygılı olması²⁷ ve “idarenin yasama organı tarafından önceden kanunla düzenlenmemiş bir alanda faaliyette bulunamaması”²⁸, idarenin hem teşkilat hem de faaliyet olarak kanuna dayanmak zorunda olması²⁹ biçiminde ifade etmişlerdir. GÜNDAY ise 3’lü bir ayırım yapmayı tercih etmiş ve ilkenin üç boyutunu “... idarenin üstlendiği görevleri yerine getirirken, yürürlükteki kanunlara ve kanunlara eşit öteki hukuk kaynaklarına uygun davranmak zorunda olduğu, idarenin kuruluş ve

²⁴ Tahsin Bekir BALTA, İdare Hukuku Genel Konular, 1. Bası, Ankara: AÜ Basımevi, 1970, syf.126, 127

²⁵ Turan YILDIRIM, Melikşah YASİN, Nur KARAN, H. Eyüp ÖZDEMİR, Gül ÜSTÜN, Özge OKAY TEKİNSOY, İdare Hukuku, 4. Bası, İstanbul: XII Levha, 2012, syf.4, Turan YILDIRIM, Türkiye’nin İdari Teşkilatı, 5. Bası, İstanbul: Alkım, 2007, syf.13.

²⁶ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.112

²⁷ Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 2009, syf.136

²⁸ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.110, 111

²⁹ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, syf.136

*teşkilatlanmasında aslî yetkinin yasama organına ait olduğu ve idarenin belli konularda faaliyette bulunabilmek için mutlaka kanuni bir yetkiye sahip olması gerektiği...*³⁰ şeklinde açıklamıştır. ATAY’a göre de, “... İdarenin kanuniliği idarenin işlem ve eylemlerinin kanuna dayanması ve kanuna aykırı olmaması ...” anlamına gelmektedir.³¹

Görüleceği üzere öğretinin kanunî idare ilkesine yaklaşımı başlıca iki temel hususu ön plana çıkarmaktadır. Bu hususlardan birincisi, idarenin yürürlükte bulunan kanun hükümlerine saygı göstermek, bu bağlamda kanun hükümlerine aykırı işlem ve eylemlerden kaçınmak durumunda olmasıdır.³² İkincisi ise idarenin gerek kurulmasında gerekse yetki kullanmasında bir kanuna dayanması gerekliliğidir. Yani bir hukuk sujesinin idarî teşkilat içinde bir kamu hukuku tüzel kişisi olarak kurulması ancak kanunla mümkün olabileceği gibi; bu birimin idare hukuku ilkeleri çerçevesinde kamusal yetkiler kullanabilmesi de, ancak kanun koyucunun bu konuda ona yetki vermesi halinde mümkün olacaktır.³³ Diğer bir ifadeyle idare, ancak kanun onu kurarsa varlık kazanabilecek, belli bir konuda ancak kanun ona yetki verirse (kamu gücü kullanarak) faaliyet gösterebilecek ve bu faaliyeti icra ederken yürürlükteki hiçbir kanun hükmü ile ters düşemeyecektir.

Daha kısa ifade etmek gerekirse kanunî idare ilkesi “kanuna dayanma” ve “kanunlara uygun olma” şeklinde iki alt ilkeden oluşmaktadır.³⁴ Hukuk devleti ilkesi, bu iki alt ilkeden “kanunlara uygun olma” ilkesini içermektedir. Ancak kanunlara dayanma yani kanunla kurulma ve kanunun verdiği izin doğrultusunda faaliyet gösterme zorunluluğunun hukuk devleti ilkesinin gerekliliklerinden olduğu ileri sürülemeyecektir. Dolayısıyla hem kanunî idare ilkesi hem de hukuk devleti ilkesi, idarenin ‘kanunun çizdiği sınırlar içinde olma’ yani ‘*intra legem*’ niteliğini ifade etmekte;³⁵ ancak idarenin kanuna dayanmasını, kanundan kaynaklanmasını gerekli kılan kanunî idare ilkesi, bu

³⁰ GÜNDAY, syf.41, 42

³¹ Ender Ethem ATAY, İdare Hukuku, 2. Bası, Ankara: Turhan, 2009, syf.160

³² “... bir Hukuk Devletinde yönetimin davranışları, ancak yasadan alınan yetki çerçevesinde kalırsa meşru sayılmalıdır. Buna yönetimin (idarenin) yasalara uygun düşmesi ilkesi denilebilir.” DOEHRING, syf.212

³³ “Yürütme kanunla başlar ve kanun olmayan bir sahada yürütmeden bahsedilemez. Kanun dışında, yürütmenin kendine has bir faaliyet sahası olmadığından, ne düzenleyici ve ne de subjektif bir işlem yapması mümkün değildir...” Turan GÜNEŞ, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1965, syf.28

³⁴ Esasen kanunlara uygun olma şeklindeki ikinci alt ilke, kanuna dayanma biçimindeki ilkenin doğal uzantısıdır. Zira kanun olmadan var olamayan ve faaliyet gösteremeyen idarenin kanunlara aykırı tasarruflarda bulunamayacağı açıktır.

³⁵ Kemal GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, 1. Bası, Bursa: Ekin, 2007, syf.308

yönüyle yani idarenin *secundum legem* niteliğine³⁶ de atıf yapmasıyla hukuk devleti ilkesinden ayrılmaktadır.

Bu noktada hukuk devleti ilkesinin de öngörülebilir bir hukuk düzenini dolayısıyla idarenin önceden konulmuş ve ilan edilmiş belli hukuk kuralları uyarınca hareket etmesini gerektirdiği; bu bağlamda geniş anlamda yasallığı³⁷ kapsamına alan hukuk devleti ilkesinin, (idarenin kuruluşu bakımından olmasa da faaliyetleri açısından) yasalara dayanma olgusunu da bünyesinde barındırdığı ileri sürülebilecektir.

Gerçekten günümüzde “hangi idarî merciin hangi koşullarda hangi yetkileri kullanacağını, ne tür işlemler tesis edebileceğinin bireylerce önceden öngörülebilir olmasının ve böylelikle kişiler açısından güvenceli bir hukuk sisteminin oluşturulmasının” hukuk devleti ilkesinin gerekliliklerinden olduğu kabul edilmektedir.³⁸ Ne var ki hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği bu güvencenin temin edilebilmesi bakımından “maddi anlamda kanun”un³⁹ varlığı yeterlidir. Zira eğer idareye belli yetkiler veren hukuki işlem ilgililer tarafından önceden öngörülebilir ve anlaşılabilir nitelikte bir işlemse, bu işlem hangi organ tarafından hangi usullere göre yapılmış olursa olsun bireyler bakımından önemli bir teminat oluşturacaktır.

Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin öngördüğü koruma mekanizmasını yorumlarken maddi kriteri esas almaktadır. Örneğin özel hayatın ve aile hayatının korunmasına, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne, ifade özgürlüğüne ve toplantı özgürlüğüne ilişkin Sözleşme’nin 8., 9., 10. ve 11. maddelerinde yer alan ve bu hakların sınırlandırılmasının ancak yasayla yapılabileceğini öngören 2. fıkraları yorumlarken İHAM, Sözleşme’de geçen “yasa”,

³⁶ ÖZBUDUN, syf.191, GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, syf.307

³⁷ “Yasallık ilkesi dar ve geniş olmak üzere iki anlamı içerir: Dar anlamda yasallık, yasaya uygun işlem ve eylemi ifade eder. Geniş anlamda yasallık ise, idarenin hukuk kurallarına uymasını gerektirir.” Zuhul BEREKET, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, 1. Bası, Ankara: Yetkin, 1996, syf.80

³⁸ “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 kuşkuyla 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, yasadaki, 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.” AYM, 17.04.2008 E:2005/5 K:2008/93, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.11.2012.

³⁹ “Maddi anlamda kanun” kavramı, genel ve soyut nitelik taşıyan hukuk kurallarının tümünü ifade etmekte olup; aşağıda kavramın anlamı üzerinde ayrıca durulacaktır.

“yasal” kelimelerini münhasıran yasama organı tasarrufları olarak kabul etmemektedir.⁴⁰ İHAM’a göre hak ve özgürlüklerin hangi tür düzenleyici işlemlerle sınırlandırılacağı bir iç hukuk sorunudur. Sözleşme’de geçen “yasa” ibaresi, türü ne olursa olsun (kanun, tüzük, yönetmelik, içtihat vb.) soyut norm koyan düzenleyici tasarruflardır.⁴¹

Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin kapsamına aldığı öngörülebilirliğin ve hukukî güvenliğin tesisi için maddi anlamda kanun yeterli olup; “*idarî faaliyetlerin mutlaka Anayasa’da belirtilen usullere göre TBMM tarafından ihdas edilen teknik anlamda kanuna dayanması*” gibi bir zorunluluğun, hukuk devleti ilkesinin kapsamında bulunmadığı açıktır. Oysa kanunî idare ilkesinin öngördüğü tam olarak budur. Yani kanunî idare ilkesi –aşağıda daha detaylı olarak değineceğimiz üzere- şekli anlamda kanun esasına dayanan bir ilkedir ve “kanuna dayanma” alt ilkesiyle getirdiği “*Anayasa’da belirtilen usullere göre TBMM tarafından ihdas edilen teknik anlamda bir kanuna dayanma*” zorunluluğudur. Böylelikle kanunî idare ilkesi bireyler açısından maddi anlamda kanunun sağlayacağı korumayı temin etmekle birlikte; buna ek olarak, şekli anlamda kanunun diğer düzenleyici işlemlere nazaran daha katı usûl kurallarına bağlı olmasından ve yine parlamentoda açık görüşme ve tartışma yöntemleriyle hazırlanması sebebiyle kamuoyunun denetimine tâbi olmasından⁴² kaynaklanan ilave bir güvence daha oluşturmaktadır.

Özetleyecek olursak hukuk devleti ilkesi, modern bir devlette bireyler açısından varlığı gerekli görülen bir çok alt ilkeyi bünyesinde barındıran, yasama ve yargı dahil Devletin bütün organlarına hitap eden ve bu çerçevede idarenin bütün hukuk kurallarına uygun hareket etmesini gerekli kılan temel bir ilkedir. Kanunî idare ilkesi ise daha spesifik bir alana ilişkin olup, “idare” ile “şekli anlamda kanun” arasında olması gereken zorunlu ilişkiye işaret etmektedir. Bu kapsamda kanımızca “hukuk devleti ilkesi” ile “kanunî idare ilkesi”nin birbiri ile kesişmekte olan iki kümeye

⁴⁰ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, A. Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Bası, Ankara: Turhan, 2004, syf.376

⁴¹ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, syf.376, “Sözleşme'nin 8. maddesindeki 'hukuk' sözcüğünün biçimsel değil, ama maddi anlamda ele alınması gerekmektedir. Hukuk sözcüğü hem yasa ve yasanın altındaki düzenlemeleri ve hem de yazılı olmayan hukuku da kapsamaktadır.” İHAM, Kruslin v. France p.29, <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>, Erişim Tarihi:10.06.2010.

⁴² Münci KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, 7. Bası, Ankara: Yetkin, 1993, syf.231

benzetilebilmesi mümkündür. Burada “yönetimin yürürlükteki kanunlara uygun davranması zorunluluğu” her iki kümenin kesişim noktası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte her iki ilkenin de *diğerinin öngörmediği alt ilkeleri*, benzetmemizden hareketle bir diğerinin elemanı olmayan öğeleri bulunmaktadır. Bu çerçevede “yasama ve yürütmenin yargısal denetimi, hakim bağımsızlığı ve tarafsızlığı, adil yargılanma hakkı, hukukun genel ilkeleri” hukuk devleti ilkesinin; “idarenin kurulmasının ve faaliyetlerinin bir yasama organı tasarrufu olarak kanuna bağlı olması” da kanunî idare ilkesinin *diğerinden bağımsız (onun öngörmediği)* öğelerini oluşturmaktadır.

Sonuç olarak hukuk devleti ilkesi ile kanunî idare ilkesinin gereklilikleri benzeşmekte ve hatta bazı hallerde örtüşmektedir. Fakat hukuk devleti ilkesinden ayrı olarak kanunî idare vurgusu da gereklidir. Zira kanunî idare ilkesi, idarenin hem kuruluşunun hem de tüm faaliyetlerinin bir yasama tasarrufu olarak şeklî anlamda kanuna dayanmasını zorunlu kılmakta; böylece hukuk devleti ilkesinin tesise çalıştığı öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği açısından daha kuvvetli bir teminat oluşturmaktadır.

III. KANUNÎ İDARE İLKESİNİN ANAYASAL TEMELLERİ

Yürürlükte bulunan 1982 Anayasası’nda idarenin kanunla kurulmasını, kanundan aldığı yetki çerçevesinde işlemler/eylemler yapmasını, kanunun çizdiği sınırlar içerisinde hareket etmesini gerekli kılan birden fazla hüküm bulunmaktadır. Şüphesiz bu hükümlerden en önemlisi, doğrudan idarenin kuruluşuyla ve görevleriyle kanunla düzenleneceğini öngören ve çalışmamızın temelini oluşturan 123. maddedeki hükümdür.

Bunun dışında idarenin kuruluşunun ve faaliyetlerinin kanuna dayanması gerektiğini öngören kanunî idare ilkesi, herşeyden önce Anayasa’nın temel felsefesini oluşturan egemenliğe, egemenliğin kullanılışına ve egemenliği kullanan iktidarların birbirleri ile olan ilişkilerine dair kurallarla yakından ilgilidir. Çünkü Anayasa, Devlet örgütlenmesi ile insan haklarının dayandığı temel ilkeleri gösteren bir belgedir.⁴³ Bu bağlamda Anayasa’da yer alan egemenliğin kaynağına, kim tarafından ve ne şekilde

⁴³ Mustafa ERDOĞAN, Anayasa Hukuku, 3. Bası, Ankara: Orion, 2005, syf.41

kullanılacağına, Devlet organlarının kuruluşuna, görevlerine ve yetkilerine ilişkin kuralların, idarenin kuruluşunu ve faaliyette bulunma biçimini de etkileyeceği açıktır.

Diğer taraftan idare kamusal ihtiyaçları karşılamak ve bu şekilde kamu yararını temin etmek için genellikle kamu gücü kullanarak işlem ve eylemlerde bulunmaktadır. Dolayısıyla idari işlem ve eylemler, çoğu kez temel bir insan hakkına ya da özgürlüğüne getirilen sınırlamalar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁴ Bu bağlamda Anayasa’da öngörülen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin de, idarenin kuruluşuna ve işleyişine yön veren kanunî idare ilkesi ile yakın bir ilişki içerisinde olduğunun kabulü gerekecektir.

Son olarak Anayasa’nın çeşitli hükümlerinde bazen belli bir kamu idaresinin, bazen de genel olarak idarenin işleyişi ile ilgili kanunîlik ilkesine atıf yapan kurallar yer almaktadır. Bu hükümlerin de Anayasa’nın 123. maddesinde düzenlenen kanunî idare ilkesinden bağımsız olarak değerlendirilebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle daha bütüncül bir yaklaşım sergilenerek kanunî idare ilkesinin anlamının ve Anayasal sistem içindeki konumunun anlaşılabilmesi için, 123. maddenin tüm bu hükümlerle birlikte ele alınarak yorumlanması gerekmektedir.

Bu nedenle kanunî idare ilkesinin Anayasal dayanaklarını incelemeye çalışacağımız bu başlık altında öncelikle Anayasa’nın 123. maddesi üzerinde durulacak, sonrasında hukuk devleti ilkesinin bir önceki başlıkta incelenmesi nedeniyle 2. maddenin hukuk devletine ilişkin kısmı kapsam dışında tutularak, kanunî idare ilkesiyle ilgili bulunan diğer hükümlere Anayasa’daki sıralamaya uygun şekilde değinilecektir.

A. Anayasa’nın 123. Maddesi

1. İlkenin Anayasa’nın 123. Maddesinde Düzenlenme Şekli

Kanunî idare ilkesinin “*idarenin kuruluşuyla ve görevleriyle kanunla düzenleneceği*” şeklinde formüle edilmesi, Türk Anayasa metinlerinde ilk olarak 1961

⁴⁴ Örneğin kamulaştırma işlemi, vergi tahakkuku, idari para cezası gibi işlemler kişilerin mülkiyet hakkı, kamu görevlisi hakkında verilen meslekten çıkarma cezası kamu hizmetlerine girme hakkı, işletmeler hakkında verilen faaliyetten men kararları ile iş yeri açma ruhsatının iptali gibi işlemler çalışma ve sözleşme özgürlüğü bakımından birer sınırlama oluşturlar.

Anayasası ile gerçekleşmiştir. Bu bağlamda 1961 Anayasası'nda ilke, daha sonra 1982 Anayasası'na aynen aktarılacak bir hükümle düzenlenmiş, 112. maddenin 2. fıkrasında *idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği* öngörülmüştü. 1961 Anayasası'nın gerekçesinde de bu hükme ilişkin olarak şu açıklama yer almaktaydı: “...Anayasamızın kabul ettiği sistemin icabı, icra ve idare, ilkel ve özerk bir yetki olmayıp müstak ve tâbi bir yetki olduğu için de, tabiatıyla görev ve teşkilâtın kanunla düzenleneceği belirtilmiştir...”⁴⁵

1961 Anayasası ile kurucu iktidar, idarenin görevleri ile kuruluşunun kanunla düzenlenmesi gerekliliğini yürütme ve idarenin aslî ve bağımsız bir yetki olmamasının doğal sonucu olarak görmüş; bunu da Anayasa'nın kabul ettiği devlet sisteminin bir gereği saymıştır.

Günümüzde ise kanunî idare ilkesine ilişkin Anayasal düzenleme 1982 Anayasası'nın “Cumhuriyetin Temel Organları” başlığını taşıyan üçüncü kısmının “Yürütme” başlıklı ikinci bölümünde, “IV.İdare, A.İdarenin Esasları” alt başlığındaki 123. maddede yer almaktadır. Anılan maddenin birinci fıkrasında (1961 Anayasası'nın 112. maddesinin 2. fıkrasına paralel bir şekilde), “**İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.**” hükmüne yer verilerek, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve idarenin hem kuruluşunun hem de görevlerinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Maddenin devamında ise, ikinci fıkrada idarenin bütünlüğü ilkesi kapsamında “*İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır*” kuralına yer verildikten sonra; üçüncü fıkrada kanunî idare ilkesi ile bağlantılı olarak “*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur*” hükmüne yer verilmiştir.⁴⁶ Böylece Anayasa koyucu tarafından “idarenin bütünlüğü” ile “kanunî idare” ilkelerine Anayasa'da “İdarenin Esasları” alt başlığı altındaki ilk maddenin ilk fıkrasında, yani

⁴⁵ Emine AYDOĞDU, Teşkilâtı Esasiye'den Günümüze Anayasalar, 1. Bası, Ankara: Palme, 2005, syf.163

⁴⁶ “Maddede idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesinin bir sonucu olarak, kamu tüzelkişilerinin de ancak kanunla veya kanunun açık yetki vermesi halinde idari işlemle kurulabileceği öngörülmektedir.” 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 123. maddesinin gerekçesinden. AYDOĞDU, syf.452

diğer yönetim esaslarından önce yer verilerek; bu iki ilke, idare hukukunun başlıca esasları olarak belirlenmiş bulunmaktadır.⁴⁷

1982 Anayasası'nın 123. maddesinin gerekçesinde, maddenin kanunî idare ilkesine ilişkin kısmı hakkında herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Bununla birlikte 1982 Anayasası'nın 123. maddesinde yer alan düzenlemenin 1961 Anayasası'nın 112. maddesindeki hükümle tamamen aynı olduğu dikkate alındığında; 1961 Anayasası'nın 112. maddesinin gerekçesinde kanunî idare ilkesi ile ilgili olarak var olan açıklamanın 1982 Anayasası bakımından da geçerli olduğu rahatlıkla ileri sürülebilecektir. Buna göre aslî ve genel bir yetki olmayan yürütme ve idare, ikincil niteliklerinin gereği olarak ancak aslî yetki sahibi olan yasa koyucunun çizdiği sınırlar içerisinde faaliyet gösterebileceklerdir. Bu da tabîî olarak idarenin hem varlık kazanmasında hem de görev ve yetkilerinin⁴⁸ belirlenmesinde bir yasa hükmünün varlığını zorunlu kılmaktadır.

Kanunî idare ilkesinin pozitif bir hüküm olarak Anayasa'da yer alması nedeniyle ilke, bir *Anayasaya uygunluk kriteri* olarak Anayasa yargısında dikkate alınabilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından da (kanunî idare ilkesinden *her zaman* açıkça söz edilmemekle birlikte) Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan ve kanunî idare ilkesinin Anayasal dayanağını oluşturan düzenlemeden hareketle yasa hükümlerinin iptaline karar verilebilmektedir.

Örneğin 18.09.2008 günlü, E:2006/55 K:2008/145 sayılı kararında, 09.12.1994 günlü, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (c) fıkrasında yer alan "İhracatçı Birlikleri, İthalatçı Birlikleri ve bunların üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyişleri, gelirleri, gelirlerinin kullanım esasları, işgal sahaları, denetimleri, organları ve üyeliğe ilişkin esasları ile üyelerinin hak ve yükümlülüklerini gösteren statüleri Bakanlar Kurulu

⁴⁷ "Anayasa'nın 123. maddesinde **idarenin bütünlüğü ve yasallığı ilkesi** kabul edilmektedir." AYM, 05.03.2009 E:2008/3 K:2009/44, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:29.05.2010.

⁴⁸ İdarenin kendisine yüklenen kamu hizmetlerini (görevleri) ifa etmek ve bu şekilde kamu yararını tesis etmek maksadı dışında başka bir amaçla yetki kullanması düşünülemeyeceğine ve 1961 Anayasa'nın 112. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, yürütme ve idare ilk el ve özerk bir yetki olmayıp ikincil ve tâbi bir yetki olduğuna yani kendisine yasama organı tarafından yetki tanınmayan bir konuda yürütmenin ve idarenin kendiliğinden inisiyatif alıp yetki kullanması mümkün olmadığına göre, Anayasa'da geçen "*görevleri kanunla düzenlenir*" ifadesinin "*görevleri ve yetkileri kanunla düzenlenir*" şeklinde anlaşılması daha doğru olacaktır.

Kararı ile belirlenir” hükmünün Anayasa’ya uygunluğunu denetleyen Yüksek Mahkeme, idarenin kuruluşu ve işleyişi hakkında Anayasa’nın 123. maddesinde öngörülen esaslara aykırı düzenleme getiren yasa kuralının iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesine göre; “...**Anayasa’nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve yasayla düzenleneceği; kamu tüzel kişiliğinin ancak yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı öngörülmüştür. Kamu hukuku tüzel kişilerinin sadece kuruluş ve kaldırılışları değil, görevleri, yetkileri, örgütlenmeleri ve işleyişleriyle ilgili usul ve esasların da yasal düzenlemelerle belirleneceği açıktır. ... İhracatın ve ithalatın geliştirilmesi, düzenlenmesi, desteklenmesi, koordinasyonu ve ekonomiye katkı sağlanması amacını taşıyan ve kamu gücü kullanan birliklerin Yasa’da bağlı kuruluş olduğu belirtilmiş, ancak itiraz konusu kuralda bunların hukuksal statüleri, kuruluşları, görevleri, yetkileri, gelirleri, giderleri ve denetimleriyle ilgili tüm hususlar Bakanlar Kurulu yetkisine bırakılmıştır. Birlikler, bu yapılarıyla, Anayasa’nın 123. maddesi kapsamında yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu tüzelkişileri olmadıkları gibi, amaçları, işlevleri ve nitelikleri itibarıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına benzemekle birlikte, kuruluş ve tüzelkişiliklerinin yasayla oluşturulmaması, organların seçiminin yargı gözetiminde yapılmaması ve bağlı kuruluş olarak gösterilmeleri nedeniyle Anayasa’nın 135. maddesinde yer alan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamına da girmemektedir. Bu birlikler, Anayasa’nın ne 123. ne de 135. maddesine göre tüzel kişilik kazanan kuruluş niteliğindedir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa’nın 7., 123. ve 135. maddelerine aykırıdır.”⁴⁹**

⁴⁹ AYM, 18.09.2008 E:2006/55 K:2008/145, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:29.05.2010, Bir başka kararında da Anayasa Mahkemesi, 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun Çevre ve Orman Bakanlığı’nın bu Kanun kapsamındaki denetim yetkisini hangi kuruluşlara devredebileceğini düzenleyen 12. maddesinde yer alan “...veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara...” ibaresini Anayasa’nın 7. ve 123. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “... **İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde yasayla düzenlenmesini gerekli kılar. 12. maddede, 2872 sayılı Yasa hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi Çevre ve Orman Bakanlığı’na verilmiş, Bakanlığın gerektiğinde bu yetkiyi devredebileceği kamu kurum ve kuruluşları tek tek sayıldıktan sonra, iptali istenilen ibareyle, Yasa’da belirtilen kurum ve kuruluşlar dışında Bakanlığın uygun göreceği diğer kurum ve kuruluşlara da anılan denetleme yetkisinin devredilebilmesi öngörülmüştür. Denetleme yetkisinin hangi kurum ve kuruluşlara devredileceğinin Yasa’da açıkça belirtilmeksizin Bakanlığın takdirine bırakılması, Anayasa’nın 7. ve 123. maddelerine aykırıdır. İdarenin iptali gerekir.**” AYM, 15.01.2009 E:2006/99 K:2009/9, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:29.05.2010, Anayasa Mahkemesi’ne göre; “**İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde yasayla düzenlenmesini gerekli kılar. Kamu tüzelkişiliğinin yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak**

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi “idarenin kuruluşu ve kaldırılışı ile görev ve yetkilerinin belirlenmesinin kanunla yapılmasını, idarenin kanunla belirlenen sınırlar içinde hareket etme zorunluluğunu” kanunî idare ilkesinin kapsamında değerlendirmektedir.

Sonuç olarak belirtebiliriz ki; kanunî idare ilkesi, kaynağını doğrudan doğruya Anayasa’da bulan ve “idarenin kanunla kurulması”, “idarenin görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmesi”, “idarenin kanunun çizdiği sınırlar içinde, kanuna uygun olarak hareket etmesi” gibi alt esaslardan oluşan bir idare hukuku ilkesidir. Nitekim ilkeye Anayasa Mahkemesi tarafından verilen anlam da bu doğrultudadır ve ilke, Anayasaya uygunluk denetiminde Yüksek Mahkeme tarafından kullanılmaktadır.

2. Anayasa’nın 123. Maddesinin Anlamı

Kanunî idare ilkesinin hukuk devleti ilkesiyle ilişkisinin ve ilkenin 123. maddede düzenlenme şeklinin incelendiği kısımlarda belirttiğimiz gibi kanunî idare ilkesi, temel olarak idarenin kanunla kurulmasını, görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmesini ve kanunlara uygun şekilde faaliyet göstermesini gerektirmektedir. Bununla birlikte SARICA’nın belirttiği üzere “*terminoloji meselesinin halli, hukuk ilminin ilk şartı*”⁵⁰ olduğundan; kanunî idare ilkesinin kapsamının ve boyutlarının daha iyi anlaşılabilmesi, ilkeyi oluşturan iki gramatik unsurun, “kanun” ve “idare” kavramlarının üzerinde ayrı ayrı durulmasını zorunlu kılmaktadır.

a. Kanun

Arapça kökenli bir kelime olan “kanun”, sözlük anlamı itibarıyla “geçerli olan kural” anlamına gelmektedir.⁵¹ Hukuk literatüründe ise kanun, “mahiyetine, özüne, içeriğine” ve “onu ihdas eden, meydana getiren organa” göre iki farklı yönüyle ele alınmaktadır. Bu yönlerden ilki maddî kriteri, ikincisi ise şeklî kriteri oluşturmakta olup;

kurulması zorunluluğu, usulde paralellik ilkesi gereği aynı zamanda kamu tüzelkişiliğinin ortadan kaldırılması bakımından da geçerli bulunmaktadır.” AYM, 02.05.2008 E:2005/68 K:2008/102, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:30.05.2010, Yine Yüksek Mahkeme’ye göre “... **dayanağını Anayasa’nın 123. maddesindeki idarenin kuruluş ve görevlerinin yasa ile düzenleneceği kuralından alan yönetimin yasallığı ilkesine göre, idarenin herhangi bir konuda asli düzenleme yetkisi yoktur. İdare ancak yasalarla belirlenen sınırlar içerisinde bir düzenleme yapabilir. ...**” AYM, 07.05.2002 E:2000/17 K:2002/46, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:30.05.2010. Örneklerin çoğaltılması mümkündür.

⁵⁰ Ragıp SARICA, Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Salâhiyeti, İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, 1943, syf.7

⁵¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü. www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi:06.06.2010

her iki kriter uyarınca “maddi anlamda kanun” ve “şekli anlamda kanun” biçiminde iki farklı kanun tanımı yapılmaktadır.⁵²

Hukuki işlemlerin hangi organ veya makamdan çıktığını dikkate almaksızın bu işlemleri içeriğine,⁵³ hukuki mahiyetlerine göre ele alan⁵⁴ maddi kritere göre kanun, genel hükümler taşıyan bir karardır.⁵⁵ Yani bir işlem genel, soyut, kişisel olmayan (objektif) bir kural⁵⁶ ihdas ediyor ya da bu nitelikteki bir kuralı kaldırıyor veya değiştiriyorsa, hangi makamdan sadır olursa olsun, maddi anlamda kanundur. Bu bağlamda idarî makamlar tarafından tesis edilen tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenleyici işlemler de genel, objektif ve soyut kurallar içermeleri sebebiyle maddi anlamda kanun sayılırlar.⁵⁷ Yine yasama organı tarafından alınan subjektif, somut, kişisel nitelikteki kararların maddi anlamda kanun olarak kabul edilebilmesine olanak bulunmamaktadır.⁵⁸

İlk defa Fransız Hukukçu Carré de Malberg tarafından ileri sürülen⁵⁹ şekli (organik) kriter ise hukuki işlemleri, bu işlemleri yapan organa ve yapılış şekillerine göre ele almaktadır.⁶⁰ Buna göre, yasama organı tarafından yapılan işlemler yasama işlemlerini, yürütme organı tarafından yapılan işlemler yürütme işlemlerini ve yargı organı tarafından yapılan işlemler yargı işlemlerini oluşturduğundan; ancak yasama organı tarafından ve kanun yapma usulleri doğrultusunda yapılan işlemler “şekli anlamda kanun” olarak kabul edilebilecektir. Dolayısıyla maddi anlamda kanun kabul edilen tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerin, bu işlemler yasama organı

⁵² Leon DUGUIT, Kamu Hukuku Dersleri, Çev: Süheyy Derbil, Ankara: AÜHF Yayınları, 1954, syf.83, SARICA, syf.11 vd, 18, ONAR I. Cilt, 358 vd, GÜNEŞ, syf.12 vd, ÖZBUDUN, syf.172-173, 201, TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf. 254 vd, Zafer GÖREN, Anayasa Hukuku, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 2006, syf.159, GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, syf.223 vd, Ferman DEMİRKOL, Anayasa Hukuku I-II Ders Notları, 2. Bası, İstanbul: Filiz, 2003, syf.23 vd.

⁵³ SARICA, syf.11

⁵⁴ DUGUIT, syf.81

⁵⁵ DUGUIT, syf.83

⁵⁶ DEMİRKOL, syf.24,25

⁵⁷ “...maddi bakımdan kanunun daima aynı kuvvette, aynı değerde olduğunu, daima egemen bir karar mahiyetinde bulunduğunu sanmamalıdır. Kanun, kendi öz mahiyeti bakımından daima aynı karakteri taşır ise de hükmü ve kuvveti bakımından onu çıkaran organları ayırdetmelidir. Meselâ, bir belediye tarafından yapılmış bir tüzük maddî bakımdan bir kanundur. Fakat, tabiidir ki, parlamento tarafından kabul edilmiş bir kanun kuvvetinde ve değerinde değildir. Devlet başkanı tarafından yapılan tüzükler birer kanundur; fakat bununla beraber parlamento tarafından kabul edilmiş bir kanun kuvvetinde ve değerinde değildir...” DUGUIT, syf.83

⁵⁸ Sıddık S. ONAR, Nizamname ve Tâlimatnameler, İzmir Barosu Dergisi, Sene 2, S: 3-7, 1937, syf.261

⁵⁹ GÜNEŞ, syf.26

⁶⁰ ÖZBUDUN, syf.174

tarafından yapılmadığından, şekli anlamda kanun olarak kabul edilebilmeleri mümkün bulunmamaktadır.

Konuyu kanunî idare ilkesi bakımından ele alırsak, kanunî idare ilkesinin şekli anlamda kanun esasına dayanan bir ilke olduğunu belirtebiliriz. Zira kanunî idare ilkesi dayanağını Anayasa'nın 123. maddesinde bulan pozitif bir idare hukuku ilkesi olduğuna göre; ilkenin “kanun” unsurunun Anayasa’da öngörülen şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun sonucu olarak da Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan “*İdare, kuruluş ve görevleriyle ... kanunla düzenlenir.*” hükmünde geçen “kanun” ibaresi, Anayasa’nın kabul ettiği kriter şekli kriter olduğu için “şekli anlamda kanun” olarak kabul edilmelidir.

Gerçekten 1982 Anayasası’nın 87., 88. ve 89. maddelerine göre “kanun”, milletvekilleri tarafından sunulan tekliflerin ya da Bakanlar Kurulu tarafından sunulan tasarıların Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce İçtüzük’te öngörülen usul ve esaslara göre görüşülerek kabul edilmesi üzerine Cumhurbaşkanı’nca yayımlanması uygun görülen normatif düzenlemeleri ifade etmektedir. Dolayısıyla Anayasa, kanun yapmaya yetkili organı münhasıran TBMM olarak belirleyip kanunun yapılış usulüne ilişkin olarak sıkı şekil kuralları belirlemek suretiyle bu konudaki tercihini “şekli anlamda kanun” yönünde kullanmış bulunmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da, Anayasa’nın diğer maddelerinde ve tabîî 123. maddesinde geçen “kanun” ibaresinin “şekli anlamda kanun” olarak yorumlanması gerekmektedir. Nitekim Türk Hukuku bakımından geçerli olan kanun anlayışının “şekli anlamda kanun” olduğu, öğreti tarafından da kabul edilmektedir.⁶¹

⁶¹ “Bir Devlet muamelesinin kaide halinde olması o muameleye teşriî bir vasıf izafesi için kâfi değildir; aynı zamanda muamelenin teşriî mahiyette ve teşriî organ tarafından yapılmış olması lazımdır.” Ali Fuad BAŞGİL, Türkiye Teşkilat Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukukî Rejim, in: Tedris Hayatının Otuzuncu Yıl Dönümü Hatırası Olmak Üzere Üniversite Rektörü ve Hukuk Fakültesi Profesörü Cemil Bilsel’e Armağan, İstanbul: Kenan Basımevi, 1939, syf.69, “Kanun, Anayasa ve İçtüzüklerin öngördüğü usüller izlenerek, TBMM tarafından bu isim altında ızhâr olunan irade’dir” Mukbil ÖZYÖRÜK, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1972-1973, syf.48, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/>, erişim tarihi:26.08.2010, “... kanun kelimesi bilhassa şekli bakımdan mevzu bahis olan bir terimdir. Başka bir söyleyişle kanun evveleminde şekli, formel bir mefhumdur. Muhtevaya, uzva müzaf olduğu kadar ve belki daha ziyade şekil meselesine taallûk etmektedir. ...” SARICA, syf.18, dn.1, “Türk Hukukunda yasama ve yürütme işlemlerini maddî bir kriter gere göre ayırmak mümkün değildir. Anayasa böyle bir ayırım öngörmemiştir. İki işlem arasında sadece sadır oldukları organlara göre bir hiyerarşi farkı bulunmaktadır. ...” GÜNEŞ, syf.47, “Türk hukukunda kanunun maddî anlamda değil, ancak şekli anlamda tanımlanabileceği ...” ÖZBUDUN, syf.201, “... yasama fonksiyonunun tanımı ve yürütme fonksiyonundan ayrılması konusunda maddî ve organik kriter olmak üzere

Bu noktada üzerinde durulması gereken konu, kanunî idare ilkesinde geçen “kanun” teriminin, şekli anlamda kanun olmamakla birlikte kanuna eş değer diğer normları, bu çerçevede kanun hükmünde kararnameleri ve uluslararası sözleşmeleri kapsayıp kapsamadığıdır. Bir başka ifadeyle idarenin kuruluşu, görev ve yetkileri münhasıran kanunla belirlenmek zorunda mıdır, yoksa bunların kanun dışında fakat kanun gücünde olan diğer işlemler ile düzenlenmesi de mümkün müdür?

b. Kanuna Eşdeğer Normlar

aa. Kanun Hükmünde Kararnameler

Kanun hükmünde kararnameler Anayasa’nın 91. maddesinde düzenlenmiş olup, anılan maddede yer alan düzenleme uyarınca TBMM, “yetki kanunu” olarak isimlendirilen bir yasa ile Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilecektir. Yetki kanununda “çıkartılacak kanun hükmünde kararnamenin amacı, kapsamı, ilkeleri, kullanma süresi ve süresi içinde birden fazla kararname çıkartılıp çıkartılamayacağı” gösterilecek; yetki kanunu uyarınca çıkartılan kanun hükmünde kararname Resmî Gazetede yayımlandığı gün TBMM’nin onayına sunulacaktır. TBMM kanun hükmünde kararnameyi reddedebileceği gibi, aynen veya değiştirerek kabul edebilecektir. Reddedilme halinde KHK yürürlükten kalkacak, değiştirilerek kabul edilme halinde ise KHK değiştirilerek kabul edildiği şekliyle hüküm ifade edecektir.

Kanun hükmünde kararname, bir Bakanlar Kurulu tasarrufu olarak organik anlamda idarî işlem sayılır. Ancak Anayasa’nın deyimi ile bu işlem “**kanun hükmünde**”, diğer bir ifadeyle “**kanun gücünde**”dir. Yetki kanunu ile çizilen çerçeve içinde Bakanlar Kurulu, KHK çıkartarak mevcut kanunları yürürlükten kaldırabilmekte, değiştirebilmekte ya da daha önce yasa ile düzenlenmemiş bir alanı ilk elden düzenleme konusu yapabilmektedir. Her ne kadar KHK’nın Resmi Gazete’de yayımlandığı gün onay için TBMM’ye sunulması gerekmekte ve TBMM tarafından onaylanmayarak reddedilmesi ya da değiştirilmesi mümkün ise de; TBMM’de görüşülmesine kadar KHK, *araya yasama organının hiçbir tasarrufu girmeden* aynen bir yasa gibi hukuki

iki kriter önerilmiştir. ... bu kriterlerden geçerli olan kriter, organik kriterdir. ...” GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, syf.229

sonuçlarını doğurmaya devam etmektedir. Bu nedenle yürürlükte olduğu sürece bir kanun hükmünde kararnamenin kanunla aynı derece ve kuvvette olduğunun, bir başka deyişle normlar hiyerarşisinde kanunla eşit konumda bulunduğunun kabulü gerekmektedir.⁶²

Bu noktadan hareket edildiğinde yani KHK, kanun ile aynı hukukî etkiye sahip bir tasarruf olarak kabul edildiğinde, “kanunî idare” ilkesinde yer alan kanun kavramının kanun hükmünde kararnameyi de kapsadığı; bu ilke gereğince kanunla düzenlenmesi gereken alanların kanun hükmünde kararname ile de düzenlenebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.⁶³ Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin de bu görüşte olduğu belirtilebilecektir. Mahkeme’ye göre; “... Anayasa’nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasının yasakladığı hükümlerle ilgili olmadıkça, KHK. ile düzenlenmesi Anayasa’ya aykırı değildir. ...”⁶⁴, “... Anayasa’nın genelde yasayla düzenlemeyi öngörmesi, ayrıık kural olan 91. maddeyi gereksiz ve geçersiz kılmaz. Yasa ile KHK nin hukuksal yapıları,

⁶² Ergun ÖZBUDUN, 1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler, Anayasa Yargısı, Cilt 2, 1985, syf.227, 228, Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, 13. Bası, İstanbul: Beta, 2009, syf.30, 35, TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.362, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, 1. Bası, İstanbul: Beta, 1996, syf.59, Kemal GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi, 1. Bası, Bursa: Ekin, 2000, syf.3, 4, Yavuz ATAR, Türk Anayasa Hukuku, 3. Bası, Konya: Mimoza, 2005, syf.242. Kanun hükmünde kararnamenin işlevsel (fonksiyonel) anlamda bir yasama işlemi olduğu konusunda bkz. TEZİÇ, syf.30, 35, TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.361, YÜZBAŞIOĞLU, syf.58, Yine Anayasa Mahkemesi de kanun hükmünde kararnameleri işlevsel anlamda yasama işlemi olarak kabul etmektedir. “Kanun hükmünde kararnameler, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduklarından ...” AYM, 31.01.2008 E:2002/106 K:2008/51, 30.05.2003 E:2003/39 K:2003/40, 09.11.2002 E:2002/116 K:2002/67, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.06.2010. 1961 Anayasası döneminde ise (1971 yılından sonra) Bakanlar Kurulu KHK’lerle istediği kanunlarda değişiklik yapamadığından, KHK’ler işlevsel olarak idarî işlem olarak değerlendirilmekteydi: “Bakanlar Kurulu, yetki kanuna dayanarak, yürürlükteki kanun hükümlerinden dilediğini kaldırabilseydi, o zaman yasama işlevinden söz edilebilirdi. Bu itibarla, parlamento açısından bir tasarıdan başka bir şey olmayan KHK, olduğu gibi veya değiştirilerek kabul edildikten sonra kanun, yani yasama işlemi niteliğini kazanır. ...” Lütfi DURAN, Kanun Hükmünde Kararname, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 8, S:2, 1975, syf.5 Aynı yönde: Erdoğan TEZİÇ, Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1980, syf.9. Bununla birlikte KUZU, kanun hükmünde kararnamenin normlar hiyerarşisinde kanun ile aynı derecede bulunmadığını düşünmektedir. KUZU’ya göre KHK, TBMM’ce onaylanıncaya kadar kanunun hemen altında yer alır. Burhan KUZU, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul: Üçdal, 1985, syf.387, Burhan KUZU, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul: Kazancı, 1993, syf.273. Yine KUZU’ya göre kanun hükmünde kararnameler, Meclisin bilfiil tasdik ettiği ana kadar fonksiyonel bakımdan idari bir işlemdirler. Tasdik anından itibaren organik ve fonksiyonel bakımdan bir kanun halini alırlar. KUZU, Türk Anayasa Hukukunda .., syf.386, 387

⁶³ Bu sonuç, “kanunî idare ilkesi” bakımından geçerli olduğunu belirttiğimiz “şekli kanun” anlayışının bir istisnasını oluşturmaktadır. Zira OYTAN’ın da belirttiği gibi kanun hükmünde kararnameler şekli (organik) açıdan idari işlem niteliğinde olup; sadece maddi anlamda (fonksiyonel açıdan) yasa niteliği taşımaktadır. Ancak bu istisna Anayasa ile öngörülmüş, bizzat kurucu iktidar tarafından getirilmiş bir istisnadır. Muammer OYTAN, Fransa, Almanya ve Türkiye’de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi, in: Onar Armağanı, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1977, syf.593

⁶⁴ AYM, 08.02.1989 E:1988/38 K:1989/7, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:24.11.2012.

nitelik ve oluşum yöntemleri ayrı olsa da Anayasa, 91. maddesiyle açıkça KHK ile düzenlemeye olur vermiştir. ...”⁶⁵

Kanun hükmünde kararname de kanun gibi kanunî idare ilkesinin kapsamında yer almakla birlikte, hukukumuzda kanun hükmünde kararname çıkarılması bakımından geçerli olan bir takım sınırlamalar bulunmaktadır. Bu sınırlamaların “temel haklar, kişi hakları ve siyasi haklara ilişkin konular” ile “önemlilik, ivedilik ve zorunluluk kriterleri” şeklinde iki alt başlıkta toplanması mümkün olup;⁶⁶ söz konusu sınırlamaların kanunî idare ilkesi ile bağlantılı olan konularda yani idarenin kuruluşunun, görevlerinin ve yetkilerinin belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir.

aaa. Temel Haklar, Kişi Hakları ve Siyasi Haklara İlişkin Konular

Anayasa’nın 91. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “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 kararnameyle düzenlemeye kapalı olan alanlardır. Anayasa söz konusu hakların kanun hükmünde kararnamelerle sadece sınırlandırılmasını yasaklamamış; daha genel bir ifade kullanarak bu hakların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğini⁶⁷ belirtmiştir. Buna göre temel haklardan, kişi haklarından ve siyasî hak ve ödevlerden herhangi birini koruyucu, güvence altına alıcı nitelikteki normatif bir değişiklik bile Anayasa’nın 91. maddesinin 1. fıkrası gereğince kanun hükmünde kararname konusu olamayacaktır.

⁶⁵ AYM, 16.05.1989 E:1989/4 K:1989/23, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:24.11.2012.

⁶⁶ Öğretide ÇAĞLAR, hâkim ve savıların adli-idari yargı ayrımı gözetilmeksizin atanmalarına imkân veren 3446 sayılı Kanun’un 2. maddesini iptal eden K:1989/10 sayılı Anayasa Mahkemesi kararından hareketle, hukukun genel ilkelerinin saklı yasa alanı olduğu, dolayısıyla KHK konusu yapılamayacağı sonucuna ulaşarak; hukukun genel ilkelerini de kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi açısından sınırlama getiren bir alan olarak kabul etmektedir. ÇAĞLAR’a göre; “... Kanun Hükmünde Kararname alanı sadece 91. madde ile sınırlı değildir ve Kanun Hükmünde Kararname alanının tespitinde Anayasanın diğer düzenlemelerinin de dikkate alınması gerekir. Anayasa Mahkemesi’nin bu şekilde yorumlanan kararı, Fransız Anayasa Konseyi’nin 2 Temmuz 1965 tarihli kararına yakındır. Ve eklemek gerekir ki, Hukukun Genel Prensipleri ile ilgili alan da ‘saklı yasa alanı’dır.” Bakır ÇAĞLAR, Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Demokrasi”, Anayasa Yargısı, Cilt 7, 1990, syf.117

⁶⁷ “Burada düzenleme kavramının seçilmiş olmasına da ayrıca dikkati çekmek gerekir. Gerek 1961 Anayasası ve gerekse 1982 Anayasası sınırlama kavramını kullanmaktan kaçınmıştır. Çünkü düzenleme, sınırlamadan daha geniş ve farklı bir kavramdır. Hakkı sınırlayıcı düzenlemeler olabileceği gibi, hakkı güçlendiren, onu daha etkili bir kullanıma kavuşturan, hatta ona, önceden sahip olmadığı belli bir içerik kazandıran düzenlemeler de söz konusu olabilir ve genellikle düzenlemenin yöneldiği amaç da bu olmak gerekir. ...” Fazıl SAĞLAM, Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, Anayasa Yargısı, Cilt 1, 1984, syf.268

Temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasî hak ve ödevlerle ilgili olarak KHK'ler bakımından öngörölen bu kısıtlama, kanunî idare ilkesi bakımından da geçerli olacaktır. Dolayısıyla temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasî haklar ve ödevlerle ilgili konularda idareye görev ve/veya yetki veren bir kanun hükmünde kararname çıkarılabılmesine olanak bulunmamaktadır. Örneğın Anayasa Mahkemesi, 219 sayılı Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinde yer alan "Genel nüfus sayımlarında sokağı çıkma yasağı konur" hükmünü, kişi haklarından birinin KHK ile düzenlenemeyeceğı gerekçesiyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *"Anayasa'nın 19. maddesi kişi özgürlüğünü ve güvenliğini korumaya yönelik hükümleri içermektedir. ... Herkesin yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğunun açık bir biçimde ifade edildiğı Anayasa'nın 23. maddesi ile kişilerin gidip-gelme, dolaşma, hareket özgürlükleri güvenceye alınmakta ve bu özgürlüklerin sadece maddede belirtilen nedenlerle ve yasayla sınırlandırılabilceğı kabul edilmektedir. ... Dava konusu kuralla getirilen sokağı çıkma yasağı, 19. ve 23. maddelerde belirtilen sınırlamalar içinde yer almadığı gibi her iki kural da Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde, başka bir anlatımla Anayasa'nın 91. maddesi ile sıkıyönetim ve olağanüstü haller dışında kanun hükmünde kararnamelerle düzenleme yapılamayacağı belirtilen yasak alanda yer almaktadır. İtiraz konusu 219 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi ... Anayasa'nın 91. maddesine aykırılık oluşturmaktadır."*⁶⁸ Yine Anayasa Mahkemesi, 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin yapı denetim kuruluşlarının faaliyetlerine ilişkin esaslara ve Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın bu konudaki düzenleme yetkisi ile yapı denetim kuruluşları üzerindeki denetim yetkisine ilişkin 4., 13., 14., 15. ve 25. maddelerini iptal ederken aynı gerekçeden hareket etmiştir. Mahkeme'ye göre; *"Dava konusu yapı denetimine ilişkin kurallar, arazi üzerinde yapılan inşaata ve inşaatın sürecine ilişkin olması nedeniyle mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgilidir. Yapının zorunlu olarak denetime bağı tutulması, kullanılması için denetim sonucuna göre faaliyetlerin her aşamasında tutanak ve gerektiğinde rapor düzenlenmesi koşulu getirilmesi, asgari haddi kararnamede belirtilen parasal yükümlölüklerin öngörölmesi gibi hususlar gayrimenkul*

⁶⁸ AYM, 26.11.2002 E:2000/82 K:2002/193, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:16.06.2010

mülkiyetinin kullanılmasına ait düzenlemelerdir. Bu durumda, dava konusu kurallar, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi olanaklı bulunmayan ikinci kısım ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkıyla ilgilidir. Bu nedenlerle, itiraz konusu 595 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 4., 13., 14., 15. ve 25. maddeleri Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir.”⁶⁹

Belirtmek gerekir ki, kanun hükmünde kararname çıkarılması konusunda temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasî hak ve ödevlere ilişkin olarak var olan bu sınırlama sadece olağan dönemde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler bakımından geçerlidir. Zira Anayasa'nın 91. maddesinin 1. fıkrasında bu sınırlama öngörülürken sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı tutulmuştur. Dolayısıyla Anayasa'nın 121. maddesi uyarınca olağanüstü hallerde ve 122. maddesi gereğince sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerle Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerle ilgili konularda düzenleme yapılabilecektir.⁷⁰ Bununla birlikte olağanüstü hallerde ve sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerde Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkin 15. maddesine uyulması gerekmektedir. Bu nedenle olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi⁷¹ ile (Anayasa'da tanımlanan herhangi) bir temel hakkın/özgürlüğün kullanılması kısmen veya tamamen durdurulurken uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemeli, alınan tedbirler durumun gerektirdiği ölçüyü aşmamalı, savaş hukukuna uygun sayılabilecek ölümler dışında kimsenin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulmamalı, kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmamalı, bunlardan ötürü suçlanmamalı, suçlar ve cezalar geçmişe yürütülmemeli ve suçluluğu mahkeme kararı ile ispat edilene kadar kimse suçlu sayılmamalıdır.

⁶⁹ AYM, 24.05.2001 E:2000/35 K:2001/90, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:16.06.2010

⁷⁰ Örneğin: "... Uygulamada 424 sayılı KHK, TCK'nun hakaret suçunu düzenleyen bazı maddelerindeki (md.158, 159, 268 ve 480) cezaları arttırmıştır. Keza, devletin toprak bütünlüğünü bozmaya yönelik suç (md. 125) işleyenlere yataklık edenlere verilecek ceza da, normal dönemde verilecek cezanın (md.169) bir kat artırılarak hükmolunacağı belirtilmiştir." KUZU, Olağanüstü Hal Kavramı..., syf. 222

⁷¹ "Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi" deyimini ile "Anayasa'nın 121. maddesi gereğince olağanüstü hallerde ve 122. maddesi uyarınca sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler"i tamamını kastetmekteyiz.

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi ile temel hak ve özgürlükler ilişkisi bakımından Anayasa'nın 15. maddesiyle bir sınırlama getirildiği; bu kapsamda olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile (olağan dönemde düzenlemeye kapalı olan) temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasî hak ve ödevlere ilişkin olarak kural öngörebilecek olan Bakanlar Kurulu'nun en azından temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması konusunda sınırsız bir takdir yetkisinin bulunmadığı söylenebilecektir. Ne var ki Anayasa'nın 148. maddesi olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine karşı yargı yolunu kapattığından, pozitif hukukumuzda olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin 15. maddeye aykırı bir düzenleme içermesinin yaptırımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte belirtilmelidir ki Anayasa Mahkemesi, denetimine konu olan normun olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olarak nitelendirilmesi konusunda kendisini Bakanlar Kurulu'nun isimlendirmesiyle bağlı saymamış, incelediği kuralın Anayasa'da öngörüldüğü anlamıyla olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığını denetleyerek,⁷² bu işlemler bakımından yargı yolunu kısmen de olsa açmıştır.⁷³ Buna göre denetlediği kuralın niteliğinin ne olduğunu, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığını Anayasa Mahkemesi belirleyecektir.⁷⁴ Tabiidir ki; bu denetimden geçerek olağanüstü hal kanun hükmünde

⁷² “Anayasa'nın 148. maddesinin biçim ve öz yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında tuttuğu KHK'ler 'olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda' çıkartılan KHK'lerdir. Anayasa Mahkemesi'nin çıkartılan bir olağanüstü hal KHK'sinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve eğer bu niteliği taşımıyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur.” AYM, 10.01.1991 E:1990/25 K:1991/1, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.06.2010, “... Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi 'olağanüstü hal KHK'si' adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir 'olağanüstü hal KHK'si' niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. ... Anayasa denetiminin amacı, Anayasa Mahkemesi'ni incelemesi için önüne getirilen metni nitelendirmesini zorunlu kılar; tersi durumda yasama veya yürütme organının nitelemeye yanlılığına düştükleri bir metnin denetim dışında kalması kabul edilmiş olur ki bu da Anayasakoyucu'nun Anayasa'ya uygunluk denetimi koymakla güttüğü amaca aykırı olur.” AYM, 03.07.1991 E:1991/6 K:1991/20, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.06.2010.

⁷³ “... Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal KHK'si olarak çıkarılan kararnameleri inceleyerek, 1982 Anayasası'nın bir diğer önemli eksik yönünü -kısmen de olsa- tamamlamıştır.” Turan YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:9, S:1-3, 1995, syf.89. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin temel hak ve özgürlüklerin saklı koruma alanına müdahale etmeleri durumunda Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebileceği hususunda bkz. ÇAĞLAR, syf.102. ÇAĞLAR'a göre; “... 1982 Anayasası ile getirilen ve yargı denetimine kapatılan özerk kriz kararnamelerinin, Konvansiyon ve getirdiği koruma hukukunda, -look behind the facts- teorisi çerçevesinde, yetki tecavüzü, yetkinin kötüye kullanılması ve hürriyetlerin saklı koruma alanına müdahale halinde, Anayasa Mahkemesi'nde denetimine hukuki bir engel olduğunu söylemek zordur.”

⁷⁴ “Anayasa'nın 148. maddesinin biçim ve öz yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında tuttuğu KHK'ler 'olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda' çıkartılan KHK'lerdir. Anayasa Mahkemesi'nin çıkartılan bir olağanüstü hal KHK'sinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve eğer bu niteliği taşımıyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur.” Turan YILDIRIM, Olağanüstü Yönetim Usulleri, Argumentum, Yıl 3, S:25, Ağustos 1992, syf.398.

kararnamesi olduğu kabul edilen bir kuralın temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasî hak ve ödevleri düzenlemesinin, bunları sınırlandırmasının ve temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını kısmen veya tamamen durdurmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Sonuçta olağan dönemlerde temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılmasına tümüyle kapalı olduğundan; olağan dönemlerde bu haklara ilgili bir konuda idareye görev verilmesi ya da yetki tanınması hiçbir şekilde mümkün değildir. Olağanüstü hallerde ve sıkıyönetim dönemlerinde ise, olağanüstü halin ve sıkıyönetim durumunun gerekli kıldığı her konuda kanun hükmünde kararname çıkarılabileceğinden; bu dönemlerde idarenin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri ile düzenlenmesi konusunda -temel hak ve özgürlüklerin kullanılması durdurulurken Anayasa'nın 15. maddesine uygun hareket edilmesi zorunluluğu dışında- herhangi bir sınırlamanın bulunmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

bbb. Önemlilik, İvedilik ve Zorunluluk Kriterleri

Kanun hükmünde kararname çıkarılması konusunda hukukumuzda var olan bir diğer sınırlamayı, Anayasa Mahkemesi kararları ile öngörülen “*önemlilik, ivedilik ve zorunluluk*” unsurları oluşturmaktadır.⁷⁵ Anayasa Mahkemesi'ne göre TBMM tarafından Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda verilebilecektir;⁷⁶ önemli, zorunlu ve ivedi durumlar dışında bu yetkinin verilmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelecektir.⁷⁷

Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi bakımından söz konusu olan “*önemlilik, zorunluluk ve ivedilik*” unsurlarına daha önceki kararlarında da değinmiş olsa da; ilk olarak 01.02.1990 tarihinde verdiği E:1988/64

⁷⁵ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, syf.235, YÜZBAŞIOĞLU, syf.106, GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi, syf.81, Hüseyin DENİZHAN, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, 1. Bası, Ankara: Turhan, 2006, syf.212

⁷⁶ AYM, 16.05.1989 E:1989/4 K:1989/23, 01.02.1990, E:1988/64 K:1990/2, 16.09.1993 E:1993/26 K:1993/28, 04.07.1995 E:1995/35 K:1995/26, 20.03.2001 E:2001/9 K:2001/56, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.06.2010

⁷⁷ AYM, 02.10.1996 E:1996/61 K:1996/35, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.06.2010

K:1990/2 sayılı kararlar söz konusu unsurları uyulması zorunlu birer Anayasal ölçüt olarak kabul etmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 16.05.1989 günlü, E:1989/4 K:1989/23 sayılı kararında “TBMM tarafından Bakanlar Kurulu’na KHK çıkarma yetkisinin ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde güncelleştirip sık sık bu yola başvurulmaması Anayasakoyucunun amacına, kuşkusuz, daha uygundur.” demiş; ancak somut olay açısından “önemli, zorunlu ve ivedi bir durum olup olmadığı” yönünde bir inceleme yapmamıştır. Hatta bu kararında Anayasa Mahkemesi, “... Anayasa’nın 123. ve 128. maddeleri, 91. maddesinin .. birinci fıkrasının ikinci tümcesinin çizdiği sınır dışında kalmaktadır. Anayasa’nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça, ya da KHK ile düzenlenemeyeceği Anayasa’da özel olarak belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa’ya aykırı değildir. ... Bakanlar Kurulu’nun KİT genel müdürlerinin atanması konusunda KHK çıkarılmasının Anayasa’nın 123., 128. ve 91. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır” şeklindeki gerekçeden hareketle iptal istemini reddetmiştir.⁷⁸ Böylelikle inceleme konumuz açısından Yüksek Mahkeme’nin görüşü, 1989 yılı itibarıyla “**Anayasa’nın 123. maddesi kapsamındaki idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenebileceği**” şeklinde teessüs etmiştir.

01.02.1990 tarihinde ise Anayasa Mahkemesi, bir yetki kanununda değişiklik yapan yasa hakkında verdiği kararda “ivedi ve zorunlu durumlarda çıkarılma”yı kanun hükmünde kararname ihdası açısından uyulması zorunlu bir kriter olarak kabul etmiş ve Anayasaya uygunluk denetimini bu kriter çerçevesinde yapmıştır. Anılan kararda kanun hükmünde kararnamelerin “ivedi ve zorunlu durumlarda çıkarılması gerekliliği” özetle şu şekilde gerekçelendirilmiştir: “Kanun hükmünde kararname çıkarılması, yasama meclislerinin ağır işleyen yol ve yönteminden kurtulmak için, ‘ivediliği gerektiren durumlarda’ yürütmeyi etkili kılmak amacıyla başvurulacak bir yöntem olarak hukukumuza girmiştir. ... 87. maddede, Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarmak yetkisini verme işi TBMM’nin görev ve yetkileri arasında sayılmış, 91. maddede ‘belli konularda’ deyimini dışında aynı kural

⁷⁸ AYM, 16.05.1989 E:1989/4 K:1989/23, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:05.10.2011

tekrarlanmıştır. Ayrıca, 91. maddede, KHK çıkarılmasına yetki veren yasada bulunacak unsurlar sayılmıştır. ... Anayasa'nın 87. maddesindeki açıklık ve yetki yasasında, 91. maddede sayılan unsurların bulunması zorunluluğu karşısında, TBMM, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarmak yetkisini belli konularda verebilecektir. ... Anayasa'nın 7. maddesi, yasama yetkisinin, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceği kuralını getirmiş, 8. maddede, 'Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir' denilmiş, 9. maddede ise, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı kuralına yer verilmiştir. Anayasa, böylece egemenliğin kullanılmasında yetkili organları belirlemiş ve kuvvetler ayrımını Anayasanın temel ilkesi yapmıştır. Bu ilke, Türkiye Cumhuriyetinin, Anayasa'nın 2. maddesinde sayılan, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti niteliklerinin de dayanağıdır. Anayasanın, başlangıçta altıncı fıkra belirttiği gibi, kuvvetler ayrımı, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliğidir. Üstünlük ancak Anayasa ve kanunlardadır. Bu maddelerin incelenmesinden, Anayasaca verilen KHK çıkarabilme yetkisinin; kendine özgü ve ayrık bir yetki olduğu anlaşılmaktadır. Bu yetki kullanılırken yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde güncelleştirilip sık sık bu yola başvurulmamalıdır. Anayasanın 87. ve 91. maddelerinde 'yetkinin devrinden' değil, verilmesinden söz edilmektedir. Ayrıca, 91. maddenin sekizinci fıkrasına göre, yetki yasaları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararname, TBMM Komisyonları ve Genel Kurulunda öncelik ve ivedilikle görüşülecektir. Anayasanın, görüşülmesinde bile 'öncelik ve ivedilik' aradığı KHK çıkarma yetkisinin, Anayasanın yukarıda açıklanan kuralları dikkate alınarak yerine getirilmesinde zorunlu bulunan, belli usullere göre yasa çıkarmaya zamanın elvermemesi gibi ivedi durumlarda kullanılması gerekir. Sonuç olarak, yasama yetkisi genel ve aslî bir yetkidir, bu yetki TBMM'ne aittir, devredilemez. KHK'ler, unsurları Anayasa'da belirlenen yetki yasalarına göre çıkarılır ve işlem görürler, ayrık durumlar içindirler ve bağlı bir yetkinin kullanılması yoluyla hukuksal yaşamı etkilerler. Bu kararname, ancak, ivedilik isteyen belli konularda, kısa süreli yetki yasalarına dayanılarak çıkarılabilirler. Nitekim, maddenin Danışma Meclisinde görüşülmesi

sırasında kanun hükmünde kararname çıkarılabilmesi için hükümete yetki verilmesinin nedeni Anayasa Komisyonu sözcüsü tarafından, ‘... çok acele hallerde hükümetin elinde uygulanacak bir seri kural olmadığı için, acele olarak çıkarılıp ve hemen olayın üstüne gidilmesi gereken hallerde çıkarılması için bu düzenleme getirilmiştir...’ biçiminde açıklanmış; Anayasa Komisyonu Başkanınca da, ‘... Kanun kuvvetinde kararname, ... yasama meclisinin acil bir durumda kanun yapmak için geçecek sürede çıkartacağı, kanun ihtiyaca, halledilmesi gereken meseleyi çözemeyeceğine; o zaman çok geç kalınacağı endişesinden kaynaklanan bir müessesedir ve bu müessese bunun için konmuştur.’ (DMTD, C 9 B 137-146, Yasama yılı:1, S:152, 153) denilmek suretiyle aynı doğrultuda görüş bildirilmiştir. KHK uygulamasının yaygınlaştırılması, yetki yasalarına, kullanılma süreleri uzatılarak süreklilik kazandırılması ve hemen her konuda KHK’lerle yeni düzenlemelere gidilmesi, ivedilik koşuluna uyulmaması yasama yetkisinin devri anlamına gelir. Böylece, üç kamu erki arasındaki denge bozulur, yürütme organı yasama organına karşı üstün bir duruma gelir. Bu durum Anayasa’nın yukarıda açıklanan maddelerine aykırı düşer. ...”⁷⁹

Bu gerekçelerle kanun hükmünde kararname çıkarılabilmesi için zorunluluk ve ivedilik koşullarının varlığını arayan Anayasa Mahkemesi, aynı kararında “... esas olan yasama yetkisinin TBMM tarafından kullanılması, yürütmenin Anayasa ve yasalara uygun olarak görev yapmasıdır. KHK çıkarılması, TBMM tarafından verilen ve ancak ‘ivedi ve zorunlu’ durumlarda, çok uzun olmayan bir sürede kullanılacak bir yetkidir. KHK’lerin, ivedi ve zorunlu olmayan durumlarda kullanılması, bu doğrultudaki uygulamaya süreklilik ve yaygınlık kazandırılması, yasama yetkisinin devri anlamına gelir ve Anayasa’ya aykırı düşer. 3479 sayılı Yasa’nın 1. maddesi ile önceki yetki yasasına eklenen ‘yeni bakanlık’ kurulması işlemi ‘ivedi ve zorunlu durum’ olarak kabul edilemez. Yukarıda açıklanan nedenlerle, 3479 sayılı Yasanın 1. maddesinde yer alan bu ibare, Anayasa’nın ... 7. ve 91. maddeler(in)e aykırıdır ve iptali gerekir.”⁸⁰ diyerek, **yeni bir bakanlık kurulmasının zorunlu ve ivedi bir durum olmadığını, dolayısıyla kanun hükmünde kararnameyle yeni bir bakanlık kurulamayacağını** kesin bir dille ifade etmiştir.

⁷⁹ AYM, 01.02.1990 E:1988/64 K:1990/2, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:23.11.2011

⁸⁰ AYM, 01.02.1990 E:1988/64 K:1990/2, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:23.11.2011

Yukarıda aktardığımız K:1990/2 sayılı kararıyla Anayasa Mahkemesi, yasama organı tarafından yürütme organına kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilebilmesi için Anayasa’da yer almayan yeni koşullar öngörmüştür. Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararında yer alan gerekçeler *olması gereken hukuk (de lege ferenda)* açısından önemlidir ve olası bir Anayasa değişikliğinde mutlaka dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte Anayasa’nın ne 91. maddesinde ne de bir diğer maddesinde kanun hükmünde kararname çıkarılabilmesi için “ivedilik, zorunluluk ve önemlilik” gibi unsurlara yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu unsurları *olan hukuk (de lege lata)* açısından geçerli kabul etmek, kanımızca mümkün bulunmamaktadır. Öte yandan Anayasa’nın 87. maddesinde yer alan “belli konularda” ibaresi, yasama organının Bakanlar Kurulu’na **her konuda** kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veremeyeceğine, bu yetkinin mutlaka belli konularla sınırlandırılması gerektiğine işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle kurucu iktidar, 87. maddedeki söz konusu kelimelerle ve yine 91. maddede “yetki kanununda çıkarılacak KHK’nın amacının, kapsamının ve ilkelerinin gösterileceğini” belirtmek suretiyle, yasama organı tarafından Bakanlar Kurulu’na ‘*genel*’ norm koyma yetkisi verilmesini yasaklamıştır. Yoksa 87. maddede geçen “belli konularda” ibaresiyle kastedilmek istenilen “zorunlu, önemli ve ivedi konular” değildir. Bunun dışında meclis tutanaklarında yer alan ifadeler de ancak pozitif bir hükmün/ibarenin/kelimenin yorumlanması konusunda yol gösterici olabilecektir. Bu nedenle Anayasa’nın metninde “kanun hükmünde kararnamelerin ancak zorunlu, önemli ve ivedi hallerde çıkarılabileceği” çıkarsamasına dayanak oluşturabilecek somut bir hüküm bulunmaksızın sergilenen bu yaklaşım, yeni bir Anayasa normu oluşturma niteliği taşımaktadır ve isabetli değildir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de K:1990/2 sayılı kararından kısa bir süre sonra verdiği bir başka kararı ile adeta yeni bir Anayasa normu oluşturduğunu kabul etmiştir. 3479 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan 388 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 1. maddesi hakkında, GAP İdaresi’nin KHK ile değil yasayla kurulması gerektiğinden bahisle ileri sürülen iptal istemini inceleyen Anayasa Mahkemesi, 17.07.1990 tarihinde verdiği 01.02.1990 günlü ve K:1990/2 sayılı kararıyla iptal istemini reddederken şu gerekçelere dayanmıştır; “... *Anayasa Mahkemesi, KHK çıkarılması ile ilgili olarak TBMM tarafından verilen yetkinin, ancak ‘ivedi ve zorunlu’*

durumlarda ve çok uzun olmayan sürelerde kullanılabilecek bir yetki olduğu gerekçesi ile 3479 sayılı Yetki Yasası'nı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen iptal kararı ile KHK'ler yönünden ilk kez 'ivedi ve zorunlu' olma ve 'belirli sürelerde kullanma' ölçütleri getirmiştir. Bu anayasal ölçütlerin daha önce yürürlüğe girmiş olan KHK'leri etkilemesi düşünülemez. Konulan yeni ölçütler geleceğe yönelik yeni bir anlayışı açıklamaktadır. ... gelecek için gözetilebilecek ve her düzenleme alanı için ayrı bir görünüm kazanmaya elverişli olan 'ivedilik, zorunluluk' ve 'belirli zamanda yetki kullanma' ölçütlerinin geçmişe dönük olarak kullanılması, hem Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürümeyeceği yolundaki kurala aykırı olur hem de Anayasa Mahkemesi'nin 3479 sayılı Yetki Yasası'nın iptaliyle ilgili kararının gerekçesine uygun düşmez. ...".⁸¹ Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları Anayasal ya da yasal düzlemde yeni bir hukuk kuralı oluşturma faaliyeti olarak nitelendirilemeyeceğinden; onlar hakkında "geriye yürümeme" ilkesinden söz etmek anlamsızdır.⁸² Zira bu içtihatlar zaten var olan hukuki durumu açıklamaktadırlar ve hukuk güvenliği ilkesinin gereği olarak ilk verildikleri tarihten sonraki bütün kararlarda -değişmedikleri sürece- uygulanmalıdırlar. Aksi halde yani hem önceki içtihadın halen geçerli olduğu belirtilip, hem de somut olayda geriye yürümeyeceği belirtilen içtihat uygulanmadığı takdirde; bunun, "söz konusu içtihatla yeni bir Anayasa normu oluşturulduğu" dışında bir izah şekli olmayacaktır.

K:1990/2 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnamelerin ancak ivedi ve zorunlu hallerde çıkarılabileceğini belirtmenin yanı sıra, **yeni bakanlık kurulmasının** ivedi ve zorunlu bir durum olmadığına da hükmetmiştir. Yine Anayasa Mahkemesi'nin başka kararlarında da idarenin kuruluşu kapsamında değerlendirilecek konuların ivedilik ve zorunluluk koşullarını taşımadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi 1995 yılında verdiği bir kararında **"örgütlenmeye**

⁸¹ AYM, 17.07.1990 E:1990/1 K:1990/21, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:23.11.2011. Anayasa Mahkemesi bu açıklamaları "3479 sayılı Yetki Yasası'nın iptalinin, bu Yasa'ya dayanılarak çıkarılan 388 sayılı KHK'yı dayanağı bırakıp bırakmayacağı" sorununu incelerken yapmıştır. Bununla birlikte kararda yer alan "ivedi, zorunluluk ve belirli zamanda yetki kullanma ölçütlerinin geçmişe dönük olarak kullanılması" ibaresinden hareketle, Anayasa Mahkemesi'nin konuyu "söz konusu ölçütlerin ne zamandan itibaren uygulanacağı" sorunsalı bağlamında da değerlendirdiği ve açıklamalarının bu açıdan da geçerli olacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

⁸² Anayasa'nın 153. maddesinde geriye yürümeyeceği belirtilen, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi içtihatlarının bu maddeyle ilgisi bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği ilkesinin Anayasa Mahkemesi'nce yanlış değerlendirildiği konusunda bkz. Turan YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması, syf.77-78, 87-88.

ilişkin işlemlerin ivedi ve zorunlu olmadığı” şeklinde bir genelleme yaparak, kanun hükmünde kararnameyle yeni il ve ilçe kurulamayacağını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Yeni il ve ilçelerin kurulması, bir il ya da ilçeye bağlanacak ilçe, kasaba ya da köylerin belirlenmesi, ayrıca belediyesi bulunmayan yeni ilçelerde belediye kurulması, buralarda görevlendirilecek personel kadrolarının oluşturulması; ivedi, zorunlu ve kısa sürede sonuçlandırılacak bir konu değildir. Bunlar kapsamlı ve uzun süreli bir çalışmayı, araştırma ve düzenlemeyi gerekli kılar. Anayasa Mahkemesi’nin bundan önceki kararlarında da; örgütlenmeye ilişkin işlemlerin ivedi ve zorunlu olmadığı, bu konuların özelliği nedeniyle uzun süreli ve çok yönlü çalışmaları zorunlu kıldığı, bir plana dayalı olarak ve sık sık değiştirilmeyecek biçimde yasal kurallarla düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. 4109 sayılı Yetki Yasası’nda nerelerin il ya da ilçe yapılacağı, yeni il ve ilçelerin kurulmasında ne gibi ölçütlerin esas alınacağı belirtilmemiştir. Yasa’nın konusunda, amacında ve kapsamında belirsizlik vardır. Ayrıca zorunlu ve ivedi bir durum için düzenleme yapılması ve yetki verilmesi koşuluna uyulmamıştır. Bu yönüyle yasama yetkisinin devri niteliğindedir.”⁸³

Yine Anayasa Mahkemesi 2000 yılında verdiği bir başka kararında şu tespitlerde bulunmuştur; “4588 sayılı Yasayla Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile TBMM Genel Sekreterliği dışında kalan tüm kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat, görev ve yetkilerine, aylık ve ücret alan memur ve diğer kamu görevlileri ile bunların emeklilerine ve kamu malî yönetimine ilişkin kanun ve KHK’lerde değişiklikler ve yeni düzenlemeler yapmak üzere Bakanlar Kurulu’na KHK çıkarma yetkisi verilmektedir. Yasa’nın 1. maddesiyle personel, kamu mali yönetimi ve kamu kurum ve kuruluşlarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin düzenlemeler yapmak üzere Bakanlar Kurulu yetkilendirilmekte, 2. maddesinde ise, verilen bu yetkinin kullanılması sırasında gözetilmesi gereken ilkeler belirlenmektedir. Anayasa’nın 87. maddesine göre, ancak, belli konularda KHK çıkarma yetkisi verilmesi gerekirken dava konusu Yasa’yla her konuyu kapsayacak biçimde genel bir yetki verilmiştir. Bakanlar Kurulu, ayrık tutulan iki kurum dışında tüm kamu kurum ve kuruluşlarını yeniden örgütleyebilecek, bunların görev ve yetkilerini yeniden düzenleyebilecek, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin ücret, aylık, disiplin ve cezaları ile emeklileri hakkında kanun ve KHK’lerde değişiklik

⁸³ AYM, 04.07.1995 E:1995/35 K:1995/26, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:23.11.2011

yapabilecek, Devletin gelirleri ve harcamalarına ilişkin tüm mevzuatı ‘kamu malî yönetimi’ kavramı içinde değerlendirerek yeni kurallar getirebilecektir. Sınırları geniş ve belirsiz konularda düzenleme yapmak üzere Bakanlar Kurulu’na KHK çıkarma yetkisi verilmesi, Anayasa’nın 87. maddesinde belirtilen ‘belli konu’larda verilen yetki olarak değerlendirilemez. ... Yasa’nın 2. maddesinde, Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin ivedi ve zorunlu hallerde kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Yetkinin ‘önemli, ivedi ve zorunlu’ durumlarla sınırlandırılması, dava konusu Yetki Yasası’nda olduğu gibi bunun takdirinin Bakanlar Kuruluna bırakılmasıyla değil, amacın, kapsamın ve konunun içeriği yönünden ivedi ve zorunlu olduğunun yasakoyucu tarafından saptanmasıyla olanaklıdır. Niteliği itibarıyla uzun süreli ve çok yönlü çalışmayı gerektiren düzenlemeler ivedi ve zorunlu olarak nitelendirilemez. Dava konusu Yasa’nın amaç ve kapsamındaki genişlik ve sınırsızlık, verilen yetkinin önemli, ivedi ve zorunlu durumları içerip içermediğinin tespitine imkan vermemektedir.”⁸⁴ Buna göre bir yetki yasasıyla Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilirken, “verilen yetkinin önemli, ivedi ve zorunlu durumları içerip içermediğinin” saptanabilmesi açısından, yetki yasasının amacının ve kapsamının açık, belirgin ve sınırlı olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre **bütün kamu kurum ve kuruluşlarını yeniden örgütleyebilecek, bunların görev ve yetkilerini belirleyebilecek şekilde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi**, verilen yetkinin önemli, ivedi ve zorunlu durumları içerip içermediğinin saptanmasını olanaksız kılacak derecede geniş ve sınırsızdır; bu nedenle de Anayasa’nın 87. ve 91. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu kararlar ışığında belirtilebilir ki; 1990 ile 2011 yılları arasını kapsayan 21 yıllık dönemde⁸⁵ kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda verilebileceği yönündeki Anayasa Mahkemesi içtihadı süreklilik kazanmış⁸⁶ ve Anayasa Mahkemesi’nce, idarenin kuruluşu ve görevleri ile ilgili konular

⁸⁴ AYM, 05.10.2000 E:2000/45 K:2000/27, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:24.11.2011

⁸⁵ 2001-2011 yılları arasında geçen on senelik süre zarfında kanun hükmünde kararname çıkarma uygulamasına gidilmediğinden, bu tarihlerde Anayasa Mahkemesi’nin önemlilik, ivedilik ve zorunluluk ölçütlerini KHK çıkarılması açısından zorunluluk olarak kabul etmeye devam ettiğini gösteren bir karar bulunmamaktadır. Bununla birlikte aksi yönde bir Anayasa Mahkemesi kararı da bulunmadığından, Mahkeme’nin bu konudaki jürisprüdansının aynı yönde devam ettiği varsayılmış ve önemlilik, ivedilik, zorunluluk kriterlerinin geçerliliğini koruduğu zaman zarfı “1990-2011 yılları” şeklinde ifade edilmiştir.

⁸⁶ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, syf.235, DENİZHAN, syf.212, Cengiz ARIKAN, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, 1. Bası, Ankara: Yetkin, 2011, syf.166.

genellikle ivedi ve zorunlu haller kapsamında değerlendirilmemiştir.⁸⁷ Bu bağlamda söz konusu dönem için, Türk pozitif hukuku açısından idarenin kuruluşunun ve görevlerinin ancak ivedi, zorunlu veya kısa sürede sonuçlandırılması gereken durumlarda kanun hükmünde kararnameyle düzenlenebileceği belirtilebilecektir.⁸⁸

Öğretide Anayasa Mahkemesi'nin önemlilik, zorunluluk ve ivedilik içtihadına yönelik olumlu ve olumsuz eleştiriler yöneltilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin önemlilik, zorunluluk, ivedilik içtihadını yerinde bulan müelliflerden ÇAĞLAR'a göre; “ ... Anayasa Mahkemesi'nin son kararları Kanun Hükmünde Kararname tekniğini genel düzenleme tekniği olmaktan çıkartmış, istisnai düzenleme tekniği haline sokmuştur. Parlamento'ya yitirilen onurunu iade eden Anayasa Mahkemesi olmuştur. Anayasa Mahkemesi kararlarının demokratik meşruiyeti de buradadır.”⁸⁹ Anayasa Mahkemesi'nin içtihadına gerekçeleriyle birlikte aynen katıldığını belirten YÜZBAŞIOĞLU'na göre de, “KHK'lerin hukukumuzda alınış nedeni, önemli, ivedi ve zorunlu düzenlemeleri yapabilmek içindir. Bu nedenle de, KHK'lerle düzenleme 'önemli, ivedi ve zorunlu' durumlar için öngörülmüş; bu durumlar gibi ve bu durumlara özgü 'ayrık, istisnai' bir yetkidir. Bu yetki, her durumda ve sürekli kullanılabilen olağan bir düzenleme yetkisi değildir. ... Bu nedenle, AYM'nin, .. içtihadı ve değerlendirmeleri,

⁸⁷ “İvedi ve zorunlu durum ölçütünün uygulanmasıyla, KHK'yle düzenlenemez alan genişlemiştir. Bu konudaki kararların incelenmesinden anlaşıldığı kadarıyla: Personel mevzuatı, uzun süreli ve çok yönlü çalışmaları zorunlu kılan niteliği sebebiyle, KHK'lerle düzenlenmemelidir. Bakanlık kurulması işlemi ivedi ve zorunlu durum olarak kabul edilmemekte, dolayısıyla KHK'yle düzenlenemeyecek alanlar arasına sokulmaktadır. Kamu hizmetleri için kadro verilmesi de Anayasa Mahkemesi'ne göre ivedi ve zorunlu bir durum değildir.” YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması, syf.77.

⁸⁸ YILDIRIM, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, syf.14. Ne var ki bu dönemde uygulamada bir kanun hükmünde kararnameye dayalı olarak çok sayıda idari birim kurulmuş bulunmaktadır. Örneğin, Bayındırlık ve İskan Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulu Kurulmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Teşkilatının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Kurulmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Tarım ve Köyşleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname gibi.

⁸⁹ ÇAĞLAR, syf.118-119. Öte yandan ÇAĞLAR Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımını “yargısal zorlama” olarak da nitelendirmektedir. Müellife göre; “Bugün, fren ve karşı ağırlıkları azalan bir sistemde, Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı Hukuk İktidarı politikayı anayasa çemberine sokmaktadır. Bir kurumun aşırı güçlenmesine tepki olarak bir başka kurum güçlenmektedir. Kanun Hükmünde Kararname şebekesi üzerinde yargısal zorlamaların artmasının sebebi de budur.” ÇAĞLAR, syf.119.

KHK'ler rejimi bakımından büyük önem taşımaktadır."⁹⁰ YILDIRIM ise bu içtihadı kullanmadığı kararları nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ni eleştirmektedir.⁹¹

Öte yandan söz konusu dönemde Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu içtihadı öğretide bazı müelliflerin eleştirilerine de mâruz kalmıştır. Örneğin ÖZBUDUN'a göre; *"Anayasa Mahkemesinin, Anayasa metninde mevcut olmayan, önemlilik, zorunluluk, ivedilik ve kısa sürelilik gibi unsurları, KHK'lerin geçerlik şartına eklemesinin Anayasaya uygunluğu çok kuşkuludur. Anayasa Mahkemesi, KHK'lerin geçerlik şartlarına Anayasa'da mevcut olmayan yeni şartlar ekleyemez."*⁹² Yine GÖZLER de ivedilik, önemlilik ve zorunluluk kriterleri hakkındaki Anayasa Mahkemesi içtihadına katılmadığını şu şekilde belirtmiştir: *"... Anayasa Mahkemesi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde çıkarma yetkisi verebilmesi için önemlilik, zorunluluk ve ivedilik şeklinde üç şart koymuştur. Bu şartlar Anayasanın ne 91'inci maddesinde ne de başka bir maddesinde mevcuttur. O halde Anayasa Mahkemesi, Anayasaya, Anayasada mevcut olmayan yeni normlar eklemiştir. ... Anayasa Mahkemesinin görevi, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemekten ibarettir. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya norm eklemek gibi bir görevi yoktur. Anayasa Mahkemesi kanunları Anayasada yer almayan bir kurala dayanarak iptal edemez. ..."*⁹³

Ülkemizde 06.04.2011 tarihine kadar geçen yaklaşık on yıllık süreçte KHK çıkarma uygulamasına gidilmediğinden, *"geçen zaman ve değişen yapısıyla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki görüşünün değişip değişmediği sorusu"* gündeme gelmiş; Anayasa Mahkemesi, konu hakkındaki son görüşünü 27.10.2011 tarihinde verdiği kararla ortaya koyarak bu soruyu cevaplandırmıştır.

Bu bağlamda 06.04.2011 günlü, 6223 sayılı Yetki Kanunu ile "kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımı yeniden belirlenerek; mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına, anılan bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarıyla hiyerarşik ilişkilerine, mevcut bağlı,

⁹⁰ YÜZBAŞIOĞLU, syf.109.

⁹¹ YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması, syf.77-78.

⁹² ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, syf.236.

⁹³ GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi, syf.97, 99.

ilgili, ilişkili kuruluşların bağıllık ve ilgilerinin yeniden belirlenmesine veya bunların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine, mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına, kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına” ilişkin konularda düzenleme yapmak üzere Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Bakanlar Kurulu’na **idarenin kuruluşu, görev ve yetkileri ile kamu görevlilerinin özlük hakları** konusunda son derece geniş bir düzenleme yetkisi veren söz konusu yetki yasasının iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmış; dava sonucunda Anayasa Mahkemesi tarafından 27.10.2011 tarihinde verilen kararla, yetki yasasının Anayasa’ya aykırı olmadığına oyçokluğuyla karar verilmiştir. Mahkeme’nin önemlilik, ivedilik ve zorunluluk kriterleri bakımından bu kararında dayandığı gerekçeler özetle 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 öngörülme yen i 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 subjektif 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. ...*”⁹⁴

⁹⁴ AYM, 27.10.2011 E:2011/60 K:2011/147, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:28.03.2012

Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi hakkındaki bu en son kararında, Anayasa Mahkemesi'nin *kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda verilebileceği* yönündeki içtihadının değiştiği gözlemlenmektedir. Zira Yüksek Mahkeme kesin bir ifade kullanarak “KHK’lerin çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa’da herhangi bir düzenleme yer almadığı”nı belirtmektedir. Karar her ne kadar 6216 sayılı Kanun’un 65. maddesi gereğince 7 oya karşılık 7 oyla alınmış ise de;⁹⁵ karara muhalif kalan 3 üyenin karşı oy gerekçesinin sadece Bakanlar Kurulu’na verilen KHK çıkarma yetkisinin konu itibarıyla belirgin olmamasına ilişkin olduğu, diğer bir ifadeyle bu üyelerin karşı oy gerekçelerinde KHK çıkarma yetkisinin ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda verilebileceğine yönelik bir yargıya yer verilmediği dikkate alındığında, artık Yüksek Mahkeme üyelerinin çoğunun yasama organı tarafından Bakanlar Kurulu’na KHK çıkarma yetkisi verilebilmesi için önemlilik, zorunluluk ve ivedilik koşullarını aramadıkları sonucuna ulaşmaktadır.

Yüksek Mahkeme’nin çok uzun yıllardır sürdürdüğü ve istikrar kazanmış olan içtihadını yeterli ve doyurucu bir gerekçeye dayanmaksızın değiştirmesinin yeni hukuki tartışmalara ve dolayısıyla *hukuki belirsizliklere* yol açması kuvvetle muhtemeldir. Özellikle Anayasa Mahkemesi’nin istikrar kazanmış bu içtihadından vazgeçerken “*KHK’lerin çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa’da herhangi bir düzenleme yer almadığı*” şeklindeki gerekçeye dayanması; Anayasa Mahkemesi’nin “Anayasa’da somut olarak yer almayan” kavramlara ilişkin diğer içtihatlarını da sorgulanır hale getirecektir. Örneğin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda Anayasa’da yer alan “ölçülülük” kavramı hakkında Anayasa Mahkemesi’nin içtihat yoluyla geliştirdiği “elverişlilik, zorunluluk, orantılılık” kriterleri Anayasa’da açıkça yer almamaktadır.⁹⁶

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin K:2011/147 sayılı kararının 7’ye karşı 7 oyla alınmasının Anayasa’ya aykırı olduğu hususunda bkz. Turan YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararnameyle Bakanlık Kurulması, “Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan” için hazırlanan yayınlanmamış makale, syf.5 (Makale yayınlanmadığı için sayfa numarası makalenin kendi sayfaları arasındaki silsileye göre belirtilmiştir.)

⁹⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 13. maddesiyle ilgili kararlarında ölçülülük ilkesini halen “elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık” alt ilkelerine ayırarak incelemektedir. AYM, 15.06.2012 E:2012/24 K:2012/95, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:25.11.2012. Kanımızca Anayasa Mahkemesi’nin 13. madde bakımından öngördüğü “elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık” alt ilkelerini, 91. madde bakımından öngördüğü “önemlilik, ivedilik ve zorunluluk” kriterlerinden ayıran en önemli fark; birinciler açısından “ölçülülük” şeklinde bir pozitif dayanağın Anayasa’da yer almasıdır. Bu durum, yani “elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık” alt ilkelerinin “ölçülülük” şeklindeki Anayasa’da yer alan bir kavrama bağlanması; Yüksek Mahkeme’nin 13. madde açısından

Ya da Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünün yürürlüğünü durdurabileceğine ilişkin Anayasa'da (ve hatta Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 6216 ve -mülga- 2949 sayılı Kanunlarda) açık bir hüküm bulunmamasına karşın Anayasa Mahkemesi'nce bu yönde kararlar verilmektedir.⁹⁷ Bu nedenle Yüksek Mahkeme'nin, Anayasa'da açık düzenleme konusu olmayan kavramlarla ilgili içtihatları arasında oluşan bu farklılığı haklı kılan gerekçeleri kararında ayrıntılarıyla açıklaması, 21 yıllık “önemlilik, ivedilik ve zorunluluk” içtihadının değiştiği bu tür bir dönüm noktasında şüphesiz daha isabetli olurdu.

Anayasa Mahkemesi'nin K:2011/147 sayılı kararı öğretide de eleştirilmiştir. Mahkemelerin bazı kavramların içeriğini içtihatla belirlemekle görevli ve yetkili olduğunu, bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin, kararlarında Anayasa'da yer almayan bir çok kavrama başvurduğunu ve yasa koyucunun ceza siyasetindeki takdir yetkisini dahi denetlediğini belirten⁹⁸ YILDIRIM'a göre, “*Yasama yetkisinin asıl sahibi Türkiye*

geliştirdiği yaklaşımın “yorum faaliyeti” olarak nitelendirilebilmesine olanak sağlamaktadır. Kanımızca 91. maddede “önemlilik, ivedilik ve zorunluluk” kriterlerinin altlanabileceği, bu kriterlerle bağlantı kurulabilecek pozitif bir ibare yer almamaktadır. Bu durum 91. madde açısından söz konusu olan “önemlilik, ivedilik ve zorunluluk” kriterlerinin “yorum faaliyeti” ürünü olduğunun kabulünü zorlaştırmakta; haklı olarak söz konusu kriterlerle yeni bir Anayasa kuralı öngörüldüğü eleştirilerine neden olmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin K:2011/147 sayılı kararında bu tür bir açıklama yer almadığından, Yüksek Mahkeme'nin anılan kararı verirken bu gerekçeden hareketle sonuca ulaşmış olmadığı meçhul kalmaktadır.

⁹⁷ (Yürütmenin durdurulmasına ilişkin) “... *Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu içtihadının hukuken isabetli olmadığı* söylenebilir. Çünkü her şeyden önce Anayasa'nın 6. maddesi, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağını öngörmüştür. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin kanun, kanun hükmünde kararname veya TBMM İç Tüzüğü hükümlerinin yürürlüğünü durdurabilmesi için, kaynağını Anayasa'dan alan bir yetkiye sahip olması gerekmektedir. Bu ise ya doğrudan bir Anayasa hükmüyle, ya da Anayasa gereğince her konuda ilk elden düzenleme yapma yetkisine sahip olan yasa koyucu tarafından bu yönde çıkarılan bir kanun hükmü ile mümkün olabilecektir. Diğer taraftan Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri; 149. maddesi gereğince de Anayasa Mahkemesinin yargılama usulleri kanunla düzenlenecektir. Bu, genelde bütün mahkemelerin, özelde de Anayasa Mahkemesi'nin yargılama usulü bakımından **kanunilik ilkesinin** geçerli olduğu anlamına gelmektedir. Kanunilik ilkesinin geçerli olduğu durumlarda ise asıl olan ‘yetkinin kullanımının yasaklanmaması’ değil, ‘yetkinin kullanımının doğrudan kanun hükmü ile öngörülmesi’dir. Bu nedenle ne Anayasa Mahkemesi'nin ne de diğer mahkemelerin, Anayasa ve yürürlükteki kanunlarla tanınmayan bir yetkiyi kullanabilmesi veya Anayasa'da ve yürürlükteki kanunlarda öngörülmeyen bir yargılama usulünü izleyebilmesi hukuken mümkün bulunmamaktadır.” Emre AKBULUT, Yargılamanın Yasallığı ve Danıştay'ca Verilen ‘Değişik Gerekçe ile Onama’ Kararları, İHİD, Cilt 15, S:1, 2012, syf.238-239. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin yürütmeyi durdurma kararı verebilmesi için pozitif bir dayanak oluşturacak ve Yüksek Mahkeme'nin bu yöndeki kararlarının gerekçelerini “yorum faaliyeti” olarak tanımlamaya olanak sağlayacak pozitif bir ibare ne Anayasa'da ne de yasalarda yer almamaktadır. Bu nedenle K:2011/147 sayılı kararı sonrasında Anayasa'da yer almadığı için “önemlilik, ivedilik ve zorunluluk” kriterlerini kullanmayan Anayasa Mahkemesi'nin yürütmeyi durdurma kararı vermeye devam etmesi veya bu yöndeki taleplerin haklılığını incelemesi açık bir çelişki oluşturacaktır. Aynı yönde YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararnameyle Bakanlık Kurulması, syf.6. YILDIRIM'a göre; (K:2011/147 sayılı) “*Aynı kararda Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulması talebini, şartlarının mevcut olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Yürütmenin durdurulması kararı, bilindiği gibi Anayasa'da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla oluşmadığı belirtilen koşullar da Anayasa'da yer almamaktadır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer almayan bazı kurum ve kavramları kullanabildiğine göre, ivedilik ve zorunluluk kavramlarının Anayasa'da yer almadığı gerekçesi hukuken yeterli değildir.*”

⁹⁸ YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararnameyle Bakanlık Kurulması, syf.6, 7.

Büyük Millet Meclisidir, bu yetki devredilemez(AY.m.7.). Dolayısıyla kanun hükmünde kararname yoluna ancak istisnai ve zorunlu hallerde başvurulması gerektiği açıktır. Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin, yaygınlaştırılması ve olağan hale getirilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceği için, Anayasa Mahkemesi'nin 'istisnailik ve zorunluluk' tespiti Anayasa'ya uygundur. ... Anayasa Mahkemesi, Anayasa metni, gerekçe ve kanun hükmünde kararname yetkisinin verilmiş nedenlerinden hareketle, ivedi ve zorunlu durum ölçütünü tespit etmiştir. Esasen Mahkeme ölçüt bulmamış; mevcut durumu tespit etmiştir. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihadından dönmesini gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır.”⁹⁹

Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin K:2011/147 sayılı bu son kararı, 21 yıllık “önemlilik, zorunluluk ve ivedilik” içtihadından dönülmesinin gerekçelerini her türlü soru işaretini berteraf edecek yeterlilikte açıklayamamakla birlikte, Anayasa'nın kanun hükmünde kararnamelerle ilgili hükümlerinin lafzî yorumuyla uyumludur ve pozitif hukuk açısından sonucu itibariyle isabetlidir. Çünkü Anayasa'da, gerek TBMM açısından KHK çıkarma yetkisi verme konusunda, gerekse Bakanlar Kurulu açısından bu yetkiyi aldıktan sonra KHK çıkarma konusunda öngörülen önemlilik, ivedilik ve zorunluluk gibi bir koşul veya bu koşullara altlık oluşturabilecek pozitif bir dayanak bulunmamaktadır.

Yine bu başlık altında belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 148. maddesinde olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı öngörüldüğünden; 1990-2011 yılları arasında olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri bakımından aranılan ve kaynağını Anayasa Mahkemesi kararlarında bulan “önemlilik, ivedilik ve zorunluluk” unsurlarının olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri açısından geçerli olmadığı söylenebilecekti.¹⁰⁰ Öte yandan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri açısından; anılan kararnamelerin çıkarıldığı dönemlerin kendine özgü koşulları

⁹⁹ YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararnameyle Bakanlık Kurulması, syf.7, 8.

¹⁰⁰ Bununla birlikte daha önce de belirttiğimiz gibi Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri hakkında açılan davaları doğrudan reddetmemekte; iptali istenilen KHK'yı, gerçekten bir “olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi” niteliğinde olup olmadığı yönünden denetime tâbi tutmaktadır. AYM, 10.01.1991 E:1990/25 K:1991/1, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.06.2010

çerçevesinde olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilân edilmiş olması nedeniyle, bu dönemlerde “önemlilik, ivedilik ve zorunluluk” ölçütlerinin zaten gerçekleşmiş olacağı, dolayısıyla olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri bakımından ayrıca bir “önemlilik, ivedilik ve zorunluluk” denetimi yapılmasına gerek olmadığı da ileri sürülebilecektir.

Sonuçta inceleme konumuz olan kanunî idare ilkesi bakımından **bugün itibariyle** “*idarenin kanunla kurulabileceği gibi kanun hükmünde kararnameyle de kurulabileceğini, yine idareye kanunla görev ve yetki tanınabileceği gibi kanun hükmünde kararname ile de görev ve yetki tanınabileceğini, bunun için hakkında KHK çıkarılacak konunun önemli, ivedi ve zorunlu olmasının gerekmediğini, bunun artık Anayasa Mahkemesi kararlarında da aranmadığını*” söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin K:2011/147 kararıyla iptal istemini reddettiği yetki kanununa dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerle çok sayıda bakanlık kurulmuş, bu bakanlıkların personeline, görevlerine ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ne var ki, söz konusu düzenlemelerdeki özensizlikler (*olması gereken hukuk açısından*) kanun hükmünde kararnamelerin önemli, ivedi ve zorunlu hallerde çıkarılması gerekliliğini ortaya koyar niteliktedir.¹⁰¹ Bu bağlamda idarenin hem kuruluşuna hem de görev ve yetkilerine ilişkin olarak çıkarılacak bir kanun hükmünde kararnamenin ivedilik isteyen belli konularda, etkin önlemler ve zorunlu düzenlemeler için yürürlüğe konulmasının¹⁰² daha uygun olacağı; bunun, özensizlikten kaynaklanan hatalarla muhtemel hukuki tartışmaların önüne geçeceği de açıktır.

bb. Uluslararası Sözleşmeler

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş bulunan milletlerarası sözleşmeler kanun hükmünde olup, bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacaktır. Ayrıca usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve

¹⁰¹ Bu özensizliklere örnek olarak, bazı kişi hak ve özgürlüklerinin KHK ile düzenlenmesi ve bir KHK ile kurulan Bakanlığın kısa süre sonra iki KHK ile iki ayrı Bakanlık şeklinde teşkilatlandırılması gösterilebilir. Örnekler için bkz. YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararnameyle Bakanlık Kurulması, syf.8, 9. Bu makalede YILDIRIM durumu (haklı olarak) “*Bakanlık kurulması, ‘turşu kurulması’ için gerekenden daha kısa sürede gerçekleştirildiği için, eksiklik ve hatalar ortaya çıkmıştır.*” şeklinde değerlendirmektedir.

¹⁰² YÜZBAŞIOĞLU, syf.108

özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınacaktır.

Anayasa gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş bulunan uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olduğundan; aynen kanun hükmünde kararnamelerde olduğu gibi, usulüne göre yürürlüğe konulması koşuluyla kanun gücünde olan uluslararası sözleşmeler de kanunî idare ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek ve örneğin bir idari birime uluslararası sözleşme hükmüyle yeni görev ve yetkiler verilmesi mümkün olabilecektir. Bu bağlamda mesela 10.12.1998 tarihinde Ankara’da imzalanan ve 15.04.1998 günlü, 23314 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 12.03.1998 günlü, 1998/10817 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanarak yürürlüğe giren “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine İlişkin Anlaşma”nın 2. maddesi ile “*Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’ndeki şef ve şef yardımcılarının bilgi ve becerilerini geliştirmek, asistan eğitiminde izlenecek müfredat programlarını görmek amacıyla eğitim yılı içinde 1-3 aya kadar bir süre ile T.C. Sağlık Bakanlığı eğitim hastanelerinde eğitim almalarını sağlamak*” görevi T.C. Sağlık Bakanlığı’na yüklenmiş bulunmaktadır.¹⁰³ Bu bağlamda idarenin görevlerinin ve yetkilerinin kanunla düzenleneceğini öngören kanunî idare ilkesinden hareketle Sağlık Bakanlığı’nın böyle bir görevinin bulunmadığı ileri sürülemeyecektir. Zira bu görevi Sağlık Bakanlığı’na “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine İlişkin Anlaşma” yüklemiştir ve anılan anlaşma Anayasa gereği kanun hükmündedir.

Yine örneğin 4867 sayılı Kanun’la onaylanması uygun bulunan ve Türkiye’nin 23.12.2003 tarihinde taraf olduğu¹⁰⁴ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 12. maddesi herkesin “ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı” bulunduğunu belirtmekte ve üye Devletlere, “hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak

¹⁰³ <http://ua.mfa.gov.tr/> erişim tarihi:25.08.2010.

¹⁰⁴ Mehmet Semih GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 5. Bası, İstanbul: Legal, 2005, syf.427.

koşulların yaratılması” görevini yüklemektedir.¹⁰⁵ Dolayısıyla kendisine acil sağlık hizmeti sunulması gereken bir kimse bulunduğu ve ulaşabileceği yerlerdeki sağlık standartlarının yetersizliği nedeniyle bir zarara uğrarsa, kanımızca idarenin Sözleşme’yle tanımlanan görevini gereği gibi yerine getirmeyerek hizmet kusuru işlediğini ileri sürebilecek ve uğradığı zararların tazminini isteyebilecektir.¹⁰⁶ Hatta Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar aynı konudaki kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağından; örnekteki gibi bir olayda idare, kanunlardaki başka hükümler nedeniyle Sözleşme’de öngörülen yükümlülüğünü yerine getiremediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Kanunî idare ilkesi kapsamında idarenin görevlerinin ve yetkilerinin uluslararası sözleşmelerle de düzenlenebilecek olması, diğer bir ifadeyle idarenin görevleri ve yetkileri konusunda uluslararası sözleşmelerin de belirleyici olması nedeniyle; düzenleyici veya birel nitelikteki tüm idari işlemlerin denetiminde yasalara uygunluğun yanı sıra uluslararası sözleşmelere uygunluğun da dikkate alınması gerekecektir. Nitekim uygulamada Danıştay tarafından, bu gerekliliğin dikkate alınması suretiyle karar verildiği görülmektedir. Örneğin Danıştay’a göre: “**İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi’nde yer alan ... mahkeme huzurunda hazır bulunma ilkesi; iddia ve savunmanın eşitliği ilkesi ve bunların sonucu olarak adil yargılanma ilkesinin ihlali niteliğinde görüldüğünden tutuklu sanığın yargılandığı mahkemenin yargı çevresi dışına sevkini öngören dava konusu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır.**”¹⁰⁷ Yine Danıştay’a göre; “... fikir ürünleri üzerindeki hakların kendine özgü niteliği gözönünde bulundurularak, eser sahiplerinin hakları ile toplumsal yarar arasındaki dengeyi sağlamak, etkin ve işleyen bir piyasa oluşturmak amacıyla, **ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşme**

¹⁰⁵ Seda UÇAR AKBULUT, Emre AKBULUT, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 12. Maddesi Çerçevesinde Sağlık Hakkı ve İdarenin Sorumluluğu, İHİD, Cilt 15, S:1, 2012, syf.266

¹⁰⁶ UÇAR AKBULUT, AKBULUT, syf.276. “... Sözleşme’nin 12. maddesinde yer alan ve kişiler açısından ‘ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı’ ile ‘hastalık durumunda kendisine tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılmasını isteme hakkı’ tanıyan hüküm, somut uyumsuzluklarda doğrudan uygulanabilecek derecede açık kaleme alınmış olup; idareye, şimdiye kadar yargısal içtihatlarda değinilmeyen yeni bir sorumluluk yüklemektedir. Bu sorumluluğun, sağlık hakkı ihlal edilen kişilerin açtıkları davalarda yapılacak hizmet kusuru değerlendirmesini ve takdir edilecek maddi-manevi tazminat miktarlarını etkileyebileceği açıktır.” UÇAR AKBULUT, AKBULUT, syf.278

¹⁰⁷ Danıştay 10.D., 03.11.1998, E:1996/7166 K:1998/5511, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:05.01.2013. Kalın yazılı kısım kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

***hükümlerine** ve Anayasanın 167. maddesiyle, Devlete yüklenen pozitif yükümlülüğe ve yine Anayasanın 48. maddesinin 2. fıkrasındaki sınırlama sebeplerine uygun olarak tesis edilen dava konusu düzenleyici işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”¹⁰⁸*

Uluslararası sözleşmelerle idarenin kuruluşunun, görevlerinin ve yetkilerinin düzenlenmesinin sınırları bulunmakta olup, bu sınırları Anayasa’nın diğer hükümleri oluşturmaktadır. Zira her ne kadar Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacak ise de; bu sözleşmeler kanun hükmünde olduklarından, normlar hiyerarşisinde Anayasa’nın altında bulunmaktadır. Dolayısıyla uluslararası sözleşmelerle idarenin kuruluşunun, görevlerinin ve yetkilerinin Anayasa hükümlerine aykırı şekilde düzenlenmesi mümkün değildir. Ne var ki böyle bir ihtimalde uluslararası sözleşmeye karşı Anayasa yargısı yoluna başvurulamayacaktır. Bununla birlikte iç hukuka ilişkin bir uyuşmazlıkta eğer uluslararası sözleşme Anayasa’nın doğrudan uygulanabilir nitelikteki bir hükmüne aykırı ise, kanımızca idarî yargı organları tarafından sözleşme hükmü ihmal edilerek, idarenin kuruluşu (veya görevleri ve yetkileri) konusundaki ihtilafın Anayasa hükmünden hareketle çözümlenmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak “kanunî idare ilkesi”nin “kanun” unsuru şekli anlamda kanunu, yani yasama organı olan TBMM tarafından, Anayasa’da öngörülen kanun yapma usullerine uygun şekilde hazırlanıp kabul edilen ve yürürlüğe konulan normatif düzenlemeleri ifade etmektedir. Buna ek olarak, Anayasa gereği kanunlar ile aynı hiyerarşik derecede bulunan kanun hükmünde kararnameler ile uluslararası sözleşmeler de kanuni idare ilkesinin “kanun” unsuru bağlamında değerlendirilebilecek, idarenin kuruluşuna, görevlerine ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler getirilebilecek diğer normları oluşturmaktadır.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Danıştay 10.D., 10.05.2005, E:2002/7366 K:2005/2483, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:05.01.2013. Kalın yazılı kısım kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

¹⁰⁹ İdarenin kuruluşunun, görevlerinin ve yetkilerinin düzenleyici idari işlemlerle olan ilişkisi aşağıda, “Kanunla Düzenleme” alt başlığı altında inceleneceğinden; kanunla düzenlemenin anlamının ne olduğu ve bu kapsamda idarenin kuruluşu, görevleri ve yetkileri konusunda düzenleyici işlem çıkarılıp çıkarılmayacağı üzerinde burada ayrıca durulmamıştır.

c. İdare

Arapça kökenli bir sözcük olan idarenin karşılığı sözlükte “yönetme, yönetim, çekip çevirme” şeklinde ifade edilmektedir.¹¹⁰ Kelimenin idare hukukunda kullanılışı ise daha çok “kamu idaresi”ne karşılık gelmektedir. Buna göre kelime ile esas olarak “genel ve ortak nitelikteki toplumsal ihtiyaçların belirlenmesine ve giderilmesine veya kişi, mal ve değerlerin korunmasına yönelik sürekli olarak yapılması gereken hizmetleri yürütme faaliyetleri”¹¹¹ ile “bu faaliyetleri yürüten kamusal makam ve kuruluşlar” anlatılmak istenmektedir. Daha kısa bir anlatımla idare hukuku bakımından idare, “kamusal hizmetleri yürütme faaliyetleri” ile “bu faaliyetleri yürüten kurum ve kuruluşlar”ı ifade etmektedir.

Bu çerçevede idare kavramının biri eyleme, diğeri ise bu eylemi gerçekleştiren organa ilişkin iki yönü bulunmaktadır. Nitekim öğretide de idare kavramı bu iki yönden ele alınmakta; idare, “organik” ve “fonksiyonel” anlamda idare olmak üzere ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Buna göre idare, bir teşkilatı ifade ettiğinde organik anlamda; bir faaliyeti ifade ettiğinde ise fonksiyonel anlamda kullanılmaktadır.¹¹²

Pozitif hukukumuzda idare, 07.11.1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Cumhuriyetin Temel Organlarına ilişkin üçüncü kısmının “Yürütme” başlıklı ikinci bölümünde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu ile birlikte düzenlenmiştir. Yine Anayasa’da “İdarenin Kuruluşu” başlığı altında merkezi idare ile mahalli idarelere (m.126, 127) yer verilmiş; bu maddelerin devamında ise bazı kamu tüzel kişilerinin kuruluşları doğrudan Anayasa’da (m.130 vd.) düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrasında, kanunla yeni kamu tüzel kişiliği kurulabileceği belirtilmiştir.

Anayasa’da yer alan bu hükümlerin ışığı altında organik anlamda idare, “Devletin yürütme organının Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu dışında kalan kısmı

¹¹⁰ Türk Dil Kurumu Sözlüğü. www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi:26.08.2010.

¹¹¹ ÖZAY, syf.417

¹¹² Hamza EROĞLU, İdare Hukuku, 3. Bası, Ankara: AİTİA Yayınları, 1978, syf.2, Organik ve fonksiyonel anlamda idare kavramları hakkında bkz. ONAR, Cilt I, syf.1-8, BALTA, syf.4, GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.20-21, ÖZAY, syf.416-425, YAYLA, syf.19-22, GÜNDAY, syf.4-17, İsmet GİRİTLİ, Pertev BİLGİN, Tayfun AKGÜNER, İdare Hukuku, 1. Bası, İstanbul: Der Yayınevi, 2001, syf.3-14, YILDIRIM, YASİN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, syf.7-8, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.21-40, AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, syf.32-33, ATAY, syf.15-17, Oğuz SANCAKDAR, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011, syf.38-41

ile Devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişileri” olarak tanımlanabilecektir.¹¹³ Ancak, Anayasa’da “İdare”den ayrı olarak düzenlenen Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulu’nu organik anlamda idareden bağımsız düşünmek mümkün değildir.¹¹⁴ Başbakan ve bakanlardan oluşan hükümet ile Cumhurbaşkanı, Devletin üst yönetim organı olarak siyasal görev ve yetkilere sahip bulunmakla birlikte idarenin başı olarak ona yön vermekle de görevlidirler¹¹⁵ ve idare fonksiyonuna giren bir çok kararlar alarak yürütmektedirler.¹¹⁶ Bakanlar Kurulu’nu oluşturan bakanlar ise bakanlık şeklinde örgütlenen kamu hizmetlerinin en yüksek âmiri konumundadırlar¹¹⁷ ve söz konusu kamu hizmetlerinin yürütülmesinden sadece siyasi anlamda değil, hukuki anlamda da sorumludurlar. Dolayısıyla kuruluş olarak idare, Anayasa’da yer alan sınıflandırma kapsamında yürütme organı içinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’nun dışında kalan kısmı oluşturmakla birlikte, idare ile Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu arasında iç içelik bulunmaktadır.¹¹⁸ Bu nedenle organik anlamda idareyi, ÖZYÖRÜK’ün de belirttiği gibi “yasama ve yargı dışındaki tüm Devlet kuruluşları¹¹⁹ ile Devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişileri¹²⁰” şeklinde tanımlamak, daha az hata payı taşıyan bir yaklaşım olacaktır.

Fonksiyonel bakımdan idare kavramı ise idarî faaliyetlere, işlem ve eylemlere ilişkin bir kavramdır. Bu açıdan idare, en basit şekliyle Devlet organlarının yasama ve yargı faaliyetleri dışında kalan etkinlikleri¹²¹ olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla idare işlevinin ne olduğunun ortaya konulabilmesi için öncelikle, onun yasama ve yargı işlevlerinden ayırılması gerekmektedir.

¹¹³ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.25

¹¹⁴ Bakanların, Başbakan’ın ve Cumhurbaşkanı’nın idareyle ilişkisi hakkında bkz GÖZLER, İdare Hukuku, syf.23-25

¹¹⁵ EROĞLU, syf.11, GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.28

¹¹⁶ YAYLA, syf.19

¹¹⁷ GÜNDAY, syf.8

¹¹⁸ “... hükümet işi ile idare işinin nitelik olarak birbirinden ayrılması kolay değildir. Hatta, bir bakıma, mümkün de değildir. ...” YAYLA, syf.20

¹¹⁹ “Bakanlar, bakanlığın, yâni muayyen millî kamu hizmetlerinin en yüksek âmiriyet mevkilerini işgal ederler. Demek ki, en azından, Anayasanın yaptığı (Bakanlar Kurulu-İdare) ayrımı burada iç içe geçmekte, İdarenin dorukları, hükümetin içinde yer almaktadır. ... Anayasamızın, şekil yönünden İdareden ayrı ele aldığı Bakanlar Kurulu (=Hükümet), yapısal açıdan idarenin en yüksek kumanda mevkilerini kapsamaktadır. Cumhurbaşkanının da, yapısal bakımdan İdareye dahil olduğu kabul edilmemekle beraber, kendisinin, gerekli gördüğü zamanlarda Bakanlar Kuruluna başkanlık edebileceğini .. unutmamak lazımdır. O halde, en azından, Bakanlar Kurulunu, yapısal anlamda İdare kavramında dahil saymak yanlış olmaz. ... Yapısal anlamda idare, Yasama ve Yargı dışındaki tüm devlet kuruluşlarıdır demek, en az hata payı taşıyan bir tanımlama olur.” ÖZYÖRÜK, syf.45, 46

¹²⁰ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.25

¹²¹ Adolf, MERKL, Umumî İdare Hukuku, Çev: Bedri Tahir Şaman, Ankara: Titaş, 1942, syf.7

Yasama fonksiyonu, yasama organı olan parlamento tarafından kural olarak yasa biçiminde yapılan norm koyma faaliyetidir.¹²² Bununla birlikte Anayasa’da (m.87) öngörülen “Bakanlar Kurulu’nu ve bakanları denetlemek, Bakanlar Kurulu’na belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek, bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek, para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek, milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, genel ve özel af ilanına karar vermek” gibi faaliyetler de yasama fonksiyonuna dahil kabul edilmektedir.¹²³

Yargı fonksiyonu ise bağımsız yargıçlar tarafından, önceden belirlenmiş yargılama usulleri çerçevesinde uyuşmazlıkların çözümlenerek kesin hükme bağlanması etkinliğidir.¹²⁴

Öte yandan yasama ve yargı fonksiyonlarının dışında ve idarî fonksiyondan ayrı olarak bir hükümet (yürütme) fonksiyonunun varlığı da öğreti tarafından kabul edilmektedir. Bu bağlamda kesin bir sınır çizilememekle birlikte, hükümetin yasama organına dönük program sunma, güvenoyu isteme, kanun tasarısı hazırlayıp Meclise sevk etme, uluslararası sözleşmeleri onaylama, yabancı devletlerle diplomatik ilişkiler kurma gibi siyasal yönü ağır basan işlemleri hükümet (yürütme) işlevi kapsamında değerlendirilmektedir.¹²⁵

Yasama, yargı ve hükümet (yürütme) fonksiyonlarının bu şekilde belirlenmesi ile “idare fonksiyonunun ne olmadığı” ortaya konulmaktadır. Bu negatif yaklaşıma ek olarak konunun “idare işlevinin ne olduğu” yönünden ele alınması durumunda ise idare işlevi, “kamusal ihtiyaçların belirlenmesine ve giderilmesine veya kişi, mal ve

¹²² GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.22

¹²³ YILDIRIM, YASİN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, syf.8

¹²⁴ Yargıçların bağımsızlığı ile uyuşmazlıkların kesin hükme bağlanmasının yargı fonksiyonunun belirlenmesinde dikkate alınmaması gerektiği konusunda bkz. GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.32-35.

¹²⁵ YAYLA, syf.21, GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.28, YILDIRIM, YASİN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, syf.29-33, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.35, “Yürütme, yasama ve yargı faaliyetleri dışında kalan kamu hizmet ve faaliyetlerinin genel esaslarının ve politikalarının tesbiti ve yüksek seviyeden sevk ve idaresidir. İdare ise tesbit edilen ve genel esasları belirtilen kamu hizmet ve faaliyetlerinin günü gününe gördürülmesi, iş hayatındaki ölçülere, faydasına ve iyiliğine ve verimine göre yerine getirilmesidir.” Mukbil ÖZYÖRÜK, Hukuka Giriş, Ankara: 1959, syf.92, 93 (Nakleden; EROĞLU, syf.10) “Yürütme .. tek bedenden oluşan ancak iki ayrı görev yerine getiren bir organdır. Bu görevlerden biri ‘Hükümet görevi’dir; öbürü de ‘İdare görevi’dir. Yürütme, ulusun yüksek, olağanüstü önemde ve yaşamsal çıkarlarını ve amaçlarını sağlamak, korumak amacı güttüğü zaman ‘hükümet işlevi’ni; halkın günlük, olağan ve her zaman ortaya çıkan gereksinimlerini karşılarken (kamu hizmetlerini yerine getirirken) de, ‘idare işlevi’ni yerine getirir.” GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, syf.10

değerlerin korunmasına yönelik sürekli olarak yapılması gereken kamu hizmetlerinin görülmeye ilişkin faaliyetler” şeklinde tanımlanmaktadır.¹²⁶ Bu durumda her iki tanım birlikte değerlendirilerek fonksiyonel anlamda idarenin, “Devletin yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütme organının hükümet fonksiyonu olarak da isimlendirilen siyasi işlevinin dışında kalan, gündelik yaşamın devamına, kamusal ihtiyaçların giderilmesine ve bu suretle kamu yararını temine yönelik faaliyetler” olduğu söylenebilecektir.¹²⁷

Fonksiyonel anlamda idareden söz edilirken kurum ve kuruluşlar değil yapılan faaliyetin niteliği ön plana çıkmaktadır. Dolayısıyla yasama ve yargı organları tarafından yapılan fakat işlevsel açıdan idarî nitelik taşıyan işlem ve eylemler söz konusu olabilecektir.¹²⁸ Bu bağlamda yasama ve yargı organlarının iç işleyişlerine yönelik ihtiyaçlarının giderilmesine, mallarının ve yönetimleri altındaki değerlerinin korunmasına yönelik etkinlikleri idare işlevine dahil kabul edilmektedir.¹²⁹ Örneğin TBMM Başkanlığı’nda çalışan kamu personelinin özlük haklarına ilişkin işlemler, TBMM Genel Kurulu tarafından Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’na üye seçilmesi¹³⁰, bir mahkeme başkanının mahkemede çalışan yazı işleri müdürü hakkında sicil notu vermesi, Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görev yapacağı Yargıtay ve Danıştay Dairelerinin belirlenmesine ilişkin Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu ile Danıştay Başkanlık Kurulu kararları fonksiyonel bakımdan idarî nitelik taşımaktadırlar.

İdare kavramına kanunî idare ilkesi bakımından yaklaşıldığında ise; Anayasa’nın 123. maddesindeki “*İdare kuruluş ve görevleriyle ... kanunla düzenlenir*” hükmünden, ilkenin “idare” unsurunun, organik anlamda idareye ilişkin olduğu yönünde bir izlenim uyanmaktadır.¹³¹ Bu bağlamda idarenin öncelikle kuruluşu kanunla

¹²⁶ ÖZAY, syf.417

¹²⁷ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.39

¹²⁸ “... *İptal* davasına konu edilebilecek işlemler, idarenin idare hukuku alanında yaptığı, tek yanlı, kesin ve doğrudan uygulanabilir nitelikteki hukuki işlemlerdir. Bunların hukuki sonuç doğurabilmesi için idarenin iradesini açıklaması yeterlidir. Karşı tarafın herhangi bir irade beyanında bulunmasına gerek yoktur. *İptal davasına konu olabilecek nitelikteki bu tür işlemler, yalnızca Anayasa’nın 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.*” Danıştay 5.D., E:2005/5627 K:2007/72, DD, Yıl:37 S:115, 2007, syf.195-197

¹²⁹ ÖZAY, syf.417

¹³⁰ Danıştay 5.D., E:2005/5627 K:2007/72, DD, Yıl:37 S:115, 2007, syf.195-197

¹³¹ Nitekim “Anayasa’nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörüldükten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmış, kamu tüzel kişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulacağı belirtilmiş ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması

düzenleneceğinden, “kuruluş açısından ‘idare’ vasfını taşıyan idarenin organik anlamda idare olduğu ve maddenin devamında da organik anlamdaki idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceğinin öngörüldüğü” ileri sürülebilecektir.

Ancak kanımızca kanunî idare ilkesinin “idare” unsuru, hem organik anlamda hem de fonksiyonel anlamda idareyi kapsayan bir içeriğe sahiptir. Çünkü bir hukuk devletinde Devlet organlarının faaliyette bulunabilecekleri, işlem ve eylem yapabilecekleri konular, bu organların görev ve yetkileri ile sınırlı bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan ve idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören hükmün, “*İdarenin hangi konularda faaliyet göstereceği (İdarî faaliyet konuları) kanunla düzenlenir*” biçiminde okunmasında kanımızca bir sakınca bulunmamaktadır. Bu noktadan hareket edildiğinde ise hem idarenin kuruluşu yani organik anlamda idare, hem de idarenin görevleri, bu bağlamda idarenin hangi konularda işlem ve eylemlerde bulunabileceği yani fonksiyonel anlamda idare kanunla düzenlenecektir. Diğer bir ifadeyle yapısal anlamda idare kabul edilen organ ve makamların **kuruluşları** ile yapısal anlamda idare kabul edilen organların, hükümetin, yasama ve yargı organlarının fonksiyonel açıdan idare kavramına dahil olan **görevlerinin** kanunla düzenlenmesi gerekecektir. Örnek vermek gerekirse TBMM Başkanı’nın bir TBMM personeli hakkında kanunla öngörülme bir işlem tesis etmesi, mesela kanunda öngörülme bir nedenden ötürü disiplin cezası vermesi ya da kanunla öngörülme bir müeyyideyi uygulayabilmesi *kanunî idare ilkesi uyarınca* mümkün olmayacaktır.

Sonuç olarak belirtmemiz gerekirse, kanuni idare ilkesinde yer alan “idare” kavramı “organik ve fonksiyonel anlamda idare” şeklinde anlaşılmalı ve ilkenin sonuçları, hem organik hem de fonksiyonel anlamda idare açısından geçerli kabul edilmelidir.

öngörülmüştür. ... burada geçen ‘İdare’ kavramı ..., sadece merkezi idareyi ve onun taşradaki uzantılarını değil, yerel yönetimleri ve kamu tüzel kişiliğine sahip çeşitli kamu kurumlarını ve bütün bu teşkilatın personelini de kapsamaktadır.” şeklindeki kararları dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi’nin de 123. maddede yer alan “idare” kavramını “organik anlamda idare” olarak yorumladığı ileri sürülebilecektir. AYM, 04.02.2010 E:2008/27 K:2010/29, 04.02.2010 E:2008/28 K:2010/30, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:04.10.2011

d. Kanunî İdare

Her ikisi de Arapça kökenli birer kelime¹³² olan “kanunî” ve “idare” sözcüklerinden oluşan “kanunî idare” şeklindeki söz dizesi, bir sıfat tamlamasını oluşturmaktadır. Buna göre tamlamanın isim ögesi olan “idare”, bir sıfat olan “kanunî” kelimesi ile nitelendirilmekte ve idarenin kanunlara dayanma, kanunlara uygun olma özelliği vurgulanmaktadır.¹³³

Kanunîlik ilkesi, kamu gücü kullanan otoriteler ile bu güce tâbi bireyler arasındaki ilişkileri konu edinen diğer kamu hukuku disiplinlerinde olduğu gibi, idare hukukunda da büyük bir öneme sahiptir. Hatta idare hukukunda bu önem o derece belirgindir ki; idare hukukunun hemen girişinde, bu hukuk dalının konusunun belirlenmesinde ayırdedici kriter olarak “kanun” ön plana çıkmakta ve adeta idare hukuku varlığını “kanun”a borçlu olmaktadır. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, kamu hizmetinin ve kamu gücünün olmadığı yerde “idare hukuku”, kanunun olmadığı yerde de “kamu hizmeti” ve “kamu gücü” söz konusu olmayacağından; dolaylı da olsa kanunun olmadığı yerde yani kanun tarafından hiçbir şekilde düzenleme konusu yapılmamış bir alanda idare hukukundan söz edilemeyeceği ileri sürülebilecektir.

Bu bağlamda idarenin kanunlara uygun hareket etme (*intra legem*) niteliğinin yanı sıra kanunlara dayanma (*secundum legem*) niteliğini de ön plana çıkaran “kanunî idare” kavramı, kanunîliğin idare hukuku disiplinine özgü karşılığını ve bu kavram ile ifade edilen ilke de, idare hukukunda geçerli olan en temel prensiplerden birisini oluşturmaktadır.

Nitekim kanunî idare ilkesinin idare hukukunun başlıca ilkelerinden biri olduğu konusunda öğretide de görüş birliği bulunmaktadır.¹³⁴ Bu bağlamda ilke bazı

¹³² Türk Dil Kurumu Sözlüğü. www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi:04.09.2010

¹³³ Esasen “kanunî” kelimesinin “yasal”, “idare” kelimesinin de “yönetim” anlamına geldiği dikkate alındığında, ilkenin “yasal yönetim” ilkesi olarak isimlendirilmesi de mümkündür. Ancak ilkenin Anayasa’da düzenlenmesi esnasında kullanılan sözcüklerin “kanun” ve “idare” olduğu dikkate alındığında, “kanunî idare” ilkesi şeklindeki bir isimlendirmenin daha uygun olacağı kanaatini taşımaktayız ve bu nedenle çalışmamızda “kanunî idare” deyimini kullanmaktayız.

¹³⁴ BALTA, syf.126, EROĞLU, syf.51, GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, syf.47 vd, Turan YILDIRIM, Nur KARAN, İdare Hukuku, 1. Bası, İstanbul: XII Levha, 2009, syf.3 vd, GÜNDAĞ, syf.41, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.110 vd., AKYILMAZ, SEZGİN, KAYA, syf.136, ATAY, syf.157 vd.

eserlerde idare hukukunun genel esaslarından biri olarak ele alınmakta,¹³⁵ bazılarında hukuk devletinin bir unsuru olarak değerlendirilmekte¹³⁶ ve bir kısmında da idare hukukuna hâkim olan ilkeler başlığı altında incelenmekle birlikte;¹³⁷ ilkenin idare hukukunda geçerli olan başlıca esaslardan biri olduğu konusunda herhangi bir fikir ayrılığı bulunmamaktadır.

İdare hukukunun başlıca esaslarından birini oluşturan kanunî idare ilkesi, pozitif hukukta karşılığını Anayasa'nın 123. maddesindeki “*İdare, kuruluş ve görevleriyle ... kanunla düzenlenir.*” hükmünde bulmaktadır. Dolayısıyla ilkenin anlamının ve gerekliliklerinin daha iyi ortaya konulabilmesi için “*kanun*” ve “*idare*” kelimelerinin yanı sıra, “*kanunla düzenleme*” kavramının da üzerinde durulması, Anayasa koyucunun bu kavramla neyi kastettiğinin incelenmesi gerekmektedir.

e. Kanunla Düzenleme

Kanunî idare ilkesi idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini gerektirmektedir. Buna göre idarenin kuruluşu ve görevleri konusunda aslî yetki Meclis'e aittir. Bununla birlikte söz konusu kanunla düzenleme gerekliliği, idarenin kuruluşu, görevleri ve yetkileri ile ilgili her hususun en ince ayrıntısına kadar kanunlarda yer alacağı anlamına gelmemektedir. Yürütmenin ve idarenin de bu konularda, belli sınırlar içinde düzenlemeler yapabileceğinin kabulü gerekmektedir.¹³⁸ Bu nedenle inceleme konumuz olan ve “*idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini*” öngören ilkenin anlaşılabilmesi için, idarenin düzenleme yetkisinin, özellikle de bu yetkinin kaynağının ve sınırlarının üzerinde durulması zorunluluk arz etmektedir.

aa. İdarenin Düzenleme Yetkisi

Günümüzde ‘genel, soyut, objektif ve kişilik dışı kurallar koyma’nın bir idari faaliyet türü olduğu ve idarenin sıklıkla bu yola başvurarak her geçen gün daha çok konuyu gerek kendisi gerekse vatandaşlar açısından düzenlediği bir vakıadır. Nitekim

¹³⁵ EROĞLU, syf.51

¹³⁶ BALTA, syf.126, GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, syf.47, GÜNDAY, syf.41, AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, syf.136

¹³⁷ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.110

¹³⁸ YILDIRIM, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, syf.14

idarenin düzenleme yetkisine sahip olduğu, bu yetki sayesinde belli bir alanda genel, soyut, objektif ve kişilik dışı (bağlayıcı) kurallar koyabileceği öğretide ve yargısal içtihatlarda kabul edilmiş bulunmaktadır.

Büyük Türkçe Sözlük'te “düzgün duruma getirmek, düzen vermek, tanzim etmek” şeklinde tanımlanan “düzenlemek” kavramı,¹³⁹ terminolojik açıdan belli bir konuda kural koyma, idarenin ve kişilerin uymaları gereken ilkeleri tespit etme faaliyetini ifade etmektedir. Zira düzen kavramının hukukî açıdan karşılığını oluşturan *öngörülebilirlik*, kaynağı ne olursa olsun¹⁴⁰ bir hukuk kuralının, belli bir konuda somut bir davranış biçimini emreden ya da yasaklayan, ona karşılıklar bağlayan bir ölçütün varlığını gerektirmektedir.

Herhangi bir konuda kural koymak (norm ihdas etmek) demek ise, esasen o konuda kişilerin genel olarak nasıl davranmaları gerektiğini önceden ve objektif şekilde belirlemek demektir.¹⁴¹ Dolayısıyla kural koyma ameliyesi esasen egemenlik kavramıyla yakın ilişki içindedir. Bu bağlamda ‘idarenin genel, soyut, objektif ve kişilik dışı kurallar koyma faaliyeti’ şeklinde tanımlanabilecek olan düzenleme yetkisinin incelenmesi, öncelikle Devlet iktidarının paylaşımına ilişkin Anayasal kuralların yorumlanmasını, “acaba Anayasa kural koyarak başkalarının davranışlarını belirleme, onlara haklar tanıma veya mükellefiyetler yükleme imkânını kime ve ne ölçüde tanımıştır” sorusunun cevaplandırılmasını gerektirmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 6. maddesi uyarınca hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacaktır. O halde eğer idarenin düzenleme yetkisi varsa, bunun kaynağının Anayasa'da bulunması zorunludur. Öte yandan (daha önce de belirtildiği üzere) idare, Anayasa'da “Yürütme” başlıklı bölümde yani “yürütme” kapsamında düzenlenmiştir ve organik açıdan idare, yasama ve yargı dışındaki tüm Devlet kuruluşları ile Devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişilerini ifade etmektedir.¹⁴² Dolayısıyla idare ile yürütme arasında iç içelik mevcut olup; idarenin düzenleme yetkisinin kaynağının ve kapsamının belirlenebilmesi,

¹³⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü. www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi:13.01.2012

¹⁴⁰ Yasama, yürütme veya yargı organı, örf ve adet ... vb.

¹⁴¹ Nitekim kural kelimesi de Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük'te “... bir bilime, bir düşünce ve davranış sistemine temel olan, yön veren ilke, nizam” şeklinde tanımlanmaktadır. www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi:13.01.2012

¹⁴² ÖZYÖRÜK, syf.46, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.25.

Anayasa'nın sadece idareye ilişkin hükümlerinin değil, yürütmeye ilişkin kurallarının da irdelenmesine bağlıdır. Ancak bundan önce idarenin düzenleme yetkisi ile yasama yetkisi arasındaki ilişkinin tespiti bakımından, yasama yetkisine ilişkin Anayasal düzenleme üzerinde durulmalıdır.

aaa. Yasama Yetkisi (AY. m.7)

Anayasa'nın yasama yetkisine ilişkin 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.” hükmüne yer verilmiş; maddenin gerekçesinde ise “*Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu, nüfusu milyonlara varan modern devletlerde, demokrasi rejimini benimseyen siyasî rejimlerde kaçınılmaz bir durumdur. Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez.*”¹⁴³ açıklamalarına yer verilmiştir.

Yasama Türkçe Sözlük'te “yasa koyma, yasa yapma, teşri” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁴⁴ Bu bağlamda maddenin gerekçesi ile kelimenin sözlük anlamı dikkate alındığında Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan “yasama” kelimesi ile kastedilen şey, “kanun koyma/yasa yapma faaliyeti” şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁵ Nitekim Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'nin görev ve yetkileri sayılırken “kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak” yani yasama yetkisi ilk sırada zikredilmiş, ayrıca Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne başka görev ve yetkiler de verilmiştir.

Kanunun maddî açıdan “genel, soyut, objektif, kişilik dışı kural işlemler”i, şeklî açıdan ise “parlamento tarafından Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak tesis edilen işlemler”i ifade ettiği bilinmektedir.¹⁴⁶ Pozitif hukukumuzda geçerli olan kanun anlayışı şeklî anlamda kanun olduğuna¹⁴⁷ göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanun adı altında ve kanun yapma usullerine riayet edilerek ihdas edilen normların tamamının -bu normlar genel, soyut ve objektif nitelik

¹⁴³ 1982 Anayasası Danışma Meclisi Gerekçesi, http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, Erişim Tarihi:14.01.2012

¹⁴⁴ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi:14.01.2012

¹⁴⁵ Aynı yönde ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, syf. 187: “*Bu cümle, Anayasa koyucunun, yasama yetkisini ‘kanun koyma’ veya 87’nci maddedeki daha etraflı ifade ile ‘kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak’ olarak gördüğünü anlatmaktadır.*”

¹⁴⁶ DEMİRKOL (Ferman), syf.24,25, ÖZYÖRÜK, syf.48

¹⁴⁷ BAŞGİL, syf.69, GÜNEŞ, syf.47, ÖZBUDUN, syf.201,

taşımasalar dahi- yasama yetkisinin kullanılması suretiyle tesis edilen işlemler olarak değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa yasama yetkisini TBMM'ye verdikten sonra bu yetkinin kullanılabilmesi için hiç bir koşul öngörmemiştir. Yani TBMM, hiç bir izin ya da ön işlem olmaksızın doğrudan ve dilediği her zaman kanun çıkarabilecektir. Zira yasama yetkisi kaynağını doğrudan Anayasa'dan almakta ve Anayasa koyucununki dışında yasama organının iradesinden üstün bir irade bulunmamaktadır.¹⁴⁸ Öğretide yasama yetkisinin “aslî/ilkel” olması şeklinde ifade edilen¹⁴⁹ bu durum, kanunun hukuki işlemler sıralamasındaki konumunu da belirlemekte ve ona Anayasa'dan hemen sonra, Anayasa dışındaki diğer bütün işlemlerden üstün bir mevki sağlamaktadır.

Yine Anayasa, kanunu konu yönünden herhangi bir sınırlamaya tâbi tutmamıştır. Diğer bir ifadeyle yasama yetkisi her konuda kullanılabilir. Öğretide “yasama yetkisinin genelliği” olarak isimlendirilen¹⁵⁰ bu ilke uyarınca yasa koyucu, Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla¹⁵¹ dilediği her konuda kanun çıkarabilecek, yine Anayasa'ya aykırı olmayacak şekilde bu kanunların içeriğini ve kapsamını dilediği gibi belirleyebilecektir. Buna göre yasama yetkisinin hangi konuda kullanılacağı, bu konunun ne şekilde ve hangi yoğunlukta düzenleneceği tamamen yasama yetkisini kullanan makamın takdiri dahilinde olacaktır.

¹⁴⁸ Anayasa'nın TBMM'de normal yasaların çıkarılması için öngördüğü sayısal çoğunluk ile Anayasa'nın değiştirilmesi veya mevcut Anayasa'nın kaldırılarak yenisinin yapılabilmesi için öngördüğü sayısal çoğunluk birbirinden farklıdır. Örneğin 2011 yılı Haziran ayı genel seçimlerinden sonra oluşan yapısı itibarıyla TBMM'de bir siyasi partinin elde ettiği çoğunluk normal yasaların yapılması, değiştirilmesi ve kaldırılması için yeterli iken; Anayasa'nın değiştirilebilmesi için yeterli olmamaktadır. Diğer taraftan Anayasa değişikliklerinin yapılabilmesi için çeşitli durumlarda referandum yapılması zorunluluğu doğmakta ve sürece TBMM iradesinin yanı sıra halk iradesi de dahil olmaktadır. İşte “Anayasa koyucu” deyimi, TBMM'de bulunan Anayasayı değiştirebilecek sayısal gücü ve ayrıca halk iradesini kapsamına aldığından, “yasama organı”ndan farklı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmada, yasama organından ayrı olarak “Anayasa koyucu” kavramına bu nedenle yer verilmiştir.

¹⁴⁹ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, syf.191 vd., TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.256, GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, syf.364 vd., ARIKAN, syf. 36 vd.

¹⁵⁰ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, syf.191 vd., TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.256, GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, syf.364 vd., ARIKAN, syf. 34 vd.

¹⁵¹ Örneğin yargı yetkisinin kullanılması anlamına gelecek şekilde somut bir uyuşmazlığın çözümlenmesine yönelik yasa çıkarılması Anayasa'da öngörülen kuvvetler ayrılığı prensibine aykırılık oluşturacağından; TBMM'nin bu gibi bir konuda yasa çıkaramayacağı açıktır. GÜNEŞ, syf.40-41

bbb. Yürütme Yetkisi (AY. m.8)

Anayasa'nın yürütmeye ilişkin 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin¹⁵² Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği öngörülmüştür.

Dikkat edileceği üzere yasama yetkisine konu yönünden herhangi bir sınırlama getirmeyen Anayasa, yürütme yetkisi açısından bir sınır çizmiş ve bu yetkinin (Anayasanın yanı sıra) kanunlara da uygun olarak kullanılacağını belirtmiştir. Bu sınırla kurucu iktidar, her iki yetki arasında bir hiyerarşi öngörerek, kanuna yürütme yetkisinin kullanılması zımında tesis edilen işlemlere nazaran üstünlük tanımıştır.¹⁵³ Yürütmenin ve bu kapsamda idarenin bütün işlem ve eylemlerinin kanunla bağdaşır olmasını, mefhumu muhalifiyle kanuna aykırı olmamasını gerektiren bu sınır, yürütme işlemlerinin 'kanunun çizdiği sınırlar içinde olma' yani '*intra legem*' niteliğini ifade etmektedir.¹⁵⁴

¹⁵² Yürütmenin "görev" ya da "yetki ve görev" şeklinde nitelendirilmesi konusunda 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası arasında var olan farklılığın anlamı ve sonuçları hakkında bkz. Lütfi DURAN, Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?, İHİD, S:1-3, Yıl 4, 1983, syf.38-39, Turgut TAN, 1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet Ya Da Güçlü Yürütme), Anayasa Yargısı, Cilt 1, 1984, syf.34 vd., ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, syf. 180-184, TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.352, Muammer OYTAN, 1982 Anayasası'nda Yasama ve Yargı Erkleri Karşısında Güçlendirilmiş Yürütme Organı ve Güçlendirilme Nedenleri, Türk İdare Dergisi, Yıl 56, S:364, Eylül 1984, syf.3 vd. Bu çalışmada pozitif bir Anayasa hükmü olarak Anayasa'nın 123. maddesi incelendiğinden, yürütmenin düzenlenmesi konusunda 1961 ve 1982 Anayasaları arasında var olan farklar üzerinde durulmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, 1961 Anayasası'nda "görev" olan yürütmenin 1982 Anayasası'nda "görev ve yetki" olarak nitelendirilmesi kurucu iktidarın daha güçlü yürütme istencini yansıtmaktadır. Ancak sadece bazı siyasi çıkarımlara neden olabilecek bu durum, her iki Anayasa döneminde yürütmenin farklı konumlarda ve farklı yetkilere sahip olduğunu göstermemektedir. Zira her şeyden önce, belli bir işin icrasıyla görevli bulunan her hukuk sujesinin bu işin icrası için gerekli olan yetkilere de sahip olması gerektiği açıktır. Bu anlamda hali hazırda yürütmenin kullanabildiği ama sırf Anayasa'da sadece görev olarak nitelendirildiği için 1961 Anayasası dönemindeki icra uzuvlarının kullanamadığı bir yetki bulunmamaktadır. Her iki dönemde icra uzuvlarının farklı yetkileri bulunmakta ise de bunlar "görev" ile "görev ve yetki" ibareleri arasındaki farklılıktan değil, her iki Anayasa'da yer alan diğer hükümlerden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla yürütmenin "görev" ya da "görev ve yetki" olarak nitelendirilmesinin -tek başına- hukuki sonuç doğurduğu ileri sürülemeyecektir. Her ne kadar 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında Anayasa Mahkemesi tarafından "... Anayasa koyucu, yasama ve yargı için 'yetki', yürütme için de 'görev' sözcüklerini kullanmış ve 'bu ayrımı bilinçli biçimde ve bir amaca yönelik olarak yaptığını' madde gerekçelerinde açıklamıştır. ... Böylece yasamaya öncelik sağlanmış, yasa koyucu tarafından düzenlenmemiş bir alanda, yürütme organına, faaliyette bulunma ve özerk olarak düzenleme yetkisi kullanma olanağı verilmemiştir ..." denilmişse de, anılan kararda yürütme ile ilgili olarak yapılan saptamaların yürütmeyi "yetki ve görev" olarak tanımlayan 1982 Anayasası döneminde geçerli olmadığı ileri sürülemeyecektir. AYM, 02.11.1978 E:1978/36 K:1978/52, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:07.04.2012.

¹⁵³ Anayasanın öngördüğü hiyerarşi her iki yetkinin tezahür şekli olan tasarruflar yani kanunlar ile idari işlemler arasındadır. Yoksa burada kastettiğimiz yasama organı ile yürütme organı arasında bir hiyerarşi değildir. Zira 1982 Anayasa'nın başlangıç kısmında ifade edildiği gibi, "*kuvvetler ayrımı, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmemektedir.*"

¹⁵⁴ GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, syf.308

Öte yandan yürütme yetkisinin, bu yetkinin doğasından kaynaklanan bir sınırı daha bulunmaktadır. Bu sınır, yürütmenin “kanunların uygulanmasını sağlama faaliyeti” şeklindeki tanımından kaynaklanmaktadır. Yürütme, kanunların uygulanması anlamına geldiğine ve kanunun olmadığı bir ortamda kanunun uygulanmasından söz edilemeyeceğine göre, “*kanun olmayan yerde yürütme de yoktur*”¹⁵⁵ şeklinde bir yaklaşımın abartılı olduğu söylenemeyecektir. Yürütmenin tasarruflarının kanunu izlemesini, kanundan kaynaklanmasını yani *secundum legem* niteliğini ifade eden bu sınıra göre,¹⁵⁶ kanunun varlığı onun yürütülmesi için bir ön koşul teşkil etmekte, böylece yürütmenin varlığı kanunun varlığına bağlı olmaktadır.¹⁵⁷ Anayasamızda olağan dönemler için¹⁵⁸ ilk elden veya münhasıran yürütmeye bırakılan bir faaliyet sahasının da bulunmaması,¹⁵⁹ bu bağıllığı mutlak bir hale getirmektedir.¹⁶⁰

¹⁵⁵ 1961 Anayasası’nın 5., 6. ve 7. maddelerinin gerekçesinden, GÜNEŞ, syf.41, Erdoğan TEZİÇ, Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 5, S:1, Mart 1972, syf.4, “... icra ve idare faaliyeti teşrii hükümler çerçevesi içinde olmak gerekir. Ancak bu şartla bu faaliyet hukuki bir kıymet alır. İcra ve idare faaliyeti, teşri gibi, otonom ve re’sen hareket eden bir faaliyet değildir. Önceden mevzu ve müesses bir iktidara ve müsaadeye istinat eder. Bu iktidar ve müsaade ise yalnız ve münhasıran millî camianın dili mesabesinde olan Büyük Millet Meclisinden gelir.” BAŞGİL, syf.61, “... bizde İcra ve İdarenin özerk (autonome) bir düzenleme yetkisi yoktur. Bu hususta hiç bir şüphe ve tereddüt olmasa gerektir.” DURAN, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, syf.473, “Yasanın olmadığı yerde idare yoktur, varsa da hukuka aykırıdır, hukuk dışı bir olgu, kaba bir güçtür.” Onur KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 1. Bası, Ankara: Turhan, 2011, syf.51

¹⁵⁶ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, syf.191, GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, syf.307

¹⁵⁷ Aksi yönde YAYLA; YAYLA’ya göre hak ve hürriyetlere sınırlama getirilmemek koşuluyla idarenin, görevleri gereği özellikle sağlık, güvenlik ve esenlik gibi konularda, ilgili alanı düzenleyen bir kanun bulunmasa bile düzenleme yetkisine sahip olması bir zorunluluktur. YAYLA, syf.145, KARATEPE’ye göre, hiç bir yasal dayanak olmasa bile idarenin genel düzenleme yetkisine dayanarak bu işi yapabileceğini kabul eden yargı kararı karşısında, aksi görüşü savunmak mümkün değildir. KARATEPE, syf.92-93, OYTAN’a göre de 1982 Anayasası yürütmeyi asli, ilkel ve orjinal bir düzenleme yetkisine sahip kılmıştır. OYTAN, 1982 Anayasası’nda .., syf.8, 12. Yine ÇUBUKÇU’ya göre 1982 Anayasası’nın 8. maddesi yürütmeye genel ve kendiliğinden düzenleme yapma yetkisi vermektedir, Ziya ÇUBUKÇU, Yürütme Organının ve İdarenin Düzenleme Alanındaki Yetkisi, Ankara Barosu Dergisi, 1982, S:5, syf.6,

¹⁵⁸ Olağanüstü hallerde ve sıkıyönetim hallerinde Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, söz konusu hallerin gerekli kıldığı her konuda (kanun hükmünde kararname şeklinde) düzenleme yapabileceğinden; bu dönemlerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin ilk elden yürütmenin faaliyet sahasında kaldığı belirtilebilecektir. Bununla birlikte unutulmamalıdır ki bu işlemler, Resmi Gazete’de yayımlandıkları gün TBMM’nin onayına sunulmaktadırlar ve hiyerarşik olarak kanun gücünde olduklarından ‘kanuna eş değer norm’ statüsündedirler.

¹⁵⁹ 1958 Fransız Anayasası’nda yasayla düzenlenmesi gereken konular tadedi bir şekilde sayıldıktan sonra (m.34), bu konular dışında kalan diğer bütün konuların yürütme organınca düzenleneceği öngörülmüş (m.37); böylece yürütme yetkisine (34. maddede sayılan konular dışında) hem ilkel hem de genel bir nitelik kazandırılmıştır. [http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR\(4.10.1958\).pdf](http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR(4.10.1958).pdf), <http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp> Erişim Tarihi:15.01.2012. Yürütmenin düzenleme yetkisi açısından 1958 tarihli Fransız Anayasası hakkında bilgi için bkz. Recai G. OKANDAN, 4 Ekim 1958 Fransız Esas Teşkilat Kanunu, İÜHF, Cilt XXV, S:1-4, 1960, syf.31 vd, Adil ÖZKOL, Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi, AÜHF Dergisi, Cilt XXVI, S:1-2, 1969, syf.62, K. Burak ÖZTÜRK, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, 1. Bası, Ankara: Yetkin, 2009, syf. 112 vd. KARAHANOGULLARI Fransa’daki durumu şu sözlerle eleştirmektedir: “Fransızların yaptığı gibi, yasama alanının sınırlanması, bunun dışında kalan alanlarda idareye asli kural koyma yetkisinin verilmesi ve bunun yanı sıra yasamaya kalan alanda da idareye yasa gücünde kararnamelerle kural koyma yetkisinin verilebilmesi temsili demokrasi için bir utançtır.” KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması..., syf.63

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi 1985 yılında verdiği bir kararında yürütmeye yetki olma gücünü veren esasları “olağanüstü haller ve sıkıyönetim sürecince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun sözü edilen hallerin gerekli kıldığı durumlara hasren kanun hükmünde kararname çıkarmak, Bakanlar Kurulunun vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde kanunun belirttiğı yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değışiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisi yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve diğerk dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlar”¹⁶¹ şeklinde belirtmiş ve şu değerlendirmede bulunmuştur: “Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada ifadesini bulan yukarıdaki ayrıık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da sonuca etkili değildir.”¹⁶²

Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararında geçen “Anayasada ifadesini bulan yukarıdaki ayrıık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır” cümlesi, hukukumuzda yürütmenin yasalarla düzenlenmemiş bir alanda kural koyabilmesinin mümkün olduğu yolunda bir izlenim uyandırmaktadır. Ne var ki bu karar (kararda belirtilen olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri dışında), olağan dönemlerde idarenin aslı düzenleme yetkisinin bulunmadığı ve ilk elden yasa konusu olmamış bir alanda idarenin hiçbir düzenleme yapamayacağı gerçeğini değiştirmemektedir. Zira Bakanlar Kurulu’nun, kararda belirtilen “vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde değişiklik yapma” yetkisini kullanabilmesi için Anayasa’nın 73. maddesi uyarınca kanunun yukarı ve aşağı sınırları belirlemesi; “dış ticaretin ülke ekonomisi yararına

¹⁶⁰ 1982 Anayasası’nın 107. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin düzenleme sadece Cumhurbaşkanlığı makamına tanınan bir yetkiyi içerdiğinden; kanımızca bu hüküm, (Bakanlar Kurulunu ve idareyi de kapsamına alan) yürütmenin kanuna bağlılığı açısından gerçek anlamda bir istisna olarak nitelendirilemeyecektir.

¹⁶¹ AYM, 13.06.1985 E:1984/14 K:1985/7, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:09.12.2012

¹⁶² AYM, 13.06.1985 E:1984/14 K:1985/7, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:09.12.2012. Altı çizili kısımlar kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koyma ve kaldırma” yetkisini kullanabilmesi için de Anayasa’nın 167. maddesi gereğince kanunun kendisine yetki vermesi gerekecektir.¹⁶³ Dolayısıyla her iki halde de yürütmenin düzenleme yapma yetkisi kanunun varlığına bağlı olmakta, kanunun olmadığı yerde yürütmenin de olmayacağı yönündeki tespit geçerliliğini korumaktadır.

Bu çerçevede yürütmenin varlığının kanunun varlığına bağlı olması, yürütme yetkisinin ilkel ve genel bir yetki sayılmasını imkânsız kılmaktadır. Zira yürütme yetkisinin kullanılabilmesi için kanunun varlığı ön koşul oluşturmaktadır ve bu yetki ancak kanunla düzenlenmiş olan konularda kullanılabilecektir. Dolayısıyla öncesinde kanun tarafından ele alınmayan hiç bir konuda yürütme organı, düzenleyici ya da birel bir işlem tesis edemeyecektir.

Öte yandan yürütme yetkisinin ve bu kapsamda düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi için “kanunun varlığı” dışında başka bir koşul bulunmamaktadır. Zira 1961 Anayasası’nın 5., 6. ve 7. maddelerinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, ‘*kanunun mevcut olduğu yerde sadece yürütme değil, aynı zamanda prensip olarak yürütme mükellefiyeti de mevcuttur.*’¹⁶⁴ Bu bağlamda düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi için, idarenin düzenleyici işlem tesis edebileceğinin Anayasa’da ayrıca öngörülmesi gerekli olmadığı gibi, ilgili kanunun metninde düzenleme yetkisinin kullanılabileceğinin özel olarak belirtilmesine de gerek bulunmamaktadır.¹⁶⁵

Nitekim Anayasa’nın 8. maddesi dışında idarenin düzenleme yetkisine değinen diğer Anayasal hükümler de bu sonucu doğrulamaktadır. Zira Anayasa’nın, idarenin düzenleme yetkisini kullanarak tesis edeceği işlemlerden tüzüklere ilişkin 115. maddesinde “Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek

¹⁶³ Bu durumda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlal edilmemesi için, kanunun idareye yetki verirken konunun sınırlarını da çizmesi gerekecektir. Aynı yönde YILDIRIM: “*Anayasa Mahkemesi’nin içtihatları doğrultusunda düşünürsek, Yasama Organı, ihracatın düzenlenmesi için, gerekli kuralları koyup, konunun sınırlarını çizmelidir.*” Turan YILDIRIM, Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat, 1. Bası, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, syf.43

¹⁶⁴ AYDOĞDU, syf.50

¹⁶⁵ “... yönetmelik çıkarma yetkisine kendi faaliyet sahası içinde kalmak şartıyla başta Bakanlar Kurulu ve Bakan olmak üzere her yönetim mercii sahiptir. Bu hususta ayrıca kanunî bir mesnede ihtiyaç yoktur.” Tahsin Bekir BALTA, Türkiye’de Yürütme Kudreti, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1960, syf.40

şartıyla tüzükler çıkarabilir.” hükmüne yer verilmiş; yönetmeliklere ilişkin 124. maddesinde ise, “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.” hükmü öngörülmüştür. Dikkat edileceği üzere her iki düzenleyici işlem türünün de amacını *kanunların uygulanması* oluşturmaktadır. Anayasa, tüzüklerin ve yönetmeliklerin ancak bir kanunun varlığı halinde ve bu kanunun uygulanmasının temini için çıkarılabileceğini belirtmiş; bununla birlikte, tüzük veya yönetmelik çıkarılabilmesi için kanunun varlığı dışında başka bir koşula yer vermemiştir. Buna göre idare, kanunun bulunduğu her konuda, gerekli şekil kurallarına riayet ederek bu kanunun uygulanmasını sağlamaya yönelik tüzükler ve yönetmelikler çıkarabilecektir.

Bu bağlamda “yürütme” kanunların uygulanmasını sağlama anlamına geldiğine ve düzenleme yetkisi de kanunların uygulanmasını sağlamanın araçlarından biri olduğuna göre, kanunun olduğu her alanda yürütmenin (idarenin) düzenleme yetkisine sahip olduğunun ve bu yetkinin kullanılabilmesi için (yürütme yetkisinin varlığını öngören Anayasal norm dışında) herhangi bir koşulun bulunmadığının kabulü zorunluluk arz etmektedir. Dolayısıyla düzenleme yetkisinin kaynağının yürütme yetkisi, pozitif dayanağının da “yürütme” yani “kanunların uygulanmasını sağlama” yetkisini yürütmeye (ve idareye) veren Anayasa’nın 8. maddesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁶⁶

Belirtmek gerekir ki düzenleme yetkisinin kaynağının ne olduğu sorunu öğretilde, özellikle 1924 Anayasası döneminde tartışma konusu olmuştur.¹⁶⁷ Zira 1924 Anayasası’nın metninde tüzükler (nizamnameler) hakkında hüküm bulunmasına karşın yönetmelikler (talimatnameler) hakkında açık bir düzenleme bulunmayışı, düzenleme yetkisinin kaynağı sorununu doğrudan yönetmeliklerin hukuki meşruiyeti ile bağlantılı hale getirmiştir. Bu bağlamda öğretilde düzenleme yetkisinin kaynağının yürütme yetkisi

¹⁶⁶ Aynı yönde: “... yönetmeliğin en basit ve açık hukukî esası yürütme yetkisinden ayrılmayan, bu yürütmenin usulünü de tesbit etmek yetkisidir.” ONAR, Cilt I, syf.390, “Tanzim: İcra salâhiyetinin tabîi ve zaruri bir neticesidir. Binaenaleyh icra uzvunun –sırf icra organı olmak itibarıyla- bu gibi bir tanzim salâhiyetini haiz olduğu bihakkın söylenebilir.” SARICA, syf.29, “Yürütme ve idare fonksiyonunun düzenleme kavramını da içerdiği görüşüne katılıyor.” YILDIRIM, Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat, syf.45

¹⁶⁷ Söz konusu tartışmalar hakkında bkz. GÜNEŞ, syf.73 vd.

(icra kudreti) olduğu belirtilerek¹⁶⁸, yönetmeliklerin hukukî dayanağı bu şekilde izah edilmiştir. Kanımızca bu yaklaşımın günümüzde de geçerli olduğu ve dolayısıyla kaynağını yürütme yetkisinde bulan düzenleme yetkisinin kullanılması suretiyle, Anayasa'nın 115. ve 124. maddelerinde adı geçenler dışında diğer düzenleyici işlemlerin ihdas edilmesinin önünde hukuki bir engel bulunmadığı belirtilebilecektir.

Bu bağlamda öğretide de haklı olarak belirtildiği gibi¹⁶⁹ idare, tüzük ve yönetmelik dışında da düzenleyici işlemler tesis edebilecek; ancak bu işlemler, başka isimler altında ihdas edilmiş olsalar bile Anayasa'nın 124. maddesinde öngörülen yönetmeliğe ilişkin hükümlere tâbi olacaklardır. Zira idarenin, takdir yetkisi dahilindeki konularda genel, soyut ve objektif işlemlerle bu yetkinin kullanım şeklini ve koşullarını belirlemesinin, böylece belli bir konuyu öngörülebilir kılarak kendini önceden taahhüt altına sokmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Nitekim düzenleyici işlemin kaynağının takdir yetkisi olduğunu belirten GÜNEŞ'e göre düzenleme, *“idarî işlem yapan makamların takdir yetkilerini kullanmak için başvuracakları yollardan biridir”* ve *“düzenleyici işlem, takdir yetkisinin kullanılmasında vatandaşlara yeni yüklemeler koymaktan çok onlar için bir garanti teşkil etmektedir.”* Yine GÜNEŞ'e göre, *“İdare kanunla kendisine tanınan taktir yetkisinin genişliği ne olursa olsun, bunu aynı şartların ve olayların meydana çıkışında eş işlemlerle kullanmağa mecbur olduğuna göre, zâten ortada –tâbir caizse- zımnî bir düzenleme mevcut bulunuyor demektir.”*¹⁷⁰ KAYA'ya göre de, *“İdarenin düzenleme yetkisi, idare için varlığı zorunlu bulunan*

¹⁶⁸ “... İcra salâhiyetini haiz olan uzuv aynı zamanda -bunun mantıkî, zarurî bir neticesi olarak- tanzim salâhiyetini de haizdir. ... (1924 Anayasa'nın nizamnamelere yani tüzüklere ilişkin maddesi olan) 52 nci maddenin -başka bir maddeye ihtiyaç olmaksızın- icra uzvuna doğrudan doğruya nizamname yapmak salâhiyetini bahşetmekte olduğunu bir lâhze için kabul edelim. Yani icra uzvunun -bizzat icra organı olmak dolayısıyla değil de- sırf 52 nci maddede musarrah olduğu için nizamname yapmak salâhiyetini haiz olduğunu farzedelim. Başka bir ifade ile tanzim salâhiyetinin icra mefhumundan değil; 52 nci maddeden neş'et eylediğini tasavvur edelim. Bu takdirde başka bir müşkülle karşılaşırız. Şöyle ki icra uzvunun -sırf icra organı olmak hasebile- genel bir tanzim salâhiyetini haiz olmadığını kabul edersek; bu uzvun talimatname (yönetmelik), objektif kararname gibi tanzimî tasarruflar yapabilmesini, Hukuken anayasa bakımından, izah edemeyiz.” SARICA, syf.30, 37. Parantez içindeki (italik olmayan) kısımlar eser metninde geçmemektedir.

¹⁶⁹ GÜNEŞ (Turan), Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının ..., syf.94-95, TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.386-387, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.1129. Genel olarak ‘adsız düzenleyici işlemler’ şeklinde isimlendirilen bu işlemlerin hukuki rejimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Yeliz ŞANLI ATAY, Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, 1. Bası, Ankara: TODAİE Yayınları, 2011, syf.115 vd. Aksi yönde DURAN, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, syf.190, 191. DURAN'a göre idarenin tüzük veya yönetmelik dışında başka isim ve şekilde düzenleyici işlem ihdas edebilmesi hukuken mümkün bulunmamaktadır.

¹⁷⁰ GÜNEŞ'in açıklamaları için bkz. GÜNEŞ, syf. 81 vd.

takdir yetkisinden ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan belirlilik ve düzenli idare ilkesinden ve bunların temelini oluşturan eşitlik ilkesinden kaynaklanmaktadır.”¹⁷¹

Bununla birlikte öğretilerde aksi görüş de savunulmaktadır. Örneğin ZANOBINI’ye göre; “... herhangi bir hukuk sisteminin tetkiki gösterir ki, takdir selâhiyetile mücehhez olan bütün merciler değil, ancak esas teşkilât tarafından bu hususta selâhiyetkar kılınan mercilerdir ki nizamname ısdar edebilirler.”¹⁷²

ÖZTÜRK’e göre ise; “... idareye birel işlemler tesis etmek konusunda takdir yetkisi tanıyan bir kanun hükmünün kendiliğinden düzenleme yetkisini de içerdiği sonucuna varmak, bir bakıma idarenin kendisine kanunla tanınan takdir yetkisini bağlı yetkiye dönüştürmesine imkân vermektedir. Oysa kanun koyucu bu hususu kasten düzenlememek ve idareye de düzenleme yetkisi tanımamak suretiyle, ilgili idarenin otomatik bir uygulamaya gitmesini önlemek ve onu somut durumların özelliklerini dikkate almaya zorlamak istemiş olabilir. Bu durumda, idareye tanınan takdir yetkisinin düzenleme yetkisine kaynaklık edemeyeceği açıktır.”¹⁷³ ÖZTÜRK’e katılamıyoruz. Zira kendisinin ihdas ettiği ve her zaman da değiştirebileceği bir düzenleyici işlemle idarenin takdir yetkisinin berteraf edildiğini söylemek kanımızca mümkün değildir. Ayrıca kanunun tanıdığı takdir yetkisinin sınırları içinde belli olasılıklar öngörerek, bu olasılıkların gerçekleşmesi halinde iradesini hangi yönde kullanacağını önceden takdir edip ilan etmek de idarenin takdir yetkisinin kullanılmasından başka bir şey değildir. Yine düzenleyici işlemler nedeniyle somut olayın özelliklerinin dikkate alınmaması söz konusu değildir, söz konusu olan sadece benzer somut olaylarda takdir yetkisinin benzer şekilde kullanılmasının sağlanmasından ibarettir. Buna göre takdir yetkisi düzenleme yetkisinin kaynağı olarak kabul edilmese dahi, bunun söz konusu argümanlarla savunulamayacağını ve takdir yetkisinin kullanımını öngörülebilir kılmak amacıyla belli

¹⁷¹ Cemil KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 1. Bası, İstanbul: XII Levha, 2011, syf.107, Benzer yönde: TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.349, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.1025.

¹⁷² Guido ZANOBINI, İdare Hukuku Birinci Cilt Umumiyyet İtibariyle İdari Nizam, Çev: Atıf AKGÜÇ, Sahir ERMAN, 1. Bası, İstanbul: İÜ Yayınları, 1945, syf.54.

¹⁷³ ÖZTÜRK, syf.109.

bir konuda işlem tesisine yetkili olan her idarenin, (ismi ne olursa olsun) düzenleyici işlem ihdas edebilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.¹⁷⁴

Bu bağlamda yürütme kavramının tanımından, ayrıca Anayasa'nın 8., 115. ve 124. maddelerinden çıkardığımız sonucun yani düzenleme yetkisinin ancak kanunun

¹⁷⁴ Öte yandan idari yargı organlarının idari işlemleri yargılamak her olayda işleme dayanak oluşturacak objektif bir dayanak aramaları, idarenin düzenleyici işlemler ihdas ederek, subjektif tasarruflarında keyfi davrandığı izlenimini ortadan kaldıracak yöntemler izlemesini pratik açıdan zorunlu kılmaktadır. Hatta Danıştay'ın düzenleyici işlem tesisini birel işlem tesisinin ön koşulu olarak değerlendiren kararları dahi bulunmaktadır. "3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 5413 sayılı Kanunun 6. maddesiyle eklenen ek 1. maddenin ikinci fıkrasında, 'Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerine klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına; ilgili dalda uzman olan profesör veya doçentler ile ilgili dal tabipleri arasından Bakanlık tarafından atama yapılır. Ancak, profesör veya doçent unvanına sahip olmayan uzman tabiplerin klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına atanmalarında, yapılan sınavlarda başarılı olma şartı aranır. Sınavların usul ve esasları, Bakanlık tarafından hazırlanan ve bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.' hükmü getirilmiştir. ... 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 5413 sayılı Kanunun 6. maddesi ile eklenen ek 1. maddenin ikinci fıkrası hükmünün uygulanmasının ne şekilde olacağına tartışılması gerekmektedir. Madde, Sağlık Bakanlığı'na eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şef ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına atama yapma konusunda iki tercih ya da iki yöntem sunmaktadır. Bakanlık, bu kadrolara ya profesör veya doçent unvanına sahip olanlar arasından sınavsız ya da bu unvanlara sahip olmayan uzman tabiplerden açılacak olan sınavda başarılı olanlar arasından atama yapabilecektir. **Bu konuda, Bakanlıkça öncelikle yöntemin saptanması, daha sonra saptanan yönteme göre belirlenmiş olan usul ve esaslar çerçevesinde atama yapılması gerekmektedir.** Zira madde hükmü ile hem profesör ve doçentlere, hem de uzman tabiplere klinik şef ve şef yardımcılığına atanma olanağı getirildiği halde, bunlar arasında sınavla ve sınavsız atanma ayrımı da yapıldığı için, esas atanma biçiminin hangisi, istisnai atanma biçiminin hangisi olduğu ortaya konmamıştır. Uygulama, öteden beri sınavın esas, sınavsız atanmanın istisna olduğu şeklinde ise de, son yasal düzenleme ile ortaya çıkan durum belirgin değildir. Bu durum, madde hükmünün uygulanabilmesi açısından bir düzenleme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Fıkranın son cümlesinde, sınavların usul ve esaslarının Bakanlık tarafından hazırlanacak Yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alındığından sınavlarla ilgili düzenleme yapma olanağı bulunmaktadır. **Sınavsız atamalar için böyle bir düzenleme yapılmasının öngörülmemiş olması, sınavsız atamalara ait esasların da bir Yönetmelikle düzenlenmesine engel değildir. Hatta bu bir zorunluluktur.** Çünkü esasları belirlenmeyen sınavsız atama biçimi sınavla atama uygulamasının yerini alabileceği gibi, sınavla atanma hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde de kullanılabilir. Bu ise, yalnızca sınavsız-sınavla atanabilecekler arasında değil, sınavsız atanma hakkına sahip olan akademik unvanlı uzmanlar arasında da eşitsizliğe yol açabilecek bir uygulamadır. Bu nedenle **sınavla ve sınavsız atama yapılacak kadroların belirlenmesi ile atamaların yapılması esaslarının bir düzenleyici işlemle saptanması, Yasa hükmünün hukuk kurallarına uygun biçimde uygulanabilmesi açısından zorunluluk arz etmektedir.** Başka bir deyişle, anılan Yasa maddesi hükmü ile davalı idareye klinik şef ve şef yardımcılığı kadrolarına ilgili dalda uzman olan profesör ve doçentler arasından sınavsız atama yapma konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmadığı, hukukun genel ilkeleri ile kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütü sınırları içinde kullanılabilir nitelikte bulunduğu kuşkusuzdur. Bu yetki kullanılırken, hukukun genel ilkelerinden eşitlik ilkesinin gözardı edilemeyeceği, keza kamu yararı açısından objektiflikten vazgeçilemeyeceği, hizmet gerekleri yönünden de görev için en uygunu saptama konusunda gereken davranış biçiminin uygulanmasından geri durulamayacağı tartışmasızdır. **Bu itibarla, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 5413 sayılı Kanunun 6. maddesi ile eklenen ek 1. maddenin ikinci fıkrası ile getirilen ikili atama biçiminin ne şekilde ve hangi esaslara dayalı olarak kullanılacağı hususunun düzenleyici bir işlemle saptanıp yapılacak atamalardan hangilerinin sınavla, hangi kadrolara ise sınavsız gerçekleştirileceğinin kurala bağlanmasından önce ve yalnızca sınav koşuluna tabi olmayanlar arasından ve herhangi bir ölçüt de gözetilmeden, duyurulmadan atama yapılması, Yasa maddesinde öngörülen yetkinin hiçbir hukuki sınıra tabi olmaksızın kullanılması anlamına gelmektedir ki, bunun hukuken kabulü mümkün değildir."** Danıştay 5.D., 24.09.2007, E:2007/2538 K:2007/4851, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:16.01.2012. Danıştay'ın bu kararı, birel işlemlerin daha önce düzenleyici işlemlerle belirlenmiş olmasını zorunlu addeden Hauriou ve Rolland'ın görüşleriyle örtüşmektedir. Anılan müelliflerin düşünceleri hakkında bkz. GÜNEŞ (Turan), Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının ..., syf.90

Takdir yetkisine sahip olduğu her konuda idarenin düzenleme yapabileceğini kabul etmekle birlikte, Danıştay'ın düzenleyici işlemi birel işlemin ön koşulu olarak değerlendiren bu kararına katılmıyoruz. Ayrıca belirtmek gerekir ki Danıştay'ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Bkz. ATAY (Yeliz ŞANLI), syf.77-78.

varlığı durumunda ve onun uygulanması için kullanılması gereğinin *-adı ne olursa olsun-* bütün düzenleyici işlemler açısından geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir.

Şüphesiz idarenin düzenleme yetkisine ilişkin Anayasal normlar 8., 115. ve 124. maddelerden ibaret değildir. Kanun ile düzenleme yetkisi arasında var olan ve gerek yürütme kelimesinin anlamından, gerekse Anayasa'nın 8., 115. ve 124. maddelerinden çıkarsanan bu ilişki Anayasa'nın 123. maddesinde de öngörülmüş bulunmaktadır. Gerçekten kanunî idare ilkesinin pozitif karşılığı olan Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrası gereğince idarenin görevleri ve yetkileri kanunla düzenleneceğinden, idarenin yetkileri arasında bulunan düzenleme yetkisinin de kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Düzenleme yetkisinin kanunla olan ilişkisine ve kaynağına yönelik Anayasal normlara değinildikten sonra; düzenleme yetkisinin sınırlarının irdelenmesi ve idarenin kuruluşu, görevleri veya yetkileri ile ilgili bir konuda *“yürütmenin/idarenin hangi hallerde ve nereye kadar düzenleme yapabileceği, düzenlemenin yoğunluğunun ne olacağı”* sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. Bu soruya verilecek yanıt hem yürütmenin ve idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarını belirleyecek, hem de kanunî idare ilkesinin gerekliliği olan *“kanunla düzenleme”* kavramının içeriğini somutlaştıracaktır.

bb. İdarenin Düzenleme Yetkisinin Sınırı

Anayasa'da düzenleme yetkisinin sınırıyla ilgili somut hüküm içeren herhangi bir madde bulunmamaktadır. Bununla birlikte yasama yetkisinin devredilmesini yasaklayan Anayasa'nın 7. maddesi, düzenleme yetkisinin sınırlarının bulunduğu ve idarenin her konuyu dilediği gibi düzenleyemeyeceğine işaret etmektedir.

Düzenleme yetkisinin sınırı, *“yürütmenin ve bu kapsamda idarenin belli bir konuyu hangi koşulların gerçekleşmesi durumunda ve nereye kadar düzenleyebileceği”* sorularıyla somutlaşan Anayasal bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorun, Anayasa Mahkemesi kararlarında sıklıkla ele alınmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin egemenlikle ilgili bu konudaki incelemeleri genellikle yasama ile yürütmenin yetki paylaşımına ilişkin Anayasal kurallar çerçevesinde, özellikle de Anayasa'nın yasama

yetkisinin devredilmezliğine ilişkin 7. maddesi bağlamında yapılmaktadır. Düzenleme yetkisinin sınırlarını tespitte yol gösterici nitelik taşıyan söz konusu incelemelerin, Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan 'kanunla düzenleme' kavramının içeriğinin anlaşılmasını kolaylaştıracağı tartışmasızdır.

Anayasa'nın 7. maddesi bağlamında düzenleme yetkisinin sınırlarının irdelendiği çok sayıda Anayasa Mahkemesi kararı bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin konu hakkındaki düşüncelerini anlayabilmek açısından, özet olarak bu kararlardan bazılarını şu şekilde aktarmamız mümkündür: *“Yasama yetkisi genel ve asli bir yetkidir. Hukukumuzda yasama yetkisinin genelliği, kanunla düzenleme alanının konu bakımından sınırlı olmadığı, Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla her konunun düzenlenebileceği anlamına gelir. Bu çerçevede yasama organı, genel ilkeleri belirledikten sonra ayrıntılı ve açıklayıcı düzenlemeleri yürütme organına bırakabilir. Dolayısıyla, Yasakoyucunun belli konularda gerekli kuralları koymak suretiyle yasal çerçeveyi çizdiği durumlarda, çizilen bu çerçeveye uygun olarak bir takım tasarruflarla yasanın uygulanmasını sağlamak üzere yürütmeye tanınan yetkiler yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.”*¹⁷⁵

*“... yasa ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesi olanaklı değildir. Ancak bu kural, ekonomik olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu dikkate alındığında, yasama organının yürütme organını yetkilendirmesini gerekli kılmasına engel değildir. Bu gibi durumlarda yasama organı, temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakabilir. Yasamanın genelliği ve asliliği ilkesi gereği yasa koyucu 'genel ve soyut' nitelikli düzenlemelerini, yasa uygulamalarını içerecek düzeyde veya yönetmelikleri gereksiz kılacak somutlukta gerçekleştirebilir. Ancak, bu husus yasamanın takdirinde olup, anayasal bir zorunluluk değildir. Gittikçe gelişen ve farklılaşan toplumsal yaşam, gittikçe artan oranda hızlı karar mekanizmalarına gereksinim doğurmaktadır.”*¹⁷⁶

¹⁷⁵ AYM, 02.07.2009 E:2005/66 K:2009/102, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:04.03.2012.

¹⁷⁶ AYM, 18.06.2009 E:2005/19 K:2009/85, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:04.03.2012.

“Anayasa’nın 7. maddesinde ‘Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.’ denilmektedir. Buna göre, yasakoyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız ve belirsiz bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasakoyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. 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. Anayasa’nın 8. maddesinde ise yürütme yetkisi ve görevi düzenlenmiştir. Yasakoyucu belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak Yasa’nın uygulanmasını sağlayacaktır. Esasen Anayasa’nın 8. maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa’ya ve yasalara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamı budur. Bu kurallara 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. Böyle bir kanuna dayanarak yürütme organının yapacağı işlemler de, objektif nitelik taşımalı, keyfi uygulamalara sebep olacak çok geniş takdir yetkisi vermemelidir. Bu bağlamda, yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin yasallığı ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Anayasa’da belirtilen kimi ayırık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin öznel hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da yasama organının belirlediği kapsam ve sınırlar içinde türevsel bir yetkinin kullanılması anlamına gelir. Bu çerçevede yönetime bırakılan yetkinin, yasada amacının ve sonuçlarının belirlenmiş,

teknik ya da ayrıntıya ilişkin konulara dair olması gerekmekte olup, bu koşulları sağlayan kurallar, yasama yetkisinin devri anlamına gelmemektedir.”¹⁷⁷

“... Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel 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 idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakabilir. Yani yürütme organına tanınan yetkinin Anayasa’ya uygun olabilmesi için sınırlı, ilkeleri ve çerçevesi yasa ile belirlenmiş ve uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin 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.”¹⁷⁸

“Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin yasayla konulmasını ve çerçevenin yasayla çizilmesini ifade etmektedir. Bu niteliği taşıyan bir yasal düzenleme ile uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi konusunda yürütme organına yetki verilmesi, yasal düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”¹⁷⁹

“... Anayasa’da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel 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, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına

¹⁷⁷ AYM, 09.06.2011 E:2008/31 K:2011/94, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:04.03.2012.

¹⁷⁸ AYM, 30.12.2010 E:2008/84 K:2010/121, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:04.03.2012.

¹⁷⁹ AYM, 22.12.2011 E:2010/96 K:2011/168, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:04.03.2012.

düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.”¹⁸⁰

“... Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.”^{181 182}

Bu kararlarda yer verilen açıklamalardan hareketle Anayasa Mahkemesi'nin düzenleme yetkisinin sınırlarına ilişkin genel yaklaşımı hakkında tespitler yapılabilecektir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme'ye göre, kanun koyucu, aslî ve genel bir yetki olan yasama yetkisini kullanarak belli bir konuyu bütün ayrıntılarıyla, yürütmeye düzenleme yapacak alan bırakmaksızın tanzim edebileceği gibi; toplumsal yaşamın hızlı karar alınmasını gerektiren değişken niteliği gereği konu hakkında genel ilkeleri koyarak, ekonomik ve teknik hususlar gibi konunun uzmanlık gerektiren kısımlarında ayrıntıların düzenlenmesini yürütmeye bırakabilecektir. Ancak bu gibi bir tasarrufun yani belli bir konuda düzenleme yapma yetkisinin yürütme organına verilmesinin Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için,

- Yasa koyucunun konu hakkında genel ilkeleri (temel kuralları) koyması, konunun genel çerçevesini çizmesi,¹⁸³ yürütmenin kullanacağı yetkinin amaç ve hedefini açıklaması ve bu yetkinin sınırlarını belirlemesi,

¹⁸⁰ AYM, 14.04.2011 E:2007/23 K:2011/64. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:04.03.2012.

¹⁸¹ AYM, 20.11.2003 E:2002/32 K:2003/100. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:10.12.2012.

¹⁸² Benzer yöndeki diğer bazı Anayasa Mahkemesi kararları: AYM, 14.04.2011 E:2004/16 K:2011/63, AYM, 30.03.2011 E:2010/46 K:2011/60, AYM, 10.03.2011 E:2009/90 K:2011/47, AYM, 24.03.2010 E:2007/50 K:2010/49, AYM, 08.10.2009 E:2005/29 K:2009/138, AYM, 25.06.2009 E:2005/67 K:2009/99, AYM, 02.06.2009 E:2004/85 K:2009/69, AYM, 02.06.2009 E:2004/10 K:2009/68, AYM, 29.01.2009 E:2005/152 K:2009/14, AYM, 20.11.2008 E:2004/24 K:2008/165, AYM, 02.05.2008 E:2005/68 K:2008/102, AYM, 11.04.2007 E:2006/35 K:2007/48, AYM, 18.01.2007 E:2005/32 K:2007/3, AYM, 08.10.1998 E:1997/53 K:1998/62, AYM, 18.01.1996 E:1995/28 K:1996/2, AYM, 27.09.1994 E:1993/42 K:1994/72, AYM, 06.07.1993 E:1993/5 K:1993/25, AYM, 21.01.1988 E:1987/11 K:1988/2, AYM, 13.06.1985 E:1984/14 K:1985/7 Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:04.03.2012.

¹⁸³ Örneğin idare teşkilatı ile ilgili bir konuda idareye düzenleme yetkisi verilebilmesi için “düzenleme konusu birimin adı; kuruluş amacı; faaliyet alanı; organlarının oluşumu ve denetlenmesi; personelinin hukuki niteliği; gelir ve giderleri; belli bir plan içinde oluşturulacaksa faaliyet süresi” gibi temel hususların yasada gösterilmesi gerekmektedir. YILDIRIM, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, syf.16, Ayrıca bkz. AYM, 21.01.1988 E:1987/11 K:1988/2.

- Yürütme organına, yönetimde uzmanlık gerektiren teknik ya da ayrıntıya ilişkin hususlarda kanunun uygulanmasının sağlanması amacıyla düzenleme yetkisi verilmesi,

- Yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmemesi ve

- Yürütmenin yargısal denetiminin etkinliğini sağlayacak nesnel ölçütlerin yasa koyucu tarafından belirlenmesi

gerekecektir. Bu koşullar sağlanmadığı takdirde yürütmeye tanınan düzenleme yetkisi “yasama yetkisinin devri” anlamına gelecek ve Anayasa’ya aykırı sayılacaktır.

Düzenleme yetkisiyle ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarından çıkan sonuç, bu yetkinin sınırlarının kanun tarafından belirleneceğidir. Zira anılan kararlarda yasayla yapılacağı belirtilen “çerçeve çizme, temel ilkeler koyma, nesnel ölçütler öngörme” gibi hususların, aynı konuda daha sonra kural koyacak makam için sınır(lar) getirme faaliyeti olduğu açıktır. Bu durumda düzenleme yetkisinin sınırları kanun tarafından yeterli ölçüde belirlendiği takdirde, yürütmeye düzenleme yetkisinin tanınması konunun “kanunla düzenlenmiş” sayılmasına engel oluşturmayacaktır.

Buna göre idarenin kuruluşu, görevleri ve yetkileri bütün ayrıntılarıyla kanunla düzenlenebileceği gibi, kanunda bu konulara ilişkin temel ilkeler belirlendikten sonra idareye düzenleme yetkisi de tanınabilecektir. Birinci halde “*idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenlenmiş olacağı*” ve dolayısıyla Anayasa’nın 123. maddesine aykırı bir durumun bulunmayacağı açıktır. İdarenin kuruluşu, görevleri ve yetkileri konusunda yürütmeye düzenleme yetkisi tanınması durumunda ise; kanunun öncelikle düzenleme yetkisinin kullanılacağı konunun genel çerçevesini çizmesi, konu hakkında temel ilkeler belirlemesi, düzenleme yetkisinin kullanılacağı alanı belirgin kılması ve konu hakkında nesnel sınırlar koyması, sonrasında arzu ederse konunun teknik ve ayrıntıya ilişkin kısımlarında yürütmeye düzenleme yetkisi vermesi gerekecektir. Bu koşulların gerçekleşmiş olması halinde yürütmeye düzenleme yetkisi tanınsa da, idarenin kuruluşu ve görevleri Anayasa’nın 123. maddesinde belirtildiği gibi *kanunla düzenlenmiş* sayılacaktır.

Düzenleme yetkisinin kullanım koşullarına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi kararları ışığında yapılan değerlendirmeler, teorik açıdan “düzenleme yetkisinin sınırlarının ne olduğu” sorusuna cevap oluşturmaktadır. Buna göre spesifik bir konu hakkında yürütme organı (idare), *bu konuya ilişkin genel ilkeler yasa koyucu tarafından belirlenmeden, kendisine genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi durumunda ya da yasalar tarafından işlemlerinin yargısal denetimine olanak tanıyacak hiç bir nesnel ölçütün gösterilmediği hallerde* düzenleyici işlemler tesis edemeyecek; yine idarenin belli bir konu hakkında tesis edeceği düzenleyici işlemler, *o konu hakkında yasanın koyduğu hedefe ve temel kurallara aykırı, konunun -yasanın uygulanmasını sağlamaya yönelik- teknik boyutunu aşacak nitelikte veya konunun özü hakkında yeni ve temel prensipler getirecek mahiyette* olamayacaktır. Yani kanun koyucu tarafından belli bir konu hakkında herhangi bir hüküm sevkedilmekle bu kanunun uygulanmasının sağlanması amacıyla ihdas edilecek düzenleyici işlemlerin konusu (bu bağlamda işlemlerin konu unsuru) belirlenmiş olacaktır. Fakat idare bu konu hakkında ancak **“kanunun genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizmesi, yapılacak düzenlemenin amacını belirlemesi ve düzenleme açısından nesnel kriterler belirlemesi halinde”** ve yine ancak **“kanunun belirlediği temel kurallara uygun, konunun teknik boyutunun sınırları dahilinde, kanunun uygulanmasının sağlanması amacını aşmayacak ve konunun esası hakkında yeni ilkeler öngörmeyecek şekilde”** düzenlemeler yapabilecektir. Dolayısıyla kanun (genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizmek suretiyle) düzenleme yetkisinin sınırlarını tespit etmeden bu yetki kullanılamayacak, yine düzenleme yetkisi kanunun belirlediği sınırları aşacak (yani konu hakkında kanunun öngördüğü çerçeveye ve temel kurallara aykırı olacak, konunun esası hakkında yeni ilkeler getirecek) şekilde kullanılamayacaktır.

Dikkat edileceği üzere düzenleme yetkisinin sınırları konusunda Anayasa Mahkemesi kararlarıyla benimsenen ve her durumda kanuna işaret eden yukarıda değindiğimiz ölçütlerden birinci grubu oluşturanlar “idarenin bir konuyu hangi hallerde düzenleyebileceği” sorusuna, ikinci grubu oluşturanlar ise “idarenin bu konuyu nereye kadar düzenleyebileceği” sorusuna teorik düzeyde cevap oluşturmaktadır. Şüphesiz bu kriterler uygulama açısından da büyük ölçüde yol gösterici nitelik taşımaktadır. Ne var

ki anılan ölçütlerin son derece soyut olması, Anayasal ve idarî nitelikteki bütün uyumsuzluklarda bu kriterlerin bir çözüm yolu temin edebilmesini olanaksız kılmaktadır.

Örneğin bu ölçütlere göre, kanunun bir konu hakkında temel ilkeleri belirleyip çerçeveyi çizmeden yürütme organına düzenleme yetkisi vermesi Anayasa'ya aykırı olacaktır. Buna göre kanunun hiç bir hüküm sevketmediği bir konuda doğrudan yürütmeye düzenleme yetkisi vermesinin hukuken kabul edilemeyeceği açıktır. Ancak kanunun konu hakkında bazı hükümler öngördüğü hallerde bu hükümlerin “konu hakkında temel ilkeler” kabul edilip edilemeyeceği ya da bu hükümlerle konunun genel çerçevesinin çizilmiş sayılıp sayılamayacağı tartışmalara yol açabilecektir. Nitekim bu pratik sorunsal Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansımış bulunmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi 5179 sayılı Kanun'un “(1)Gıda maddelerinin ve gıda ile temas eden madde ve malzemelerin gıda güvenliği, hijyen ve kalite analizlerini yapmak üzere, Bakanlıkça yetkilendirilecek kamu ve özel laboratuvarlar kurulabilir. (2)Bu laboratuvarların kuruluş, çalışma izin ve denetimi ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir. ...” şeklindeki 5. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken, “*Kuralda, kamu ve özel laboratuvarların kuruluş, çalışma izin ve denetimleri konusunda yasa ile esasları belirlenmeden, çerçevesi çizilmeden Bakanlığa çok geniş yetkiler verilmektedir. Yasa'da açıkça düzenleme yoluna gidilmeden, laboratuvarların kuruluşlarının ve çalışmalarının gerekli kıldığı koşulları belirleme yetkisinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğini taşımaktadır.*”¹⁸⁴ gerekçelerinden hareket ederek **oybirliğiyle** söz konusu fıkrayı Anayasa'ya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Buna karşın Yüksek Mahkeme benzer bir uyumsuzlukta “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.” şeklindeki kanun hükmünü¹⁸⁵ “*İtiraz konusu kural, Devlet memurlarına yiyecek yardımı yapılmasının yasal dayanağını oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, Devlet memurları itiraz konusu kural uyarınca yiyecek yardımından faydalanabilmektedirler. Devlet memurlarının yiyecek yardımından yararlanmaları ile ilgili olarak tüm memurlar*

¹⁸⁴ AYM, 08.01.2009 E:2004/69 K:2009/6. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:08.03.2012.

¹⁸⁵ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 212. maddesi

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 yiyecek yardımından faydalanılmasının usul ve esaslarının düzenlenmesinin yürütme organına bırakılmasında ‘yasayla düzenleme ilkesi’ne aykırılık bulunmamaktadır.”¹⁸⁶ gerekçesiyle Anayasa’ya aykırı bulmayarak iptal istemini **oyçokluğuyla** reddetmiş; karara muhalif kalan 7 üye ise genel olarak, iptali istenilen yasa hükmüyle Devlet memurlarına yapılacak yiyecek yardımı konusunda hiç bir ilke belirlenmeksizin konunun düzenlenmesinin tamamen idareye bırakıldığından ve bunun yasama yetkisinin devri anlamına geldiğinden bahisle karşı oy kullanmışlardır.¹⁸⁷

Yine idarenin “hangi hallerde yasanın çizdiği çerçeveyi veya kanunun uygulanmasının sağlanması amacını aşmış sayılacağı” ya da “hangi hallerde konunun esası hakkında yeni ilkeler getirmiş kabul edileceği” soruları da her somut olayda farklı cevaplar verilmesine neden olabilecek niteliktedir. Konuyla ilgili idarî yargı mercilerine yansıyan uyuşmazlıklarda yapılan değerlendirmeler de, anılan sorulara somut ve kesin

¹⁸⁶ AYM, 22.12.2011 E:2010/96 K:2011/168. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:08.03.2012.

¹⁸⁷ Anayasa Mahkemesi oybirliği ile verdiği bir başka kararında, yürütmeye verilen yetkinin kullanılmasında dikkate alınacak ölçütlerin kanunda öngörülmesini konunun temel esaslarının belirlenmesi ve çerçevesinin çizilmesi açısından yeterli kabul etmiştir. “195 sayılı Kanun’un iptali istenen 32. maddesinde; resmi ilanların 34. maddede belirtilen ölçütler dikkate alınarak özellikleri belirlenecek süreli yayınlara Basın İlan Kurumu Genel Kurulunun tespit edeceği esaslar dahilinde dağıtılacağı; 34. maddede ise resmi ilan verilecek süreli yayınların münderacat, sayfa sayısı ve ölçüsü, kadro, fiili satış ve en az yayın hayatı süresi ve uygun görülecek diğer yönler dikkate alınarak Basın İlan Kurumu Genel Kuruluna tespit edileceği kurala bağlanmıştır. Kanun’un 37. maddesinde, resmi ilan verilebilecek olan süreli yayınların isimlerini ve vasıflarını ihtiva eden listenin Kurum Genel Müdürlüğü ve valilikler tarafından her ayın sonunda Hükümete, Kurum şubelerine ve diğer ilgililere gönderileceği belirtilmiştir. ... itiraz konusu kurallarla resmi ilan yayınlama hakkının süreli yayınlara verilmesi esas ve usullerin belirlenmesi konusunda Basın İlan Kurumu Genel Kuruluna yetki verilirken; resmi ilan yayınlama hakkına ilişkin temel esaslar ve yürütmeye bırakılan alanın çerçevesi de çizilmiştir. Kanun’da belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konularda Basın İlan Kurumu Genel Kuruluna yetki verilmesinde Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.” AYM, 29.12.2011 E:2010/78 K:2011/177. Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:15.01.2013.

cevaplar verilebilmesinin mümkün olmadığını teyit eder niteliktedir. Örneğin 1615 sayılı Gümrük Kanunu'nun 119/2. maddesinin uygulanmasından doğan tereddütleri gidermek amacıyla yayınlanan ve *"bu madde uyarınca sergi ve fuarlarda teşhir edilmek amacıyla geçici ithali yapılan eşyanın kanuni 6 aylık yurtdışı kalma süresinden önce sergileneneği fuar ve serginin sona ermesi halinde, sona erme tarihinden itibaren 1 aylık süre içinde eşyanın yurt dışı edilmesini"* düzenleyen 12.03.1991 günlü, 91/38 sayılı Maliye ve Gümrük Bakanlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü Tebliği'nin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, *"1615 sayılı Gümrük Kanunu'nun 'Geçici Muaflık' başlıklı 119. maddesinin 2. fıkrasında 'Altı ay içinde tekrar çıkarılmak üzere sergi, panayır ve pazarlar, koşu ve müsabakalar, konferanslar ve törenler için getirilen eşya ile tiyatro ve sirk heyetlerinin getirdikleri sahne ve temsil eşyası, takımları ve hayvanlarının gümrük vergilerinin teminata bağlanması kaydıyla yurda geçici olarak ithalinin olanaklı olduğu' hükme bağlanmıştır. ... 1615 sayılı Yasanın 119/2. maddesinde geçici giriş rejimine tabi tutulan sergi ve fuar eşyasının altı ay yurtdışı kalabileceği öngörülmesine karşın belirlenen bu süre eşyanın yurda getiriliş amacı ile yakından ilgili olup eşyanın yurda getiriliş amacı (sergi ve fuar) gerçekleştikten sonra altı aylık sürenin dolması beklenilmeden bu eşyanın tekrar yurtdışı edilmesi, yasa hükmünün düzenleniş amacı ile çelişmemektedir. ..."*¹⁸⁸ değerlendirmelerinde bulunarak iptal istemini oyçokluğuyla reddetmiştir. Böylelikle Danıştay söz konusu Genelge'nin yasanın çizdiği çerçeveyi aştığını, yasayla belirlenen temel ilkelere aykırı olmadığını kabul etmiş olmaktadır. Oysa anılan düzenleyici işlem tam tersi bir yoruma da müsaittir. Nitekim kararın karşı oyunda bu durum şu şekilde izah edilmiştir: *"... 1615 sayılı Yasada eşyanın yurda getiriliş amacı (sergi ve fuarda teşhir) gerçekleştikten sonra belli bir süre içinde yurt dışı edileceğine veya yeniden geçici giriş rejimine tabi tutulacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. ... Bu haliyle, 1615 sayılı Yasanın 119/2. maddesinde ve diğer maddelerinde hüküm bulunmamasına karşın sergi ve fuarda sergilenmek üzere geçici giriş rejimine tabi tutularak geçici ithali yapılan eşyanın getiriliş amacı gerçekleştikten sonra bir ay içinde yurtdışı edilmesini veya yeniden geçici giriş rejimine tabi tutulmasını düzenleyen dava konusu genelge ve uygulama yazısında hukuka uyarlık bulunma ...(maktadırlar)."*

¹⁸⁸ Danıştay 10.D, 01.05.2001 E:1999/859 K:2001/1604, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:11.03.2012.

Örnek olarak sunulan bu kararlarla ulaşmaya çalıştığımız sonuç; Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa hükümlerinden hareketle düzenleme yetkisinin sınırlarına ilişkin olarak belirlediği ölçütlerin, her olayda aynı şekilde uygulanabilecek nitelikte somut olmadığıdır. Bunun pratik sonucu ise, aynı ölçütlerden hareketle Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın benzer olaylarda farklı sonuçlara ulaşabilmesi ve yine aynı olayda aynı kriterlerden hareketle Yüksek Mahkeme üyelerinin farklı kanaatlere varabilmeleridir.

Düzenleme yetkisinin sınırlarına ilişkin ölçütlerin her olayda aynı şekilde değerlendirme yapmaya olanak vermeyen niteliği, ne yazık ki bu yetkinin kullanımının tamamen öngörülebilir olmasını engellemekte ve hukuk güvenliği açısından sakınca oluşturmaktadır. Bununla birlikte herhangi bir konuda değerlendirme yapmaya olanak sağlayacak ölçütlerin varlığı şüphesiz, ölçütsüzlükten ve bunun beraberinde getireceği mutlak belirsizlikten daha güvenceli bir ortam sağlamaktadır. Kanımızca bu gibi bir durumda yapılması gereken, var olan ölçütlerden yola çıkılarak mümkün olduğunca somut tespitler yapılması ve hukuken belirsiz olan alanın sınırlarının mümkün olduğunca daraltılmasıdır.¹⁸⁹ O halde Anayasa Mahkemesi jürisprüdansı ile ortaya konulan kriterlerden hareketle, düzenleme yetkisinin hangi hallerde ve nereye kadar kullanılabilmesine yani düzenleme yetkisinin sınırlarına ilişkin olarak somut bazı genellemeler¹⁹⁰ yapmaya çalışmak, anılan kriterlerin işlevselliğini sağlamak ve böylece hukuk güvenliğinin teminine katkıda bulunmak açısından faydalı olacaktır.

Düzenleme yetkisinin sınırları ve bu sınırları kanunun belirlemesiyle ilgili olarak üzerinde durulması gereken ilk konu, yürütmenin (idarenin) bir konu hakkında ancak bazı hallerde düzenleme yapabilecek olmasıdır. Zira Anayasa'nın 7. maddesinin yorumlandığı Anayasa Mahkemesi kararlarına göre idare, bir konu hakkında ancak **kanunun genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizmesi, yapılacak düzenlemenin amacını belirlemesi ve düzenleme açısından nesnel kriterler belirlemesi halinde** düzenleme

¹⁸⁹ “Burada temel sorun, yasanın içeriğinin ne olacağı ve idareye ne kadar bir düzenleme (kural koyma) alanı bırakacağıdır. Bunun ölçütü idarenin yasama organına dönüştürülmemesidir.” KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması..., syf.64

¹⁹⁰ Bu genellemelerin düzenleme yetkisi hakkında ortaya çıkabilecek tüm ihtimalleri kapsaması elbette ki mümkün değildir. Dolayısıyla burada amaçlanan sadece öngörülebilir bazı durumlara ilişkin somut ilkeler saptamaya çalışarak, içtihatlarla ortaya konulan ana ilkelerin her olayda farklı değerlendirilmesini ve keyfi uygulama izlenimi verecek bir pratik kazanmasını engellemeye çalışmaktır. Bu konuda pozitif hukuktaki veriler kaynaklık niteliği taşımadığı için de kanunlar ve düzenleyici işlemler konuları açısından gruplandırılarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

yapabilecektir. Kanunun bir konuya ilişkin olarak çerçeveyi çizmesi ve temel ilkeleri belirlemesi ise ancak bu konunun esası hakkında öngöreceği hükümlerle söz konusu olabilecektir. Ayrıca açıktır ki, kanunun bir konudan sadece ismiyle bahsetmesi o konunun esası hakkında hüküm koyma olarak nitelendirilemeyecektir. Bu bağlamda düzenleme yetkisinin sınırlarıyla ilgili olarak yapılabilecek ilk tespit; kanunun hiç bir hüküm sevketmediği bir konuda yürütme organına düzenleme yetkisi veremeyeceğidir. Diğer bir ifadeyle kanunun bir konudan sadece ismiyle söz ederek bu konunun yürütme organı tarafından düzenleneceğini belirtmesi, her durumda yasama yetkisinin devri anlamına gelecektir. Dolayısıyla yukarıda aktardığımız Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olan her iki yasa hükmü¹⁹¹ de Anayasa'nın 7. maddesi ile düzenleme yetkisinin kanunla düzenleneceğini (sınırlarının belirleneceğini) öngören 123. maddesini ihlal etmektedir.

Kanunun bir konu hakkında bazı hükümler sevketmesi halinde ise bu hükümlerin konunun çerçevesini çizme (ve dolayısıyla düzenleme yetkisinin sınırlarını belirleme) açısından yeterli sayılıp sayılamayacağı sorusu ile karşılaşılacaktır.¹⁹² Genel geçer ilkeler saptanarak cevaplandırılması mümkün görünmeyen bu soruya ilişkin olarak ise kanımızca şu değerlendirmeler yapılabilecektir:

- Her şeyden önce düzenleme yapılacak konu bir temel hakkın/özgürlüğün sınırlandırılması, bir suç veya ceza ihdası, vergi, resim, harç ya da benzeri malî bir yükümlülüğün konulması ve kaldırılması gibi Anayasa'da mutlak yasallık kaydına tâbi tutulan bir konu ise, “sınırlandırma, ihdas etme, koyma/kaldırma” gibi eylemlerin kanun koyucu tarafından yapılması, bu eylemler kapsamında değerlendirilebilecek bir alanın yürütmenin (idarenin) düzenlemesine bırakılmaması gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin bir temel hakkı *sınırlandıran* hükümlerin **tamamı** -bütün

¹⁹¹ 5179 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrası: “(1) Gıda maddelerinin ve gıda ile temas eden madde ve malzemelerin gıda güvenliği, hijyen ve kalite analizlerini yapmak üzere, Bakanlıkça yetkilendirilecek kamu ve özel laboratuvarlar kurulabilir. (2) Bu laboratuvarların kuruluş, çalışma izin ve denetimi ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”

657 sayılı Kanun'un 212. maddesi: “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.”

¹⁹² Bu hususta DURAN'ın şu cümlesi not edilmelidir: “... yasama organı, İdareye vazife tevdi veya mevcut görevlerini kamu tüzel kişileri arasında tevzi ederken, ‘genel esaslar’ koymakla yetinemez; **bunun mevzuunu, hudutlarını, kayıt ve şartlarını, ifa tarzını belirli bir şekilde tâyin ve tesbit etmek zorundadır.**” DURAN, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, syf. 481. Kalın yazılı kısımlar metnin orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

ayrıntılarıyla- mutlaka yasada yer almalı; yürütmeye, yasada yer alan bu hükümler dışında yeni bir sınırlama getirebilecek ya da sınırlamanın kapsamını genişletebilecek bir yetki tanınmamalıdır. Buna göre düzenleme yapma konusunda idareye bir temel hakkı/özgürlüğü sınırlandırma ya da var olan sınırlandırmayı genişletme, bir suç veya ceza ihdas etme, vergi, resim, harç ya da benzeri malî bir yükümlülüğü koyma yahut kaldırma olanağı sağlayacak şekilde sınır çizen kanun hükümleri her durumda Anayasa'ya (m.13 ve 123) aykırı sayılacaktır.

- Yine Anayasa'da yasallık kaydına tabi tutulsun¹⁹³ veya tutulmasın, pozitif hukuk normlarıyla düzenlenecek herhangi bir alan eğer bir hukuk sujesine hak ya da yetki tanınmasına ilişkin ise, bu hakkın veya yetkinin kime ait olduğunun, kapsamının (içeriğinin) ve hangi hallerde kullanılabileceğinin yasayla belirlenmesi; bu alanlarda yürütmeye düzenleme yetkisi tanınmaması gerekmektedir. Zira bunlar, hak veya yetkiye ilişkin bir konunun esaslı unsurlarını, temel öğelerini oluşturmaktadır. Örneğin Anayasa'da yer almamakla birlikte 4982 sayılı Kanun'a konu olan "bilgi edinme hakkı"na ilişkin olarak, bu haktan kimlerin yararlanacağını, bu hakkın kapsamının ne olduğunu yani bu hakkın ne gibi selâhiyetler içerdiğini ve bu hakkın hangi durumlarda kullanılabileceğini yasa koyucunun düzenlemesi gerekecektir. Bu hususların kanun tarafından öngörülmeyp yürütmenin düzenleme sahasına bırakılması halinde ise, bilgi edinme hakkının kanunla düzenlendiğini ve kanunun Anayasa'da öngörüldüğü anlamıyla düzenleme yetkisinin sınırlarını belirlediğini söylemek kanımızca mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla yukarıda aktardığımız K:2011/168 sayılı kararında *Anayasa Mahkemesi'nin ulaştığı kanaatin aksine*, "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" gibi bir kanun hükmünün Anayasa'ya uygun kabul edilebilmesine de olanak bulunmamaktadır. Zira Devlet memurlarına tanınan yiyecek yardımından faydalanma hakkının kapsamını ve bu hakkın hangi hallerde kullanılabileceğini yönetmelik belirleyecek ise, bu hakkın kanun tarafından değil yönetmelik tarafından düzenlendiğinin ve kanunun düzenleme yetkisinin

¹⁹³ Örneğin memurların ve kamu görevlilerinin özlük hakları, mahalli idarelerin görev ve yetkileri ... vb.

kullanılması açısından idareye herhangi bir sınır çizmediğinin de kabulü lazım gelecektir.

- Aynı şekilde pozitif hukuk normlarıyla düzenlenecek herhangi bir alan eğer bir hukuk sujesine görev ya da mükellefiyet yüklenmesine ilişkin ise, konunun temel ögeleri olmaları nedeniyle, görevin/mükellefiyetin kime ait olduğunun, kapsamının (içeriğinin), görevin gereklerini yerine getirmemenin ya da mükellefiyete aykırı davranmanın müeyyidesinin ne olduğunun kanun tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Bu hususların kanun tarafından düzenlenmeksizin idareye düzenleme yetkisi tanınması, konunun kanunla yeterli ölçüde tanzim edilmediği ve gerekli sınırlar belirlenmeksizin idarî alana bırakıldığı anlamına gelecektir. Örneğin 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun, gerçek kişilere tütün ürünlerinin tüketilmesiyle ilgili olarak bir takım mükellefiyetler getirmektedir. İşte bu konunun kanunla düzenlenmiş ve konu hakkındaki temel ilkelerin yasa koyucu tarafından konulmuş sayılabilmesi için, tütün ürünlerinin zararlarının önlenmesi amacıyla kimlerin hangi hallerde neyle yükümlü olduklarının ve bu yükümlülüğe aykırı davranmanın yaptırımının yasa tarafından tespit edilmesi zorunludur. Bu tespitleri yapmayan bir yasanın konuyu Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine uygun bir şekilde düzenlemiş sayılması mümkün bulunmamaktadır.

Düzenleme yetkisinin sınırlarıyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer husus, yürütmenin (idarenin) bir konuyu nereye, hangi noktaya kadar düzenleyebileceği sorunudur. Bu noktada yine Anayasa'nın 7. maddesinin yorumlandığı Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle belirtilmelidir ki idare, bir konu hakkında ancak ***“kanunun belirlediği temel kurallara uygun, konunun teknik boyutunun sınırları dahilinde, kanunun uygulanmasının sağlanması amacını aşmayacak ve konunun esasları hakkında yeni ilkeler öngörmeyecek şekilde”*** düzenlemeler yapabilecektir.

Esasen -daha önce üzerinde durduğumuz- idarenin hangi hallerde düzenleme yapabileceğine (diğer bir ifadeyle idareye hangi hallerde düzenleme yetkisi verilebileceğine) ilişkin ilkeler, yürütmeye düzenleme yetkisi veren bir kanunun Anayasa'ya aykırı sayılmamasının koşullarıyla ilgili olup; Anayasa yargısındaki uyuşmazlıkları çözmeye ilişkin çıkarsamalar içermektedir. Oysa idarenin bir konuyu

nereye kadar düzenleyebileceğine ilişkin bu ilkeler, idarenin sahip olduğu düzenleme yetkisini kullanmasının hangi koşullarda hukuka uygun sayılacağına ilişkin olup, idarî yargının görev alanına giren uyuşmazlıklara çözüm sunmaktadır. Bunun dışında aynı kaynaktan (Anayasa'nın 7. maddesiyle ilgili Anayasa Mahkemesi jürisprüdansından) çıkan her iki grup ilke arasında ciddi sayılabilecek farklılıklar bulunmamaktadır.

Bu kapsamda biraz önce idarenin hangi hallerde düzenleme yapabileceği konusunda ulaşmaya çalıştığımız sonuçların idarenin nereye kadar düzenleme yapabileceği konusunda da geçerli sayılması, idarenin düzenleme yapabileceği alanın sınırlarının anılan sonuçlara kıyasen belirlenmesi mümkündür. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, idarenin bir konuyu nereye kadar düzenleyebileceği sorununun üzerinde üçüncü bölümde, “Düzenleyici İşlemin Konu Unsuru” başlıklı kısımda ayrıca durulacağından; burada konunun ayrıntılarıyla ele alınmasına gerek bulunmamaktadır.

Özetlemek gerekirse, Anayasa'nın 123. maddesinde öngörölen “*İdare kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenir*” kuralı gereğince idarenin kuruluşunun, görevlerinin ve yetkilerinin düzenlenmesi konusunda aslî yetki sahibi kanun koyucudur. Kanun koyucu isterse bu yetkiyi tamamen kendisi kullanabilecektir. Bununla birlikte kanun koyucu, Anayasa'nın 7. maddesiyle ilgili Anayasa Mahkemesi içtihatlarında belirtildiği üzere, “*konu hakkında genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizdikten, yapılacak düzenlemenin amacını ortaya koyduktan ve düzenleme açısından nesnel kriterler belirledikten*” diğer bir ifadeyle düzenleme yetkisinin sınırlarını tespit ettikten sonra yürütmeye düzenleme yetkisi de tanıyabilecektir. Kanunun yürütmeye bu koşullarla düzenleme yetkisi tanıdığı hallerde yürütmenin “*kanunun belirlediği temel kurallara uygun, konunun teknik boyutunun sınırları dahilinde, kanunun uygulanmasının sağlanması amacını aşmayacak ve konunun esası hakkında yeni ilkeler öngörmeyecek şekilde*” yapacağı düzenleyici işlemler Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırılık oluşturmayacak; idarenin kuruluşu ve görevleri yine *kanunla düzenlenmiş* sayılacaktır.

Bununla birlikte düzenleme yetkisinin sınırları konusunda Anayasa Mahkemesi kararlarıyla belirlenen ölçütlerin soyut nitelik taşıması, ne yazık ki bu ölçütlerin Anayasal ve idarî nitelikteki bütün uyuşmazlıklarda bir çözüm yolu temin edebilmesini olanaksız kılmaktadır. Ne var ki bu soyutluk, düzenleme yetkisinin sınırlarının fiilen

belirsiz kalmasına yol açmamalı; gerek uygulama, gerekse öğreti tarafından, düzenleme yetkisinin sınırları hakkındaki bu tek kaynaktan hareketle mümkün olduğunca somut ve hukuki öngörülebilirliği temin edici sonuçlar çıkarsanmaya çalışılmalıdır.

Buraya kadar olan açıklamalarımızla pozitif bir norm olarak Anayasa'nın 123. maddesinin anlamı üzerinde durmaya çalıştık. Zira çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi, kanunî idare ilkesi Anayasa'daki karşılığını “*İdare kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenir.*” hükmünde bulmakta ve bu hüküm, Anayasa'nın 123. maddesinde yer almaktadır. Bununla birlikte kanunî idare ilkesi, sadece Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan hüküm çerçevesinde değerlendirilmemelidir. Zira Anayasa'da yer alan diğer bir çok düzenleme de Anayasal bir idare hukuku ilkesi olan kanunî idare ilkesiyle yakın ilişki içerisinde ve ona kaynaklık etmektedir. Bu nedenle kanunî idare ilkesinin anlamının belirlenmesi konusunda daha sağlıklı neticeler elde edebilmek için, ilkenin 123. madde dışındaki diğer Anayasal temelleri üzerinde de durulması gerekmektedir.

B. Anayasa'nın 2. Maddesi (Demokratik Devlet) ile 6. Maddesi

Alman hukukçu Georg Jellinek tarafından geliştirilen ve günümüzde genel kabul gören “üç öge kuramı”na göre devletin üç temel unsuru bulunmakta; ancak bu unsurların tamamının bir arada bulunması halinde bir devletin varlığı kabul edilmektedir.¹⁹⁴ Buna göre “halk ya da millet” devletin insan unsurunu, “ülke” devletin toprak unsurunu ve “egemenlik” devletin iktidar unsurunu oluşturmakta; devlet, “belli bir ulusu olan, belli bir ülkede yaşayan ve bir devlet gücü ile donatılmış insan topluluğu” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁹⁵

Devletin ögesi olarak onu tanımlayan bu üç unsurdan egemenlik, “*belirli bir coğrafi alan içindeki, nihai (en son, kesin) ve mutlak (koşulsuz) karar verme/hükmetme*

¹⁹⁴ DOEHRING, syf.24, GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, syf.4, İlyas DOĞAN, Devletler Hukuku, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 2008, syf.217 vd.

¹⁹⁵ Georg JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 3. Bası, 1914, syf.394 vd. Nakleden: DOEHRING, syf.24, “... Devlet'i, bir ulusun belli bir ülke üzerinde hukuksal ve siyasi açıdan örgütlenmesi sonucu oluşan tüzel kişiliğe ve egemenliğe sahip bir varlık olarak tanımlayabiliriz.” İsmet GİRİTLİ, Jale SARMAŞIK, Anayasa Hukuku Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2001, syf.28, “Devlet kavramının bir geniş diğeri dar olmak üzere iki anlamı vardır. Geniş anlamda devlet belli bir biçimde örgütlenmiş insan topluluğunu ifade eder. Dar anlamda devlet ise bu insan topluluğunun yönetim aygıtını anlatmak üzere kullanılır.” Mehmet TURHAN, Anayasal Devlet, 2. Bası, Ankara: Naturel, 2003, syf.27

*gücü*¹⁹⁶, “*aslî ve en yüksek emir ve kumanda yetkisi*”¹⁹⁷ şeklinde tanımlanmakta ve devletin iç hukuktaki zor kullanma tekelinin kaynağını ifade etmektedir.¹⁹⁸ Bu bağlamda devlet egemendir ve ülkesi üzerinde, insanlara karşı zor kullanma yetkisi sadece ona aittir. Dolayısıyla sınırları belli olan bu coğrafi alan içinde egemen iktidar olan devlet dışındaki herhangi bir kişi ya da kurumdan kaynaklanacak ‘zor kullanma’, hukuka uygun kabul edilmemeli ve egemen iktidar olan devlet tarafından yaptırıma bağlanmalıdır. Diğer bir ifadeyle belli bir coğrafi alanda insanlara karşı icra edilen zor kullanmaya dayalı her türlü eylem ya da işlem, ancak egemenliğe, egemen güce izafe edilebilmesi halinde hukuka uygun kabul edilmelidir.

Bu noktada devletin olmazsa olmaz bir unsuru olan egemenliğin, mutlak nitelikteki bu zor kullanma gücünün, kim ya da kimler tarafından ve ne şekilde kullanılacağı sorusuyla karşılaşılmakta ve bu soru, “egemenlik” ile “kanunî idare ilkesi” arasında bağlantı kurmamızı sağlamaktadır. Çünkü, devlet genel teorisi çerçevesinde tartışılan “belirli bir toprak parçası ve bu toprak parçası üzerinde yaşayan insanlar üzerinde egemenliğin kim tarafından ve nasıl kullanılacağı” sorusunun idare hukukundaki karşılığını, “kamu gücünün kimler tarafından, ne zaman ve hangi usuller izlenilerek kullanılacağı” sorusu oluşturmaktadır.¹⁹⁹ Kanunî idare ilkesi ise, *idarelerin hangi alanlarda kamu gücü kullanabileceklerine ilişkin esaslar öngören* bir idare hukuku ilkesidir.

Günümüzde modern devlet anlayışı çerçevesinde egemenliğin sahibinin millet olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁰ Teorik temellerini Jean Jacques Rousseau’da bulan ve

¹⁹⁶ Francis H. HINSLEY, Sovereignty, Basic Books, New York, 1996, syf.26. Nakleden: Reyhan SUNAY, Tartışılan Egemenlik, 1. Bası, Ankara: Yetkin, 2007, syf.22

¹⁹⁷ Hüseyin Nail KUBALI, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1971, syf.44

¹⁹⁸ İbrahim KABOĞLU, Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul: Legal, 2005, syf.75, 76. “Egemenlik, ... devletin elinde bulundurduğu ‘yönetme yetkisi’ ya da ‘yönetme iktidarı’ ile bağlantılı bir kavram olarak, devlet gücünün ya da iktidarının simgesi şeklinde belirmekte ve böylece devlete temel teşkil eden yönüyle, devlet olmanın bir ölçütü haline gelmektedir.” SUNAY, syf.22, 23

¹⁹⁹ Dolayısıyla, “egemenliğin kim ya da kimler tarafından ne şekilde kullanılacağı” sorusuna verilecek cevap, “kamu gücünün kimlerce ve hangi usulde kullanılacağı” sorusunun çözümü bakımından da büyük ölçüde yol gösterici olacaktır.

²⁰⁰ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 2004, syf.63, Belirtmek gerekir ki, *çok daha önceleri, eski Yunan’da da halkı, iktidarın kaynağı olarak kabul eden görüşler ileri sürülmüştü.* TEZİÇ, Anayasa Hukuku, syf.96 Yine, ilk çağda Romalılar, *imperium* kelimesiyle açıkladıkları Devlet gücünün esas sahibi olarak toplumu kabul etmişlerdir. Recai Galip OKANDAN, Umumi Âmm Hukuku, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1966, syf.758

1789 Fransız Devrimi ile birlikte pozitif hukuka taşınan bu düşünceye göre,²⁰¹ devletin onsuz olmaz –*qua non*- bir ögesi olan insan unsuru (halk ya da ulus)²⁰², aynı zamanda egemenliğin de aslî sahibidir.

Rousseau'nun toplum sözleşmesi kuramına göre; herhangi bir insan topluluğunu toplum yapan, ona ulus niteliğini kazandıran işlem, hiç olmazsa bir defa için bütün toplum fertlerinin oybirliğini gerektiren toplum sözleşmesidir. Bu sözleşmeye göre, toplum üyelerinden her biri bütün haklarıyla birlikte kendini baştan başa topluma bağlamaktadır ve her kişi kendini tümüyle topluma verdiğinden durum herkes için aynıdır. Durum herkes için bir olduğuna göre de, bunu başkalarının zararına çevirmede kimsenin bir menfaati olmayacaktır.²⁰³

Toplum sözleşmesi, sözleşmeyi yapan kişilerin varlığından bağımsız, sözleşmeyi yapan kişi sayısı kadar üyesi olan ayrı bir kolektif bütün oluşturmakta olup; bu bütün, devlet veya egemen varlık olarak isimlendirilmektedir. Dolayısıyla toplum sözleşmesinde egemenlik, egemen varlığın üyelerine yani toplumu oluşturan fertlere aittir. Egemen varlığın güçlerini devletin kuruluş amacına, yani herkesin iyiliğine uygun olarak yönetebilecek tek şey ise 'genel istem'dir. Bu bağlamda toplum sözleşmesi gereğince kişileri ancak genel istem bir şeye zorlayabilecektir ve genel istem de yasalardan başka bir şey değildir.²⁰⁴

Rousseau tarafından geliştirilen ve toplumu oluşturan bireyleri egemenliğin sahibi olarak kabul eden bu düşünce, pozitif hukukta ilk olarak 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde ifade edilmiştir. Buna göre bildirgenin 3. maddesinde

²⁰¹ HAKYEMEZ, syf.36 vd

²⁰² Halk egemenliği kavramı ile ulus (millet) egemenliği kavramları arasında önemli farklılıklar bulunmakla birlikte; inceleme konumuz açısından önem taşıyan husus, her iki halde de egemenliğin sahibinin tek bir kişi ya da bir sınıf olmaması, egemenliğin Devletin insan unsurunu oluşturan bireylere ait olmasıdır. Nitekim teorik temellerini Rousseau'ya, pozitif dayanağını Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ne atfettiğimiz düşünce de budur. (*Egemenliğin Devletin insan unsurunu oluşturan bireylere ait olması*) Yoksa Rousseau'nun tarif ettiği egemenliğin halk egemenliği anlayışına daha yakın olmasına karşın, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile benimsenen ulus egemenliğidir. Sonuç olarak bizim ulaşmak istediğimiz sonuç açısından her iki kavram arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Halk egemenliği ile ulus egemenliği arasındaki farklılıklar için bkz. OKANDAN, syf.759 vd, Münci KAPANİ, Politika Bilimine Giriş, Ankara: AÜHF Yayınları, 1975, syf.46 vd, TEZİÇ, Anayasa Hukuku, syf.98 vd, KABOĞLU, syf.172 vd, GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, syf.89 vd. Rousseau'nun halk egemenliği düşüncesini benimsediği konusunda bkz. Ayferi GÖZE, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 12. Bası, İstanbul: Beta, 2009, syf.226

²⁰³ Jean Jacques ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, Çev: Vedat Günyol, 3. Bası, İstanbul: T. İş Bankası, 2008, syf.12-

14

²⁰⁴ ROUSSEAU, syf.15, 23, 35, 36, 39

*“Tüm egemenliğin kaynağı ulustadır. Hiçbir makam ya da hiçbir kişi, doğrudan ulustan kaynaklanmayan herhangi bir yetki kullanamaz.”*²⁰⁵ düzenlemesine; yine 6. maddesinde de *“Yasa, genel iradenin ifadesidir. Tüm yurttaşların bizzat ya da temsilcileri aracılığı ile yasanın yapılmasına katılma hakkı vardır.”*²⁰⁶ kuralına yer verilmiştir. Daha sonra 1789 Bildirgesi’ni anayasallaştıran 1791 Fransız Anayasası’nın 3. başlığında da, egemenliğin bölünmez ve devredilmez şekilde ulusa ait olduğu belirtilmiştir.²⁰⁷

Rousseau tarafından teorik temelleri atılan ve Fransız Devrimi sonrasında pozitif hukukta karşılık bulan bu yeni anlayış egemenliğin sahibini değiştirerek, onu monarktan almış ve ulusa vermiştir.²⁰⁸ Dolayısıyla artık egemenliğin kullanılış biçimi de değişmekte ve monarkın iradesinin yerini halkın (ulusun) istenci yani yasalar²⁰⁹ almaktadır. Egemenliğin sahibi halk olduğuna göre kendi istenci olan yasaları yapma yetkisi de halka ait olmalı, kuralları halk koymalı; diğer bir ifadeyle halk kendi kendini yönetmelidir. Dolayısıyla egemenliğin halka ya da ulusa ait olduğu kabul edilen bir siyasi bir topluluk, doğası gereği demokratik olmak durumundadır.²¹⁰

Ancak günümüz toplumlarında Devletin insan unsurunu oluşturan tüm bireylerin Devlet yönetimine, egemenliğin kullanımı olarak kabul edilen siyasal kararların oluşumuna doğrudan katılması fiilen mümkün bulunmamaktadır. Bu durum “temsil” kavramını ortaya çıkarmış ve halkın (ulusun) kendisini, seçmiş olduğu temsilciler aracılığıyla yönetmesi esası benimsenmiştir. Nitekim demokrasi de, “halkın kendi kendini doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla yönetmesi”²¹¹ şeklinde tanımlanmakta, böylece temsil kavramı demokrasiye ve ulus egemenliğine içkin bir kavram olarak kabul edilmektedir.

²⁰⁵ GEMALMAZ, syf.81

²⁰⁶ GEMALMAZ, syf.82

²⁰⁷ GEMALMAZ, syf.85, 86

²⁰⁸ Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil, AÜSBFD, Cilt XLVI, No:1-2, Ocak Haziran 1991, syf.23

²⁰⁹ “Genel iradenin ifadesi sayılan yasa kaynağını tüm yurttaşların iradesinden alır ve tüm yurttaşlara uygulanır. Toplum yasa aracılığı ile egemenliğini kullanır.” GÖZE, syf.224

²¹⁰ “Halk-ulus egemenliği, sözcük anlamı açısından zorunlu olarak demokrasiyi içerir ya da en azından demokrasiyi çağırıştırır. Halk egemen ise, rejimin adı halkın iktidarı anlamına gelen demokrasi olmalıdır.” AĞAOĞULLARI, syf.22

²¹¹ AĞAOĞULLARI, syf.21, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi, AÜSBFD, Cilt LII, S:4, 2003, syf.70,

Günümüzde egemenliğin sahibi olan halkın (ulusun) temsili seçimler aracılığıyla gerçekleştirilmekte ve seçimlerle oluşan parlamentolar, demokratik rejimlerde aslî karar alma mercii²¹² olarak kabul edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, parlamentoların tam anlamıyla halkın temsilcisi sayılabilmesi için seçimlerin varlığı tek başına yeterli olmamakta; gerçek bir demokratik rejimden söz edilebilmesi için, seçimlerin “genel oy” ve “eşit oy” gibi bazı ilkeler doğrultusunda²¹³, mümkün olduğunca adil ve özgür bir sistem²¹⁴ dahilinde yapılması gerekmektedir.

Sonuç olarak **egemenliğin sahibi halk (ulus) olarak kabul edildiğine göre, egemenlik halkın iradesini ortaya koyan yasalar aracılığıyla kullanılmalı; yasaları da ya egemenliğin sahibi olan halkın bizzat kendisi ya da onun (özgür ve adil bir seçim sonucunda iş başına gelen) temsilcileri yapmalıdır.**

Egemenlik konusunda Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları’nda benimsenen yaklaşım da, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile paralellik göstermektedir. Egemenliğin ulusa ait olduğu “*Hâkimiyet bilâ kaydü şart milletindir.*” ibaresi ile ilk olarak 1921 Anayasası’nın 1. maddesinde belirtilmiş; 1924 Anayasası’nda da aynı ibare korunmuştur. (m.4) Yine 1961 ve 1982 Anayasaları’nda da değişik ifade biçimlerinde olmakla birlikte aynı hüküm tekrar edilmiştir. 1961 Anayasası, 4. maddesi ile “*Egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletininindir*” hükmünü; 1982 Anayasası da, 6. maddesi ile “*Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir*” kuralını öngörmüştür.²¹⁵ Yine egemenliğin millete ait olmasının doğal sonucu olarak, Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir devlet olduğu da 1961 ve 1982 Anayasaları’nda vurgulanmış bulunmaktadır. (1961 AY. m.2, 1982 AY. m2)

Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası’nın konuya ilişkin 6. maddesi “Egemenlik” başlığını taşımakta ve egemenlikle ilgili olarak şu düzenlemeyi getirmektedir: “*Egemenlik, kayıtsız şartsız milletindir. Türk Milleti, egemenliğini,*

²¹² HAKYEMEZ, Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, syf.71

²¹³ Mümtaz SOYSAL, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Bası, İstanbul: Gerçek, 1997, syf.184

²¹⁴ HAKYEMEZ, Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, syf.73

²¹⁵ Nitekim siyasal rejim olarak demokrasiyi benimseyen farklı Devletlerin Anayasaları’nda da benzer hükümlere rastlamak mümkündür. Örneğin; Alman Anayasası m.20: “*Bütün devlet gücü halktan çıkar.*”, 1958 tarihli Fransız Anayasası m.3/1: “*Ulusal egemenlik halktadır.*” Nakleden: DOEHRING, syf.134, Yunanistan Anayasası m.1/f.2: “*Halk egemenliği, devlet yönetiminin dayandığı temeldir.*” Bulgaristan Anayasası m.1/2: “*Devletin bütün gücü halktan kaynaklanmaktadır.*” Nakleden: Hasan TUNÇ, Türkiye’ye Komşu Devletlerin Anayasaları, 1. Bası, Ankara: Asil, 2008, syf.165, 224

Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” Böylece madde önce egemenliğin sahibini “millet” olarak belirtmiş ve devamında egemenliğin kullanımı ile ilgili temel ilkeleri öngörmüştür. Bu bağlamda millet, egemenliğini Anayasa’nın koyduğu kurallar çerçevesinde yetkili organlar aracılığı ile kullanacak ve hiçbir kimse ya da organ Anayasadan kaynaklanmayan bir Devlet yetkisini kullanamayacaktır.

Egemenliğe ilişkin maddenin devamında, 7., 8. ve 9. maddelerde temel Devlet yetkileri ve Anayasa’nın bunları kullanmakla yetkilendirdiği organlar öngörülmüştür. Buna göre yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi yani parlamento tarafından, yürütme yetkisi ve görevi ise Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılacaktır.²¹⁶ Yine Anayasanın devamındaki maddelerde yasama organına (m.75 vd.) ve yürütme organı (m.101 vd.) ile idareye (m.123 vd.) ilişkin esaslar düzenlenmiş; bu organların oluşumuna, çalışma sistemine, görev ve yetkilerine ilişkin normlara yer verilmiştir.

Görüleceği üzere Anayasa, egemenliğin kullanımını tek bir organa vermemiştir. Buna paralel olarak egemenliğin kullanımının farklı görünüşleri bulunmaktadır. Örneğin, hukuk kuralları koyma, bu kurallara uyulmasını ve bu kuralların işlerliğini gerekirse zor kullanarak temin etme,²¹⁷ kişiler için vergi²¹⁸ gibi malî ya da askerlik gibi bedenî yükümlülükler öngörme, yine gerekirse zor kullanarak bu yükümlülüklerle riyeti sağlama, kişiler arasındaki hukuki uyuşmazlıkları kesin olarak hükme bağlama gibi olgular, egemenliğin değişik kullanım biçimleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda idarelerin de toplumsal ihtiyaçların karşılanması ve toplumsal hayatın düzen içinde devam etmesini sağlamak amacıyla gerektiğinde kamu gücü kullanarak işlemler tesis ettiği ve eylemlerde bulunduğu dikkate alındığında, idarelerin de egemenliğin kullanımına katıldıkları rahatlıkla ileri sürülebilecektir.

²¹⁶ Yargı yetkisi ve bu yetkinin kullanımı inceleme konumuz olan kanunî idare ilkesinin kapsamına girmediğinden, yargı yetkisine ilişkin Anayasal düzenlemeler üzerinde ayrıca durulmamıştır.

²¹⁷ KABOĞLU, syf.75

²¹⁸ “Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukukî ve fiilî gücüdür.” Nami ÇAĞAN, Vergilendirme Yetkisi, 1. Bası, İstanbul: Kazancı, 1982, syf.3

Gerçekten kamu gücü, hem idari işlemin²¹⁹ hem de idari eylemin²²⁰ tanımında ayırıcı bir unsur olarak yer alan ve daha önce de belirttiğimiz gibi idare hukukunun konusunun belirlenmesinde ölçüt niteliği taşıyan bir kavramdır. Faaliyet alanına ilişkin kural koyma ve uygulama, emir verme, zor kullanma gibi özel hukuk kişilerinin kullanamayacağı bir takım yetkileri bünyesinde barındıran²²¹ bu kavramın egemenlikten bağımsız düşünülemeyeceği açıktır. Dolayısıyla, faaliyet alanıyla ilgili olarak kamu gücü kullanan, böylece bireylere iradeleri dışında bazı külfetler yükleyip bunların gereğini gerektiğinde zor kullanarak yerine getiren idareler, aslında egemenliğin kullanımına katılmaktadırlar.

Bu noktadan hareket edildiğinde, Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan *"egemenliğin yetkili organlar tarafından Anayasa'nın koyduğu esaslara göre kullanılacağı ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı"* yönündeki hüküm, idareler tarafından kamu gücü kullanılırken de uygulama alanı bulacaktır. Bu durumun doğal bir sonucu olarak da ancak Anayasa'nın yetki verdiği idareler, ancak Anayasa'nın yetki verdiği konularda ve ancak Anayasa'nın öngördüğü esaslar çerçevesinde kamu gücü kullanabileceklerdir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi Anayasa'da yürütme organının ve idarelerin oluşumuna, çalışma usullerine, görev ve yetkilerine ilişkin birtakım hükümler yer almaktadır. Bu bağlamda Anayasa'da öngörülen bir idarî organın, Anayasa'da öngörülen bir alanda kamu gücü kullanabileceği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Örneğin Yükseköğretim Kurulu, Anayasa'nın 131. maddesinden aldığı yetki çerçevesinde yüksek öğretim kurumlarında öğretimi planlamak, yönetmek ve denetlemek adına bu kurumlar nezdinde kamu gücü kullanabilecektir.

²¹⁹ "...idarî işlem, idarî makamların, **kamu gücü ve kudreti ile hareket ederek**, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır..." ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, syf.2 *"İdari işlemler, idari makamların idare işlevleriyle ilgili ve **kamu gücüne dayanarak** kamu hukuku alanında tesis ettikleri tek yanlı, doğrudan uygulanabilir nitelikte ve ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen hukuki tasarruflardır."* Danıştay 10.D, E:2005/6693 K:2007/5655, DD, Yıl 38, S:118, 2008, syf.335

²²⁰ *"Yönetimin **kamu gücüne dayanarak** ve kamu hizmetini yürütürken yaptığı eylemlere yönetsel eylem denilmektedir."* A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetsel Yargı, 15. Bası, Ankara: Turhan, 2002, syf.75 *"İdari eylem, idarenin **idare etme fonksiyonu** sırasındaki bir hareketi, bir olayı, bir tutumu anlatır."* Danıştay İBK, E:1972/2 K:1973/10, Nakleden: Selami DEMİRKOL, İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu, SD, S:40, Ocak-Mart 2001, syf.2, www.sayistay.gov.tr, erişim tarihi:11.12.2010

²²¹ Celal ERKUT, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, 1. Bası, İstanbul, 2004, syf.18

Kuruluşu, görevleri ve yetkileri doğrudan Anayasa’da öngörülme­yen bir idarenin kamu gücü (Anayasa’nın 6. maddesinde belirtildiği şekliyle Devlet yetkisi) kullanabilmesinin hukuki dayanağı ise “temsil” kavramında yatmaktadır. Zira Anayasa’nın 80. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri (milletvekilleri), bütün milletin yani egemenliğin aslî sahibinin temsilcisidirler. Anayasa’nın 2. maddesine göre ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti demokratik bir devlettir. Yani Türkiye Cumhuriyeti’nde yönetim, egemenliğin sahibi olan milletin kendi kendini temsilcileri aracılığıyla yönetmesi esasına dayanmaktadır. Yine Anayasa’nın bir diğer hükmünde (m.87), milletin temsilcileri olan milletvekillerinin oluşturduğu karar organına (TBMM) herhangi bir konu sınırlamasına gidilmeksizin²²² kanun koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisi verilmiş bulunmaktadır. Buna göre TBMM, Anayasa’da aksi öngörülmedikçe dilediği konuda kanun çıkarabilecek ya da var olan kanunları değiştirebilecektir. Herhangi bir idari birimin kurulması ya da bir idari birime bazı görevler yüklenip yetkiler verilmesini engelleyen Anayasal bir kural bulunmadığına göre; TBMM kanun çıkararak yeni bir idari organ kurabilecek ve bir idari organa belli konularda kamu gücü kullanma yetkisi verebilecektir.²²³ Nitekim Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan “*idare kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenir*” hükmü de, bu duruma işaret etmektedir.

Sonuç olarak “idarelerin ancak kanunla kurulabileceğini, idarelerin görev ve yetkilerinin yine ancak kanunla belirlenebileceği”ni öngören kanunî idare ilkesi, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan demokratik devlet ilkesiyle ve 6. maddesinde belirtilen egemenliğin kullanımına ilişkin hükümlerle bağlantı içerisinde olup; bu bağlantı, bir sebep sonuç ilişkisi çerçevesinde şekillenmektedir. Buna göre madem “egemenlik millete aittir” ve “Devlet yönetimi milletin kendisini yönetmesi esasına dayanmaktadır”; öyleyse kamu gücü kullanarak işlem ve eylemlerde bulunan, diğer bir ifadeyle egemenliğin kullanımına katılan idareler de egemenliğin sahibi olan milletin

²²² Yasama yetkisinin genelliği konusunda detaylı bilgi için bkz. ÖZBUDUN, syf.191 vd, GÖZLER, Anayasa Hukuku, syf.364 vd, GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, syf.237, GÖREN, syf.161, ATAR, syf.166

²²³ Anayasa’nın 123. madde dışındaki hükümlerinde hiçbir makama açıkça “idari organ kurma, yetkilerini ve görevlerini belirleme” yetkisi verilmeyip, yasama organına her konuda düzenleme yapma (kanun çıkarma) yetkisi verilmiş olduğundan; “idari organ kurma, yetkilerini ve görevlerini belirleme” yetkisinin, Anayasa ‘nın (123. madde dışında kalan) diğer hükümleri tarafından da yasama organına verildiği rahatlıkla söylenebilecektir.

(temsilcileri aracılığıyla) koyduğu kurallara göre kurulmalı ve bu kurallarda öngörülen yetkileri kullanmalıdır.

Bu bağlamda Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan kanunî idare ilkesi, Anayasa'nın 2. ve 6. maddelerinde belirtilen ilkeleri pekiştirmekte ve bu ilkelerin idare hukukuna ilişkin bir takım sonuçlarını somutlaştırmaktadır. Bu nedenle kanunî idare ilkesinin Anayasa'da pozitif bir hukuk kuralı olarak yer almaması durumunda dahi, bu ilkenin öngördüğü esaslara (yani idarelerin kuruluşu ile görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmesi gerekliliğine), Anayasa'nın 2. ve 6. maddelerinden hareketle de ulaşılabileceği kanaatini taşımaktayız.

C. Anayasa'nın Başlangıç Hükümleri ile 7. ve 8. Maddeleri (Erkler Ayrılığı)

Geleneksel devlet kuramı uyarınca devletin hukukî fonksiyonları, diğer bir ifadeyle devlete atfedilen hukukî yetkiler “yasama, yürütme ve yargı” şeklinde üçe ayrılmaktadır.²²⁴ Bu yetkilerden yasama, genel hukuk normlarının ihdasını; yürütme, bu genel hukuk normlarının uygulanmasını, hayata geçirilmesini; yargı da hukuk normlarının ihlali halinde uygulanacak yaptırımın belirlenerek buna hükmedilmesini ve hukuk normlarının uygulanması sırasında meydana gelebilecek uyuşmazlıkların çözümlenmesini ifade etmektedir.²²⁵ Erkler ayrılığı kuramı ise devletin sahip olduğu bu üç farklı yetkinin farklı organlara verilmesini öngörmekte ve böylelikle her üç organın birbirini dengelediği, aşırılıkların önüne geçildiği bir yönetim sisteminin kurulmasını amaçlamaktadır.

Erkler ayrılığı kuramının kökenleri milattan önce IV. yüzyıla, Aristoteles'e kadar uzanmaktadır.²²⁶ 17. yüzyılda İngiliz düşünür John Locke tarafından geliştirilen kuramı bugün anlaşıldığı şekliyle formüle eden ise ünlü Fransız müellif

²²⁴ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği*, Çev: Charles Eisenmann, in: *Devlet Kuramı*, Derleyen: Cemal Bâli Akal, 2. Bası, Ankara: Dost, 2005, syf.433, ÖZBUDUN, syf.171

²²⁵ Kelsen, syf.433, DUGUIT, syf.101

²²⁶ “...Bütün anayasalarda üç öge vardır ve ciddi bir yasa koyucunun, bunların her biri için en iyi düzenlemeyi araması gerekir. Bu öğelerin birincisi, topluca görüşüp düşünmedir, yani ulus çapında önem taşıyan her şeyin tartışılması; ikincisi, yürütmedir, yani bütün görev ve yetkiler karmaşası, bunların sayıları ve nitelikleri, yetkilerinin sınırları ve seçilme yöntemleri; üçüncüsü, yargı düzenidir.” ARISTOTELES, *Politika*, Çev: Mete Tunçay, 12. Bası, İstanbul: Remzi, 2010, syf.132, 133

Montesquieu'dür.²²⁷ Montesquieu, 1748 yılında tamamladığı Kanunların Ruhu (*De L'Esprit des Lois*) isimli eserinin siyasi hürriyeti meydana getiren kanunlara ilişkin on birinci kitabında erkler ayrılığına değinmektedir. On birinci kitabın "Hürriyet Nedir" alt başlıklı üçüncü ve dördüncü konularında, kendisine yetki verilen her insanın bu yetkiyi kötüye kullanmaya eğilimli olduğunu, bir sınırla karşılaşınca kadar yetkisini kötüye kullanmaya devam edeceğini, bu nedenle iktidarın kötüye kullanılmaması için, olayların düzeni gereğince, iktidarın bizzat iktidarı durdurması gerektiğini²²⁸ belirten Montesquieu, aynı kitabın "İngiliz Anayasası Üzerine" alt başlığını taşıyan altıncı konusunda da şu açıklamalara yer vermektedir: "*Her devlette üç çeşit yetki vardır: Bir, yasama yetkisi; iki, Devletler hukukuna bağlı olan şeyleri uygulama yetkisi; üç, medeni hukuka bağlı olan şeyleri uygulama yetkisi. Birincisinde hükümdar ya da bu işe memur edilmiş kimse ya bir süre için ya da her zaman için yürürlüğe girecek kanunları yapar; eskiden yapılmış olanları düzeltir ya da yürürlükten kaldırır. İkincisinde, barışı sağlar ya da savaş açar; büyükelçiler gönderir ya da kabul eder; ülkesinde güveni sağlar, istilaları önler. Üçüncüsüyle de suçluları cezalandırır ya da kişiler arasındaki anlaşmazlıkları yargılar. Buna yargılama yetkisi, ikincisine de sadece Devletin uygulama ya da yürütme yetkisi adını vereceğiz.*"²²⁹

Montesquieu'nun bu kuramla amaçladığı; Devlet yetkilerinin tek bir organ ya da kişide toplanmasının önlenmesi, böylece iktidarın kötüye kullanılmadığı, siyasî özgürlüğün ve kanunların üstünlüğünün sağlandığı bir Devlet düzeninin kurulabilmesi idi.²³⁰ Bu bağlamda Devlet iktidarı üç güce bölünecek, birbirlerini dengeleyip frenleyebilecekleri mekanizmalar kurularak bu üç güç birbirleriyle işbirliği yapmaya zorlanacak ve sonuç olarak, iktidar sınırlandırılmış olacaktır.²³¹ Böylelikle iktidarın kötüye kullanılmasının ve siyasi özgürlük için bir tehdit oluşturmasının önüne geçilecekti.

²²⁷ Turan GÜNEŞ, Parlemanter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1956, syf.3-4, TEZİÇ, Anayasa Hukuku, syf.409, 410, KABOĞLU, syf.102, Murat SEZGİNER, Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasası'nda Sorunlar, 2. Bası, Ankara: Seçkin, 2010, syf.24 vd.,

²²⁸ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine, Çev: Fehmi Baldaş, 1. Bası, İstanbul: Seç, 2004, syf.155

²²⁹ MONTESQUIEU, syf.156

²³⁰ OKANDAN, syf.573

²³¹ KABOĞLU, syf.103

Erkler ayrılığı kuramı, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile pozitif hukukta da etkilerini göstermeye başlamıştır.²³² Bildirgenin 16. maddesinde “*Hukukun riayetinin güvence altına alınmamış bulunduğu ve güçler ayrılığının tanımlanmadığı herhangi bir toplumda, daha baştan anayasa yoktur.*”²³³ hükmüne yer verilerek, erkler ayrılığı anayasal toplumun temeli kabul edilmiştir. Yine 1791 Fransız Anayasası’nda da erkler ayrılığı kuramına yer verilmiş; Anayasa’nın üçüncü başlığında yasama erkinin ulusal meclise, yürütme erkinin krala, yargı erkinin ise halk tarafından belli zamanlarda seçilen yargıçlara ait olduğu ifade edilerek,²³⁴ devlet iktidarını oluşturan yetkilerin farklı organlarda toplanması sağlanmıştır.

Türkiye’de ‘yasama, yürütme ve yargı erkinin her üçünün de farklı organlara verilmesi’ şeklindeki erkler ayrılığı uygulaması, ilk olarak 1961 Anayasası ile gerçekleşti. Zira meclis hükümeti sisteminin benimsendiği 1921 ve 1924 Anayasaları’nda yasama ve yürütme erkleri Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde toplanmıştı.²³⁵ 1921 Anayasası’nda, Türkiye Devleti’nin Büyük Millet Meclisi tarafından yönetileceği ve hükümetinin “Büyük Millet Meclisi Hükümeti” unvanını taşıyacağı öngörülmüş (m.3); 1924 Anayasası’nda da teşri salâhiyeti ve icra kudretinin yani yasama ve yürütme yetkilerinin Büyük Millet Meclisi’nde toplanacağı ifade edilmişti. (m.5) 1961 Anayasası’nda ise yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne, yürütme görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’na, yargı yetkisi ise bağımsız mahkemelere verilerek her üç fonksiyonun farklı organlarda toplanması sağlanmıştı. (m. 5, 6, 7)

Halen yürürlükte bulunan 07.11.1982 günlü, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda da 1961 Anayasası’ndaki sistemin benimsendiği görülmektedir. Buna göre yasama yetkisi TBMM’ye, yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’na, yargı yetkisi ise bağımsız mahkemelere ait bulunmaktadır. (m.7, 8, 9) Böylece Devlete ait hukukî fonksiyonları ayrı organlarda toplayan kurucu iktidar, erkler ayrılığı kavramından ne anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak da Anayasa’nın başlangıç

²³² DOEHRING’e göre, on üçüncü yüzyılda Magna Charta ile İngiliz Kralı’nın yetkilerinin sınırlandırılması da erkler ayrılığı düşüncesinin bir sonucudur. DOEHRING, syf.193

²³³ GEMALMAZ, syf.82

²³⁴ GEMALMAZ, syf.85

²³⁵ Günümüzde İsviçre’de de yasama ve yürütme yetkileri tek organda, mecliste toplanmış bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEZİÇ, syf.408

kısımında “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu” açıklamasına yer vermektedir.

Erkler ayrılığı kuramı temel Devlet yetkilerinin, bu çerçevede yasama ve yürütme yetkisinin farklı organlara ait olmasını ve bu organların kendi alanlarında etkinlikte bulunarak, diğerinin alanına müdahale etmemesini gerektirmektedir. Bu bağlamda yasama organı sadece yasaları ihdas etmeli, kaldırmalı ya da değiştirmeli; yürütme işlerine karışmamalıdır. Yürütme organı da yasaları uygulamalı, yasaların emrettiklerini hayata geçirmeli, ancak yasama organı gibi hareket ederek kanun çıkartmamalıdır.²³⁶

Halen yürürlükte bulunan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda da erkler ayrılığı kuramı benimsenmiş olduğuna göre²³⁷, pozitif hukukumuz açısından yasama ve yürütme etkinliklerinin sınırının bu ilke ışığında değerlendirilmesi gerekeceği açıktır. Buna göre yürütme ve bu kapsamda idarenin, aslî fonksiyonları doğrultusunda yasa hükümlerini uygulaması, yasaların hayata geçirilebilmesi amacıyla işlem ve eylemlerde bulunması gerekmektedir. Olmayan bir yasa kuralının uygulanması söz konusu olamayacağına göre, yasanın olmadığı bir yerde yasanın uygulanmasından, dolayısıyla da yürütmeden söz edilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle yasa tarafından düzenlenmeyen bir konuda yapılacak işlem ve eylemlerin, yasa kuralının hayata geçirilmesi yani klâsik anlamda bir yürütme faaliyeti (idarî faaliyet) olarak kabul edilmesi de mümkün bulunmamaktadır. Aksi durumda genel ve herkes için bağlayıcı kuralları ilk elden ihdas etme yetkisine sahip olan yasama erki tarafından herhangi bir kural yürürlüğe konulmaksızın, yürütme ve idare tarafından sanki böyle bir kural varmış gibi uygulanmaya çalışılacaktır ki; bu durumun, erkler ayrılığı kuramı ile bağdaştırılabilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak, yürütme erkinin herhangi bir konuda faaliyette

²³⁶ DOEHRING, syf.195

²³⁷ “Anayasa’nın 7. maddesi, yasama yetkisinin, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceği kuralını getirmiş, 8. maddede, ‘Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir’ denilmiş, 9. maddede ise, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı kuralına yer verilmiştir. Anayasa, böylece egemenliğin kullanılmasında yetkili organları belirlemiş ve kuvvetler ayrımını Anayasanın temel ilkesi yapmıştır.” AYM, 01.02.1990 E:1988/64 K:1990/2, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:01.04.2011

bulunması o konuya ilişkin kanun hükümlerini uygulaması anlamına geldiğinden; yürütmenin ve dolayısıyla idarenin herhangi bir konuda işlem ve eylemlerde bulunabilmesi, o konuyu düzenleyen bir kanun hükmünün varlığını, bu da bir yasama faaliyetini (ön koşul olarak) gerekli kılmaktadır.²³⁸

Öte yandan yürütme faaliyetinin yasalara uygun şekilde icra edilmesi gerekmektedir. Kanun hükümlerine aykırı işlem ve eylemlerin kanunların uygulanması olarak kabul edilebilmesi mümkün olmadığına göre; yasaların uygulanması şeklinde tanımlanan bir etkinliğin her şeyden önce kendisi yasalara uygun olmalıdır. Zira, OKANDAN'ın deyiimiyle, *yasama gücünün meydana getirdiği kanunlara aykırı işlemler yapmak demek, gerçekte kanun yapmak ve dolayısıyla yasama gücünün yetki alanına girmek demektir*²³⁹.

Son olarak yürütmenin ve idarenin bir konuda faaliyette bulunabilmesi için o konunun yasama organı tarafından düzenlenmesi gerekliliği ve yine yürütme ile idarenin kanunlara uymak durumunda olması, kamu gücü kullanma yetkisine sahip bu organların keyfiliğini önleyerek kişi özgürlükleri bakımından bir güvence oluşturacaktır. Dolayısıyla yürütmenin yasalara bu şekilde bağlı olması durumu, aynı zamanda erkler ayrılığı kuramının (devlet iktidarını kullananların keyfi davranmasını önleme ve siyasi hürriyeti güvence altına alma şeklindeki) amaçlarına ulaşmada etkin bir hukukî araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanunî idare ilkesi de, idarenin kanunla kurulacağını, ancak kanunla kendisine verilen görevler çerçevesinde kanunda öngörülen yetkileri kullanabileceğini ve idarî nitelikteki hiçbir tasarrufun kanunlara aykırı olamayacağını öngörmektedir. Bu bağlamda kanunî idare ilkesinin gereklilikleri ile klâsik erkler ayrılığı kuramının yukarıda anılan sonuçları arasında büyük bir paralellik bulunduğu söylenebilecektir. Çünkü erkler ayrılığı kuramı kapsamında yürütmenin (dolayısıyla idarenin) işlevinin kanunları uygulamak olması, yürütme faaliyetinin söz konusu olabilmesi için her şeyden önce bir yasa kuralının varlığını gerekli kılmaktadır. Bu ise, kanunî idare

²³⁸ Bu yaklaşım, klâsik anlamda erkler ayrılığı kuramına yer verilen ilk Anayasamız olan 1961 Anayasası'nın 5., 6. ve 7. maddelerinin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "... yürütme sadece kanunların uygulanması demektir. Kanun olmayan yerde, Türk hukukuna göre, yürütme de yoktur. Yürütme organı, kaynağını kanundan almayan bir tasarrufta bulunamaz. ..." AYDOĞDU, syf.49

²³⁹ OKANDAN, syf.574

ilkesinin “idarenin ancak kanunla kendisine yetki verilen konularda tasarrufla bulunabileceği”ne ilişkin öngörüsüyle örtüşmektedir. İdarenin kanunlara uyma zorunluluğu ise hem erkler ayrılığı kuramının hem de kanunî idare ilkesinin bir gereğidir. Ayrıca erkler ayrılığı kuramının hedefi olan yönetimde keyfiliği önleme ve özgürlükleri güvence altına alma olgularının gerçekleşmesi bakımından, kanunî idare ilkesinin işlerliği büyük önem taşımaktadır.

Sonuç olarak Anayasa’da öngörülen Devlet sisteminin temel dayanaklarından biri olan erkler ayrılığı ile idarenin kuruluşuna ve işleyişine ilişkin başlıca Anayasal ilke olan kanunî idare ilkesinin birbirinden bağımsız düşünülebilmesi mümkün değildir. Zira kanunî idare ilkesi idarenin kanunla olan ilişkisini düzenlerken, aslında yürütme ile yasama arasındaki münasebetlerin hukuki çerçevesini çizmekte; bir bakıma erkler ayrılığı kuramının bazı gerekliliklerini, idare hukuku disiplinine özgü bir prensip haline getirmektedir. Bu da kendini, erkler ayrılığı kuramı ile kanunî idare ilkesinin amaçlarının ve bazı gerekliliklerinin örtüşmesi şeklinde göstermektedir.

D. Anayasa’nın 13. Maddesi

İdarenin tek yanlı iradesi ile yani yöneldikleri kişilerin iradesinden bağımsız olarak vücut bulmaları ve buna karşın bu kişiler hakkında hukukî sonuç doğurmaları, idari işlem ve eylemleri diğer işlem ve eylemlerden ayıran başlıca özelliktir.²⁴⁰ Bu, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve bu suretle kamusal nitelikteki ihtiyaçların karşılanması için idareye kamu gücü kullanma yetkisi verilmesinin doğal sonucudur. Kamusal ihtiyaçların karşılanması çoğu zaman kamusal menfaatlerin kişisel menfaatlerden üstün tutulmasını gerektirdiğinden ve idare, kişiler hakkında onların tercihlerine aykırı tasarruflarda bulunma yetkisi ile donatıldığından; bir çok idari işlem ve eylem, bireysel bir hak ya da özgürlüğün sınırlandırılması olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁴⁰ “İdari işlem, idari makam ve mercilerin idari işlevleriyle ilgili, kamu hukuku alanında tesis ettikleri tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikteki hukuki tasarrufları olup, işlemin, ilgilinin talebine bağlı olmaksızın kişilerin hukuksal durumunda etkili olması, hukuk alanına bir yenilik veya değişiklik getirmesi, bu bağlamda kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olması durumunda iptal davasına konu edilebilmesi mümkündür.” Danıştay 4.D., 09.02.2010 E:2009/2691 K:2010/615, DD, Yıl:40 S:124, 2010, syf.222

Örneğin kamu görevlilerinin davranışları kamu hizmetinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve kamu düzeninin sağlanması açısından büyük önem taşıdığından, günümüzde kamu hizmetinin aksamadan işlemesini sağlamak için,²⁴¹ kamu görevlileriyle ilgili bir takım disiplin kuralları konulması yoluna gidilmektedir. Bu bağlamda kamu görevlileri hakkında uyarma cezasından Devlet memurluğundan çıkarma cezasına kadar bir çok disiplin yaptırımı uygulanmaktadır. Bir kamu görevlisi hakkında uygulanacak Devlet memurluğundan çıkarma cezasının ise, o kamu görevlisinin Anayasa'yla güvence altına alınan çalışma hakkı ile (AY. m.49) kamu hizmetlerine girme hakkı (AY. m.70) açısından bir sınırlama oluşturacağı açıktır.

Kamu görevlileri gibi üniversite öğrencileri hakkında da yükseköğretim kurumunun düzenini bozan bazı davranışları sebebiyle çeşitli disiplin yaptırımları uygulanabilmekte ve bu kapsamda bazı hallerde öğrencilere yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilebilmektedir. Bu yönde bir işlem tesis edilerek bir öğrencinin üniversite ile ilişkisinin kesilmesi durumunda da, ilgili öğrencinin Anayasal teminat altındaki eğitim hakkı (AY. m.42) kısıtlanmış olmaktadır.

Yine idareler, Anayasa'nın 35. maddesi ile herkese tanınan mülkiyet hakkını sınırlandıran tasarruflar yapabilmektedir. Örneğin, yaşanılabilir bir çevre ve şehir oluşturulması²⁴² ve kentsel yaşam kalitesinin yükseltilmesi²⁴³ amacıyla idareler, imar planları yaparak arazilerin ne şekilde kullanılacağı konusunda kararlar alabilmektedir. Bu çerçevede bir kişinin taşınmazı için imar planıyla "konut" yerine "yeşil alan" şeklinde bir arazi kullanım kararının belirlenmesi durumunda, taşınmazı üzerinde yapı inşa edemeyen kişinin mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlandırma söz konusu olacaktır. Yine kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerin kamulaştırılabilmektedir. Bir taşınmazın kamulaştırılarak özel mülkiyetten kamu mülkiyetine geçirilmesi veya tapuya taşınmazın kamulaştırılacağı yönünde bir

²⁴¹ Nur KAMAN KARAN, Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 2003, syf.95

²⁴² Hasan Nuri YAŞAR, İmar Hukuku, 1. Bası, İstanbul: Filiz, 2008, syf.27

²⁴³ Halil KALABALIK, İmar Hukuku Dersleri, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 2003, syf.24, "İmar planlarının, ... belde halkına iyi yaşama düzeni ve koşulları sağlamak amacıyla kentin kendine özgü yaşayış biçimi ve karakteri, nüfus, alan ve yapı ilişkileri, yörenin gerek çevresiyle ve gerekse çeşitli alanları arasında olan bağlantıları, halkın sosyal ve kültürel gereksinimleri, güvenlik ve sağlığı ile ilgili konular gözönüne alınarak hazırlanması gerekmektedir." Danıştay 6.D., 18.12.2009 E:2007/8058 K:2009/12254, DD, Yıl:40 S:124, 2010, syf.254

şerh konularak malikin tasarruf haklarının kısıtlanması hallerinde de mülkiyet hakkı sınırlandırılmaktadır.²⁴⁴

Kişî hak ve özgürlükleri açısından kısıtlama oluşturan idarî işlem ve eylemler sadece disiplin hukuku ve imar hukuku alanına özgü değildir. İlgililerin iş yeri açma ve çalışma ruhsatı istemlerinin reddedilmesi ya da mevcut ruhsatlarının iptal edilmesi (çalışma hakkı, AY. m.49), idarelerce basın yayın kuruluşları hakkında verilen yayın durdurma cezaları (basın özgürlüğü, AY. m.28), kimi idarî otoritelerce bazı ürünlerin (tütün, alkol gibi) satışına, sunumuna ya da reklamlarına yönelik kısıtlamalar getirilmesi (sözleşme özgürlüğü, AY. m.48), bir kamu görevlisinin eş ya da eğitim durumu nedeniyle bir başka görev yerine atanma isteminin reddedilmesi (ailenin korunması ve eğitim hakkı, AY. m.41 ve m.42), idarelerce çeşitli sebeplere binaen kişiler hakkında uygulanan idari para cezaları (mülkiyet hakkı, AY. m.35) gibi bir çok idari işlem ve bu işlemlerin gereğinin yerine getirilmesi için icra edilen eylemler, kişî hak ve özgürlüklerine yönelik birer sınırlama şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla kişî hak ve özgürlüklerini sınırlandıran bu tür işlem ve eylemlerin hukuken geçerliliği, her şeyden önce bu tasarrufların, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili Anayasal kurallara uygun olmasına bağlıdır.

Hukuk sistemimizde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma rejimine ilişkin temel ilkeler, Anayasa'nın 13. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre, *temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde yazılı 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.*

²⁴⁴ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de imar düzenlemelerinden kaynaklanan inşaat kısıtlamaları, kamulaştırma ve uzun süreli kamulaştırma şerhlerinin varlığı halinde İHAS'a Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin varlığını kabul etmekte ve kısıtlama süresi, ilgiliye verilen zararın miktarı gibi ölçütlerden hareketle müdahalenin ölçülü olup olmadığını incelemektedir. Detaylı bilgi için bkz. H.Burak GEMALMAZ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 1. Bası, İstanbul: Beta, 2009, syf.489 vd, 519 vd, 549 vd, 598 vd

Anayasamızın öngördüğü sınırlandırma rejimi uyarınca²⁴⁵ temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Dolayısıyla kamu idareleri, bu yönde bir kanun hükmü olmaksızın temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı tasarruflarda bulunamayacaklardır. Bu yasak, düzenleyici işlemler için geçerli olduğu kadar birel işlemler için de geçerlidir. Bu bağlamda kişi hak ve özgürlükleri için sınırlama öngören tüzük, yönetmelik, genelge ve benzeri düzenleyici normlar çıkarılamayacağı gibi, bir kanun hükmüne dayanmaksızın hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı subjektif tasarruflarda da bulunulamayacaktır. Yine kanun gücünde olmasına karşın, kanun hükmünde kararnamele de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yoluna gidilemeyecektir.²⁴⁶

Kişisel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yetkisinin sadece yasama organına ait olması²⁴⁷ ve yasama organının bu yetkiyi ancak kanunlar aracılığıyla kullanabilmesi, bu hak ve özgürlüklerin sujesi olan fertler için önemli bir güvence oluşturmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması, kanunlar parlamentoda açık görüşme ve tartışma yöntemi ile hazırlanacağından sınırlamanın kamu oyu denetimine tâbi olmasını netice verecek; ayrıca, kanunlar herkes için geçerli genel kurallar koyacağından, yapılacak sınırlamanın belli kişi ya da gruplara yönelmesini engelleyerek sınırlamada mümkün olduğunca

²⁴⁵ Anayasa ile öngörülen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma rejimi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, syf.99 vd, TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.131 vd, GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, syf.225 vd, Oktay UYGUN, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, 1. Bası, İstanbul: Kazancı, 1992, Fazıl SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Öz, 1. Bası, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1982, Turan YILDIRIM, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Sınırlamanın Sınırı, AÜSBFD, Cilt: XLVI (Prof. Dr. Muammer Aksoy'a Armağan), Ocak-Haziran 1991, No:1-2, syf.465 vd, Nurdan OKUR, 4709 Sayılı Yasa İle Getirilen Düzenlemeler Işığında 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2002.

²⁴⁶ Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecektir. Dolayısıyla Anayasa'nın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenebilecektir. Fakat "sınırlama" kavramı ile "düzenleme" kavramı arasındaki anlam farklılığı ve düzenlemenin hak ve özgürlükleri güçlendirici, hak ve özgürlüklerin kullanımını kolaylaştırıcı kuralların ihdasını da kapsadığı dikkate alındığında; kanun hükmünde kararnamelerle sosyal ve ekonomik hakların ancak olumlu şekilde düzenlenebileceği fakat sınırlandırılmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Kanımızca Anayasa'nın 13. maddesinin orijinal halinde yer alan "kanunla sınırlanabilir" ifadesinin, 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'la "ancak kanunla sınırlanabilir" şeklinde değiştirilmesi de bu sonucun doğruluğunu teyit etmektedir. Bu konuda bkz. SAĞLAM, Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, syf.268 vd, Nihat BULUT, 4709 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejiminin Birey Devlet İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, AÜEHFD, Cilt V, S:1-4, 2001, syf.43, OKUR, syf.102 vd.

Sınırlama ve düzenleme kavramlarının anlamları arasındaki farklılığa ilişkin detaylı bilgi için bkz. Fazıl SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Öz, syf.18 vd.

²⁴⁷ Emre AKBULUT, Yurt Dışına Çıkış Yasağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2007, syf.8

objektifliğin sağlanmasını temin edecektir.²⁴⁸ Kanımızca temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabilecek olmasının sağladığı bu güvenceler nedeniyle, kurucu iktidar kanunla sınırlama koşulunu Anayasa'nın sadece 13. maddesinde belirtmekle yetinmemiş; hak ve özgürlüklerin düzenlendiği bir çok maddede de “kanunla sınırlama ilkesi”ni ayrıca vurgulama ihtiyacı hissetmiştir. (*Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü*, AY. m.23, *Dernek Kurma Özgürlüğü* AY. m.33, *Mülkiyet Hakkı* AY. m.35 ...vs)

Temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabilecek olması, temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren hiçbir idari işlemin tesis edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira her şeyden önce Anayasa'da idareye, “kanunların uygulanmasını sağlamak veya emrettiği işleri belirtmek üzere” düzenleyici işlem yapma yetkisi tanınmış bulunmaktadır. (m.8, 115, 124) Dolayısıyla idarenin temel haklar ve özgürlükler açısından sınırlama öngören kanunların uygulanmasını sağlamak üzere düzenleyici işlem yapabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Yine kanunlar soyut ve genel kurallar olup, kanun hükmü ile belli bir şahsa yönelik doğrudan bir hak sınırlaması getirilemeyeceğinden; kanun hükümlerinin tatbiki için birel nitelikte idari işlemlerin tesis edilmesi de kaçınılmaz olacaktır.

Temel hak ve özgürlükleri konu edinen düzenleyici veya birel işlemlerin tesisinde Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen kanunla sınırlama yasağının ihlal edilip edilmediği, “*sınırlamanın bizzat kanun tarafından öngörülüp öngörülmediği*” ölçütünden hareketle belirlenebilecektir. Buna göre idarenin yaptığı düzenleyici işlem kanunda açıkça belirtilmeyen ek bir sınırlama getiriyor veya sınırlamanın uygulama alanını kanunda öngörülmeyen biçimde genişletiyorsa; yine idarece tesis edilen birel işlemin konusu kanunda yazılı bulunan sınırlamanın kapsamı ile örtüşmüyorsa, bu işlemlere konu olan temel hak ya da özgürlük açısından Anayasa'nın 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilecektir.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, “Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen konularda yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi”nin yasama yetkisinin devri anlamına gelip gelmeyeceğini incelediği bir kararında önemli bazı kriterlere değinmiş bulunmaktadır. Bu kriterlerin, yasayla düzenleme koşulu getiren

²⁴⁸ KAPANİ, syf.231

diğer Anayasal hükümlerin ve bu kapsamda Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "kanunla sınırlama" ilkesinin anlamının belirlenmesi açısından da yol gösterici olacağı kuşkusuzdur. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *"Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir. Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel 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, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir."*²⁴⁹ Mahkemeye göre, *"temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer"*²⁵⁰ ve dolayısıyla yasama yetkisinin devredildiği anlamına gelir.

Bu bağlamda temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren konularda da, sınırlama mutlaka kanun hükmü ile öngörülmeli, bu kanun hükmü sınırlamanın temel ilkelerini ve ölçüsünü belirleyip çerçevesini çizmeli; idare ise ancak kanunun getirdiği sınırlar içinde uzmanlık alanına, sınırlamanın teknik boyutuna ve ayrıntılara ilişkin düzenleme yapabilmelidir. Aksi takdirde yani idarenin kanunda açıkça öngörülenin ötesinde, sınırlamanın kapsamını genişletici düzenleme yapması ya da yasa koyucu tarafından sınırlama konusunda idareye koşulsuz, belirsiz, sınırsız, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin verilmesi halinde, temel hak ve özgürlüğün "kanun" ile sınırlandırıldığından

²⁴⁹ AYM, 20.11.2003 E:2002/32 K:2003/100, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:06.04.2011

²⁵⁰ AYM, 18.01.2007 E:2005/32 K:2007/3; Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:06.04.2011, *"Temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yönetimin düzenlemesine bırakılması, Anayasa'nın belirtilen maddesine (m.7) aykırılık oluşturur."* AYM, 02.05.2008 E:2005/68 K:2008/102; Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:06.04.2011, *"Yasa hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine aykırılığı, belli konularda temel kuralları ve ilkeleri koymaması, çerçeveyi çizmemesi, yasayla belirleme gereğine karşın, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı, hiçbir zorunluluk bulunmadan yönetimin düzenlemesine bırakmasındadır."* AYM, 19.04.1988 E:1987/16 K:1988/8; Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:06.04.2011

söz edilemeyecektir. Bu durum ise Anayasa'nın 13. maddesine ve bu madde ile yasama organına verilen yetkinin idare tarafından kullanılması sebebiyle, yasama yetkisinin devredilmezliğini düzenleyen Anayasal kurala (m.7) aykırılık oluşturmaktadır.

İdarenin düzenleyici işlemlerinin yargısal denetimini yapan Danıştay'ın bu konudaki görüşünün de Anayasa Mahkemesi ile paralellik gösterdiği söylenebilecektir. Örneğin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na göre, *"T.C. Anayasasının 13. maddesinde yer alan; temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükmü karşısında, Anayasa ile güvence altına alınan kişinin dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ilkelerinin, ancak Anayasa ile belirlenen çerçevede kanunla sınırlanması mümkün olup, yürütmeyi oluşturan idari makamların çıkaracakları yönetmeliklerle, söz konusu ilkeleri sınırlandırıcı düzenlemeler yapması, bu ilkelerin işlerliğini azaltacak şekilde bir takım yetkileri kendilerinde toplaması mümkün değildir."*²⁵¹

Temel hak ve özgürlükleri konu edinen düzenleyici işlemler bakımından geçerli olan bu yaklaşımın, bünyesine uygun olduğu ölçüde birel işlemlerin tesisinde de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Kanunlar, soyut ve genel nitelikleri gereği belli bir kişi ya da zümre hakkında doğrudan bir hak sınırlaması getiremeyeceğinden; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması çoğu kez, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak tesis edilen birel işlemler şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda sınırlamaya ilişkin birel işlemler mutlaka kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalı, birel

²⁵¹ Kararın devamında "Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği'nin 41. maddesinin (d) bendinde yer alan '...cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak' ibaresi, gerek okul yönetimince gerekse Bakanlığın il yönetimince, öğrenciler üzerinde keyfi bir takım uygulamalarda bulunulmasına yol açacak bir nitelik taşıdığı; kişinin dokunulmazlığı ilkesi ile özel hayatın gizliliği ilkesinin var olan Anayasal ve yasal güvencelerinin, her türlü şüpheli içinde barındıracak ve yönetimin keyfi uygulamada bulunmasına imkan verecek şekilde söz konusu ibare ile zayıflatıldığı; her ne kadar davalı idarece, uygulamada karşılaşılabilecek olumsuzlukları önlemek amacıyla çıkarılan 24.10.2001 tarihli Genelgede, Yönetmeliğin 41. madde(s)i'nin (d) bendi ile ilgili olaylarda sadece adli makamlarca yapılan tespit doğrultusunda işlem yapılacağı; okul müdürlüğü veya sağlık müdürlüğünce kesinlikle durum tespitine yönelik herhangi bir uygulama yapılmayacağı belirtilmiş ise de; Yönetmelikte bu yönde bir düzenlemeye gidilmesindeki sakıncanın, Genelge ile giderilmesinin hukuken mümkün olmadığı açıktır. Buna göre, Yönetmeliğin 41. maddesinin dava konusu (d) bendinin 'fuhuş yapmak' ibaresi dışında kalan, 'ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak' ibaresinin, Anayasanın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ..." belirtilerek, Yönetmeliğin iptali istemiyle açılan davayı reddeden 8. Daire kararının bu kısmı oybirliği ile bozulmuştur. Danıştay İDDK, 07.04.2005, E:2003/417 K:2005/234, DD, Yıl 35, S:110, 2005, syf.66, 67.

işlemin sebep ve konu unsuru ile sınırlamaya ilişkin kanunda öngörülen sınırlama sebebi ve konusu örtüşmelidir. Öte yandan birel işlemlerin tesisi suretiyle temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına sebebiyet veren yasalar da, mümkün olduğunca açık, anlaşılabilir, objektif ve nesnel olmalı; *uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre öznel yorumlara ve farklı uygulamalara elverişli olmamalı*²⁵²dır.

Sonuç olarak belirtebiliriz ki Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda kanunîlik ilkesini benimsemiş; bu hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasını ancak bu yöndeki bir kanun hükmünün varlığı durumunda mümkün kılmıştır. Kamu idarelerince kamu hizmetlerinin yürütülmesi maksadıyla tesis edilen işlemlerin ve icra edilen eylemlerin bir çoğu ise temel hak ve hürriyetlerle yakından ilgilidir ve genellikle temel hak ve özgürlüklere yönelik bir “sınırlama” niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca idarenin bu tür işlem ve eylemlerde bulunabilmesi ancak bir kanun hükmünün varlığı halinde, diğer bir ifadeyle yasa koyucunun idareye bu tür bir işlem/eylem yapma yetkisi vermesi durumunda gündeme gelebilecektir. Bu ise yasallık ilkesinin, idarenin faaliyet alanının büyük kısmıyla yakından ilgili olan temel haklar ve özgürlükler konusunda, (Anayasa’nın 123. maddesini referans almaya gerek olmaksızın) doğrudan 13. madde gereğince geçerli olduğu anlamını taşımaktadır.²⁵³

Esasen Anayasa’nın her iki maddesinin (m.13 ve m.123) düzenlediği alanlar ve öngördüğü kurallar bakımından bir kesişme, iç içe geçme hali söz konusudur. Zira Anayasa’nın 13. maddesinde, kamu idareleri de dahil olmak üzere hiçbir kişi ya da kurumun temel hak ve özgürlüklere kanunla öngörülme-yen bir sınırlama getiremeyeceği belirtilmekte; 123. maddesinde ise, idarenin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olsun ya da olmasın, kanunla kendisine verilmeyen hiçbir yetkiyi kullanamayacağı ifade edilmektedir. Böylece her iki Anayasa hükmü, bir diğerinin getirmiş olduğu prensibi

²⁵² AYM, 16.05.1977 E:1976/27 K:1976/51; Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:06.04.2011

²⁵³ Konuyu idarî yaptırımlar açısından ele alan OĞURLU’ya göre: “İdarî yaptırımlarla kişinin çalışma özgürlüğünden, mülkiyet ve eğitim hakkına kadar birçok hak ve özgürlük etkilenebilir. Her bir idarî yaptırım, bu hak ve özgürlüklere getirdiği sınırlandırmaları ancak yasalara dayanarak yapabilmektedir. Aksi halde, idarî para cezası, elkoyma ve müsadere ile kişinin malvarlığına, disiplin yaptırımlarıyla memurun çalışma özgürlüğüne ve öğrencinin eğitim hakkına Anayasa ve yasalardan güç alınmadan dokunulmuş olacaktır.” Yücel OĞURLU, İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Bası, Ankara: Seçkin, 2001, syf.59-60, Müellifin benzer yöndeki düşünceleri için bkz. Yücel OĞURLU, İdarî Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdarî Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı, AÜEHFD, Cilt III, S:1, 1999, syf.180

daha özel bir alanda düzenlemekte; Anayasa'nın 123. maddesinde öngörülen kanunî idare ilkesi temel haklar ve özgürlükler açısından, 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması ilkesi de bu hak ve özgürlüklere yönelik kamu idarelerinden kaynaklanabilecek sınırlamalar açısından bir başka Anayasa hükmü ile kuvvetlendirilmiş olmaktadır.

E. Anayasa'nın 38. Maddesi

Suçların ve cezaların kanunîliği (suçta ve cezada kanunîlik) ilkesi, modern ceza hukukunun temel prensiplerinden biri olarak kabul edilmektedir. “Kanunsuz suç olmaz (*nullum crimen sine lege*)” ve “kanunsuz ceza olmaz (*nullum poena sine lege*)” şeklinde ifade edilen bu ilkeler, kişi özgürlüğünün güvence altına alınmasını ve kimsenin keyfî olarak cezalandırılmamasını amaçlamaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Avrupa'da ilk olarak Montesquieu tarafından gündeme getirilmiştir.²⁵⁴ Montesquieu'dan sonra ilke üzerinde duran ve önemine işaret eden bir diğer düşünür, Cesare Beccaria'dır.(1738-1794) 1764'te kaleme aldığı ‘Suçlar ve Cezalar Hakkında’ (*Dei delitti e delle pene*) isimli ünlü yapıtında Beccaria yasallık ilkesine ilişkin şunları söylemiştir: “*Toplumun aynı zamanda bir üyesi olan hiçbir yargıç, aynı toplumun bir başka üyesini, adalet adına, yasaca öngörülmeyen cezalara çarptıramaz. Ayrıca, yargıcın, yasalarca saptanmış sınırı aşarak artırılmış bir cezaya hükmetmesi de haksızdır, yasaya aykırıdır. Çünkü bu tutum, yasal cezaya bir başka cezayı eklemek demektir. ... Temel bir yasanın metnine harfi harfine uymak gerekir. Esasen böyle bir yasa, yargıca, yurttaşların eylemlerini ve bu eylemlerin yazıya dökülmüş yasaya uyup uymadıklarını inceleyip saptamaktan başka bir yükümlülük yüklemez. ... Böylelikle yurttaşlar, kendi güvenliklerini, ancak ceza yasasına harfi harfine uyulmasıyla sağlayabilirler.*”²⁵⁵

Pozitif hukukta ise kanunîlik ilkesi ilk defa 1776 tarihli Virginia ve Maryland Anayasaları'nda öngörülmüştür.²⁵⁶ Sonrasında 1787 tarihli Avusturya Ceza Yasası ile

²⁵⁴ Timur DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara: Seçkin, 2007, syf.109.

²⁵⁵ Cesare BECCARIA, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev: Sami Seçluk, 1. Bası, Ankara: İmge, 2004, syf.31, 38, 39.

²⁵⁶ DEMİRBAŞ, syf.109.

1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde kendisine yer bulan ilke,²⁵⁷ günümüzde bir çok Anayasa ve ulusal ceza yasasının²⁵⁸ yanı sıra İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi uluslararası insan hakları belgelerinde de öngörülmüş bulunmaktadır.²⁵⁹

Günümüzde, suçlar bakımından yasallığı ifade eden *kanunsuz suç olmaz* ilkesi, “sosyal açıdan ne kadar sakıncalı, kamu düzenini ne kadar bozucu olursa olsun, kesin ve sonuçları önceden kolayca öngörülebilir biçimde bir kanun hükmünde açıkça suç olarak tanımlanmayan hiçbir eylemin cezalandırılmayacağı”²⁶⁰ şeklinde; cezalar bakımından yasallığı ifade eden *kanunsuz ceza olmaz* ilkesi ise “bir kanun hükmü ile suç olarak tanımlanan bir eyleme karşılık olarak ancak kanun hükmünde öngörülen türde ve ağırlıkta bir yaptırımın uygulanabileceği”²⁶¹ şeklinde anlaşılmakta ve her iki ilke, hukuk devletinin unsurları arasında kabul edilmektedir.²⁶² Bu bağlamda hukuk devleti ilkesini Devletin temel niteliklerinden biri olarak kabul eden (m.2) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da suçta ve cezada kanunîlik ilkesi benimsenmiş ve 38. maddede şu kurala yer verilmiştir: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. ... Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.”

Bununla birlikte öğretide “açık ceza yasaları”²⁶³ ya da “beyaz ceza yasaları”²⁶⁴ ismi verilen bazı kanunî düzenlemelerle, yasada ceza açık bir şekilde öngörülmesine

²⁵⁷ Nur CENTEL, Hamide ZAFER, Özlem ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, İstanbul: Beta, 2006, syf.49.

²⁵⁸ Örneğin, 1831 tarihli Belçika Anayasası, 1874 tarihli İsviçre Federal Anayasası, 1947 tarihli İtalya Anayasası, 1949 tarihli Alman Anayasası, 1958 tarihli Fransız Anayasası, 1978 tarihli İspanya Anayasası, 1867 tarihli Belçika Ceza Yasası, 1889 ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasaları, 1937 tarihli İsviçre Ceza Yasası, 1960 tarihli Rusya Ceza Yasası. Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, A. Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 3. Bası, Ankara: Seçkin, 2002, syf.162.

²⁵⁹ İHEB m.11/f.2: “Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmeyen herhangi bir eylem ya da kusurdan dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” İHAS m.7/1: “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir eylem veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” AYDOĞDU, syf.546, 554.

²⁶⁰ Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Bası, Ankara: Seçkin, 2005, syf.36. Sami SELÇUK, Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi, 1. Bası, Ankara: İmge, 2004, syf.35.

²⁶¹ ÖZTÜRK, ERDEM, syf.36, İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 2. Bası, Ankara: Seçkin, 2005, syf.70

²⁶² ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, syf.119, TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.94.

²⁶³ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, İdarî Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki, AÜSBFD, Cilt XVIII, S:2, Haziran 1963, syf.121

²⁶⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, syf.170

karşın suç oluşturan eylem açıkça yasa hükmünde belirtilmemekte; bu eylemi belirlemek yetkisi, belirli esaslar çerçevesinde yürütme organına/idareye bırakılabilmektedir. Örneğin 20.02.1930 günlü, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu'nun 1. maddesinde, Türk Parasının kıymetini korumak amacıyla Bakanlar Kurulu'na bazı kararlar alarak tebliğler yayınlamak yetkisi verilmiş; Kanun'un 3. maddesinde ise, Bakanlar Kurulu'nca 1. maddeye göre alınan kararlara aykırı hareket edenlere **adli** para cezası verileceği belirtilmiştir. Dikkat edileceği üzere sadece bu kanun hükümlerinden hareketle hangi eylemlerin suç sayılacağı konusunda bir belirleme yapmak olanaksızdır. Suç ancak Bakanlar Kurulu tarafından 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca bir karar alınması halinde belirgin hale gelecek ve bu karara aykırı icraî veya ihmali davranış yasada öngörülen ceza ile cezalandırılacaktır. Diğer bir ifadeyle suçun maddi unsuru Bakanlar Kurulu yani yürütme organı tarafından belirlenecektir.

Yine 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesi de bir açık ceza normu niteliğinde idi. Söz konusu maddede, yetkili makamlar tarafından adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması düşüncesiyle kanunlara ve diğer mevzuat hükümlerine aykırı olmayacak şekilde verilen emirlerin gereğini yerine getirmeyen kimsenin, eylem başka bir suç oluşturmadığı takdirde adli para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştü. Buna göre 526. maddede öngörülen **adli** suçun maddi unsuru, yetkili makamlar tarafından maddede belirtilen amaçlarla bir karar alınmadığı sürece belli değildi. Suçun maddi unsurunu belirlemek yetkisi, belirli amaçlarla ve mevzuat hükümleriyle sınırlı olacak şekilde idarî makamlara bırakılmıştı.

Yukarıda anılan iki kanun hükmü gibi, yasa koyucu tarafından çeşitli tarihlerde idareye suç oluşturan eylemi belirleme yetkisi veren yasa hükümlerinin ihdas edildiği ve bu hükümlerin Anayasa'ya uygunluğu konusunda öğretide çeşitli tartışmaların yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede bazı müellifler, yasa koyucunun çerçeveyi çizerek suç oluşturan davranışı belirleme yetkisini idareye bıraktığı kanun hükümlerini yasama

yetkisinin devri niteliğinde görerek, suçların kanunîliği ilkesine aykırı bulurken;²⁶⁵ bazı müellifler bu kanunları yasama yetkisinin devredilmezliği prensibi ile suçların kanunîliği ilkesine, dolayısıyla Anayasa’ya aykırı görmemektedirler.²⁶⁶

Açık ceza normlarının Anayasa’ya uygunluğu sadece öğreti tarafından değil; çeşitli başvurular vesilesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından da ele alınmıştır. 1961 Anayasası döneminde, 28.03.1963 tarihinde verdiği E:1963/4 K:1963/71 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun’un 1. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu’nca alınacak kararlara uymayanlar hakkında adli ceza öngören yasa hükmünü Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Mahkeme’ye göre; *“(Kanunsuz suç ve ceza olmaz) prensibi Anayasa’nın 33. maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin birinci fıkrasında ‘kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz’ ve ikinci fıkrasında da ‘cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla alınır’ denmektedir. 1567 sayılı Kanun’un 3. maddesi ise; ‘İcra Vekilleri Heyetince’ 1. maddeye istinaden ittihaz edilen kararlara aykırı hareket*

²⁶⁵ “...Anayasa yapıcıları yürütme organına suç ihdası yetkisi vermemiştir. ... Anayasa metni karşısında realitelere uygun olmadığı halde, tanzimi tasarruflarla suç ihdas edilemez. Yapılacak olan şey Anayasanın bu bakımdan tâdil edilmesidir. Aksi takdirde olayların baskısı kanun hükümlerinden ağır olacağından .. çerçeve kanunlara veya tanzim yetkisinin genişletilmesi usullerine başvurulacaktır, bilhassa ikincisi bizce kanuna karşı hile mahiyetini taşımaktadır. ...” Duygun YARSUVAT, Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası, İÜHF, Cilt XXIX, S:1-2, 1963, syf.555, 559, “ ... yürütmenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas etmesi, en başta AY’nın 7 nci maddesinde ‘yasama yetkisinin devredilemeyeceği ilkesi’nin ihlalidir. ... suç ihdası konusunda yürütme organına Anayasa tarafından verilmiş bir yetki bulunmamaktadır. ...” ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, syf.175, “... Anayasanın kanun hükmünde kararnamelerle yapılmasını yasakladığı bir düzenlemenin ondan daha aşağıda bulunan tüzük ve yönetmeliklerle yapılabileceğini ileri sürmek mümkün değildir. ...” ÖZTÜRK, ERDEM, syf.40, “...bu şekildeki düzenlemeler ile suçta kanunilik ilkesi dolanılmaktadır. ...” ÖZGENÇ, syf.72, “...suç tarifinin yönetime bırakılmasına karşıyız. ...” Halil YILMAZ, Türk Hukuk Uygulamasında Yetkili Mercilerin Kararlarına Uymama, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 1999, syf.126

²⁶⁶ Düzenleyici işlemlerle suç ihdasını sadece tüzükler bakımından mümkün gören DÖNMEZER’e göre “...bir kanun muayyen suçları ihdas etmek üzere yürütme organına yetki vermiş ise, tüzük bu halde kanunun emrettiği işleri belirtmiş olacağından, suçun unsurlarını göstermekle beraber Anayasa aykırı da olmuş bulunmaz. ...” Sulhi DÖNMEZER, İcranın Tanzim Tasarrufları ile Suç İhdası, Anayasaya Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcabeden Karar, İÜHF, Cilt XXVIII, S:1, 1962, syf.244, “... bir kanunî müsaadeye dayanarak şu veya bu emri veren idarî merciin yaptığı şey kanun koyucu yerine geçerek suç ihdas etmek değil, esasen ihdas edilmiş bulunan suçun maddî unsurunu açık bir şekilde belirtmek, tabir caizse suç çerçevesini doldurmaktır. Bu anlayış tarzının kanunilik prensibinin sert tatbikinden doğabilecek mahzurları ortadan kaldırdığı da muhakkaktır. ...” GÖLCÜKLÜ, syf.123, “... kanunilik bir hukuki işlemin yapılmadan önce veya yapıldıktan sonra bir kanuna dayanmasıdır. ... kanun koyucunun açıkça istemediği veya onaylamadığı zamanlarda yürütme organı ne kaide tasarruflarla ve ne de kişisel tasarruflarla kanunun icrasını göstermek için de olsa suç ve ceza hükümleri içeren tasarruflar yapamamaktadır. ...” Doğan SOYASLAN, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, 1. Bası, Ankara: Kazancı, 1990, syf.39-42, (Bu ifadenin mefhumu muhalifinden, kanun koyucunun izin vermesi halinde yürütmenin suç ve ceza içeren tasarruflar yapabilmesini müellifin kabul ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.), “... bugün, evvelki Anayasa zamanında da olduğu gibi, yasama organının yürütme organına, pek tehlikeli ve acele hareket edilmesi gerektiği hallerde bile, kanun yapma yetkisini devretmesi mümkün değildir; fakat bu demek değildir ki, yaptığı bir kanunla yürütme organının, bizzat Meclis tarafından çizilmiş hudutlar içinde kalmak şartile, bazı fiileri suç haline getirmesi Anayasaya aykırı olsun ...” Öztekin TOSUN, Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması, İÜHF, Cilt XXVIII, S:1, 1962, syf.351

edenlere ceza tâyin etmiştir. Bu hükümle; suçun kanunî unsuru ‘İcra Vekilleri Heyetinin’ 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmaktır. Şu halde suçun ne olduğu kanunla belirtilmiştir. Kaldiki Bakanlar Kurulu kararı, daha önce Resmî Gazete’de neşredilmek suretiyle kişilere hangi fillerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin teminatı sağlanmakta ve ceza da kanunda gösterilmekte olmasına göre mücerret kararname ile suç ihdası söz konusu olmayacağından bu konuya ilişkin itiraz yerinde görülmemiştir..”²⁶⁷

Bununla birlikte daha yeni tarihli bir kararında Yüksek Mahkeme, 1918 sayılı (mülga) Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’un ek 2. maddesinde yer alan ‘Gümrük Kanunu’nun 19. maddesine dayanılarak çıkarılan hükümet kararlarına aykırı olarak herhangi bir eşyayı memlekete ithal edenler’in adli ceza ile cezalandırılacağını belirten hükmü Anayasa’ya aykırı bulmuş ve iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “..Anayasa’da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa’nın 38., Türk Ceza Kanunu’nun 1. maddesinde yer alan ‘Kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesi, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın ‘açık’, ‘anlaşılır’ ve ‘sınırlarının belli olması’nı zorunlu kılmaktadır. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaktadır. İtiraz konusu kuralla, Bakanlar Kurulu’nca Gümrük Kanunu’nun 19. ve 20. maddelerine dayanılarak çıkarılan kararlara aykırı olarak bir eşyanın yurda ithali yasaklanmaktadır. Böylece, Bakanlar Kurulu kararıyla suç oluşturulmaktadır. Bu nedenle kural, Anayasa’nın 38. maddesine aykırıdır..”²⁶⁸

Yine Anayasa Mahkemesi, konu hakkında oldukça yakın tarihte verdiği bir başka kararında da sit alanlarında ve koruma bölgelerinde koruma bölge kurullarınca

²⁶⁷ AYM, 28.03.1963 E:1963/4 K:1963/71, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.05.2011.

²⁶⁸ AYM, 18.01.1996 E:1995/28 K:1996/2, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.05.2011. Benzer yönde; AYM, 06.07.1993 E:1993/5 K:1993/25, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.05.2011: “Bakanlar Kurulu’nca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteliği Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen ‘suçun yasallığı’ ilkesine aykırıdır. Bu nedenlerle Anayasa’nın 38. maddesine aykırı olan ‘ithalat’ sözcüğünün iptali gerekir.”

belirlenecek esaslara aykırı davranan kimselere adli ceza verilmesini öngören yasa hükmünün Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre; "... Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan Anayasal ilkelerden olup temel hak ve özgürlüklerin önemli güvencelerinden birini oluşturmaktadır. ... koruma bölge kurullarınca tespit edilen koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapan ya da yaptıranların cezalandırılması öngörülmektedir. Burada suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşai ve fiziki müdahaleler oluşturmaktadır. Ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme yetkisi koruma bölge kurullarına tanınmıştır. Herhangi bir sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmaza yapılan hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemek idari bir organ olan koruma bölge kurullarına verilmiştir. ... itiraz konusu kurallarda belirtilen cezai yaptırımların ... suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."²⁶⁹

"Kanunî tanıma uygun, hukuka aykırı, kusurlu eylem" olan suçu oluşturan başlıca yapısal unsur, tipe uygun eylemdir.²⁷⁰ Zira ortada bir insan davranışının olmadığı ya da insan davranışının yasada öngörülen suç tanımı ile ilgili olmadığı hallerde; bir suçun işlenip işlenmediğinin, bu bağlamda kişinin kusurlu olup olmadığının ya da olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığının araştırılmasına da gerek yoktur. Dolayısıyla maddi unsurun yani tipe uygun eylemin ne olduğu, diğer bir ifadeyle hangi insan davranışının cezalandırılacağı suçun saptanması açısından çok büyük bir öneme sahiptir. Suç oluşturacak insan davranışının (suçun maddi unsurunun) doğrudan kanun koyucu tarafından belirlenmediği hallerde suçun kanunla konulduğundan söz edilemeyeceğinden; açık ceza normlarının Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu söylenebilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası dönemindeki içtihatları da bu düşüncayı destekler niteliktedir.

²⁶⁹ AYM, 11.04.2012 E:2011/18 K:2012/53, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.12.2012

²⁷⁰ Kayıhan İÇEL, A. Hakan EVİK, Ceza Hukuku Genel Hükümler II – Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri, 4. Bası, İstanbul: Beta, 2007, syf.43, 45

Suçta ve cezada kanunîlik, esasen ceza hukuku disiplinine ilişkin bir ilkedir ve adli suçlar ile bu suçlar nedeniyle uygulanacak adli cezaları düzenlemektedir.²⁷¹ Ancak bu ilkenin genel olarak idare hukuku ile, özelde ise kanunî idare ilkesi ile bağlantılı olan bir takım sonuçları da bulunmaktadır.

Bu sonuçlardan birincisi, suçta ve cezada kanunîlik ilkesi gereğince kanunda açıkça öngörülmemeyen bir eylem (adli anlamda) suç olarak kabul edilemeyeceğine ve suç olarak kabul edilen eylemler hakkında da ancak kanun hükmünde belirtilen müeyyideler uygulanabileceğine göre; idarenin düzenleyici işlemleriyle bir eylemi suç olarak belirleyebilmesi ya da bir suç hakkında uygulanacak yaptırımı tespit edebilmesi, kanunla öngörülen yaptırımın türünü ya da ağırlığını değiştirebilmesi mümkün değildir. Kanunî idare ilkesi gereğince idare her ne kadar kendisine kanunla yetki verilen konularda işlem tesis edebilecek ise de; **“yasama organının idareye suç ihdas etme ya da suçların cezasını belirleme konusunda yetki vermesi” Anayasa tarafından yasaklanmıştır.** Diğer bir ifadeyle kanunla (örneğin bir açık ceza normu ile) bu konuda idareye tanınan açık bir yetki bulunsa dahi idare, bu yetki Anayasa’ya aykırı şekilde verilmiş olacağından suçların ve cezaların belirlenmesine yönelik düzenleme yapamayacaktır.²⁷² Dolayısıyla Anayasa’nın 38. maddesi bir bakıma, Anayasa’nın 123. maddesinde öngörülen kanunî idare ilkesini **adli** suçlar ve cezalar bakımından daraltmış bulunmaktadır. Buna rağmen idareye bu yönde yetki veren bir kanunun çıkarılması halinde ise, söz konusu kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı ve (yukarıda aktarılan *Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi*) anayasa yargısı denetimi sonucunda iptal edilmesi gündeme gelecektir.

Suçta ve cezada kanunîlik ilkesinin kanunî idare ilkesi ile bağlantılı diğer bir sonucu ise, ceza hukukuna ilişkin prensiplerin içtihat yoluyla idare hukukunda ve idari yargıda da benimsenmesine paralel olarak; suçta ve cezada kanunîlik ilkesinin **idari** yaptırımlar (cezalar) açısından da geçerli kabul edilmesidir.

²⁷¹ Nitekim Anayasa’nın 38. maddesinden sonra suçta ve cezada kanunîlik ilkesinin ikinci normatif dayanağını Türk Ceza Kanunu oluşturmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlıklı 2. maddesi şu şekildedir: “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*”

²⁷² “...yürütmeyi oluşturan alt birimlerden herhangi biri tarafından her ne sebep ve gerekçe ile ismi ne olursa olsun suç ve ceza ihtiva eden bir işlem yapılamaz.” SOYASLAN, syf.40

“İdarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu müeyyideler”²⁷³ şeklinde tanımlanan idari yaptırımlar, esasen nitelik, amaç, usul, sonuçlar ve yetkili organ gibi bir çok konuda adlî cezalardan ayrılmaktadır.²⁷⁴ Buna bağlı olarak adli cezalar için pozitif hukukumuzda öngörülen ilkelerin idarî cezalar bakımından geçerli olmayacağı ya da en azından idarî yaptırımlar söz konusu olduğunda bu ilkelerin adli cezalarda olduğu kadar katı uygulanmayacağı ileri sürülebilecektir.²⁷⁵ Ancak günümüzde hukuk güvenliği ilkesi ile temel hak ve özgürlüklerin kazandığı önem adli cezalar için öngörülen bazı ilkelerin idare hukukunda idarî yaptırımlar açısından da benimsenmesi sonucunu doğurmuştur.²⁷⁶

Nitekim Anayasa’nın 38. maddesinde suçlar ve cezalar hakkında öngörülen ilkelerin ve bu kapsamda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin idarî yaptırımlar konusunda da geçerli olduğu tezini destekleyen Anayasa Mahkemesi kararları da bulunmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, ‘Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz’ denilerek ‘suçun yasallığı’, üçüncü fıkrasında da ‘ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur’ denilerek, ‘cezanın yasallığı’ ilkesi getirilmiştir. Anayasa’da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini

²⁷³ İl Han ÖZAY, İdarî Yaptırımlar, 1. Bası, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1985, syf.35, “... idarî bir kanunun öngördüğü bir para cezası maliye veya valilik (kaymakamlık) kanalıyla ve kendi imkânları ile tatbik edilse ve kanunlarda kabahat veya para cezası adı geçse bile, genel ceza hukukuna girmez. Teknik anlamda kabahat değildir. Fakat idare hukuku müeyyidesidir. ...” Guido ZANOİNİ, İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes’esi, Çev: Yılmaz Günel, AÜSBF Dergisi, Cilt XVIII, S:3, 1963, syf.316, “... idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlara ‘idarî yaptırım’ denilmektedir. ...” AYM, 21.09.2004 E:2002/100 K:2004/109, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:25.05.2011.

²⁷⁴ İdarî yaptırımlar ile adlî cezalar arasındaki farklılıklar hakkında detaylı bilgi için bkz. Süheyl DONAY, İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, İÜHF Mecmuası, Cilt XXXVII, S:1-4, 1972, syf.425 vd, OĞURLU, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, syf.42 vd.

²⁷⁵ “İdari yaptırımlara, kamu cezalarına ilişkin hiçbir sonuç bağlanamaz.” DONAY, syf.427, bkz. OĞURLU, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, syf.72, Oğuz SANCAKDAR, İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku’ndaki Anayasal Temelleri, in: İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Editörler: İlhan Ulusan, Funda Başaran Yavaşlar, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 2009, syf.77

²⁷⁶ Hiç şüphesiz bu sonucun doğumunda ulusal yargı organları içtihatlarının yanı sıra İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin İHAS’ın 6. maddesine ilişkin yorum kriterleri ve bu bağlamda “bir suç isnadına maruz kalan kimsenin Sözleşmenin 6. maddesinde öngörülen güvencelerden yararlanıp yararlanmayacağının belirlenmesinde” üye devletlerin iç hukukunda yer alan adli ceza – idari ceza ayrımının tek başına bir kriter olarak kabul edilmemesi de önemli ölçüde etkili olmuştur. Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2005, syf.85 vd., Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7. maddesinde düzenlenen ‘nullum poena sine lege’ (kanunsuz suç olmaz) ilkesinin idarî ceza hukuku alanında da geçerli olduğu hususunda bkz. Wolfram CREMER, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdarî Ceza Hukuku, Çev: Serdar Nart, in: İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Editörler: İlhan Ulusan, Funda Başaran Yavaşlar, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 2009, syf.184

oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. **Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.**"²⁷⁷

Yine idarî yaptırım gerektiren eylemin ve bu eylem karşılığında uygulanacak cezanın alt ve üst sınırlarının yasa koyucu tarafından belirlendiği İmar Kanunu'nun 42. maddesinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, cezaların yasallığı ilkesi açısından da denetim yaparak ruhsatsız veya ruhsata aykırı şekilde yapı inşa eden kimselere 500.000 TL'den 25.000.000 TL'ye kadar para cezası verileceğini öngören ancak cezanın bu sınırlar içinde belirlenmesi bakımından objektif bir ölçüte yer vermeyen yasa hükmünün iptaline karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, kararın ilgili kısmında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "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 bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar. ... İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir. Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan

²⁷⁷ AYM, 20.10.2011 E:2010/28 K:2011/139; Karar oybirliğiyle alınmıştır. Kalın yazılı kısım kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin idari cezalara ilişkin kanun hükümleri hakkında Anayasa'nın 38. maddesine uygunluk denetimi yaptığı kararlara örnek için bkz. AYM, 30.06.2011 E:2010/10 K:2011/110, AYM, 15.03.2007 E:2003/92 K:2007/25, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.12.2012.

şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir. Yasakoyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, **cezaların yasallığı** ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.”²⁷⁸ Böylelikle Anayasa Mahkemesi, idarî para cezasına ilişkin bir kanun hükmünün denetlenmesinde *cezaların yasallığı* ilkesini bir ölçü norm olarak kullanmıştır. Öte yandan kararda, İmar Kanunu’nun 42. maddesinde eylem ve ceza yasayla belirlenmiş olmasına karşın ceza miktarının alt ve üst sınırlar içinde belirlenmesine dayanak oluşturacak objektif kriterlerin yer almaması hukuk güvenliği ilkesine, dolayısıyla Anayasa’ya aykırı bulunmuştur. Bu durumda ceza miktarının alt ve üst sınırlar içinde belirlenmesine dayanak oluşturacak objektif kriterlerin yasada yer almamasını Anayasa’ya aykırı bulan Yüksek Mahkeme’nin, eylemin veya cezanın yasada açıkça belirlenmeyerek muğlak bırakıldığı kanun hükümleri bakımından da aynı yorumu yapması, kuvvetli bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁷⁹

Danıştay’ın da suçta ve cezada kanunîlik ilkesini idari yaptırımlar açısından geçerli kabul eden kararları bulunmaktadır. Örneğin Danıştay’ın en yüksek yargısal karar mercii olan ve 2575 sayılı Kanun’un 40. maddesi uyarınca kararları tüm idari yargı mercileri ile idare açısından bağlayıcı olan Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu,

²⁷⁸ AYM, 17.04.2008 E:2005/5 K:2008/93, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:28.05.2011. Kalın yazılı kısım kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

²⁷⁹ “5525 sayılı Yasa’nın 12. maddesinin ilk fıkrasında; ‘Bu kanuna ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere aykırı hareket edenlere diğer mevzuattaki ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki bentlerde belirtilen uyarma, para ve belge iptali cezaları uygulanır’ denilmekte, bu cezaları gerektirecek eylemler ile bunlara uygulanacak cezanın tür ve miktarı da maddede ayrıca belirtilmektedir. ... 5525 sayılı Yasa’nın 12. maddesinde, yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemler ile bunlara ilişkin cezaların tür ve miktarı açıkça belirtilerek suç ve cezanın yasayla düzenlenmesi gereği yerine getirilmiştir. Maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan ve iptali istenen ‘...ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ...’ ibaresi ile, idareye, suç ve ceza oluşturma yetkisi verilmemiştir. İdareye düzenlemesi için bırakılan husus, Yasa’da sayılan uyarma, para ve belge iptali cezalarının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir. Yasakoyucu tarafından suç oluşturan eylemin ve suçun unsurlarının saptanmasından, cezasının da yasada açıkça belirlenmesinden sonra uygulamaya yönelik olarak, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin ayrıntıların belirlenebilmesi için yürütme organına yetki verilmesi, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza oluşturma anlamına gelmeyeceğinden **suçta ve cezada yasallık ilkesine** aykırılık oluşturmaz. ... İptal isteminin reddi gerekir.” AYM, 08.12.2004 E:2004/84 K:2004/124, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:28.05.2011. Yüksek Mahkeme bu kararı ile idarî yaptırımlara ilişkin 5525 sayılı Kanun hükümlerinin Anayasaya uygunluğunu suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından incelemiş ve böylece bu ilkenin idarî yaptırımlar açısından da geçerli olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır.

1989 tarihli bir kararında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini vergi cezaları bakımından da geçerli saymıştır. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'na göre; "... vergi idarelerince, Vergi Usul Kanunu hükümlerine dayanılarak kesilen para cezaları teknik anlamda ceza niteliğinde bulunduğu ve Anayasamızın 38. maddesi ise; kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini getirdiğinden, 'cezada kanunilik' ilkesi esas olup, bu da ceza yaptırımının yasama organı tarafından tereddüt yaratmayacak biçimde düzenlenmesini, suçu oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye uygulanacak cezanın cinsinin, miktarının, alt ve üst sınırlarının belirlenmesini zorunlu kılar ve yargı yerlerinin genişletici yoruma ve kıyasa başvurmamalarını gerektirir. ..."²⁸⁰ Vergi dairelerince verilen para cezalarının adli ceza niteliğinde olmadığı dolayısıyla bir idarî yaptırım mahiyetinde olduğu tartışmasız bulunduğu; kanımızca, anılan kararda yer alan *cezada kanunilik* ilkesine ilişkin saptamaların bütün idarî cezalar açısından geçerli sayılması gerekecektir.

Yine Danıştay 13. Dairesi 2004 yılında verdiği bir kararında *suçta kanunilik* ilkesinin idarî yaptırımlar bakımından geçerli olduğunu kabul ederek, yasal dayanağı olmaksızın idareye yaptırım uygulama yetkisi veren yönetmelik hükmünün yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay 13. Dairesi anılan kararda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "*İdare, yönetim ilişkisi nedeniyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Bu yetki yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen şartlarda kullanılır. İdare yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. Suç ve cezalar, Anayasaya uygun olarak yasayla konulabilir. İdare kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığını hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezanın yasayla saptanmasıdır.*"²⁸¹

²⁸⁰ DİBK, 16.02.1989, E:1988/1 K:1989/1 Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:26.05.2011.

²⁸¹ Danıştay 13.D., 04.01.2006, E:2005/9375 sayılı yürütmenin durdurulması kararı. Nakleden: Mustafa KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, 1. Bası, Ankara: Turhan, 2008, syf.142, Aynı dosyada esas aşamasında verilen kararda ise bu ifadelere yer verilmemiş, ancak "suç ve cezalar, Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabileceğinden, bir hukuk devletinde, cezai niteliği haiz olan idari yaptırımın da dayanağının yasayla düzenlenmesi(nin) gerekli bulun..."duğu vurgulanmıştır. Danıştay 13.D., 25.12.2006, E:2005/9375 K:2006/4919, DD, Yıl:37 S:115, 2007, syf.468

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından 2007 yılında verilen bir başka kararda ise *“Belirli normların sadece yasalarla düzenlenebileceğini öngören (yasallık) ilkesi, ceza hukukunda olduğu gibi idari yaptırımlarda da uygulanması zorunlu olan bir ilkedir. Hangi fiillerin idari yaptırım gerektirdiğinin yasada açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak bir yaptırım uygulanabilmesi için yaptırım uygulanacak eylemin belirli olması ve kıyas yoluyla yaptırıma başvurulmaması gerekmektedir.”*²⁸² denilerek, suçta kanunîlik ilkesinin idarî yaptırımlar alanında da geçerli olduğu açık bir şekilde vurgulanmış bulunmaktadır.²⁸³

Bütün idari işlemlerde olduğu gibi idari yaptırımlarda da maksat unsurunu kamu yararı oluşturmaktadır. Ancak diğer idari işlemlerin aksine²⁸⁴ idari yaptırımlarda “ihlalde bulunan kişiye yaptırım uygulanarak, kamu düzeninin korunması için ihdas edilen kurala uyulmasının sağlanması ve böylelikle kamu düzeninin ve dolayısıyla kamu yararının tesis edilmesi” amaçlanmaktadır. Dolayısıyla niteliği gereği idarî yaptırımlar “cezalandırma” biçiminde ortaya çıkmakta ve çoğu kez uygulandığı kişinin temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale oluşturmaktadır.²⁸⁵ Bu nedenle Anayasa’nın 13. ve 38. maddelerinde öngörülen yasallık ilkesi, idari yaptırımlara maruz kalan kişiler açısından önemli bir güvence haline gelmektedir.²⁸⁶ Bu bağlamda kişi hak ve

²⁸² DİDDK, 25.01.2007, YD İtiraz No:2006/1460, Nakleden: KARABULUT, syf.119

²⁸³ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki aksi yöndeki Danıştay kararlarına rastlamak da mümkündür. Her ne kadar bu tür kararlarda Danıştay ilgili dairesi veya kurulunun “suçta veya cezada kanunilik ilkesinin idarî cezalarda uygulanmayacağı” yönünde açık bir içtihadı bulunmasa da, idarî cezalara ilişkin olarak suçta ve/veya cezada kanunilik ilkesine aykırı hükümlerin verildiği (veya mahkemece verilen bu yöndeki hükümlerin onandığı) gözlemlenebilmektedir. Örneğin; “...yasalarda suç sayılan eylemlerin karşılığı cezalar gösterilmemişse, suç ile ceza arasında bulunması gereken denge ve makul oranın göz önünde bulundurulması gerekir.” Danıştay 5.D., 18.01.1971, E:1968/5769 K:1971/220, Nakleden: OĞURLU, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma , syf.67. Daha yeni tarihli bir kararda ise, İETT otobüslerine biletsiz binen yolculardan araç içinde 100.000 lira ilavesiyle 1.000.000 lira cezalı akbil uygulamasına ilişkin İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı UKOME kararının iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesince davanın reddi yolunda verilen karar, Danıştay Savcısı’nın “... 100.000 TL fazladan alınan ve ceza adı verilen meblağın, bu ad altında toplanmasına hukuki olanak tanıyan açık bir Kanuni düzenleme bulunmaması ... karşısında işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” şeklindeki görüşüne rağmen, Danıştay 8. Dairesi tarafından onanmıştır. Danıştay 8.D., 27.06.2005, E:2004/5642 K:2005/3250 Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:26.05.2011.

²⁸⁴ İdari yaptırımlar ile diğer idari işlemlerin birbirlerinden ayırılması konusunda bkz. Ali ULUSOY, İdari Ceza Hukukunun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri, in: İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Editörler: İlhan Ulusan, Funda Başaran Yavaşlar, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 2009, syf.46 vd.

²⁸⁵ OĞURLU, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, syf.59-60

²⁸⁶ “...yaptırımlar, idari kararlar ve işlemler içinde özel bir yeri olan, herhangi bir icrai karardan çok daha özenle dikkatle ele alınmaları, uygulanmalarında çok sıkı şekil ve usul koşullarını gözetme zorunluğu olan türden işlemlerdir. Yararlananlar üzerindeki etki ve her kolluk faaliyet ve işleminde olduğu gibi, özgürlükler ile doğrudan ilişkileri, üstelik kamu hizmetlerindeki gibi bir edimin sunulması şeklinde değil de, bireylere bazı şeylerin yaptırılması veya yaptırılmamasının sağlanması biçiminde, onlara yükümler getirmesi nedeniyle, hukuki rejimleri, bu konuların en çok işlendiği alan olan Ceza Hukukundan doğrudan alınarak, esinlenilerek veya benzetilerek düzenlenmiştir, böyle olması da gerekir.” ÖZAY, İdari Yaptırımlar, syf.73, “Yasallık ilkesinin kabul edilmemesi, ülkenin her yanında farklı idarî birimler tarafından yeni ve birbirinden farklı düzenlemeler yapılması ve kişilerin özgürlük alanlarının

özgürlükleri açısından sınırlama getiren idarî cezaların da, gerek eylem gerekse eylem karşılığında uygulanacak yaptırım boyutuyla yasa koyucu tarafından düzenlenmesi gerektiği söylenebilecektir.

Bu noktada belirtilmelidir ki, suçta ve cezada kanunîlik ilkesinin idari yaptırımlar hakkında da geçerli kabul edilmesi durumunda, aynen adli suçlarda olduğu gibi, idareye yaptırım gerektiren eylemi belirleme yetkisi veren yasa hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğu sorunu ile karşılaşılacaktır. Bu bağlamda örneğin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinde *"Yetkili makamlar tarafından adlî işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. ... Bu madde, ancak ilgili kanunda açık hüküm bulunan hallerde uygulanabilir."* hükmüne yer verilerek, idari yaptırım gerektiren eylemin belirlenmesi yetkili makamlar tarafından maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda alınacak kararlara bırakılmıştır. Her ne kadar söz konusu kural somut veya soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmemiş ise de; Yüksek Mahkeme'nin önceki kararlarında yer alan *"Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir."*²⁸⁷ şeklindeki tespit ile *"Anayasa'nın 38. ... maddesinde yer alan 'Kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesi, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın 'açık', 'anlaşılır' ve 'sınırlarının belli olması'nı zorunlu kılmaktadır. ... İtiraz konusu kuralla, Bakanlar Kurulu'nca ... çıkarılan kararlara aykırı olarak bir eşyanın yurda ithali yasaklanmaktadır. Böylece, Bakanlar Kurulu kararıyla suç oluşturulmaktadır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır."*²⁸⁸ şeklindeki değerlendirme göz önünde bulundurulduğunda, anılan düzenlemenin olası bir itiraz sonucunda Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceğini söylemek kanımızca yanlış olmayacaktır.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan *suçta ve cezada kanunîlik* ilkesi ile *kanunî idare* ilkesi arasındaki ilişkinin biri adlî suç ve cezalara, diğeri idarî suç

Yasama değil, Yürütme tarafından daraltılması gibi sonuçlar doğurur." OĞURLU, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, syf.59, OĞURLU, İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ..., syf.179, 180

²⁸⁷ AYM, 20.10.2011 E:2010/28 K:2011/139, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.12.2012.

²⁸⁸ AYM, 18.01.1996 E:1995/28 K:1996/2, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.05.2011.

ve cezalara ilişkin iki boyutu bulunmaktadır. Bu bağlamda suçta ve cezada kanunîlik ilkesi gereğince idare, kanunda kendisine açıkça yetki verilmiş olsa dahi adli suç ihdas eden veya ceza öngören bir işlem tesis edemeyeceğinden; suçta ve cezada kanunîlik ilkesinin adli suçlar ve cezalar bakımından kanunî idare ilkesinin istisnasını oluşturduğu söylenebilecektir.

İdarî suç ve cezalara ilişkin olarak ise, hukuk güvenliği ile temel hak ve özgürlüklerin gün geçtikçe önem kazandığı günümüzde, kişiler için önemli bir hukukî güvence oluşturan *suçta ve cezada yasallık* ilkesinin idarî suç ve cezalarda da uygulanacağı kabul edilmektedir. Böylelikle kanunî idare ilkesinin bir gereği olan **“kanunda açıkça öngörülmediği takdirde idarenin idarî yaptırım uygulayamaması”**, Anayasa’nın 123. maddesinin yanı sıra 38. maddesinden kaynaklanan bir diğer hukuki güvenceye daha sahip olmaktadır.

F. Anayasa’nın 73. Maddesi

Devlet ve diğer kamu idareleri, yasalar gereği kendilerine verilen görevleri yapabilmek, bu bağlamda toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarını karşılayarak tüm topluma fayda sağlayacak kamu hizmetlerini yürütebilmek için bir takım harcamalarda bulunmak durumundadırlar. Bir kamu hizmetini yürütecek teşkilâtın kurulması, bu teşkilâtta kamu personelinin çalıştırılması, kamu hizmetlerinin yürütümünde birer araç niteliğinde olan kamu mallarının temini ve bakımı gibi konular kamu idareleri tarafından harcama yapılmasını, bu da harcamaları mümkün kılacak nicelikte bir gelirin elde edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu tür kamusal harcamaların yapılabilmesi için gerekli olan gelirin temin edilememesi halinde ise kamu hizmetlerinin aksaması ve hatta durması gündeme gelebilecek, kamu otoritelerinin ve Devletin varlık nedeni sorgulanmaya başlanacaktır.

Kamusal harcamaların yapılabilmesi için gerekli olan gelirin temini amacıyla Devlet, egemenlik yetkisini kullanarak vatandaşlarından ve/veya egemenlik alanında bulunan yabancılardan bazı malvarlığı değerlerini gerekirse zorla alma yetkisine sahip bulunmaktadır. Vergi ise Devletin egemenliğinden kaynaklanan bu zor alım yetkisinin

konusunu oluşturan gelir kalemlerinden birini ve en önemlisini²⁸⁹ oluşturmaktadır. Bu anlamda vergi, Devletin kamusal ihtiyaçları karşılamak için egemenlik gücüne dayanarak, tek taraflı irade ile ve herhangi bir karşılığa bağlı olmaksızın kişi ve kurumlardan aldığı iktisadî değerleri²⁹⁰ ifade etmektedir.

Devletin kişilerden kamu gücü kullanarak tek taraflı olarak aldığı malvarlığı değerleri olan verginin, yöneldiği kişiler açısından bir mülkiyet hakkı sınırlaması niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve temel hak ve özgürlüklerin ancak yasayla sınırlandırılabilceğini öngören ilkeye göre, vergilerin ancak yasada açıkça belirtilen durumlarda alınabilmesi, diğer bir ifadeyle vergilerin yasayla konulması gerekmektedir. Ancak kurucu iktidar, verginin kamusal yaşamdaki önemi ve bazı hallerde kişi haklarına getirebileceği ağır sınırlamalar nedeniyle Devletin vergilendirme yetkisi karşısında bireyler bakımından daha kapsamlı bir güvence getirmek istemiş ve vergiye ilişkin temel ilkeleri düzenlediği Anayasa maddesinde yasallık ilkesine de ayrıca yer vermiş bulunmaktadır. Bu bağlamda 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 73. maddesi, “...Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. 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 ile verginin yasallığı ilkesini ve bu ilkenin istisnasını düzenlemektedir.

Tarihi gelişim süreci 1215 yılına, Magna Carta Libertatum'a kadar uzanan²⁹¹ verginin yasallığı ilkesinin temelini vergilerin halkın rızası ile alınabileceğini öngören “temsilsiz vergi olmaz” ilkesi oluşturmaktadır.²⁹² Zira Devletin egemenliğine dayanan vergilendirme yetkisinin halkın temsilcisi konumunda bulunan parlamentolar tarafından

²⁸⁹ Verginin kamu gelirleri içindeki öneminin anlaşılması noktasında bütçe kanunları yol gösterici olabilecek niteliktedir. Örneğin 2011 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'na ekli B Cetveli uyarınca 2011 yılı net bütçe geliri 272.750.926.000 TL olup; bunun 250.769.413.000 TL'lik kısmını vergi gelirleri oluşturmaktadır.

²⁹⁰ AYM, 07.11.1989 E:1989/6 K:1989/42; AYM, 11.03.2003, E:2002/55 K:2003/8, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:30.05.2011. Bir başka kararında Anayasa Mahkemesi vergiyi, “Vergi, kamu giderlerini karşılamak amacıyla yasalarla gerçek ve tüzelkişilere malî güçlerine göre getirilen bir yükümlülüktür.” şeklinde tanımlamaktadır. AYM, 07.04.2004, E:2003/11 K:2004/49, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:30.05.2011.

²⁹¹ Ahmet G. KUMRULU, Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri, AÜHF Dergisi, Cilt XXXVI, S:1-4, 1979, syf.148

²⁹² A. Bumin DOĞRUSÖZ, Vergilendirme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organları Arasında Bölüşümü, İHİD, Yıl 6, S:1-4, Aralık 1985, syf.66, Gülsen GÜNEŞ, Verginin Yasallığı İlkesi, 2. Bası, İstanbul: XII Levha, 2008, syf.13-14

kullanılması, halkın kendi kendini vergilendirmesi anlamına geleceğinden, demokratik esaslara daha uygun kabul edilmektedir.²⁹³

Halkın (diğer bir ifadeyle vergiyi ödemekle yükümlü olan mükelleflerin) temsili olmaksızın vergi konulamayacağını öngören temsilsiz vergi olmaz ilkesi, vergi alımının gündeme geldiği her durumda halkın temsilcisi konumunda olan yasama organına ait bir tasarrufun varlığını gerekli kılmaktadır. Günümüzde bu tasarrufun yasama organlarının en tipik işlem biçimi olan “kanun” şeklinde tezahür etmesi gerektiği kabul edilmekte²⁹⁴ ve böylelikle temsilsiz vergi olmaz ilkesi, verginin yasallığı ilkesine dönüşmüş bulunmaktadır. Bu bağlamda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda da verginin yasallığı ilkesi düzenlenmiş ve böylelikle, dolaylı olarak temsilsiz vergi olamayacağı belirtilirken vergilendirmede halkın temsilinin kanunlar aracılığıyla gerçekleşmesi gerektiği öngörülmüştür.

Günümüzde verginin yasallığı ilkesinin en büyük işlevi, vergilemede idarenin olası keyfi uygulamalarının önüne geçmek²⁹⁵ ve mülkiyet hakkını yakından ilgilendiren bir konuda kişiler için hukuki güvenliği tesis etmektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin de belirttiği gibi, “*Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasa da yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır...*”, “*...verginin yasallığı ilkesinin temel özelliklerinden biri de ‘belirlilik’ tir. Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını ifade eder. Buna göre, yasal düzenlemelerin herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gerekmektedir...*”²⁹⁶

²⁹³ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları, DD, Atatürk’ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı, Ankara, 1981, syf.82

²⁹⁴ “...vergilerin kanuniliği ilkesi, devletin vergilendirme yetkisini genel, soyut, kişisel olmayan ve yasama organı tarafından anayasal usullere uygun olarak çıkartılan kanunlarla kullanması anlamını taşır.” ÇAĞAN, syf.103, Yazar verginin yasallığı ilkesinin “yasa” boyutunun, hem şekli hem de maddi anlamda kanunu ifade ettiğini belirtmektedir.

²⁹⁵ Selim KANETİ, Vergi Hukuku, 1. Bası, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1986-1987, syf.34

²⁹⁶ AYM, 26.01.2011, E:2009/42 K:2011/26; AYM, 21.02.2008 E:2005/73 K:2008/59; AYM, 30.11.2007, E:2006/61 K:2007/91, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:21.06.2011.

Belirtmek gerekir ki, kanunîlik ilkesi sadece vergiler açısından değil; 73. maddede sayılan resim, harç ve benzeri diğer malî yükümlülükler açısından da geçerlidir.²⁹⁷ Bu bağlamda kamu gücüne dayanılarak gerektiğinde kişilerden zorla alınabilen²⁹⁸ vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kanunla konulmaları, kanunla değiştirilmeleri ve yine kanunla kaldırılmaları gerekmektedir.

“Kanunla değiştirilme” ve “kanunla kaldırılma” kavramları yeterince açık olmasına karşın aynı durumun “kanunla konulma” ifadesi açısından da geçerli olduğunu söyleyebilmek güçtür. “Kanunla konulma” kavramının anlamının ve dolayısıyla içeriğinin saptanabilmesi, “*kanunla konulma koşulunun gerçekleşmiş sayılması açısından sadece ilgili verginin ya da 73. madde kapsamındaki diğer malî külfetlerin isminin yasada zikredilmesi yeterli kabul edilebilecek midir?*”, “*bir verginin ya da malî yükümlülüğün yasa ile konulmuş sayılması için buna ilişkin bazı unsurların mutlaka yasada yer alması aranacak mıdır, aranacaksa bu unsurlar neler olacaktır?*” gibi bazı soruların cevaplandırılmasını gerektirmektedir. Kanımızca bu sorulardan ilkinin olumlu, ikincisine ise olumsuz cevap vermek mümkün gözükmemektedir. Zira verginin, resmin ya da harcın yükümlüsünün kim olduğunun, bu malî edimin hangi tarihlerde, ne üzerinden ve hangi oranda alınacağını, hangi hallerde alınmayacağını yasa tarafından değil de yönetsel nitelikteki bir başka tasarruf tarafından belirlendiği durumlarda, verginin (resmin, harcın, diğer malî yükümlülüklerin) *kurucu unsurları yasa koyucu tarafından saptanmamış olacağından*; verginin kanunîliği ilkesinin gereklerinin yerine getirildiğinden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla ilke ile amaçlanan “idarenin olası keyfi uygulamalarını önleyerek bireyler için hukuki güvenliği tesis etme” ereği de

²⁹⁷ Harç ve resimi vergiden ayıran temel özellik; verginin herhangi bir karşılığa, bir kamu hizmetinin ifasına bağlı olmaksızın alınmasına karşın, harcın ve resmin belli bir kamu hizmetinin veya kamusal makamlar tarafından verilen bir iznin karşılığı olarak alınmasıdır. Özhan ULUATAM, Yaşar METHİBAY, Vergi Hukuku, 5. Bası, Ankara: İmaj, 2001, syf.7-8, İsmail TÜRK, Kamu Maliyesi, 4. Bası, Ankara: Turhan, 2002, syf.103-104. Vergi benzeri malî yükümlülüklerin ayırıcı unsurları ise Anayasa Mahkemesi tarafından şu şekilde belirlenmiştir: “*Ücret, aidat, kesenek, harç, katılma payı, fon payı, katkı payı gibi adları ne olursa olsun parasal yükümlülük ya da ödemelerin Anayasa’nın 73. maddesi kapsamında mali yükümlülük sayılabilmesi için ödemenin kamu gideri niteliğinde ve kamu hizmeti karşılığı olması, tek taraflı irade ile alınması, kamu gücüne dayanması, zorunlu olması, ödenmemesi halinde hukuki yolla tahsili, devlet tüzel kişiliği, kamu tüzel kişiliği ya da kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları tarafından tahsil edilmesi ve yasa ile konulması gerekir.*” ...” AYM, 15.12.2006, E:2006/111 K:2006/112, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:21.06.2011.

²⁹⁸ “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin ortak özellikleri, yasayla konulmaları ve kamu gücüne dayanılarak gerektiğinde zorla alınmalarıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler, devletin ‘devlet’ olmaktan kaynaklanan iradesi sonucu ortaya çıkarlar. Bir mali yüküm, sorumlusunun isteğine bağlı ise, onun iradesi uyarınca zorunluluk taşıyorsa tümüyle yasadan gelen zorunluluk niteliğinde olmadığından, vergi benzeri mali yüküm sayılması olanaksızdır.*” ...” AYM, 15.12.2006, E:2006/111 K:2006/112, İptal davasına ait dilekçenin gerekçe kısmı, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:21.06.2011.

gerçekleşemeyecektir. Nitekim öğretide de çoğunlukla aynı görüş paylaşılmakta ve vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin konusunun, yükümlüsünün, matrahının, oranının, ödeme zamanının, istisnalarının, bağışıklıklarının, indirimlerinin, vergiyi (malî yükümü) doğuran olayın, tahakkuk ve tahsil yöntemine ilişkin düzenlemelerin yasalarda yer alması gerektiği belirtilmektedir.²⁹⁹

Anayasa Mahkemesinin içtihatları da bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; "...vergide, yükümlü, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi zorunludur...",³⁰⁰ "bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olay, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, yaptırım ve zamanaşımı gibi vergilendirmenin belli başlı temel öğelerinin yasalarla belirlenmesi gerekir. ..."³⁰¹

Anayasa koyucu 73. maddede verginin yasallığı ilkesini düzenlerken, aynı zamanda ilkeye yönelik bir istisna da getirmiştir. Anayasa'nın 73. maddesinin 4. fıkrasında yer alan bu düzenlemeye göre, "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 Kurulu'na verilebilecektir." Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi, 1982 Anayasası'nda yürütmeye yetki olma gücünü veren esaslar arasında saymaktadır.³⁰²

Anayasa'nın 73. maddesinin 4. fıkrasıyla yürütme organına, verginin yasallığı ilkesi kapsamında yer alan kamu gelirleri hakkında işlem tesis etme yetkisi verilmiştir. Bununla birlikte yasallık ilkesi açısından ayrıksı bir durum oluşturan bu hükmün uygulanabilmesi sıkı koşullara bağlanmış bulunmaktadır. Her şey den önce bu yetki *bir ihdas yetkisi değil; tadil yetkisidir*. Yani Anayasa'nın 73. maddesinin 4. fıkrası ile

²⁹⁹ KANETİ, syf.34, ÇAĞAN, syf.100, GÜNEŞ (Gülsen), syf.118. Aksi düşünce için bkz. ALİFENDİOĞLU, syf.84: "...bu ilkeyi dar anlamda anlamakta ve malî yükümlünün konusunun yasayla gösterilmesini yeterli bulup, vergiyle ilgili öteki düzenlemelerin hükümet tasarruflarıyla yapılmasına olanak tanımakta yarar vardır."

³⁰⁰ AYM, 26.01.2011, E:2009/42 K:2011/26; AYM, 21.02.2008 E:2005/73 K:2008/59; AYM, 30.11.2007, E:2006/61 K:2007/91, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:21.06.2011.

³⁰¹ AYM, 15.07.2004, E:2003/33 K:2004/101, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:21.06.2011.

³⁰² Anayasa Mahkemesi'ne göre 1982 Anayasası'nda yürütmeye yetki olma gücünü veren diğer esaslar, olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerine ilişkin kanun hükmünde kararname çıkarma (AY. m.121, m.122) yetkisi ile dış ticaretin ülke ekonomisi yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla dış ticaret işlemleri üzerine mali yükümler koyma (AY. m.167) yetkisidir. AYM, 13.06.1985 E:1984/14 K:1985/7, 04.02.2010 E:2008/28 K:2010/30, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:09.12.2012

yürütme organına ilk elden kural koyma yetkisi değil; yasa koyucu tarafından yürürlüğe konulan normlarda değişiklik yapma yetkisi verilmiştir. İkinci olarak bu yetki tüm idarî teşkilata tanınan bir yetki olmayıp, sadece Bakanlar Kurulu'nun tekelinde olan bir yetkidir. Bununla birlikte Bakanlar Kurulu'nun bu yetkiyi dilediği zaman kullanabilme imkânı da yoktur; Bakanlar Kurulu'nun bu yönde bir yetki kullanabileceği, yetki kullanılmadan önce yasa koyucu tarafından öngörülmüş olmalıdır. Diğer bir ifadeyle yasa koyucu bu yönde bir yetki kullanımı için Bakanlar Kurulu'na açık bir izin vermelidir. Ayrıca yasa koyucu bu izni vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerle ilgili her konuda değil, sadece bu gelir kalemlerinin oranlarına, indirimlerine, istisnalarına ve bu gelir kalemlerinden muaflığa ilişkin olarak verebilecektir. Tüm bu koşullar gerçekleştiği takdirde Bakanlar Kurulu vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin oranlarına, indirimlerine, istisnalarına ve bunlardan muaflığa ilişkin hükümlerde değişiklik yapabilecek ve bu durum, verginin yasallığı ilkesinin ihlali anlamına gelmeyecektir.

Yine vergiye ya da Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında yer alan diğer kamu gelirlerine ilişkin temel unsurlar (yükümlü, matrah, oran, vergiyi doğuran olay, tarh, tahakkuk, ödeme zamanı, tahsil, uygulanacak yaptırımlar, zamanaşımı ...vb) yasa ile belirlendikten sonra; bu yasanın çizdiği sınırlar içinde ve yasanın uygulanmasını sağlamak amacıyla idare tarafından düzenleyici işlemler de yapılabilecektir. Bununla birlikte tabîdir ki, bu düzenleyici işlemlerin verginin temel unsurları konusunda yasanın öngörmediği bir düzenleme getirmesi ya da (Anayasa'nın 73/4. maddesinde belirtilen durum haricinde) yasayla öngörülen bir düzenlemeyi değiştirebilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Sonuç olarak belirtmek gerekirse; Anayasa'nın 73. maddesi, Devletin en temel gelir kaynağı olan vergiler ile resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler gibi kamu gelirlerinin konulmasında, değiştirilmesinde ve kaldırılmasında yasallık ilkesini benimsemiştir. İdarî faaliyetlerin yürütülmesi için 73. madde kapsamındaki kamu gelirlerine ihtiyaç duyulduğundan, maddede öngörülen ilkenin (*verginin yasallığı*) idare hukuku ile yakın ilişki içerisinde olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Diğer taraftan verginin tarhı, tahakkuku ve tahsili amacıyla yapılan idarî işlem ve eylemlerin tüm idarî

faaliyetler içerisinde büyük bir yekûn oluşturduğu dikkate alındığında bu ilişki daha da belirgenleşmektedir. Zira vergilerin, resimlerin, harçların ve benzeri diğer kamu gelirlerinin tarhi, tahakkuku ve tahsili amacıyla yapılan faaliyetlerin niceliksel fazlalığı, idarî yargı teşkilatının ikiye bölünmesine neden olmuş ve bu iki bölümden bir kısmı (vergi mahkemeleri) tamamen bu tür idarî faaliyetlere özgülenmiştir. Vergi idareleri tarafından tesis edilen ve yargısal denetimleri vergi mahkemelerinin görev alanına giren bu tür işlem ve eylemlerde Anayasa'nın 73. maddesi gereğince yasallık ilkesi egemendir. Diğer taraftan bu işlem ve eylemler, idarî nitelikleri sebebiyle Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen *kanunî idare ilkesinin* de kapsamı içerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla vergi, resim, harç ya da benzeri malî yükümlülüklerin kanunda öngörülmezsizin konulması, değiştirilmesi, kaldırılması, idarelerin kanunda öngörülmemesine karşın bu konularda yetki kullanması, işlem tesis edip eylemler icra etmesi özelde verginin yasallığı, genelde ise kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturacak ve aynı anda iki Anayasal hükmün ihlali anlamına gelecektir. Bu nedenle verginin yasallığı ilkesinin, idare hukuku ile yakın ilişki içinde bulunan ve idarî yargı teşkilatının yarısını ilgilendiren bir alanda kanunî idare ilkesini pekiştirdiği, yasallık ilkesine daha sağlam bir zemin kazandırdığı, ikinci bir güvence niteliği taşıyarak bir tür sigorta işlevi üstlendiği sonucuna ulaşılabilecektir.³⁰³

G. Anayasa'nın 113., 126., 127., 130., 131. ve 135. Maddeleri

İdare kavramı içinde yer alan birimlerin maddî ve hukukî mevcudiyetleri ile yakından ilgili olan teşkilâtlanma konusu idare hukukunun temel uğraş alanlarından birini oluşturmakta ve haiz olduğu önemden ötürü Anayasal normlara konu olmuş bulunmaktadır. Bu kapsamda kurucu iktidar tarafından Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmü ile kanunî idare ilkesine değinildikten sonra; aynı maddenin 2. fıkrasında “idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı” ifade edilerek, idarenin kuruluşuna (teşkilâtlanmasına) ilişkin temel ilkeler “merkezden yönetim” ve “yerinden yönetim” şeklinde belirlenmiştir. Yine 123. madde

³⁰³ Aynı yönde bkz. Muallâ ÖNCEL, Ahmet KUMRULU, Nami ÇAĞAN, Vergi Hukuku, 11. Bası, Ankara: Turhan, 2003, syf.40: “Yasal idare ilkesi, vergi hukuku alanında, Anayasanın 73 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan, ‘vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır’ hükmü dolayısıyla daha sağlam bir güvenceye sahiptir....”

dışında Anayasa'nın başka bir çok maddesinde de (113., 126., 127., 130., 131., 135. maddeler gibi) idarî teşkilata ilişkin hükümlere ve Anayasal ilkelere yer verilmiş bulunmaktadır.

Burada idarenin teşkilâtlanması kavramı ile kastedilen, genel olarak kamu hizmeti ve kolluk olarak isimlendirilen Devlet faaliyetlerinin örgütlenmesidir.³⁰⁴ Bu bağlamda idarî nitelik taşıyan bu faaliyetlerin örgütlenmesinin, her şeyden önce “merkezden yönetim” ve “yerinden yönetim” ilkelerine uygun olarak gerçekleşmesi, ayrıca Anayasada öngörülen teşkilata ilişkin diğer kurallara da aykırı olmaması gerekmektedir.

Merkezden yönetim ilkesi, kamu hizmetlerinin Devletten ayrı kamu tüzel kişileri tarafından değil, doğrudan Devlet tarafından sunulmasını öngören bir ilkedir.³⁰⁵ Bu ilke kapsamında kamu hizmeti yürüten kuruluşlar merkezden yönetim teşkilatı olarak isimlendirilmekte ve ülkenin başkentinde bulunan merkez teşkilâtı ile taşra teşkilâtı olarak iki bölüme ayrılmaktadır.³⁰⁶ Merkezden yönetimin merkez teşkilatı Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Başbakanlık ve Bakanlıklar ile merkezdeki (başkentteki) yardımcı kuruluşlardan; taşra teşkilâtı ise yetki genişliği esasına göre görev yapan il idaresi, ilçe idaresi ile bölge kuruluşlarından meydana gelmektedir.³⁰⁷

Yerinden yönetim ilkesi ise kamu hizmetlerinin Devlet tarafından, merkezden yönetim kuruluşları tarafından değil; Devlet dışında bulunan ve Devlet hiyerarşisine bağlı bulunmayan kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesini öngörmektedir.³⁰⁸ Ülkemizde yerinden yönetim ilkesi coğrafya ve hizmet esasına göre iki ana başlık altında incelenmekte; bu bağlamda il özel idaresi, belediye ve köy “yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları”, üniversiteler, kamu iktisadi teşebbüsleri gibi kamu

³⁰⁴ Turan YILDIRIM, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, syf.13

³⁰⁵ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.115

³⁰⁶ YILDIRIM, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, syf.47

³⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.185 vd, YILDIRIM, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, syf.47 vd, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.193 vd

³⁰⁸ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.121, GÜNDAY, syf.61

kurumları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da “hizmet bakımından yerinden yönetim” kuruluşları olarak isimlendirilmektedir.³⁰⁹

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda, 123. madde dışında idari teşkilâta ilişkin esaslar öngören diğer hükümler incelendiğinde, “kanunilik ilkesi”nin bu hükümlerin neredeyse tamamının ortak yanını oluşturduğu gözlemlenebilecektir.³¹⁰ Bu bağlamda öncelikle Devlet tarafından yürütülmesi gereken kamu hizmetlerini konularına göre ayrı bir teşkilâtlanma ile yürüten ve Devlettten ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunmayan bakanlıklara ilişkin 113. maddenin 1. fıkrasında, “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilâtı kanunla düzenlenir*” hükmüne yer verilmiş; böylelikle, merkezden yönetimin temel örgütlenme birimi olan ve kendi hizmet alanında Devlet tüzel kişiliğini temsil eden³¹¹ bakanlıkların kurulmasında,³¹² kaldırılmasında, görev ve yetkileri ile teşkilâtlanmasında kanunîlik ilkesinin geçerli olacağı öngörülmüştür.

Yine merkezden yönetimin taşra teşkilatını düzenleyen Anayasa’nın 126. maddesinin 3. fıkrasında “kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezî idare teşkilâtı kurulabileceği” belirtildikten

³⁰⁹ GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.251 vd, YILDIRIM, Türkiye’nin İdari Teşkilatı, syf.143 vd, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.287 vd

³¹⁰ Ancak Cumhurbaşkanlığı teşkilâtı bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Zira Anayasa’nın 107. maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilât ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenecektir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üzerinde, çalışmanın son bölümünde “Kanunî İdare İlkesinin İstisnası” başlığı altında ayrıca durulacaktır.

³¹¹ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.116

³¹² “... Başbakan Yardımcılığı, kimi konularda Başbakana yardım etmek ve Bakanlar Kurulu’nda koordinasyonu sağlamak üzere Bakanlardan en çok ikisi tarafından ayrı ayrı yürütülen bir görevdir. Bu kurum, Anayasa’nın 113. maddesine uygun olarak dayanağını 25.12.1994 günlü, 4060 sayılı Yasa’dan almaktadır. Dolayısıyla Başbakan Yardımcılığı için sözkonusu Yasa’dan ayrı bir kuruluş yasası çıkarılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, ... Bakanlıkların yasayla kurulacağını hükme bağlayan Anayasa’nın 113. maddesine de bir aykırılık oluşturmamaktadır. ...” AYM, 14.09.1995 E:1995/1 K:1995/42, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:10.07.2011 Aynı kararda Anayasa Mahkemesi, Bakanlık ilgili kuruluşlarının Başbakan’ın teklifi ve Cumhurbaşkanı’nın onayı ile değiştirilebilmesini de şu gerekçeyle Anayasa’nın 113. maddesine uygun bulmuştur: “... Anayasa’nın 113. maddesinde ‘Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilâtı kanunla düzenlenir.’ denilmektedir. Bu kural, madde başlığında da belirtildiği gibi ‘Bakanlıkların kurulması’ ile ilgilidir. ... Anayasakoyucunun amacı Bakanlıkların kurulmasını, kaldırılmasını, görevlerini, yetkilerini ve örgütlenmesini yasayla düzenlemektir. Bakanlıkların kuruluşu ve görevleriyle ilgili bir Anayasa kuralını, ‘İlgili kuruluşlar’ için de bağlayıcı kural olarak kabul etmek olanaklı değildir. ... Bu kuruluşların Başbakanlıkla ya da diğer bir Bakanlıkla olan ilgilendirilmelerinin yasayla yapılacağı yolunda bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. ...” Kararın bu kısmı öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. YILDIRIM’a göre, “Hangi bakanlıkla, hangi kuruluşun ilgilendirileceği bakanlıkların kuruluş yasalarında yer almaktadır. Bakanlık ilgili kuruluşunun değişmesi, bakanlık teşkilat yasasının değişmesini gerektirir. Bu değişikliği idari işlemle yapmak, normlar hiyerarşisi ilkesiyle bağdaşmaz. Ayrıca ... bakanlıklarla ilgili kuruluşlar arasındaki hukuki ilişki idari vesayet ilişkisidir. İdari vesayet ilişkisi, yasayla kurulabilir. Bu sebeple, bakanlıkların ilgili kuruluşlarının idari işlemle değiştirilmesi Anayasa’ya aykırıdır.” YILDIRIM, Türkiye’nin İdari Teşkilatı, syf.16

sonra; “*bu teşkilâtın görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği*” vurgulanarak, merkezden yönetim kapsamındaki bölge kuruluşlarının görev ve yetkileri açısından da kanunilik ilkesinin geçerli olması benimsenmiştir.

Yerinden yönetim ilkesi çerçevesinde kamu hizmeti yürüten kamu tüzel kişileri açısından ise; ilk olarak Anayasa’nın 127. maddesinde, mahalli idareler olarak adlandırılan ve belli bir coğrafi birimde yaşayan insanların ortak nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan ‘yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları’na ilişkin ilkeler düzenlenmiştir. Maddeye göre, “*Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir. Mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.*” Dikkat edileceği üzere bu hükümle Anayasa koyucu, yer bakımından yerinden yönetim kuruluşlarının kuruluş, görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceğini hükme bağlamakla yetinmemiş, ilk cümlede yer verdiği tanım aracılığıyla kanunîlik ilkesini mahallî idarelerin kurucu unsuru haline getirmiştir. Söz konusu Anayasal tanım doğrultusunda yer bakımından yerinden yönetim kuruluşlarının üç kurucu unsuru bulunmakta; “yerel nitelikteki ortak ihtiyaçların karşılanması için kurulmuş olma” ve “karar organlarının seçimle iş başına gelmesi” şeklinde ifade edilebilecek olan iki unsur dışındaki üçüncü unsuru “kuruluş esaslarının kanunla belirlenmesi ve karar organlarının kanunda gösterilmesi (ayrıca kuruluş, görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi)” oluşturmaktadır.

Bazı kamu hizmetlerini o hizmetin gereklerine göre örgütlenerek yürüten ve Devletten ayrı tüzel kişilikleri bulunan hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları hakkında da kanunîlik ilkesinin geçerli olacağını öngören Anayasa hükümleri bulunmaktadır. Örneğin Anayasa’nın yükseköğretim kuruluşlarına ilişkin 130. maddesi uyarınca “*üniversiteler ya Devlet tarafından kanunla ya da kanunda gösterilen usul ve esaslara göre Devletin gözetim ve denetimi altında vakıflar tarafından kurulacaktır.*” “Yükseköğretim üst kuruluşları” başlığını taşıyan Anayasa’nın 131. maddesine göre ise, “*Yükseköğretim Kurulu’nun teşkilâtı, görev, yetki, sorumluluğu ve çalışma esasları kanunla düzenlenecektir.*” Yine Anayasa’nın kamu kurumu niteliğindeki meslek

kuruluşlarını düzenleyen 135. maddesinde bu kuruluşların da kanunla kurulacağı açıkça öngörülmüş bulunmaktadır.

Özetlemek gerekirse, Türkiye'nin idarî teşkilatı içinde yer alan Bakanlıklar, bölge kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri, köyler, üniversiteler, Yükseköğretim Kurulu ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından kanunîlik ilkesinin geçerli olacağı, Anayasa'da ayrıca ve özellikle belirtilmiş bulunmaktadır. Her ne kadar bu kapsamdaki Anayasa hükümlerinden bazılarında (m.130, m.135) kanunîlik ilkesinden sadece kuruluş, bazılarında (m.126) ise sadece görev ve yetkilere ilişkin olarak söz edilmişse de; Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “idare kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenir” hükmünden hareketle, kanunilik ilkesinin tüm bu kuruluşlar açısından “kanunla kurulma, kanunla görev ve yetki sahibi olma” şeklinde anlaşılması gerektiği söylenebilecektir.

Esasen Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrası dikkate alındığında kanunilik ilkesi sadece Bakanlıklar, bölge kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri, köyler, üniversiteler, Yükseköğretim Kurulu ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından değil; Cumhurbaşkanlığı teşkilâtı dışında kalan³¹³ tüm idarî teşkilât birimleri açısından geçerli olacak, tüm bu birimlerin kanunla kurulması ve yine görev ve yetkilerinin de kanunla belirlenmesi gerekecektir. Bu bağlamda Anayasa'nın 123. maddesi ile idarî teşkilatla ilgili olarak kanunîlik esasına yer veren diğer Anayasa hükümleri birbirlerini desteklemekte; ancak bu durum, yani bazı icra ve idare birimleri açısından yasallık ilkesine Anayasa'da ayrıca yer verilmesi olgusu, Anayasa'da kanunla kurulacağı açıkça öngörülme-yen bir idarî organın kanun yerine idarî işlemle de kurulabileceği anlamına gelmemektedir. Çünkü Anayasa'nın 123. maddesi hiç bir istisnaya yer vermeksizin, idarenin kanunla kurulacağını kesin bir biçimde kuralla bağlamaktadır.

Ancak bu noktada “Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kanunla kurulacağı açıkça belirtilmesine rağmen, Anayasa'nın 113., 126., 127., 130., 131. ve 135. maddelerinde bazı kamu idareleri açısından kanunla kurulma olgusunun neden ayrıca

³¹³ Zira Cumhurbaşkanlığı teşkilâtı (Genel Sekreterlik) bakımından kanunîlik ilkesinin geçerli olmayacağını, 107. madde ile bizzat Anayasa koyucunun kendisi öngörmüş bulunmaktadır.

zikredildiği” sorusu gündeme gelmektedir. Kanımızca Anayasa koyucunun, özel bir düzenleme konusu yaptığı ve kanunla kurulacaklarını ayrıca belirttiği idarelere daha fazla önem attığı ve bu idareler açısından kanunîlik ilkesini tekrar vurgulamak istediği kesindir. Bunun yanı sıra, Anayasa’da kanunî idare ilkesinden ayrı olarak kanunla kurulacağı ayrıca vurgulanan idarelerin mutlaka kanun ile kurulması gerektiği, bunların kanun dışında kanuna eş değer diğer normlarla (örneğin kanun hükmünde kararnamele) kurulamayacağı da ileri sürülebilecektir.³¹⁴ Ancak belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi’nin görüşü bu doğrultuda değildir ve Anayasa’da kanunla kurulacağı özel olarak belirtilen idarelerin, mesela Anayasa’nın 113. maddesi uyarınca kanunla kurulması gereken Bakanlıkların kanun hükmünde kararname ile kurulması Yüksek Mahkeme tarafından Anayasa’ya aykırı bulunmamaktadır.³¹⁵ Bununla birlikte belirtilmelidir ki; Anayasa’da kanunla kurulacağı 123. madde dışında ayrıca öngörülen idareler açısından kanımızca 123. maddenin 3. fıkrası uygulama alanı bulamayacak ve bu idareler kanun dışında, kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulamayacaklardır.³¹⁶

Bu bağlamda Anayasa’nın gerek 123. maddesi gerekse kanunîlik ilkesine atıf yapan diğer (113., 126., 127., 130., 131. ve 135.) maddeleri, kanunî idare ilkesini, merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkeleri ile birlikte idarî teşkilata hâkim olan bir diğer temel ilke haline getirmektedir. Dolayısıyla kanunî idare ilkesi daha idare hukukuna girişte yani idarenin kurulması (hukuken varlık kazanması) aşamasında

³¹⁴ Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının aksine, mutlaka kanun ile düzenleme ve bu kapsamda örneğin kanun hükmünde kararname konusu yapılamama durumunun, Anayasa’da kanunla kurulacağı ayrıca belirtilen idareler açısından geçerli olmadığını düşünmekteyiz. Zira Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılacağı belirtilmişken, 2001 yılında 4709 sayılı Kanun’la yapılan Anayasa değişikliği ile madde “temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılacağı” şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla Anayasa’nın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan bu değişiklikle getirilen “ancak” kaydı, Anayasa’nın 91. maddesi kapsamında bulunmayan sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin de kanun hükmünde kararname ile sınırlandırılmasına engel oluşturmaktadır. Ne var ki aynı durum, Anayasa’nın 113., 126., 127., 130., 131. ve 135. maddeleri açısından geçerli değildir. Kanımızca Anayasa koyucu sadece anılan maddelerde düzenlediği idareler açısından ayrıca bir kanunîlik vurgusu yapma ihtiyacı hissetmiştir. Bu durum söz konusu maddelerde düzenlenen idarelerin kanun hükmünde kararnemelerle kurulmasına engel teşkil etmemektedir.

³¹⁵ Örneğin Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin son kararında, mevcut Bakanlıkların birleştirilmesi ve kaldırılması, yeni Bakanlık kurulması konularında kanun hükmünde kararname çıkarması için Bakanlar Kurulu’na yetki veren 6223 sayılı Kanun’u Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. “... Anayasa Mahkemesi’nin önceki kararlarında da belirtildiği üzere, Anayasa’nın herhangi bir hükmündeki kanunla düzenleme şartı, o konuda KHK çıkarılmasına engel teşkil etmemektedir. Diğer bir ifadeyle, Anayasa’nın yasayla düzenleme yapılacağını öngören her maddesi, mutlaka ve yalnız yasa çıkarılmasını gerektiren bir anlama sahip değildir. Anayasa’da KHK’lerle düzenlenemeyeceği açıkça belirtilen yasak alanlar hariç olmak kaydıyla, yasayla düzenlenmesi emredilen konularda KHK çıkarılmasına bir engel bulunmamaktadır.” AYM, 27.10.2011 E:2011/60 K:2011/147, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:28.03.2012

³¹⁶ Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrası üzerinde ikinci bölümde ayrıca durulacaktır.

karşımıza çıkmakta ve sadece Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca değil, aynı zamanda diğer bir çok Anayasa hükmü gereğince de idarenin teşkilâtlanması konusunda geçerli hale gelmektedir.

H. Anayasa'nın 128. Maddesi

Kamu idarelerinin varlık sebebi, kamu hizmetlerinin yürütülmesi suretiyle toplumun ortak nitelikteki ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Kamu hizmetlerini yürütebilmeleri içinse idarelerin, doğal olarak bir takım araçlara ihtiyaçları vardır. Bu araçlar “kamu malları” olarak isimlendirilen taşınır ve taşınmaz mallar ile “kamu görevlileri (personeli)” olarak isimlendirilen insanlardan oluşmaktadır. Herhangi bir kamu hizmeti ifa etmeyen, toplumun herhangi bir ihtiyacını karşılamayan bir idare düşünülemeyeceğinden; taşınır ve taşınmaz malları bulunmayan ya da fiziksel ve zihinsel olarak insan gücünden yararlanmayan bir idarenin varlığı da söz konusu olamayacaktır.

Kamu hizmetinin yürütümü ve dolayısıyla kamu yönetimi açısından taşıdığı vazgeçilmez önem sebebiyle “idarenin insan ögesi” olarak nitelendirilen³¹⁷ kamu görevlileri, genel olarak kamu hizmetinin ifasında görev alan ve herhangi bir kamu tüzel kişiliğinde kamu hukuku kurallarına göre çalışan kişileri ifade etmektedir.³¹⁸ Bu bağlamda bir kamu hizmetinin yürütümüne katılmakla birlikte bir kamu tüzel kişisine bağlı olarak görev yapmayan kimselerin, örneğin evinde özel ders veren bir öğretmenin ya da özel muayenehanesinde hasta kabulü yapan bir doktorun; yine bir kamu tüzel kişisinde kamu hukuku kurallarına göre değil de özel hukuk hükümlerine göre görev yapan personelin, örneğin kamu kesiminde İş Kanunu'na tâbi olarak çalışan işçilerin kamu görevlisi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.³¹⁹

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda kamu görevlileri ile ilgili hükümler 128. ve 129. maddelerde yer almaktadır. Bu hükümlerden “Genel İlkeler” başlığını taşıyan 128. maddenin 1. fıkrasında “*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve*

³¹⁷ GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.891, GÜNDAY, syf.516, AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, syf.545

³¹⁸ YILDIRIM, KARAN, syf.277,278

³¹⁹ “...128/1'deki diğer kamu görevlileri, ancak, idare ile 'kamu hukuku' ilişkisi bulunan ve hizmetin 'asli elemanı' sayılabilecek bir görevde çalışanlar olabilir...” Sait GÜRAN, Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu, Anayasa Yargısı, Cilt 1, 1984, syf.199

diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” kuralına yer verilmiş bulunmaktadır. Bu hükümle Anayasa koyucunun, doğrudan bir tanım yapmamakla birlikte memur ve kamu görevlisi kavramlarına ilişkin olarak genel bir çerçeve çizdiğini söylemek mümkündür. Buna göre kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerin memurlar ya da diğer kamu görevlileri dışında başka bir personel tarafından yürütülebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla memurlar ve diğer kamu görevlileri, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden kişiler olarak, diğer bir ifadeyle *idare namına kamu hizmetini yürüten insanlar* olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Bu ise kamu hizmetlerinin yürütümünün tamamen memurların ve diğer kamu görevlilerinin varlığına bağlı olduğu anlamına gelmekte ve tüm kamu görevlilerini idare ve idarî işleyiş açısından son derece önemli kılmaktadır.

Anayasa’nın 128/1. maddesinde, “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri” şeklinde iki ayrı kamu personel grubundan söz edilmektedir. Esasen Anayasa’nın 128. maddesinde belirtilen ‘memur’ kavramının kimleri kapsadığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira yasa koyucu tarafından memurlara özgü bir kanun (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu)  ıkarılmış ve bu kanunda kimlerin memur sayılacağı, memur olma koşulları, memurların hakları, yükümlülükleri ve diğer özlük işleri etraflı bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak 128. maddede yer alan ‘*diğer kamu görevlileri*’ne ilişkin doğrudan bir pozitif hukuk normu bulunmadığından, ‘kimlerin diğer kamu görevlisi olduğu’ hususu tartışmaya açık bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır.³²⁰

Anayasa Mahkemesi, “kimlerin kamu görevlisi olarak kabul edileceği” sorununun ele alındığı kararlarında sıklıkla Anayasa’nın 128. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükme atıf yapmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin 13.12.1995 günlü, E:1995/11 K:1995/63 sayılı kararında şu gerekçelerden hareketle, kamuda  alışan

³²⁰ Bu konuda öğretide yapılan tartışmalar ve dar anlamda kamu görevlisi, geniş anlamda kamu görevlisi ayrımı için bkz. Cihan KANLIG Z, 1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı, AÜHF Dergisi, Cilt XLIII, S:1, 1993, syf.180 vd. Ayrıca bkz. GÜNDAY, syf.515 vd, AKYILMAZ, SEZG NER, KAYA, syf.545 vd, ATAY, syf.825 vd

sözleşmeli personelin kamu görevlisi olduğu sonucuna ulaşılmıştır: “Anayasa’nın 128. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin yasa ile düzenleneceği kuralına yer verilmiştir. ... Bu maddeye göre, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler ‘memurlar’ ve ‘diğer kamu görevlileri’ tarafından görülecektir ... Genelde kabul gören tanımı ile sözleşmeli personel, sözleşme ile çalışan ve işçi statüsünde olmayan personeldir. Bu tür personelin istihdamında ‘akdi’ bir durum söz konusudur. Sözleşme bireyin hak ve yetkilerini, çalışacağı kurumla olan ilişkilerini gösterecek ve yönetecek bir takım hükümleri de içerir. Böylece, sözleşme taraflar için yeni hukuksal durumlar yaratır. Bu nitelikteki personelin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerde çalıştırılması olanağının bulunup bulunmadığı, kamu hizmeti görevlileri ile (ilgili) genel ilkeleri saptayan Anayasa’nın 128. maddesine göre belirlenecektir. ... 128. maddede sözü edilen ‘diğer kamu görevlileri’ kavramı memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsamaktadır. Anayasa’nın 123. maddesine göre ‘İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.’ İdarenin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri 128. maddeye göre, ‘memurlar’ ve ‘diğer kamu görevlileri’ eliyle yürütülür. Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerde ‘memur’ ve/veya ‘diğer kamu görevlileri’nden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercih yasakoyucunun tercih alanı içindedir. 4059 sayılı Yasa’nın 7. maddesinin (e) bendinde, kadroları karşılık gösterilmek kaydıyla, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve diğer kanunların sözleşmeli personel hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın kimi görevlerde sözleşmeli personel çalıştırılabileceği

kurala bağlanmıştır. Açıklanan nedenlerle (e) bendinin birinci, ikinci ve altıncı tümceleri Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık oluşturmamaktadır.”³²¹

Danıştay da Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındaki kamu görevlilerini, asli ve sürekli bir kamu hizmetinin yürütümüne katılmalarına ve idare ile olan ilişkilerinin hukuki niteliğine göre belirlemektedir. Örneğin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, sözleşmeli personelin hukuki statüsünü değerlendirdiği bir kararında, bu personelin Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen diğer kamu görevlileri kapsamında bulunduğu karar vermiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na göre, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 128. maddesinde; genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği öngörülmüştür. Anılan maddede geçen ‘diğer kamu

³²¹ AYM, 13.12.1995 E:1995/11 K:1995/63, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:29.07.2011. “Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir. Buna göre, yapı denetim kuruluşlarının hizmetleri Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında bulunmamaktadır.” AYM, 26.02.2002 E:2001/377 K:2002/59, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:02.08.2011, “Anayasa'nın 128. maddesinde ‘Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. ...’ denilmektedir. Radyo ve televizyon kuruluşlarına yayın izni ve lisans vermek, yayınların bu yasa ve milletlerarası andlaşmalara uygunluğu açısından izlenerek denetimlerini yapmak, yasaya aykırı ve tahsis şartlarına uymayan yayınlar için yaptırım uygulanmasına karar vermek, bu alandaki çalışma ve faaliyetlerle ilgili düzenlemeleri hazırlamak gibi temel işlevler üstlenen Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan, kamu tüzel kişiliğini haiz, radyo ve televizyon yayınları alanında kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı kalarak kamu yararı amacıyla işlemler yapan, genel idare esaslarına göre faaliyet gösteren, bu nedenle icra ettiği hizmet sürekli ve asli nitelikte olan bir kuruldur. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu yasayla kendisine verilen kamu hizmeti niteliğindeki sürekli görev ve hizmetleri, maddenin dördüncü fıkrasına göre, daire başkanlıkları şeklinde örgütlenen ve uzmanlık esasına göre çalışan ana hizmet ve yardımcı hizmet birimlerince yerine getirir. Bu nedenle uzmanlar, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen genel idare esaslarına göre asli ve sürekli nitelik taşıyan kamu hizmetlerini yerine getiren personeldir....” AYM, 12.06.2008 E:2004/55 K:2008/118, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:02.08.2011, “4603 sayılı Yasa kapsamındaki bankaların personeline ilişkin kuralların incelendiği ... Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi söz konusu bankalar, 4603 sayılı Yasa dışında Bankacılık Kanunu ve özel hukuk hükümlerine göre çalıştığından, bu bankaların personelinin hizmeti Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılmaz ve personel de aynı madde kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilemez. 4603 sayılı Yasa kapsamındaki bankalar, özel hukuk hükümleri çerçevesinde, bankacılık sektörü ve ekonomik kurallara uygun biçimde verimlilik ve rekabet esaslarına göre çalışması gereken kuruluşlar olduğundan, personel rejiminin de bu esaslara uygun olması gerekir.” AYM, 06.11.2008 E:2007/73 K:2008/158, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:02.08.2011 (Benzer yöndeki kararlar: 19.06.2002, E:2001/33 K:2002/56, 25.06.2002 E:2002/31 K:2002/58, 08.01.2009 E:2004/87 K:2009/5), “Kalkınma ajansları Anayasa'nın 123. maddesinin son fıkrasına dayanılarak kurulan kamu tüzel kişileri olup, 5449 sayılı Yasa dışında özel hukuk hükümlerine göre çalıştığından, bunların hizmetinin Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılmasına ve personelinin de aynı madde kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.” AYM, 30.11.2007 E:2006/61 K:2007/91, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:02.08.2011

görevlileri’, memurlar ve işçiler dışında kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde idareye kamu hukuku ilişkisiyle bağlı olarak çalışanlardır. Bu ilişkinin doğal sonucu, bunlara bütçeden ödeme yapılması, haklarında özel kuralların uygulanmasıdır. Diğer bir anlatımla, sözleşmeli personel, kamu hizmetinin asli ve sürekli bir görevinde memur ve işçiden ayrı, kamu hukuku bağlantısı olan kimsedir.”³²²

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da değinildiği gibi, Anayasa’nın 128. maddesinde sözü edilen “diğer kamu görevlileri”nin belirlenmesinde, kanımızca 128. maddede yer alan ifade ve kamu hukuku ilişkisinin varlığı ayırdedici rol oynayabilecektir. Buna göre Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda aktardığımız K:1995/63 sayılı kararında belirtildiği gibi “‘Diğer kamu görevlileri’ kavramı memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsamaktadır.” şeklinde bir yaklaşımın isabetli olacağı söylenebilecektir. Bu tür bir yaklaşım ise, hem memurlar dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılmaları öngörülen sözleşmeli personel ile geçici personelin, hem de 657 sayılı Yasa dışında başka kanun hükümlerine tabi olarak kamu hizmetlerinin yürütümüne kamu hukuku ilişkisiyle asli ve sürekli şekilde katılan hâkim,

³²² Danıştay İDDK, 04.02.2010, YD İtiraz No:2009/921, Karar yayınlanmamıştır.

Herhangi bir çalışanın Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında kamu görevlisi olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, uyuşmazlığın çözümünde görevli olan yargı kolunun belirlenmesi açısından da büyük önem taşımaktadır. “Anayasa’nın 128. maddesinde, ‘Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.’ hükmüne yer verilmiştir. Bu madde hükmüyle, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin iş hukuku kurallarına bağlı bulunan işçilerden farklı olarak statü hukuku içinde yer almaları esası benimsenmiştir. Nitekim bu esasa uygun olarak sözleşmeli personele ilişkin düzenleme yapan çeşitli kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde sözleşmeli personelin işçi statüsünde olmadığı belirtilmiştir. ... Olayda, davacı ile davalı idare arasında yapılan hizmet sözleşmesinin TÜBİTAK Personel Yönetmeliği’nin 10. maddesine göre düzenlenmiş sözleşme hükümlerine göre; Koruma ve Güvenlik Grup Şefi olarak görev yapacak olan davacının, 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun ve bu Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik hükümlerini okumuş ve bu hükümleri kabul etmiş sayılacağı, disiplin suç ve cezaları bakımından anılan bu yönetmeliğe tabi olacağı, toplu iş sözleşmesi ile verilen haklardan yararlanamayacağı, 2495 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik hükümleri uyarınca hizmeti yürütmede yetersizliğinin saptanması veya hizmetin niteliğine uygun olmayan davranışları nedeni ile çalışması uygun görülmediği takdirde TUBİTAK tarafından görevine son verileceği ve ücretinin ise TUBİTAK Personel Yönetmeliği hükümlerine göre belirlendiği anlaşılmıştır. Bu durumda, bir kamu tüzelkişisi olan TUBİTAK ile davacı arasında imzalanan sözleşmenin, koruma ve güvenlik gibi bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bulunması, sözleşmenin düzenleme ve yürütme biçiminin özel hukuk esaslarından çok, kamu hukuku esaslarına uygun olması karşısında, hizmet sözleşmesinin idari bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Buna göre, sözleşmenin feshine bağlı olarak talep edilen iş sonu tazminatının ödenmemesine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlığın görünüm ve çözümünün idari yargıya (idare mahkemelerine) ait olduğu anlaşılmaktadır.” Danıştay 11.D., 15.06.2007, E:2006/9345 K:2007/6043, DD, Yıl:37 S:116, 2007, syf.356

savcı, öğretim üyesi, asker gibi personellerin “diğer kamu görevlisi” kavramının içinde değerlendirilmelerini netice verecektir.³²³

Kurucu iktidar, Anayasa’nın 128. maddesinin 1. fıkrasında memurların ve diğer kamu görevlilerinin yürüteceği görevlerin niteliklerini belirtip böylece dolaylı da olsa memurları ve diğer kamu görevlilerini tanımladıktan sonra, maddenin devamında kamu görevlilerinin personel rejiminde “**kanunîlik ilkesi**”nin geçerli olmasını öngörmüştür. Böylelikle Anayasa koyucu, kamu görevlileri ile idare arasındaki hukuki ilişkinin kamu hukuku ilke ve esaslarına göre kanunla düzenlenmesi³²⁴ prensibini getirerek, kamu yönetimi için büyük önem taşıyan kamu görevlileri açısından güvenceli bir özlük sistemi benimsemiştir.

Bu bağlamda Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*” hükmü yer almaktadır. Dikkat edileceği üzere madde kapsayıcı bir üslupla kaleme alınmış ve memurlar ile diğer kamu görevlilerini ilgilendiren hemen hemen tüm hususların kanun koyucu tarafından düzenlenmesi öngörülmüştür. Zira bir kamu hizmetinin ifası için kamu personeli çalıştırılması söz konusu olduğunda ilk çözümlenmesi gereken sorun, bu personelin nasıl seçileceği ve dolayısıyla hangi niteliklere sahip olacağıdır. Gerekli niteliklere sahip olan kişi seçilip kamu görevlisi olarak atandıktan sonra ise sırasıyla bu kişinin hangi görevleri yerine getireceği, hangi yetkileri kullanabileceği, kendisine kamu kaynaklarından ne kadar maaş ödeneceği, hangi haklara sahip olacağı, ne gibi mükellefiyetlerinin bulunacağı gibi konular gündeme gelecektir. İşte kurucu iktidar tüm bu aşamaları teker teker saymak suretiyle kanunîlik ilkesinin kapsamına almış; ayrıca “... ve diğer özlük işleri...” şeklindeki genel ifadeyle de kamu görevlileri açısından kanunîlik ilkesine istisna oluşturabilecek bir alan *neredeyse* bırakmamıştır.

Kamu görevlileri açısından kanunîlik ilkesini incelediği kararlarında Anayasa Mahkemesi, kanunilik ilkesine ilişkin diğer Anayasal hükümlerle ilgili değerlendirmelerine paralel bir yaklaşım izlemektedir. Bu bağlamda “*kanunla*

³²³ YILDIRIM, KARAN, syf.281-282

³²⁴ Oğuz SANCAKDAR, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, 1. Bası, Ankara: Yetkin, 2001, syf.33

düzenlenme” konusunda yasama yetkisinin devredilmezliğini öngören 7. maddeye atıf yapan Yüksek Mahkeme, kamu görevlileri ile ilgili bir konunun kanunla düzenlenmiş sayılabilmesi için düzenlemenin temel ilkeleri koymasını ve çerçeveyi çizmesini, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir takdir yetkisi vermemesini şart koşturmaktadır. Mahkemeye göre; “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. ...’ denilmiş, 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir. Anayasa’da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel 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, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hakları ve yükümlülüklerinin yasa ile düzenlenmiş olduğunun kabul edilebilmesi için söz konusu hak ve yükümlülüklerin sadece ad olarak yasada belirtilmesi yeterli değildir. Böyle bir düzenlemede temel ilkelerin ortaya konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanın yürütmenin düzenlemesine bırakılmaması gerekmektedir.”³²⁵

³²⁵ AYM, 29.01.2009 E:2005/152 K:2009/14, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:06.08.2011, Kararın devamında Anayasa Mahkemesi “Tedavi kurum ve kuruluşlarında yapılan tedavilere ilişkin ücretler ile kullanılması gerekli görülen ortez, protez ve diğer iyileştirme araçlarının sağlanması memurlar ve diğer kamu görevlilerinin en önemli özlük haklarındanıdır. Bu nedenle bunlara ilişkin ödemelerin nasıl yapılacağına yasayla düzenlenmesi gerektiği açıktır. 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.” gerekçelerinden hareketle memurlara ve diğer kamu görevlilerine yapılacak tedavi yardımının esas ve usullerini belirleme konusunda idareye yetki veren iki yasa kuralını Anayasa’nın 7. ve 128. maddelerine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir.

Kamu görevlileri açısından kanunîlik ilkesinin doğal sonuçlarından biri de hiç şüphesiz, 128. maddede belirtilen memurlara ve diğer kamu görevlilerine ilişkin konuların *idarenin düzenleyici işlemleriyle* tanzim edilemeyecek olmasıdır. Kararlarında bu hususa da sıklıkla vurgu yapan Anayasa Mahkemesi'ne göre, *“Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin yasayla düzenlenmesi gerekir. Üst Kurul uzmanlarının, uzmanlık alanları, nitelikleri, öğrenim dalları ve düzeyleri, seçilme usulleri, tabi olacakları sınavlar, yeterliliklerinin belirlenmesi ve atamanın nasıl yapılacağını içeren atama usullerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemenin Üst Kurul’un çıkaracağı yönetmeliğe bırakılması Anayasa’nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır”*³²⁶, *“Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında olan Kurul’u oluşturacak kişilerin, nitelikleri, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin yasa ile düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemenin Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliğe bırakılması Anayasa’nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır.”*³²⁷

Anayasa Mahkemesi’nin düzenleyici idari işlemler açısından ulaştığı bu sonuç birel idari işlemler açısından da evleviyetle geçerli olacaktır. Dolayısıyla memurlar ile diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri, doğrudan yasa ile öngörülme her hangi bir birel işleme de konu edilemeyecektir.

Bu durum, yani memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, haklarının ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi sadece bu görevliler açısından

³²⁶ AYM, 12.06.2008 E:2004/55 K:2008/118, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:06.08.2011

³²⁷ AYM, 15.01.2009 E:2004/70 K:2009/7, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:06.08.2011, *“İptali istenen tümcede yer alan gıda kontrol ve denetim hizmetlerini yapacak personelin 5179 sayılı Yasa gereğince yapacakları denetimlerin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirileceği ve denetim elemanlarının da bu kapsamda bulunduğu açıktır. Kaldı ki maddenin üçüncü fıkrasında gıda kontrol ve denetim hizmetinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi en az lisans düzeyinde eğitim almış personel tarafından yapılacağı belirtilmektedir. Bu durumda, 5179 sayılı Yasa’nın 23. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan kontrol ve denetim hizmetini yapacak personelin, hangi alanlardaki lisans mezunlarından olacakları, nitelikleri, seçilme usulleri, tabi olacakları sınavlar, yeterliliklerinin belirlenmesini içeren seçim ve yetiştirilmelerine ilişkin usul ve esasların yasayla düzenlenmesi gerekirken yönetmelikle belirlenmesi, Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.”* AYM, 08.01.2009 E:2004/69 K:2009/6, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:07.08.2011

değil, kamu hizmetlerinden yararlanan konumunda bulunan yurttaşlar açısından da güvence oluşturmaktadır. Zira kamu hizmetlerine ilişkin işlem ve eylemleri bilfiil yürüten kamu personelinin niteliklerinin ve atanmalarının yasayla düzenlenmesi, bu kişilerin kamu hizmetini yürütmek açısından yeterli liyakata sahip olmalarını; görev, yetki, hak ve yükümlülüklerinin yasayla düzenlenmesi de, yerine göre kamu gücü kullanma yetkisi de bulunan kamu personelinin faaliyet alanının, diğer kişi ve kurumlarla olan ilişkilerinin belirgin ve öngörülebilir nitelikte olmasını güvence altına almaktadır. Ayrıca hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri yasayla düzenlenen memurlar ve diğer kamu görevlileri, her ay ne kadar ücret alacakları, ne zaman emekli olacakları, hangi hallerde ve ne şekilde görevlerine son verilebileceği gibi konular kolay değiştirilebilir nitelikte olmayan kurallarla önceden belirli olacağından, kendilerini güvende hissedecekler ve bu durum, hiç şüphesiz yürütülecek kamu hizmetlerinin kalitesini olumlu yönde etkileyecektir.

Anayasa'nın 128. maddesinde öngörüldüğü ve Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlandığı şekliyle kamu görevlileri açısından kanunîlik ilkesi, idare ve idarî işleyişle ilgili çok geniş bir alanı yasallık kaydına almaktadır. Bu çerçevede kamu idarelerince genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren personelle yani idare adına kamu hizmeti yürüten gerçek kişilerle ilgili hemen hemen bütün konuların kanunlarla düzenlenmesi, bu konularda idareye yasayla çerçevesi çizilmeden, geniş ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmemesi gerekmektedir. Bu ise Anayasa'nın 128. maddesini genel olarak idarenin kanunîliğini düzenleyen 123. madde ile doğrudan bağlantılı kılmakta ve hatta her iki Anayasal düzenlemenin gereklerinin bir çok alanda iç içe geçmesini netice vermektedir. Zira kanunî idare ilkesi uyarınca idare kanunla kurulacak, görevleri ve yetkileri kanunla belirlenecektir. İdarenin kurulması ise kurulacak bu idareye kamu personelinin atanmasını gerektirmekte, idarenin görev ve yetkileri de çoğu kez memurların ve diğer kamu görevlilerinin görev ve yetkilerini ifade etmektedir. Bu durumda her iki yasallık ilkesinin “idarenin kanunla kurulması, görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmesi” ile “memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi” şeklinde belirtilebilecek gerekliliklerinin büyük ölçüde örtüştüğü söylenebilecektir.

Nitekim her iki madde arasında var olan hukuki bağlantı Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olmuş bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre; *“Anayasa’nın 123. maddesinin birinci fıkrasında, ‘İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.’ hükmü yer almış, maddenin gerekçesinde, ‘İdarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesinin bir sonucu olarak, kamu tüzel kişilerinin de ancak kanunla veya kanunun açık yetki vermesi halinde idarî işlemle kurulabileceği öngörülmektedir.’* denilmiş, 128. maddesinde de memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, haklarının ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi öngörülmüştür. İdarenin yasallığı ilkesi, idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin yasayla düzenlenmesini de içerir. Kadrolar, bir kamu hizmetinin teşkilatlanmasının ön koşuludur. Kadro unvanı, personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kadro ile birlikte, ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimlerinde istihdam edilecek personelin niteliklerinin Yasa ile belirlenmesi Anayasa’nın 128. maddesinin gereğidir.”³²⁸

Sonuç olarak Anayasa’nın diğer maddelerinde olduğu gibi memurlara ve diğer kamu görevlilerine ilişkin 128. maddesinde öngörülen yasallık ilkesi de, bir çok konuda kanunî idare ilkesi ile örtüşen, onu güçlendiren ve tamamlayan bir diğer Anayasal ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

I. Anayasa’nın 161. ve 163. Maddeleri

Devletin ve diğer kamu idarelerinin yasalarla kendilerine verilen görevleri yapabilmeleri ve bu kapsamda kamu hizmetlerini ifa edebilmeleri için personele, araç gerece, taşınır taşınmaz mallara ihtiyaç duyduğu, bunları temin edebilmek için de gelir elde etmek zorunda olduğu daha önce belirtilmişti. Bu ‘ihtiyaç duyma’ ve ‘ihtiyacı karşılamak için gelir elde etme’ sürecinin doğal uzantısı ve tamamlayıcısı olan ‘elde edilen geliri kamusal ihtiyaçlar doğrultusunda harcama’ faaliyetinin de, inceleme

³²⁸ AYM, 12.12.2007 E:2002/35 K:2007/95, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:07.08.2011

konumuz olan kanunî idare ilkesi ile olan yakın ilişkisi nedeniyle bu başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

Günümüzde kamusal güç kullanan otoritelerin gerek gelir elde etmeleri, gerekse elde ettikleri bu geliri çeşitli amaçlar doğrultusunda kullanmaları bir malî hukuk terimi olan **bütçe** kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu bağlamda bütçe terimi, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin belirli bir dönemde yapacağı giderlerin tutarı ile bu giderleri karşılayacak gelirlerin kaynağını gösteren, gelir ve gider tahminleri ile bunlara ilişkin hükümleri düzenleyen belgeyi³²⁹ ifade etmekte; kamu harcamaları ile bütçe kuralları “bütçe hukuku” olarak isimlendirilen yeni bir hukuk dalının konusu olarak kabul edilmektedir.³³⁰

Kamu harcamalarına ve bütçeye ilişkin bir takım hukukî ilkelerin benimsenmesinin, bu ilkelerin bütçe hukuku adı altında yeni bir hukuk disiplini kapsamında incelenmesinin temelinde, modern demokrasilerin gereklerinden biri olarak kabul edilen **bütçe hakkı** yatmaktadır. Kamusal gelirlerin gerek elde edilmesinde gerekse harcanmasında keyfiliğin önlenmesini amaçlayan ve geçmişi 1215 yılına, Magna Carta Libertatum’a kadar uzanan bütçe hakkı, kamu otoritelerinin hangi konulara ne ölçüde para harcayabileceğine ve bu harcamalar dolayısıyla halka ne gibi yükümlülükler getirebileceğine yine halkın karar vermesini ifade etmektedir.³³¹

Günümüzde halkın karar alma sürecine katılımı temsil yoluyla sağlandığından, bütçe hakkının halk tarafından kullanılması da halkın temsilcileri olan parlamenterler aracılığıyla, dolayısıyla parlamentonun temel tasarrufu olan kanunlarla gerçekleşmektedir.³³² Bu nedenle günümüzde bütçe hakkının temel görünüm şekli “Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin hangi kaynaklardan ne kadar gelir elde edeceğine ve bu gelirleri nerelere harcayacağına yasama organının karar vermesi” ya da “gelir elde etmeden ve gelirleri harcamadan önce kamu otoritelerine bir kanunla izin verilmesi zorunluluğu” şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

³²⁹ M. Kâmil MUTLUER, Erdoğan ÖNER, Ahmet KESİK, Bütçe Hukuku, 2. Bası, İstanbul: Bilgi, 2006, syf.9, Cuma ÇATALOLUK, Batı Toplumlarda Toplumsal Yapı Değişimleri ve Bütçe Hakkının Gelişimi, DEÜ SBE Dergisi, Cilt 10, S:2, 2008, syf.82

³³⁰ MUTLUER, ÖNER, KESİK, syf.16

³³¹ MUTLUER, ÖNER, KESİK, syf.53-54

³³² “... Bütçe hakkı ile verilen harcamalara kanunilik getirme çabasıdır. Kanunsuz hiçbir harcamanın yapılmamasını sağlamaktır. ...” ÇATALOLUK, syf.92

Bütçe hakkının demokrasiler açısından taşıdığı önem, kamusal gelirlerin toplanmasına ve bu gelirlerin harcanmasına ilişkin bütçe ilkelerinin doğrudan anayasalarda yer almasını netice vermiştir.³³³ Bu bağlamda 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 161., 162., 163., 164. ve 165. maddelerinde bütçenin hazırlanmasına, uygulanmasına, görüşülmesine, bütçede değişiklik yapılmasına ve bütçenin denetimine ilişkin bazı esaslar getirilmiştir. Bu esaslardan kanunilik ilkesi ile doğrudan ilgili bulunanları şu şekildedir: *“Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları, yıllık bütçelerle yapılır. Malî yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü kanunla düzenlenir. ... Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz. (m.161)”, “Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek miktarın sınırını gösterir. Harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamaz. Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez. ...(m.163)”*

Görüleceği üzere kurucu iktidar, Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki diğer kamu tüzel kişilerinin harcama yapabilmesi için yıllık bütçenin varlığını ve bu bütçenin “bütçe kanunu” olarak isimlendirilen özel bir yasa ile yürürlüğe konulmasını zorunlu kılmıştır. Buna göre bir kamu otoritesinin kamu kaynağı kullanarak harcama yapabilmesi için, yasama organının söz konusu idareye bütçe kanunu ile harcama izni vermiş olması gerekmektedir. Bütçenin yasallığı şeklinde ifade edilebilecek bu zorunluluk Anayasa tarafından son derece sıkı esaslara bağlanmış ve harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla, bütçe kanunu hükümlerinin de kanun hükmünde kararnamelerle değiştirilemeyeceği belirtilerek, bütçenin yasallığı ilkesi bakımından hiçbir istisnaya izin verilmemiştir.³³⁴

³³³ MUTLUER, ÖNER, KESİK, syf.18

³³⁴ Bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hükmün konulamaması (m.161), bütçe kanununun hazırlanma ve TBMM’de görüşülme usulünün diğer kanunlardan farklı olarak Anayasa’da ayrıca düzenlenmesi (m.162) ve Cumhurbaşkanının yayımlanmasını uygun bulmadığı bütçe kanununu yeniden görüşülmek üzere TBMM’ye gönderememesi (m.89) de bütçenin yasallığı ilkesini pekiştiren unsurlar olarak okunabilir. Zira Anayasa koyucu bütçenin yasallığı ilkesini benimserken bütçe hakkında çıkarılan kanuna özel bir statü tanımış, bu kanunun hazırlanma ve görüşülme usullerini ayrıntılı olarak düzenlemiş, bütçe kanununun değiştirilmesini ve yürürlüğe konulmasının geciktirilmesini zorlaştırmıştır. Adeta “bütçe kanunu” adı altında normal yasalardan farklı ve daha güvenceli yeni bir kural işlem ihdas edilmiş; bütçe ile ilgili işlemlerin yapılabilmesi de bu kural işlemin varlığına bağlı kılınarak, bütçe açısından normal yasallık ilkesine nazaran daha yüksek bir güvence benimsenmiştir.

Bütçe kanunları, yürütme organının bir yıl içinde gerçekleştirmek istediği ve yasama organı tarafından yapılmasına izin verilen iş ve faaliyetlerin mali biçimde ifade edildiği³³⁵ ve Anayasa gereği normal yasalardan daha güvenceli hukuksal metinlerdir. Kamusal gelirlerin elde edilmesinde ve harcanmasında halkın söz sahibi olmasını güvence altına alan bütçe hakkının gereği olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da bütçenin “yasa” olarak hazırlanmasını, bu yasaların parlamentoda özel olarak görüşülmesini, bu yasalarda kanun hükmünde kararnamelerle dahi değişiklik yapılamamasını öngörmüş ve böylece bütçenin yasallığı ilkesini benimsemiş bulunmaktadır. Bu bağlamda kamu idarelerinin harcama yapabilmesi ve dolayısıyla bu harcamaların konusunu oluşturan kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi, idarelere bütçe kanunu ile harcama yapma yetkisinin tanınmış olmasına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle idare, bütçe kanunu ile kendisine bu yönde bir izin verilmediği sürece harcama gerektiren bir görevi yerine getiremeyecek, yine harcama gerektiren bir yetkiyi kullanamayacaktır.

Anayasa’nın 123. maddesinde öngörülen kanunî idare ilkesi, idarenin kanunla kendisine tanınmayan hiç bir yetkiyi kullanmamasını gerektirmektedir. Bütçenin kanunîliği ilkesi ise idarenin kamusal kaynakları kullanabilmesini, bu yönde bir bütçe kanunu hükmünün varlığına bağlı kılmaktadır. Dolayısıyla kamusal gelirlerin harcanmasını gerektiren idarî işlem ve eylemler açısından *yasallık ilkesi*, Anayasa’nın 123. maddesinin yanı sıra 161. ve 163. maddeleri ile daha da pekiştirilmiş ve çok daha güvenceli bir konuma getirilmiş olmaktadır.³³⁶

Sonuç olarak Anayasa’da yer alan hükümlerden bir kısmı (m.2, m.6, m.7, m.8) kanunî idare ilkesinin felsefî ve hukukî alt yapısını oluşturmakta; bir kısmı ise (m.13, m.38, m.73, m.113, m.126, m.127, m.128, m.130, m.131, m.135, m.161, m.163) kanunî idare ilkesinin anlamını ve işlevini pekiştirmekte, idarenin kuruluşuyla görev ve yetkilerini daha sıkı bir yasallık koşuluna tâbi kılmaktadır. Bu nedenle idarenin kuruluşunda ve görevleriyle yetkilerinin belirlenmesinde Anayasa’nın 123. maddesi tek

³³⁵ Bülent SEVEN, Bütçe Yasasına Bütçe İle İlgili Hükümler Dışında Hiçbir Hüküm Konulamaması İlkesi ve Anayasanın 148. Maddesinin 2. Fıkrasının Bütçe İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi, SD, S:25 (Özel Sayı), Nisan-Haziran 1997, syf.125, www.sayistay.gov.tr, erişim tarihi:03.07.2011

³³⁶ “... idare alanının tanzimi, netice itibariyle masraf yapılmasını istilzam edeceğinden; iptidaen değilse bile, intihaen yasama meclislerinin tasvibinden geçmek icab edecektir.” Lütü DURAN, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, İÜHFİM, Cilt XXX, S:1-2, 1964, syf. 486

başına ele alınmamalı; kanunîlik ilkesine ilişkin diğer Anayasal normlarla birlikte okunmalıdır.

İkinci Bölüm

İDARENİN KURULUŞUNUN KANUNLA DÜZENLENMESİ

Pozitif hukukumuzdaki dayanağını Anayasa'nın 123. maddesinde bulan kanunî idare ilkesinin biri idarenin kuruluşuna, diğeri de idarenin görev ve yetkilerine ilişkin olmak üzere iki yönü bulunmaktadır.³³⁷ Zira 123. maddenin birinci fıkrasında “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” hükmüne yer verilerek, kanunîlik kaydına bağlı olan yani kanunla düzenlenmesi gereken hususlar “idarenin kuruluşu” ve “idarenin görevleri” şeklinde belirtilmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda, idarelerin yani kamusal hizmetleri yürüten kurum ve kuruluşların hem hukuk alanında varlık kazanıp organize edilmeleri hem de sonrasında kamusal hizmetleri yürütme faaliyetleri yani görevleri ve bu görevleri ifa edebilmek için kullanacakları yetkileri kanun koyucu tarafından düzenlenecektir.

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasının devamında, idarenin kuruluşu bakımından kanunîlik ilkesini öngören bir hükme daha yer verilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında yer alan bu hükümle “*Kamu tüzelkişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı*” öngörülmüş; maddenin gerekçesinde de bu hüküm (3. fıkra) ile “idarenin kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenleneceği”ni belirten 1. fıkra arasındaki ilişkiye şu şekilde değinilmiştir: “*Maddede idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesinin bir sonucu olarak, kamu tüzelkişilerinin de ancak kanunla veya kanunun açık yetki vermesi halinde idari işlemle kurulabileceği öngörülmektedir.*”³³⁸

İdarenin kuruluşunun kanunla düzenleneceğini öngören Anayasal hükümler, 123. maddenin 1. ve 3. fıkralarından ibaret değildir. Bakanlıkların kanunla kurulacağını ifade eden Anayasa'nın 113. maddesi, yerel yönetimlerin kuruluş esaslarının kanunla belirtileceğini hükme bağlayan Anayasa'nın 127. maddesi, üniversitelerin Devlet

³³⁷ “Kanuni idare ilkesi iki boyut içermektedir. Birincisi, idarenin kuruluşunun kanunla düzenlenmesi, ikincisi ise idarenin görevlerinin kanunlarda gösterilmesidir.” YILDIRIM, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, syf.13

³³⁸ AYDOĞDU, syf.452, Maddenin bu şekildeki gerekçesi aynı zamanda; kanunî idare ilkesiyle bağlantılı olarak 123. maddenin birinci fıkrasının, “İdare, kanunla düzenlenir” şeklinde değil de “İdare kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenir” şeklinde yorumlanması gerektiğini göstermektedir. Zira gerekçede; “*Maddede idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesinin ...*” öngörüldüğü açıkça vurgulanmaktadır.

tarafından kanunla kurulacağını düzenleyen Anayasa'nın 130. maddesi, Yükseköğretim Kurulu'nun teşkilatının kanunla düzenleneceğini belirten Anayasa'nın 131. maddesi ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kanunla kurulacağı ilkesini benimseyen Anayasa'nın 135. maddesi, idarenin kuruluşu konusunda kanunîlik esasını öngören diğer Anayasal normlardır.³³⁹ Ancak bu çalışmada kanunî idare ilkesi, “Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen bir idare hukuku ilkesi” olarak ele alındığından, idarenin kuruluşunun kanunla düzenlenmesi konusu da Anayasa'nın 123. maddesi kapsamında incelenmeye çalışılacaktır.

I. “İDARENİN KURULMASI” KAVRAMI

“İdare kanunla kurulur” şeklinde bir ilkeden söz edildiği zaman, ilkenin kapsamı doğal olarak “idare” ve “kurulma” kavramlarına atfedilecek anlama göre belirlenebilecektir. Bu bağlamda idare kelimesi ile hangi kuruluşların, kurulma kelimesiyle de hangi olgunun ifade edildiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde de belirtildiği gibi, sözlük anlamı “yönetme, yönetim, çekip çevirme”³⁴⁰ olan idare kavramı, idare hukuku açısından “kamusal hizmetleri yürütme faaliyetleri” ile “bu faaliyetleri yürüten kurum ve kuruluşlar”ı ifade etmektedir. Bu çerçevede idare kavramının biri eyleme, diğeri ise bu eylemi gerçekleştiren organa ilişkin iki yönü bulunmakta ve idarenin eyleme ilişkin yönü “fonksiyonel anlamda idare”, eylemi gerçekleştiren organa ilişkin yönü ise “organik anlamda idare” olarak isimlendirilmektedir. Organik anlamda idareyi “yasama ve yargı dışındaki tüm Devlet kuruluşları ile Devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişileri” oluşturmaktadır.³⁴¹ Ancak organik anlamda idare dışında kamusal hizmetleri yürüten başka kuruluşlar da bulunduğundan, idarenin işlevsel (fonksiyonel) açıdan da tanımlanmasına ihtiyaç duyulmuş ve “Devletin yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütme organının hükümet fonksiyonu olarak da isimlendirilen siyasi işlevinin dışında kalan, gündelik yaşamın devamına, kamusal ihtiyaçların giderilmesine ve bu suretle kamu

³³⁹ Bu normların 123. madde ile olan ilişkisi üzerinde çalışmanın birinci bölümünde durulmuştur.

³⁴⁰ Türk Dil Kurumu Sözlüğü. www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi:26.08.2010.

³⁴¹ ÖZYÖRÜK, syf.45, 46, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.25

yararını temine yönelik faaliyetler”³⁴² fonksiyonel anlamda idare kavramı kapsamında kabul edilmiştir.

“İdare kanunla kurulur” ilkesi bakımından idare kavramı, organik anlamda idareyi kapsayacak şekilde değerlendirilmelidir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, kanunî idare ilkesi gereğince organik anlamda idare kapsamında kabul edilen birimlerin kuruluşları ile organik anlamda idare kabul edilen organların, hükümetin, yasama ve yargı organlarının fonksiyonel açıdan idare kavramına dahil olan görevlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda organik açıdan idare kavramına dahil olmayan bir kuruluşun örneğin yasama organının veya bir mahkemenin fonksiyonel açıdan idari niteliği haiz görev ve yetkilerinin Anayasa’nın 123. maddesi gereğince kanunla düzenlenmesi gerekmekte ise de, 123. maddeden hareketle bunların kuruluşlarının da kanunla olması gerektiği ileri sürülemeyecektir.³⁴³

Kurulma kavramı ise Büyük Türkçe Sözlük’te “tertip edilme, organize edilme, hazırlanma, inşa edilme”³⁴⁴ şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla idarenin kurulması ile kastedilen esas olarak idarenin “inşa edilmesi yani oluşturulması” ve “tertip edilmesi yani düzenlenmesi”dir. Bu noktadan hareket edildiğinde (gerçek kişilerden ve özel hukuk tüzel kişilerinden ayrı bir hukuk sujesi olarak) idarenin “hukuk dünyasında varlık kazanması” ve “personeli, malları, bütçesi ve diğer unsurları ile organize edilip düzenlenmesi” de, kavramın hukuk terminolojisindeki anlamı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukukumuzda haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyeti³⁴⁵ (hak ehliyeti) ile kendi iradi davranışıyla hukuki sonuç doğurabilme³⁴⁶ yeteneği (fiil ehliyeti) bulunmayan bir müessesenin çeşitli işlem ve eylemler icra ederek hukuki tasarruflarda bulunabilmesi mümkün değildir. Kamu hukukunda özel hukuktaki “hak ve fiil

³⁴² GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.39

³⁴³ Anayasa’nın başka maddelerinden hareketle organik anlamda idare kapsamına dahil olmayan kuruluşlar açısından kanunla kurulma zorunluluğunun geçerli olduğu ileri sürülebilir. Ancak bunun yani organik açıdan idare kapsamında bulunmayan bir birimin kanunla kurulmasının, Anayasa’nın 123. maddesinde öngörülmediğini düşünmekteyiz.

³⁴⁴ Türk Dil Kurumu Sözlüğü. www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi:15.10.2011. Sözlükte kurulma kelimesi “kurulmak işi” şeklinde tanımlandığı için, kurulma kavramının tanımlanmasında “kurulmak” kelimesinin anlamından yararlanılmıştır.

³⁴⁵ M. Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ, Saibe OKTAY ÖZDEMİR, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 8. Bası, İstanbul: Filiz, 2005, syf.34

³⁴⁶ OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, syf.39

ehliyetine sahip kişilik” kavramından ayrı olarak, idare hukuku sujelerinin hukuki tasarruflarının kaynağını “kamu tüzel kişiliği” oluşturmaktadır. Kamu tüzel kişiliği özel hukuktaki hak ve fiil ehliyetini de kapsamına almakta, ancak bundan daha geniş olarak kamu hizmeti ifa etme görevi ile kamu gücü kullanma yetkisini de bünyesinde barındırmaktadır. Bu bağlamda idare, sahip olduğu kamu tüzel kişiliğine dayanarak hukukî tasarruflarda bulunmakta ve bu sayede kamu hizmetlerini yürütmektedir.

İdare organik anlamıyla yasama ve yargı dışındaki diğer Devlet kuruluşları ile Devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişilerini ifade etmekte olduğundan; “idare” kavramının kapsamına dahil olan birimler, ya Devletin kamu tüzel kişiliğine ya da kendilerine (veya bünyesinde yer aldıkları bir başka birime) ait müstakil kamu tüzel kişiliğine dayanarak faaliyette bulunacaklardır.

Bu noktada idare ile kamu tüzel kişiliği arasındaki ilişkiden hareketle üçlü bir ayırım yapılması mümkündür. Buna göre organik anlamda idareyi oluşturan birinci grup merkezi idaredir. Merkezi idareyi oluşturan kuruluşlar Devlet bünyesinde yer aldıklarından; bu kuruluşlar, Devletin kamu tüzel kişiliğine istinaden hak ve fiil ehliyetine sahip olmakta, görevler ifa ve yetkiler icra etmektedirler. Örneğin Bakanlıkların³⁴⁷, merkezi idarenin taşra teşkilâtından olan valiliklerin, başkentte bulunan Sayıştay, Milli Güvenlik Kurulu gibi yardımcı kuruluşların Devletten ayrı tüzel kişiliği bulunmadığından, diğer bir ifadeyle bu kuruluşlar diğer merkezi idare kuruluşlarıyla ve yasama ve yargı organı ile birlikte Devleti oluşturdıklarından; Devlet adına işlem ve eylemlerde bulunmaktadırlar.

Merkezi idare dışındaki idare teşkilâtı tüzel kişiler topluluğundan oluşmaktadır.³⁴⁸ Bunlar “idare” kavramına dahil olan Devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişileridir. Bunlar Anayasa veya yasalar gereği kamu tüzel kişiliğine sahip olduklarından, kendi hak ve fiil ehliyetleri doğrultusunda tasarrufta bulunmakta ve gerektiğinde kamu gücü kullanmaktadırlar. Örneğin Anayasa gereği Devlet dışında

³⁴⁷ “Hukuk sistemimizde Bakanlıklar, bir kamu idaresi tüzel kişisi olarak tanımlanan Devletin, kamu alanındaki iradesini işlem ve eylemleri ile ortaya koyan organlardır. Bakanlıklar Devletin organı sıfatıyla, Devletten ayrı ve bağımsız bir hukuksal varlığa ve tüzel kişiliğe sahip değildir.” Danıştay İDDK, 12.12.1997, E:1995/930, K:1997/702, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:11.11.2012.

³⁴⁸ YILDIRIM, Türkiye’nin İdari Teşkilatı, syf.18

tüzel kişiliğe sahip bulunan yerinden yönetim kuruluşları³⁴⁹, bu kapsamda belediyeler, il özel idareleri, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bu ikinci gruba dahil olan idarelerden bazılarıdır.

Merkezi idare ve kamu tüzel kişileri dışında, kamu tüzel kişiliği olmayan ancak bünyesinde yer aldığı bir kamu tüzel kişisi adına işlem ve eylemlerde bulunan, gerektiğinde kamu gücü kullanma yetkisine sahip olan³⁵⁰ idari birimler de bulunmaktadır.³⁵¹ Bu birimler ile kamu tüzel kişileri arasında, merkezi idare birimleri ile Devlet arasındakine benzer bir ilişki bulunmaktadır.³⁵² Örneğin bir üniversite bünyesinde bulunan fakültenin üniversiteden ayrı, bağımsız bir kamu tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ancak fakülteler de kamu hukuku alanında irade beyanında bulunmakta hatta kamu gücü kullanarak işlem ve eylemler yapabilmektedir. İşte burada fakültenin, bünyesinde yer aldığı üniversitenin kamu tüzel kişiliğine dayanması ve onun adına işlem ve eylem yapması söz konusudur. Dolayısıyla “kamu tüzel kişiliği bünyesindeki kurumlar”ın da, “idare” başlığı altında merkezi idareden ve diğer kamu tüzel kişilerinden ayrı, üçüncü bir kategori olarak değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki merkezi idare, kamu tüzel kişileri ve kamu tüzel kişileri bünyesinde yer alan idari birimler şeklinde belirttiğimiz tüm bu kuruluşlar “idare” olarak isimlendirilen bütünün parçasıdır. Zira kanunî idare ilkesinin düzenlendiği 123. maddede belirtildiği üzere, idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür. Bu bağlamda tüm bu kuruluşlar birlikte organik anlamda idareyi oluşturmaktadır ve yine bu kuruluşların tamamı idare fonksiyonuna dâhil olan faaliyetlerin bir kısmını yerine

³⁴⁹ “Anayasa’da öngörülen ‘İdare’, sadece merkezi idareyi ve onun taşradaki uzantılarını ifade etmemekte, yerel yerinden yönetim kuruluşları ile hizmet yerinden yönetim kuruluşlarını da kapsamaktadır.” ...” AYM, 25.12.2008 E:2006/140 K:2008/185, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.12.2012.

³⁵⁰ Bünyesinde yer aldığı kamu tüzel kişiliği adına fonksiyonel anlamda idari nitelik taşıyan işlem ve eylem yapmayan, kamu gücü kullanma yetkisi bulunmayan, örneğin sırf danışma ve görüşme verme gibi amaçlarla kamu tüzel kişiliği bünyesinde oluşturulan idari birimlerin kanunla kurulmaması kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturmayaacağından, bu birimler inceleme konumuzun dışında kalmaktadır. Örneğin kanunun verdiği açık bir yetki olmaksızın yönetmelikle kurulan “İstanbul Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi” seminer, konferans düzenlemek, ulusal ve uluslararası düzeyde yayın yapmak ve bu yayınları izlemek, danışmanlık yapmak gibi bilimsel görevleri yürütmek üzere kurulduğundan, diğer bir ifadeyle anılan Merkez’e üniversite adına işlem ve eylem yapma, kamu gücü kullanma yetkisi verilmediğinden, anılan Merkezin kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanarak kurulmamasının kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülemeyecektir.

³⁵¹ YILDIRIM, Türkiye’nin İdari Teşkilatı, syf.24

³⁵² “Ancak, bu demek değildir ki idare hukukunun sūjeleri mutlak kamu tüzel kişiliğine sahip kuruluşlardır. Zira, ayrı bir tüzel kişilikleri olmadığı halde Devlet içinde yer alan veya kamu tüzel kişilerine bağlı organ ve makamlar da kamu hukukuna tabi görev ve yetkileri ile idare hukukunun sūjesi durumundadırlar.” GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.175

getirmektedir.³⁵³ Farklı şekillerde örgütlenen ancak idare bütününe parçası olan bu kuruluşların bütünlüğü ise, Anayasa’da öngörülen hiyerarşi ve idari vesayet denetimleri ile sağlanmaktadır.³⁵⁴

Bu noktadan hareket edildiğinde Anayasa’nın 123. maddesi (kanunî idare ilkesi) açısından kurulma kavramının, “*hukuken varlık kazanmayı ve organize edilmeyi (düzenlenmeyi)*” ifade ettiği; “*hukuken varlık kazanma*” deyiminin de “*bir merkezi idare birimi olarak kurulma veya kamu tüzel kişiliği kazanma yahut bir kamu tüzel kişiliği bünyesinde, o kamu tüzel kişiliği adına işlem ve eylem yapma ehliyetine sahip yeni bir idari birim olarak oluşturulma*” şeklinde yorumlanması gerektiği söylenebilecektir.

II. İDARENİN KANUNLA KURULMASI

Anayasa’nın 123. maddesinde idarenin kuruluşunun kanunla düzenleneceği ve kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulacağı öngörülmüştür. Buna göre hukukumuzda idarenin kuruluşu bakımından kural olan “kanunla düzenleme”dir.³⁵⁵ Dolayısıyla kanun veya Anayasa tarafından kanuna eşdeğer kabul edilen diğer kural işlemler dışında kalan tasarruflar ile idarenin kuruluşunun düzenlenmesi ve bu kapsamda bir kamu tüzel kişiliğinin kurulabilmesi mümkün değildir. Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrası gereğince kanun dışındaki işlemler ile kamu tüzel kişiliği kurulabileceği belirtilmiş ise de, bu da ancak kanunun açık yetki vermesi ile olacaktır. Dolayısıyla kamu tüzel kişiliği kanunun verdiği yetkiye dayanarak yani yine kanunla kurulacak, ancak kanunun verdiği yetki çerçevesinde kamu tüzel kişiliğinin kuruluşuyla ilgili ayrıntılar başka işlemlerle düzenlenebilecektir.

³⁵³ YILDIRIM, Türkiye’nin İdari Teşkilatı, syf.24

³⁵⁴ “İdarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ilkesiyle Türkiye Cumhuriyeti’nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün de bir sonucu olarak, idarenin yerine getirdiği çeşitli görevlerle bu görevleri yerine getiren kurumlar arasında birlik sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür. Bu kurumların, idarenin bütünlüğü ilkesinin gereği olarak denetlenmeleri hiyerarşik denetim ve idari vesayet yoluyla gerçekleştirilmekte ve burada geçen ‘idare’ kavramı da, sadece merkezi idareyi ve onun taşradaki uzantılarını değil, yerel yönetimleri ve kamu tüzel kişiliğine sahip çeşitli kamu kurumlarını ve bütün bu teşkilatın personelini de kapsamaktadır.” AYM, 30.11.2007 E:2006/61 K:2007/91, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.12.2012.

³⁵⁵ Anayasa Mahkemesi bu duruma, “yasayla düzenlemenin doğallığı” şeklindeki ifadeyle işaret etmektedir. “Anayasa’nın 123. maddesi gereğince, kamu tüzel kişiliğinin ancak yasayla ya da yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulması, yasayla düzenlemenin doğallığını gösterdiği gibi ...” AYM, 18.05.1990 E:1989/9 K:1990/8, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:16.09.2011.

Anayasa'nın 123. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, idarenin kurulması konusunda 123. maddenin 1. fıkrası ile 3. fıkrası arasında çok sıkı bir ilişki bulunmakta, her iki norm birbirini tamamlamaktadır. Bu nedenle idarenin kanunla kurulması konusunun, her iki fıkranın gerekliliklerinin birlikte dikkate alınması suretiyle değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Bununla birlikte bir önceki başlıkta belirtildiği şekliyle kurulma kavramının biri "oluşturulmaya, hukuken varlık kazanmaya", diğeri ise "organize edilmeye, düzenlenmeye, tertip edilmeye" ilişkin iki farklı yönü bulunduğu; bu iki yönün ayrı başlıklar altında ele alınması, konunun dağılmaması açısından daha faydalı olacaktır.

A. İdarenin Hukuken Varlık Kazanması

Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, idare kanunla kurulacaktır. Buna göre idarenin hukuken varlık kazanması yani idare teşkilâtı içinde yeni bir birim oluşturulması kanunla veya kanuna eş değer diğeri bir norm ile yapılmak durumundadır.

İdarenin hukuken var olması, genel olarak onun bir hukuk sujesi olarak ortaya çıkmasını ifade etmektedir. İdare, hukuk dünyasında kamu tüzel kişiliğine dayanarak faaliyet göstermekte, işlem ve eylemler icra etmektedir. Dolayısıyla idarenin hukuken varlık kazanması, onun kamu tüzel kişiliği kazanması ya da bir kamu tüzel kişiliği bünyesinde yeni bir organizyon olarak oluşturulması suretiyle gerçekleşecektir.

123. maddenin 1. fıkrasında yer alan hüküm, idarenin kuruluşu konusunda söz konusu olan tüm ihtimaller bakımından geçerli bulunmaktadır. Buna göre kanunla veya kanuna eş değer normlarla merkezi idare içinde yeni birim (örneğin yeni bir Bakanlık veya Başbakanlık ya da Bakanlık bağlı kuruluşu)³⁵⁶ kurulabilecek, Devlet dışında yeni bir kamu tüzel kişiliği (örneğin bir yerel yönetim kuruluşu olan belediye)³⁵⁷ ihdas

³⁵⁶ 5902 Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m.1: "Bu Kanunun amacı, afet ve acil durumlar ile sivil savunmaya ilişkin hizmetleri yürütmek üzere, Başbakanlığa bağlı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının kurulması, teşkilatı ile görev ve yetkilerini düzenlemektir."

³⁵⁷ 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.1: "Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa ve Van illerinde, sınırları il mülki sınırları olmak üzere aynı adla büyükşehir belediyesi kurulmuş ve bu illerin il belediyeleri büyükşehir belediyesine dönüştürülmüştür."

edilebilecek veya Devlet dışında diğ er bir kamu tüzel kişiliği bünyesinde yeni bir organizasyon ( rneğin  niversite bünyesinde fakülte)³⁵⁸ oluşturulabilecektir.

 darenin kurulması konusunda kural olan kanunla yapılmadı r. Bununla birlikte idare ve bu kapsamda kamu tüzel kişiliği, hiç şüphesiz doğrudan Anayasa tarafından da kurulabilecektir. Nitekim Anayasalar, kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile Devletin  rg tlenmesini, Devlet kurumları arasındaki görev ve yetki paylaşımını düzenleyen hukuki metinlerdir. Dolayısıyla Anayasa, bir kamu tüzel kişisi olan Devletin kuruluş yasası hükmündedir. Bunun dışında Anayasa'da, Devlet bünyesinde yer alan Milli Güvenlik Kurulu gibi bazı idari birimlerin, yerel yönetimler gibi yerinden yönetim kuruluşlarının ve Yükseköğretim Kurulu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu gibi Devlet dışındaki diğ er bazı kamu tüzel kişilerinin kuruluşlarına ilişkin hükümler de yer almaktadır. Bu gibi idareler (kamu tüzel kişileri ve idari birimler), ayrı bir yasa hükmüne gerek olmaksızın Anayasa gereği hukuken varlık kazanmış sayılmaktadırlar.

Kurulmaları, hukuk aleminde varlık kazanmaları doğrudan Anayasa'da  ng r lmeyen idarelerin hukuken var olabilmeleri ise, bu konuda bir yasanın çıkarılması halinde mümkün olacaktır. Söz konusu yasanın pozitif hukuk gereği "şekli anlamda kanun olma" koşullarını taşıması yeterli olup; bunun dışında, yasanın sırf ilgili idareyi kurmak için ihdas edilmesine diğ er bir ifadeyle yasanın anılan idarenin kuruluş yasası niteliğinde olmasına gerek bulunmamaktadır.

Gerçekten yeni bir kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına veya bir kamu tüzel kişiliği bünyesinde yeni bir idari birim oluşturulmasına ilişkin kanunlar ile kanuna eş değer diğ er normlar incelendiğinde; bunlardan bir kısmının tamamen kurulma olgusuna istinad ettiği ve münhasıran ilgili kuruluşun oluşturulması ve düzenlenmesi amacıyla yani bir kuruluş yasası olarak ihdas edildiği görülmektedir. Örneğin, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu³⁵⁹, 3392 sayılı 103 İlçe Kurulması Hakkında Kanun³⁶⁰, 4733

³⁵⁸ 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu m.14: " stanbul'da Marmara  niversitesi adıyla yeni bir  niversite kurulmuştur. Bu  niversite; a) Rektörlüğe bağlı olarak yeni kurulan Fen Edebiyat Fakültesi, Hukuk Fakültesi, Tıp Fakültesi ve Mühendislik Fakültesi'nden; ... oluşur."

³⁵⁹ 5502 SK m.1: "... Bu Kanun ile Kuruma görev ve yetki veren diğ er kanunların hükümlerini uygulamak üzere; kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî açıdan özerk, bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tâbi Sosyal Güvenlik Kurumu kurulmuştur."

sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun³⁶¹, 652 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname³⁶² bu şekildedir. Bunun yanı sıra asıl olarak başka konuları düzenlemekle birlikte bir veya bir kaç maddesinde yeni bir idarenin kuruluşunu hükme bağlayan yasalara rastlamak da mümkündür. Bu kapsamda örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, genel olarak bankaların kuruluş, yönetim, çalışma, devir, birleşme, tasfiye ve denetlenmelerine ilişkin esasları düzenlemek amacıyla ihdas edilmiş olmasına karşın, 111. maddesinde yer alan “... kamu tüzelkişiliğini haiz, idarî ve malî özerkliğe sahip Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kurulmuştur” şeklindeki hükümle yeni bir kamu tüzel kişiliğini de kurmuş bulunmaktadır. Bu bağlamda Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun ayrı ve kendisine özgü bir kuruluş yasasının bulunmaması³⁶³, onun Anayasa’nın 123. maddesinin 1. fıkrası anlamında kanunla kurulmuş sayılmasına engel oluşturmamaktadır.

Yine bu kapsamda, idarenin kanunla kurulmuş sayılması için ilgili kanunun metninde “kamu tüzel kişiliği” veya “kurma/kurulma” kelimesinin açıkça zikredilmesi zorunlu değildir. Buna göre eğer kanun, yeni bir idari birimden söz ederek bu birimi düzenliyor, bu birime kamu tüzel kişilerine özgü ayırt edici nitelikler³⁶⁴ veriyorsa yeni bir kamu tüzel kişiliği; var olan bir kamu tüzel kişiliğine bağlı yeni bir idari birimden söz ederek bu birimi düzenliyor ve söz konusu kamu tüzel kişiliği adına işlem ve eylem

³⁶⁰ 3392 SK m.1: “1. Ekli (1) sayılı listede adları yazılı kasaba ve köyleri kapsamak ve merkezi Karsantı Bucak Merkezi olmak .. üzere, Adana İlinde Aladağ adıyla, ... 103. Ekli (103) sayılı listede adları yazılı köyleri kapsamak ve merkezi Yenice Bucak Merkezi olmak üzere, Zonguldak İlinde Yenice adıyla, 103 ilçe kurulmuştur.”

³⁶¹ 4733 SK m.2: “Bu kanunla ve diğer kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu kurulmuştur....”

³⁶² 652 S.KHK m.1: “Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı; ... Milli Eğitim Bakanlığının kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemektir.”

³⁶³ Anayasa Mahkemesi de, ayrı bir kuruluş yasası olmaksızın 3046 sayılı Kanun’a 4060 sayılı Kanun’la eklenen bir maddeyle oluşturulan Başbakan Yardımcılığının kanunla kurulmadığı ileri sürülerek açılan iptal davasını, şu gerekçeden hareketle reddetmiştir: “... Anayasa’da ve özellikle ‘Bakanlıkların kurulması ve bakanlar’ başlıklı 113. maddede, Başbakan Yardımcılığı konusunda hiçbir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle, Başbakan Yardımcılığı ihdas edip etmeme ve hangi bakan ya da bakanların Başbakan Yardımcısı olarak görevlendirileceği konusunda düzenleme yapma, yasama organının takdir yetkisi içindedir. ... Anayasa’nın 123. maddesinin son fıkrasında, ‘Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur’ denilmektedir. ... Başbakan Yardımcılığı, kimi konularda Başbakana yardım etmek ve Bakanlar Kurulu’nda koordinasyonu sağlamak üzere Bakanlardan en çok ikisi tarafından ayrı ayrı yürütülen bir görevdir. **Bu kurum, Anayasa’nın 113. maddesine uygun olarak dayanağını 25.12.1994 günlü, 4060 sayılı Yasa’dan almaktadır. Dolayısıyla Başbakan Yardımcılığı için söz konusu Yasa’dan ayrı bir kuruluş yasası çıkarılmasına gerek bulunmamaktadır.**” AYM, 14.09.1995 E:1995/1 K:1995/42, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:04.10.2011. Kalın yazılı kısımlar kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

³⁶⁴ Kamu tüzel kişilerinin (özel hukuk tüzel kişilerinden) ayırt edici özellikleri için bkz. GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.179 vd., YILDIRIM, syf.19 vd, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.134

yapma, kamu gücü kullanma yetkisi veriyorsa da kamu tüzel kişiliği bünyesinde yeni bir idari birim kurduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda örneğin 5449 sayılı Kanun'da, bu kanunla kurulan kalkınma ajanslarının kamu tüzel kişisi oldukları yolunda bir hükme yer verilmemiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi, söz konusu ajansların niteliklerinden hareketle kanunun bir kamu tüzel kişisi kurduğunu tespit etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, *"...Bakanlar Kurulu kararıyla kurulması ve kaldırılması öngörülen kalkınma ajanslarının, tüzel kişiliğinin niteliği Yasa'da açıkça belirtilmemekle birlikte, kurulması ve kaldırılması, kamu gücü ve yetkilerin kullanılması, usul ve ayrıcalıklar getirilmesi, gelirleri, merkezi idare ile olan bağlantıları göz önünde bulundurulduğunda birer kamu tüzel kişisi oldukları kuşkusuzdur."*³⁶⁵

Yine kendisini kuran kanunda tüzel kişi olduğu belirtilmekle birlikte "kamu tüzel kişisi" olduğu açıkça zikredilmeyen Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu hakkında yaptığı değerlendirmede Anayasa Mahkemesi, söz konusu kurumu bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelendirmiş ve yasada belirtilen tüzel kişiliği "kamu tüzel kişiliği" olarak kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu, *"... özel yasayla kurulmuş, tüzel kişiliğe, idari ve mali özerkliğe sahip, Başbakanlığın ilgili kuruluşu durumunda bulunan, hem pozitif bilimler hem de sosyal bilimler alanlarında araştırma ve geliştirme yapmak, bu faaliyetleri desteklemek, özendirmek ve koordine etmek şeklinde görevler verilmiş olan bir 'hizmet yerinden yönetim kuruluşu'dur."*³⁶⁶ Buna göre bir kamu tüzel kişisi kurduğunu belirtmemekle birlikte yeni bir organizasyon teşkil ederek buna kamu tüzel kişilerine özgü nitelikler veren, bu kapsamda özellikle kamusal ayrıcalıklar³⁶⁷ ile kamu gücü kullanma yetkisi tanıyan bir yasanın, yeni bir kamu tüzel kişisi kurduğunun kabulü zorunluluk arz etmektedir.

İdarenin kanunla kurulacağını öngören Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasından ayrı olarak; aynı maddenin 3. fıkrasında, kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulacağı belirtilmektedir.

³⁶⁵ AYM, 30.11.2007 E:2006/61 K:2007/91, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:22.12.2012.

³⁶⁶ AYM, 02.06.2011 E:2008/88 K:2011/85, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:22.12.2012.

³⁶⁷ Kamu kaynağı kullanma, mallarının ve alacaklarının korunmasında özel usullerden yararlanma, personelinin kamu görevlilerine özgü niteliklere ve ayrıcalıklara sahip olması ...vb

Buna göre her iki fıkranın ortak noktası “kanun olmaksızın idarenin hukuken varlık kazanamaması”, diğer bir ifadeyle “kanunun varlığının idarenin varlığı için bir ön koşul oluşturması”dır.³⁶⁸ Bununla birlikte birbirine benzer ifadeler içeren iki ayrı kuralın aynı Anayasa maddesinde yer alması, “Anayasa koyucunun idarenin kuruluşu konusunda neden iki ayrı hüküm sevkettiği, her iki fıkranın birbirinden farkının ne olduğu” sorusunun üzerinde durulmasını zorunlu kılmaktadır.

1. Anayasa’nın 123. Maddesinin 3. Fıkrası

Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrasında, kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı hükme bağlanmıştır. Böylelikle Anayasa’da, **idarenin kuruluşu** konusunda yasa dışındaki tasarruflarla işlem yapılmasına izin verilmemiş iken (m.123/f.1); yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak yasa dışındaki tasarruflarla **kamu tüzel kişiliğinin kurulabileceği** belirtilmiştir. (m.123/f.3)

Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrasının aynı maddenin 1. fıkrasından ayrıldığı en önemli nokta, idarenin hukuken varlık kazanması konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda çalışmanın önceki bölümünde belirttiğimiz gibi, Anayasa’da kanunla düzenleneceği öngörülen konularda kural olarak genel ilkeler yasa koyucu tarafından belirlenecek, ancak bundan sonra konunun teknik yönü ve detayları hakkında idareye düzenleme yetkisi verilebilecektir. Ancak “idarenin hukuken varlık kazanması”, bu kriterler doğrultusunda idareye yetki verilmesi mümkün olmayan bir konudur. Zira “idarenin hukuken varlık kazanması” konusu, -idarenin organize edilmesi ile görev ve yetkilerinin belirlenmesi konularından farklı olarak- niteliği gereği “konunun temel

³⁶⁸ İdarenin varlık sebebi toplumsal nitelikteki ihtiyaçların karşılanması, kamusal hizmetlerin yürütülmesi suretiyle kamu menfaatinin teminine çalışılması olduğundan; yeni bir idarenin/kamu tüzel kişiliğinin kurulması esasen (kanun koyucunun tekelinde olan) yeni bir kamu hizmetinin ihdasına koşut bulunmaktadır. Zira madem bir hizmet kanun koyucu tarafından yeni bir kamu hizmeti olarak kabul edilmiştir; o halde bu hizmeti görmek ya mevcut idarelerden birine yeni bir görev olarak tevdi edilmeli veya bu hizmeti görmek için yeni bir idare/kamu tüzel kişiliği kurulmalıdır. Yine madem yeni bir idare/kamu tüzel kişisi kurulmuştur; o halde kanunla bu kuruluşu ya önceden bir başka idarenin uhdesindeki bir kamu hizmetini yürütmek görevi verilmeli ya da bu idare yasayla yeni oluşturulan bir kamu hizmetini ifa ile mükellef kılınmalıdır. “... Hiç şüphesiz, Anayasa, kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde, yasama organı , herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir. İşte, ‘İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı’ da bu suretle vücuda getirilmiş bir kamu kurumudur. Üyelerinin serbest irade ve inisiyatiflerinin eseri değildir. Fonksiyonları bakımından kamu gücüne dayanan bir statüye sahiptir. İşlemlerinin kapsam ve sınırı kanunla tayin ve tesbit edilmiştir. Taşıdığı bu özellikleri nedeniyle tüzelkişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğu aşıkâr bulunan sandığın, Anayasa’nın 33. maddesine konulan derneklerle herhangi bir benzerliği yoktur. ...” AYM, 28.11.1985 E:1985/7 K:1985/22, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:12.11.2011

ilkeleri-ayrıntıları” şeklinde bir ayırım yapılmasına müsait değildir. İdare, yürürlüğe giren bir yasa ile ya hukuken varlık kazanmıştır ki; bu durumda, idareye hukuken varlık kazandıran kanun olacaktır. Ya da yürürlüğe giren yasa idareye hukuken varlık kazandırmayarak bu durumu yani idarenin hukuken varlık kazanıp kazanmamasını idarenin takdirine bırakmıştır ki; bunun, idarenin kanunla değil idari işlemle varlık kazandığı anlamına geleceği açıktır.

Dolayısıyla idarenin hukuken varlık kazanmasına ilişkin olarak Anayasa’da bulunan tek kuralın 123. maddenin 1. fıkrasından yani “İdare kanunla kurulur” hükmünden ibaret olması halinde, Anayasa’nın 8. maddesinden kaynaklanan kanunların uygulanması konusundaki yürütmenin genel yetkisinden hareketle “idarenin hukuken varlık kazanması”yla ilgili hiç bir idari işlemin tesisi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle 123. maddenin 3. fıkrası kamu tüzel kişiliğinin kanunla ya da kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulabileceğini belirtmiş; böylelikle idarenin hukuken varlık kazanması konusunda idari işlem yapılabilmesine olanak sağlamıştır.

Buna göre kamu tüzel kişiliğinin mutlaka kanunla kurulması zorunlu değildir, kanunun açıkça verdiği yetkiye istinaden kanun dışındaki işlemlerle de kamu tüzel kişiliği kurulabilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, 123. maddenin 3. fıkrasında kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak “idare” kurulmasından değil, “kamu tüzel kişiliği” kurulmasından söz edilmesidir. Daha önce de belirttiğimiz üzere idare kavramı kamu tüzel kişiliği kavramından geniş bir anlama sahiptir ve merkezi idare yani Devlet tüzel kişiliği bünyesindeki idari birimleri, Devlet dışındaki kamu tüzel kişilerini ve bu kamu tüzel kişileri bünyesinde yer alan idari birimleri kapsamına almaktadır.

Bu bağlamda 123. maddenin 3. fıkrası kapsamında, kanunun verdiği açık yetki doğrultusunda kanundan başka tasarruflarla da Devlet dışında bir kamu tüzel kişiliği kurulabileceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak kanımızca bu durum, Anayasa’nın bir başka maddesinde ayrı düzenleme konusu yapılmayan kamu tüzel kişileri açısından söz konusu olacaktır. Dolayısıyla “kanunla kurulacağı” Anayasa’da ayrıca hükme bağlanmış olan kamu tüzel kişilerinin, örneğin bir üniversitenin (AY. m.130) veya bir kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşunun (AY. m.135), kanun

açıkça yetki verse de, kanun dışında bir tasarrufla kurulması hukuken mümkün bulunmamaktadır.³⁶⁹

Devlet dışındaki kamu tüzel kişilerinin bünyesinde bulunan idari birimler açısından da, evleviyet kuralından hareketle, “yasa koyucunun açıkça izin vermesi koşuluyla kanun dışındaki tasarruflarla ilk elden kamu tüzel kişiliği kurulabilmesi mümkün olduğuna göre, zaten var olan bir kamu tüzel kişiliği bünyesinde yeni bir idari birim oluşturulmasının evleviyetle mümkün olduğu” şeklinde bir yorum yapılabilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Anayasa’da kanunla kurulacağı ayrıca öngörülen ve bu nedenle yasanın verdiği açık yetkiyle değil doğrudan yasayla kurulması gereken kamu tüzel kişileri bünyesinde oluşturulacak idari birimlerin, Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrası gereğince yasa dışındaki tasarruflarla kurulabilmesine kanımızca engel bulunmamaktadır. Zira Anayasa’da kanunla kurulması emredilen söz konusu kamu tüzel kişileridir. Bu kamu tüzel kişilerinin teşkilâtı hakkında kanunla kurulma esası getiren Anayasal bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre örneğin Anayasa’nın 130. maddesi uyarınca kanunla kurulması zorunlu bulunan üniversite bünyesindeki idari birimlerden olan fakültelerin, yüksek okulların, enstitülerin ve yine bu birimler bünyesinde bulunan kamu gücü kullanma yetkisine sahip kurulların³⁷⁰ Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrası doğrultusunda kanunun verdiği açık izne binâen idari işlemle kurulmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır.³⁷¹

³⁶⁹ Yerel yönetimler açısından Anayasa’nın 127. maddesinde “kanunla kurulma”larından değil; “kuruluş esaslarının kanunla belirtilmesi”nden söz edildiğinden; kanımızca bir yerel yönetim kuruluşunun, kanunda kuruluş esasları yeterli açıklıkla düzenlendikten sonra 123. maddesinin 3. fıkrası gereğince kanunun verdiği açık yetki doğrultusunda idari işlemle kurulması mümkündür. Konu hakkında Anayasa Mahkemesi’nin görüşünün de bu doğrultuda olduğu ileri sürülebilecektir. Yüksek Mahkeme’ye göre; “... yasa koyucu, anayasada öngörülen koşullara uymak kaydıyla, gelişen sosyal, ekonomik, teknik ve benzeri nedenlerin belli bir bölgede ilçe kurulmasını gerektirdiğini takdir ederek yeni bir ilçe kurabilir. Kamu hizmetinin gereklerini, kamu yararını ve Anayasa’nın 67. maddesindeki koşullar çerçevesinde yapılan seçimlerle oluşan yöre halkının beş yılla sınırlı iradesini gözetmek koşuluyla, ölçek sorununu dikkate alarak, daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak amacıyla, bir belediyenin ya da köyün tüzel kişiliğini kaldırabilir, belediyeyi köye, köyü belediyeye dönüştürebilir, bir belediye veya köyü bir başka belediyeye mahalle olarak katabilir. Büyük yerleşim yerleri için öngörülen özel yönetim biçiminin gereği olarak, Büyükşehir belediyelerinin sınırları içerisinde yer alan belediyelerin sınır, görev, yetki ve niteliklerinde değişiklikler yapabilir. **Bunu yasayla yapabileceği gibi, esas ve usullerini yasada göstermek koşuluyla idari işlemle yapılmasına da olanak tanıyabilir.**” AYM, 31.10.2008 E:2008/34 K:2008/153, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:20.12.2012. Kalın yazılı kısım kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

³⁷⁰ Örneğin yüksek öğretim kurumu mensupları ile öğrencileri hakkında disiplin cezası verme yetkisi bulunan ve 2547 sayılı Kanun’un 65/a-(9). maddesinin verdiği yetki doğrultusunda yönetmelikle oluşturulan üniversite ve fakülte disiplin kurulları gibi.

³⁷¹ Anayasa’nın 130. maddesinde yükseköğretim kurumlarının organlarının kanunla düzenleneceği belirtilmiş, ancak bunların kanunla kurulacağı öngörülmemiştir. Buna göre yükseköğretim kurumlarının ve bu kapsamda üniversitelerin organlarının neler olduğu kanunda öngörülüp, bu organların kuruluşuna ve işleyişine ilişkin temel ilkeler kanunla

Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası, kanımızca Devlet bünyesinde yeni bir idari birim oluşturulması yani yeni bir merkezi idare birimi kurulması açısından da uygulama alanı bulabilecektir. Çünkü yeni bir merkezi idare birimi kurulması "Devlet kamu tüzel kişiliği bünyesinde yeni bir organizasyon oluşturulması" anlamına gelmektedir ve bunun Devlet dışındaki bir kamu tüzel kişiliği bünyesinde yeni bir idari birim oluşturulmasından farkı yoktur. Anayasa'da Devlet kamu tüzel kişiliği bünyesinde kurulacak idari birimler ile diğer kamu tüzel kişileri bünyesinde kurulacak idari birimler hakkında farklı kanaatlere ulaşılmasına olanak sağlayacak pozitif bir norm bulunmamaktadır. Dolayısıyla aynen Devlet dışındaki kamu tüzel kişileri bünyesinde kurulacak idari birimler de olduğu gibi, kanunun açıkça verdiği yetki uyarınca kanun dışındaki işlemlerle kurulabilme imkânının, Devlet tüzel kişiliği bünyesinde kurulacak merkezi idare birimleri açısından da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de evleviyet kuralından hareketle, Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasının merkezi idare birimleri hakkında da geçerli olduğunu belirtmektedir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi vergi dairesi başkanlıklarının kuruluşu konusunda idareye yetki veren yasa hükmünü Anayasa'ya uygun bulmuş ve iptal istemini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme'nin ret kararında şu gerekçelere yer verilmiştir: *"Anayasa'nın 123. maddesinin son fıkrasında 'Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur' denilmektedir. Kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzel kişiliği kurabilme yetkisi verilebildiğine göre, bir tüzel kişiliği haiz olmayıp doğrudan merkeze bağlı olarak kurulabilecek veya yeri değiştirilebilecek vergi dairesi başkanlığı ile bunlara bağlı vergi dairesi müdürlüğü*

belirlendikten sonra; Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yasanın verdiği açık yetki doğrultusunda idari işlemle fakülte, yüksek okul veya enstitü kurulması Anayasa'ya aykırı olmayacaktır. Nitekim 2809 sayılı Kanun'un ek 30. maddesi uyarınca Yükseköğretim Kurulu ve Milli Eğitim Bakanlığı'nın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla fakülte, enstitü ve yüksek okul gibi üniversiteye bağlı idari birimler kurulabilecektir. 2809 sayılı Kanun'un ek 30. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı ile ilgili bir iddia Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmemiştir. Ancak vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarına Yükseköğretim Kurulu kararıyla "üniversite" adının verilebileceğini öngören yasa hükmünün iptali istemiyle açılan dava sonucunda verdiği kararın gerekçesinde yer alan bir cümle, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki düşüncesinin aksi yönde olduğu yolunda izlenim uyandırmaya elverişlidir. Yüksek Mahkeme'ye göre, *"Devletin bir üniversite, bir fakülte, yüksekokul ya da enstitü kurabilmek için yasaya gereksinim duyacağı, buna karşılık vakıflara bağlı bir üniversitenin kurulması için ise basit bir idarî işlemin yeterli olduğu sonucuna varılacaktır ki, Anayasa'nın gerek söz ve amacından, gerek yorumundan böyle bir sonuca varmak mümkün değildir."* AYM, 30.05.1990 E:1990/2 K:1990/10, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:20.12.2012. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı yukarıda belirttiğimiz görüşle çelişmemektedir. Zira gerekçede fakülte, yüksekokul ya da enstitü kurabilmek için Devletin yasaya gereksinim duyacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasından hareketle bir idari işlemle fakülte, yüksekokul veya enstitü kurulabilmesi için kanunun bu konuda idareye açıkça yetki vermesi gerektiğinden, anılan idari birimlerin kurulabilmesi için (Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi) yasaya ihtiyaç duyulacağı açıktır.

veya şubesi kurulabilmesinde veya yasa ile çizilen çerçeve içinde bazı usûl ve esasların belirlenmesi Anayasa'nın 2., 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir.”³⁷²

Belirtmek gerekir ki, kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kanun dışındaki tasarruflarla merkezi idare birimi kurulması Bakanlıklar açısından geçerli kabul edilemeyecektir. Zira Bakanlıkların kurulması Anayasa'nın bir başka maddesinde ayrıca düzenleme konusu yapılmıştır ve Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasına nazaran özel norm niteliği taşıyan bu madde, konu hakkında öncelikle uygulanmalıdır. Bu bağlamda Anayasa'nın 113. maddesi uyarınca Bakanlıklar kanunla kurulacağından, kanunun verdiği açık izne de dayansa, kanun dışında bir tasarrufla örneğin bir idari işlemle Bakanlık kurulamayacaktır.³⁷³ Ancak aynı maddede **kanunla düzenleneceği** öngörülen Bakanlık teşkilâtının **kanunla kurulması** gibi bir zorunluluğa yer verilmediğinden, kanunun açık yetki vermesi ve bu birimlerin kuruluşuyla görevlerine ilişkin temel ilkelerin yasada gösterilmesi koşuluyla, Bakanlığa bağlı birimlerin idari bir işlemle hukuken varlık kazanmaları kanımızca mümkün bulunmaktadır. Nitekim önceki paragrafta yer verilen K:2009/102 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Maliye Bakanlığı'nın bağlı kuruluşu olan Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taşra teşkilâtının yani Maliye Bakanlığı'nı oluşturan idari birimlerden birinin, kanunun verdiği açık yetki doğrultusunda idari işlemle kurulmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası, kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzel kişiliği kurulabileceğini düzenlemiş, ancak kamu tüzel kişiliği kurulmasının kanun dışındaki hangi tasarruflarla mümkün olduğu yönünde bir belirleme yapmamıştır. Maddenin gerekçesinde ise “*kamu tüzel kişilerinin de ancak kanunla veya*

³⁷² AYM, 02.07.2009 E:2005/66 K:2009/102, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.09.2011. Doğrudan kanun yerine kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak merkezi idare birimi kurulmasına uygulamadan verilebilecek diğer örnek bucak idaresidir. Zira Anayasa'nın 126. maddesi uyarınca illerin ayrıldığı kademeli birimlerden biri olan, dolayısıyla Devlet tüzel kişiliği bünyesinde yer alan bucak idaresi, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, İçişleri Bakanlığı'nın kararı ve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile kurulacaktır.

³⁷³ 1961 Anayasası'nda yer alan “*Bakanlıklar, kanunun koyduğu esaslara göre kurulur.*” hükmünden (m.106) farklı olarak, 1982 Anayasası'nın 113. maddesinde, “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilâtı kanunla düzenlenir.*” kuralına yer verilmiştir. DURAN, 1961 Anayasası döneminde kaleme aldığı çalışmasında 106. madde hükmünden yola çıkarak konu hakkında şu görüşleri belirtmiştir: “... Anayasa, kamu tüzel kişiliğini ihdas ve tanzim yetkisinin, yasama organınca, Yürütme ve idare uzuvlarına devrini öngördüğüne nazaran; Devlet İdaresinin esaslarını koyduktan sonra, yeni bir hükmi şahsiyet meydana getirilmesine dahi hacet olmayan, merkez teşkilâtı, görev, yetki ve usullerinin idarî kaide – tasarruflarla düzenlenmesini evleviyetle tecviz ve kabul etmiştir, neticesine varmak lâzım gelir. Nitekim 1961 Anayasası'nın 106 ncı maddesi, 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanununun 48 inci maddesinden daha açık olarak, ‘Bakanlıklar, kanunun koyduğu esaslara göre kurulur.’ hükmü ile bu ciheti te'yyit etmektedir. ...” Lütfi DURAN, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, syf. 471.

kanunun açık yetki vermesi halinde idari işlemle kurulabileceği”³⁷⁴ denilerek, kanunun açık yetki vermesi halinde kamu tüzel kişiliğini kuracak olan tasarrufun idari işlem olacağı öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi’ne göre de *“kamu tüzelkişiliği kanunla, ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulabilir.”*³⁷⁵ Uygulamada *“yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzel kişiliği kurulması”*nın örnekleri de *“idari işlemlerle kurulma”* şeklinde karşımıza çıkmaktadır.³⁷⁶

Gerçekten Anayasa’nın 123. maddesinin gerekçesi dikkate alındığında ve kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idare kurma faaliyetinin bir tür *“kanun uygulama”* faaliyeti olduğu, bunun da erkler ayrılığı prensibi ve Anayasa’nın 8. maddesi doğrultusunda yürütmenin görevi olduğu göz önünde bulundurulduğunda; Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrasındaki istisnayı idari işlemler açısından geçerli kabul etmek gerekecektir. Buna göre 123. maddenin 3. fıkrasını Anayasa Mahkemesi kararlarında geçtiği şekliyle, yani *“kamu tüzelkişiliği kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulur”* biçiminde okumak isabetli olacaktır.

Son olarak Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrasında dikkat çeken bir nokta, kamu tüzel kişiliğinin kurulması konusunda kanunun idareye yetki vermesinden değil; *“açık yetki”* vermesinden söz edilmesidir. Maddenin kaleme alınmasında yapılan *“açık”* vurgusunun bilinçli bir tercihi yansıttığı ve idareye bu konuda yetki verecek yasa hükümleri açısından bir nitelik koşulu getirdiği tabiidir. Buna göre kamu tüzel

³⁷⁴ AYDOĞDU, syf.452

³⁷⁵ AYM, 25.01.2007 E:2004/79 K:2007/6, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:16.09.2011, AYM, 25.01.2007 E:2005/94 K:2007/7, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:16.09.2011

³⁷⁶ Örneğin; 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 2. maddesine göre, bucak kurulması, kaldırılması, merkezinin belirtilmesi, il, ilçe ve bucak sınırlarının ve bucak adlarının değiştirilmesi, bir köyün veya kasabanın veya bucağın başka bir il ve ilçeye bağlanması, mühim mevki ve tabii arazi adlarının değiştirilmesi İçişleri Bakanlığı’nın kararı ve Cumhurbaşkanı’nın tasdiki ile; yeniden köy kurulması veya yerinin değiştirilmesi ise Bayındırlık ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarının mütalaası alınmak suretiyle ... İçişleri Bakanlığı’nın tasvibiyle yapılacaktır. Yine 5355 sayılı Mahallî İdare Birlikleri Kanunu’na göre *“birden fazla mahallî idarenin, yürütmekle görevli oldukları hizmetlerden bazılarını birlikte görmek üzere kendi aralarında kurdukları kamu tüzel kişisi”* olan mahallî idare birliği, birlik tüzüğü’nün kesinleşmesinden sonra Bakanlar Kurulu’nun izni ile kurulacak ve tüzel kişilik kazanacaktır. (5355 SK. m.3, 4) 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu’na göre ise, bu Kanun’a göre uygulama alanı olarak belirlenmiş alanlarda Bakanlar Kurulu kararı ile yeni yerleşim yerleri kurulabilecektir. (m.14) 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun’un 3. maddesine göre de kalkınma ajansları Bakanlar Kurulu kararı ile kurulacaktır. *“Kalkınma ajanslarının tüzel kişiliği yasayla belirlenmiş, tüzel kişiliğin kuruluşu ise Bakanlar Kurulu kararına bırakılmıştır. ... Anayasa’nın idarenin bütünlüğü ve kamu tüzel kişiliğiyle ilgili 123. maddesinin üçüncü fıkrasında, ‘kamu tüzel kişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur’ denilmektedir. 5449 sayılı Yasa’ya göre kalkınma ajansları da Yasa’nın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulmaktadır.”* AYM, 30.11.2007 E:2006/61 K:2007/91, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:11.10.2011

kişiliğinin kanunun verdiği yetki uyarınca idari işlemle kurulabilmesi için, idareye yetki veren yasa kuralının açık ve anlaşılır olması, kamu tüzel kişiliğinin kurulmasıyla ilgili herhangi bir belirsizlik içermemesi gerekmektedir. Bu koşulların sağlanması ise ancak, kurulmasına yetki verilen kamu tüzel kişiliğinin adının, amacının, idari teşkilât içindeki yerinin, görevlerinin ayrıca kendisine yetki verilen idari makamın bu yetkiyi kullanım şeklinin ve şartlarının yasada belirtilmesi halinde mümkün olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kamu tüzel kişiliğinin kurulması konusunda idareye yetki veren yasa kuralını denetlerken, söz konusu kuralın idareye sınırsız ve belirsiz bir yetki vermemesini aramıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre; “... il özel idarelerinin özerklikleri kapsamında, kamu yararı ve kamu hizmetinin gereği olarak, il özel idarelerinin standart hale getirilmiş kadrolarına bağlı kalınmak koşuluyla, yasaya göre kurulması zorunlu olanların dışında, ihtiyaç duyulan diğer birimlerin il genel meclisinin kararı ile kurulmasına, bu şekilde kurulmuş birimlerin kaldırılmasına veya başka bir birim ile birleştirilmesine ilişkin olarak il genel meclislerine verilen yetkide, bir belirsizlikten veya sınırsızlıktan söz edilemez. ... Açıklanan nedenlerle 35. maddede, Anayasa'nın ... 123. ... maddelerine aykırılık bulunmamaktadır.”³⁷⁷

2. İdarenin Kanunla Kurulmasına İlişkin Sınırlar

Anayasa'nın 123. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında öngörülen kanunî idare ilkesi, idarenin hukuken varlık kazanması konusunda yetkili olan organı (yasama organı) ve bu organın idareyi kurarken yapacağı tasarrufun niteliğini (şekli anlamda kanun) belirlemektedir. Bununla birlikte kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulma olgusu dışında konu kapsamında üzerinde durulması gereken bir diğer husus, “idarenin hukuken varlık kazanması konusunda yetkili olan makamın bu konudaki tasarruflarının bir sınırının bulunup bulunmadığı” diğer bir ifadeyle “yasama organının idareye varlık kazandırma konusunda dilediği her kanunu çıkarabilip çıkaramayacağı”dır.

Anayasa'nın 123. maddesi gereğince idarenin kanunla kurulacak olması, hiç şüphesiz yasa koyucunun bu konuda sınırsız bir yetkiye sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Zira Anayasa koyucu tarafından belirlenen diğer ilkeler, her konuda

³⁷⁷ AYM, 18.01.2007 E:2005/32 K:2007/3, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.09.2011.

olduğu gibi idarenin kuruluşu konusunda da yasa koyucu için doğal bir sınır oluşturmaktadır. Bu nedenle belirtilmelidir ki; idarenin hukuken varlık kazanması (kamu tüzel kişiliği kazanılması veya bir kamu tüzel kişiliği bünyesinde yeni bir idari birim oluşturulması) konusunda geçerli olan tek Anayasal ölçüt, Anayasa'nın 123. maddesindeki yasallık kaydı değildir. 123. maddede yer alan kanunîlik ilkesi dışındaki idareye ilişkin diğer Anayasal ilkeler başta olmak üzere Anayasa'nın tüm maddeleri, idarenin kuruluşu konusunda referans olmaktadır. Hatta Anayasa Mahkemesi'ne göre, kamu tüzel kişiliğinin kurulması konusunda uyulması zorunlu olan kurallar kapsamına hukukun genel ilkeleri de dahil bulunmaktadır. Zira Yüksek Mahkeme'ye göre: *"Anayasa'nın 123. maddesinin son fıkrasında 'Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.' denilmektedir. ... Kuşkusuz, bunun hukukun genel ilkeleriyle Anayasa'nın diğer kurallarına da uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir."*³⁷⁸

Nitekim Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluşu 5982 sayılı Kanun ile Anayasal dayanağa kavuşturulmadan önce Anayasa Mahkemesi, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluşunu düzenleyen 28.09.2006 günlü ve 5548 sayılı Kanun'u, yasallık ilkesine uygun olmasına karşın, Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen bir başka idare hukuku ilkesine aykırı bulmuştu. Söz konusu kararında *"Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca, kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzelkişiliği kurulabilmesi mümkün olmakla birlikte, kamu tüzelkişisi olarak kurulan bir idari kurumun 'idarenin bütünlüğü ilkesi' gereğince idarenin bünyesinde ve idari teşkilat yapısı içinde yer alması gerekmektedir. Anayasa'da kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzelkişiliği kurulabilmesi konusunda yasa koyucuya takdir hakkı tanınması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bu konuda sınırsız bir yetkiye sahip olması anlamını taşımamaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisince bir kamu tüzelkişiliğinin kurulmasında, Anayasa'da öngörülen kurallara uygun hareket edilmesi zorunludur. Bir kamu kurumu ya da kuruluşu kurulurken Anayasa'da öngörülen idari teşkilat yapısı dışına çıkılmaması gerekmektedir. Kamu kurum ya da kuruluşlarının söz konusu yapı dışında kurulması, idarenin bütünlüğü ilkesiyle bağdaşmaz. ... Anayasa'nın 123. maddesine göre idari teşkilat içinde merkezi idare*

³⁷⁸ AYM, 25.01.2007 E:2004/79 K:2007/6, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:16.09.2011

veya yerinden yönetim kuruluşları arasında yer alması gereken bir kurumun, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına aykırı olarak ‘İdare’ dışında kurulması ve ‘Yasama’ya bağlanması olanaklı değildir. ...”³⁷⁹ hususlarını vurgulayan Yüksek Mahkeme, TBMM’nin Anayasa’da sayılan görev ve yetkileri arasında Kamu Denetçiliği Kurumu’na ilişkin bir görev ve yetkinin bulunmamasına da atıf yaparak, Anayasa’nın 6., 87. ve 123. maddelerine aykırı olduğunu belirttiği yasanın iptaline karar vermişti.

Buna göre kanun koyucunun idarenin bütünlüğü ilkesine aykırı şekilde bir kamu tüzel kişiliğine veya idari birime hukuken varlık kazandırması mümkün değildir. Tabîdir ki Anayasa Mahkemesi’nin bu karardaki yorumu sadece idarenin bütünlüğü ilkesi bakımından değil, Anayasa’da yer alan diğer kurallar ve bu kapsamda özellikle idarenin teşkilâtlanması hakkında var olan diğer Anayasal esaslar açısından da geçerlidir. Örneğin mahalli idareler Anayasa’nın 127. maddesinde “*il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşturulan kamu tüzel kişileri*” şeklinde tanımlandığından, maddede belirtilen bu amaç dışında başka bir maksatla yer bakımından yerinden yönetim kuruluşu oluşturulamayacaktır.

Kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak Anayasa’da öngörülen esaslara uyulmadan bir idareye hukuken varlık kazandırılması, Anayasa’nın 123. maddesine olmasa da diğer maddelerine aykırılık oluşturacağından; böyle bir kanunun Anayasa yargısı denetimi sonucunda iptal edilmesi ve Anayasa’ya aykırı şekilde varlık kazanan idarenin mevcudiyetinin sonlandırılması gerekeceği açıktır. Anayasa hükümleri dışında Anayasa Mahkemesi tarafından belirtilen hukukun genel ilkeleri ise, kanımızca idarenin hukuken varlık kazanmasından ziyade organize

³⁷⁹ AYM, 25.12.2008 E:2006/140 K:2008/185, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.09.2011. Benzer yönde: “Anayasa’nın 123., 126. ve 127. maddelerinde Türkiye Cumhuriyeti’nin idari yapılanmasına ilişkin temel kurallar yer almıştır. 123. maddede, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörüldükten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmış, kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulacağı belirtilmiştir. İdarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ilkesiyle Türkiye Cumhuriyeti’nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün de bir sonucu olarak, idarenin yerine getirdiği çeşitli görevlerle bu görevleri yerine getiren kurumlar arasında birlik sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içinde çalışması öngörülmüştür. Bu kurumların, idarenin bütünlüğü ilkesinin gereği olarak denetlenmeleri hiyerarşik denetim ve idari vesayet yoluyla gerçekleşebilmekte ve burada geçen ‘idare’ kavramı da, sadece merkezi idareyi ve onun taşradaki uzantılarını değil, yerel yönetimleri ve kamu tüzel kişiliğine sahip çeşitli kamu kurumlarını ve bütün bu teşkilatın personelini de kapsamaktadır.” AYM, 30.11.2007 E:2006/61 K:2007/91, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.11.2011

edilmesinde ve özellikle görevleriyle yetkilerinin belirlenmesinde referans olabilecek bir nitelik taşımaktadır. Buna göre idareye kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak, Anayasa’da yer alan kurallara uygun şekilde varlık kazandırılmalı; bu şekilde hukuken varlık kazanan idareye Anayasa’ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmayacak görevler ve yetkiler verilmelidir.

B. İdarenin Hukuken Varlığını Kaybetmesi

İdarenin hukuken varlık kazanmasından sonra üzerinde durulması gereken konu, idarenin hukuken varlığını kaybetmesi yani idarenin kaldırılmasıdır. Bu bağlamda bir kamu tüzel kişiliğinin kazanılması ya da bir kamu tüzel kişiliği bünyesinde yeni bir idari birim oluşturulması yasa koyucunun tekelinde bulunduğu göre, söz konusu kamu tüzel kişiliğinin veya idari birimin kaldırılması konusunda da yasa koyucu yetkili olmalıdır. Zira kaldırılmanın kurulmadan ayrı düşünölemeyeceği tabiidir. Bu nedenle yasa ile kurulan bir kuruluşun yasa veya yasaya eşdeğer normlar dışında başka bir tasarrufla ortadan kaldırılabilmesi, “idarenin kuruluşunun yasayla düzenleneceği” yolundaki ilkeyi anlamsızlaştıracaktır. Ayrıca kanun koyucunun hukuk alanında var olmasını istediği bir kuruluşun bir başka organ veya merci tarafından hukuk âleminde kaldırılması halinde, kaldırma işlemini gerçekleştiren organın iradesi yasama organının iradesinden üstün tutulmuş olacaktır ki; bunun, erkler ayrılığı prensibi ile bağdaştırılabilmesi de mümkün bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kamu tüzel kişiliğine ilişkin kararlarında aynı hususu vurgulamaktadır. Yüksek Mahkeme’ye göre, “*Kamu tüzel kişiliğinin veya organlarının yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması zorunluluğu, usulde paralellik ilkesi gereği aynı zamanda kamu tüzel kişiliğinin veya organlarının ortadan kaldırılması bakımından da geçerli bulunmaktadır.*”³⁸⁰

Kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kaldırılma zorunluluğu, organik anlamda idare kavramının kapsamı içinde bulunan merkezi idare kuruluşları, kamu tüzel kişileri ve kamu tüzel kişilerinin bünyesindeki idari birimlerin tamamı bakımından geçerlidir. Bu bağlamda sadece kamu tüzel kişiliğinin kaldırılması

³⁸⁰ AYM, 08.10.2009 E:2005/13 K:2009/141, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:16.09.2011, Benzer yönde:AYM, 02.05.2008 E:2005/68 K:2008/102, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:16.09.2011.

değil, (kamu tüzel kişiliğinin varlığına son verilmemekle birlikte) kamu tüzel kişiliği bünyesinde yer alan ve onun adına işlem ve eylem yapma yetkisine sahip bulunan bir idari birimin görevine son verilmesi de kanunla ya da kanunun verdiği açık yetki doğrultusunda yapılmalıdır.

Kamu tüzel kişiliğinin veya kamu tüzel kişiliği bünyesinde yer alan bir idari birimin kaldırılması, bu kuruluşların hukuk dünyasından kaldırıldığının açıkça belirtilmesi veya kuruluşa hukuken varlık kazandıran tasarrufun yürürlükten kaldırılması suretiyle olabileceği gibi, kuruluşun görevinin sona erdirilmesi suretiyle de gündeme gelebilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi Şeker Kurumu’nun görev süresini belirleme konusunda Bakanlar Kurulu’na yetki veren kanun hükmünü iptal ederken bu duruma işaret etmiş ve iptal kararını gerekçelendirirken, idarenin kaldırılmasının ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiyle olabileceğine de işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre; *“İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde yasayla düzenlenmesini gerekli kılar. Kamu tüzelkişiliğinin yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması zorunluluğu, usulde paralellik ilkesi gereği aynı zamanda kamu tüzelkişiliğinin ortadan kaldırılması bakımından da geçerli bulunmaktadır. ... Görev süresinin belirlenmesi yetkisi, görev süresinin uzatılmaması, bir başka deyişle görev süresinin sona erdirilmesi yetkisini de içerdüğinden, verilen bu yetki kamu kurumunun ve kamu tüzel kişiliğinin ortadan kaldırılmasına da yetki verilmesi anlamını taşıdığı gibi, görev ve yetkinin belirlenmesi yetkisi de idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa’nın 123. maddesine aykırı bulunmaktadır.”*³⁸¹

Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda aktarılan kararlarında da vurgulandığı gibi, Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca idarenin kaldırılması mutlaka kanunla yapılmak durumunda değildir; eğer kanun açık yetki vermişse, idarenin kaldırılması kanun yerine idari işlemle de yapılabilecektir.

Nitekim bu kapsamda verdiği bir kararında Anayasa Mahkemesi, “büyükşehir belediyesi sınırları çevresinde bulunan belediye ve köylerin, ilçe veya ilk kademe

³⁸¹ AYM, 02.05.2008 E:2005/68 K:2008/102, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.11.2011.

belediye meclisinin talebi üzerine büyükşehir belediye meclisi kararıyla büyükşehir belediyesi sınırları içine alınabileceğini ve böylece söz konusu belediye ve köylerin kamu tüzel kişiliklerinin sona ereceğini” öngören yasa hükmünde, kamu tüzel kişiliğinin kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak sona erdirildiği gerekçesiyle Anayasa’ya aykırılık görmemiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre: “Anayasa’nın 123. maddesinin son fıkrasında ‘Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.’ denilmektedir. Buna göre, kamu tüzelkişiliği kanunla, ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulabilir. Aynı şekilde, ‘usulde paralellik’ ilkesi uyarınca bunların kaldırılmaları da kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle olabilir. ... katılım kararının ilçe veya ilk kademe belediye meclisinin talebi üzerine büyükşehir belediye meclisi tarafından alınmasında kanunla verilen bir yetkiye dayanıldığından Anayasa’ya aykırılıktan söz edilemez.”³⁸²

Burada kanunun idare kurulması konusunda verdiği açık yetki, kanımızca aynı birimin kaldırılması açısından da geçerli kabul edilmeli ve kaldırma konusunda idari işlem tesisine yetki veren ayrı bir yasa hükmü aranmamalıdır. Bu kapsamda madem kanundan aldığı yetki doğrultusunda idare yeni bir kamu tüzel kişiliği veya idari birim kurmaya yetkilidir, o halde yetkide ve usulde paralellik ilkesi gereğince -aksi kanunda öngörülmediği sürece- idarenin söz konusu kamu tüzel kişiliğini veya idari birimi kaldırma konusunda da yetkili olduğu kabul edilmelidir. Çünkü idare, kanunla açık bir şekilde yetki verildikten sonra idari işlemle kamu tüzel kişiliği kurabileceğine ve aksi yönde yasal bir düzenleme bulunmadığı müddetçe kendi işlemini değiştirme ve kaldırma yetkisine sahip olduğuna göre; idarenin kurma yönündeki iradesini değiştirmesi ya da kaldırması durumunda kurulan kamu tüzel kişiliği de kendiliğinden ortadan kalkmış olacaktır. Buna göre idareye idari işlemle kamu tüzel kişiliği veya idari birim kurma yetkisi veren yasa hükmü, eğer aksini ayrıca belirtmemişse, aynı zamanda söz konusu kamu tüzel kişiliğini veya idari birimi kaldırma yetkisini de vermiş olmaktadır. Örneğin 2809 sayılı Kanun’un ek 30. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu, Yükseköğretim Kurulu’nun ve Milli Eğitim Bakanlığı’nın önerisi ile fakülte, enstitü ve yüksekokul kurma yetkisine sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla başka bir yasal dayanağa

³⁸² AYM, 25.01.2007 E:2004/79 K:2007/6, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:16.09.2011

gerek olmaksızın, yani yine 2809 sayılı Kanun'un ek 30. maddesi ile yetkide ve usulde paralellik ilkeleri gereğince Bakanlar Kurulu'nun, Yükseköğretim Kurulu'nun ve Milli Eğitim Bakanlığı'nın önerisi ile fakülte, enstitü ve yüksekokul kapatma yetkisine de sahip olduğu kabul edilmelidir.

Bu çerçevede kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulan idarenin ortadan kaldırılması da yine kanunla veya kanunun verdiği açık yetki doğrultusunda yapılmak durumundadır. İdarenin kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak kaldırılması için, kaldırma konusunda mutlaka ayrı bir yasa hükmünün varlığına gerek bulunmamaktadır. Kanunun idare kurma konusunda verdiği açık yetkinin, aksi kanunda belirtilmediği sürece kaldırma açısından da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Yine kanunun kurulma konusunda idareye yetki vermediği ve bu nedenle kanunla kurulan bir idarenin, bizzat kaldırma konusunda idareye açıkça yetki veren ayrı bir yasa hükmünün varlığı halinde kanun yerine idari işlemle kaldırılabilmesinin de kabulü gerekmektedir. Ancak Bakanlıklar, üniversiteler ve kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları gibi, kanunla kurulacakları 123. madde dışında Anayasa'da ayrıca vurgulanan idarelerin, kanun açık yetki verse de idari işlemle kaldırılmaları mümkün olmayacaktır. Bu idarelerin kurulması konusunda Anayasa'nın ilgili maddeleri doğrultusunda kanun koyucu tek yetkili organ olduğundan, yetkide paralellik ilkesi uyarınca kaldırma konusunda da kanun koyucu tek yetkili kabul edilmelidir. Bu nedenle bu gibi bir idarenin kurulması konusunda olduğu gibi kaldırılması konusunda da idareye yetki veren yasa hükümleri Anayasa'ya aykırılık oluşturacak ve Anayasa yargısı sonucunda iptal müeyyidesi ile karşılaşacaktır.

C. İdarenin Organize Edilmesi

İdare hukuken varlık kazandıktan sonra doğal olarak onun organize edilmesi, yani düzenlenmesi gerekecektir. İdarenin organize edilmesi veya düzenlenmesi ibareleriyle kastedilen, hukuk alanında varlık kazanmış olan idarenin organları, personeli, malları ve diğer unsurlarıyla birlikte inşası ve dizaynıdır. Bu kapsamda söz konusu organların ve personelin ne gibi işlem ve eylemler yapacağı, yine idarenin mallarının hangi işler için kullanılacağı yani idarenin görev ve yetkileri de geniş anlamda düzenleme kavramının dolayısıyla da kurulma mefhumunun kapsamına dahil

bulunmaktadır. Ancak Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceği de ayrıca hükme bağlandığından, idarenin görev ve yetkileri açısından yasallık ilkesi anılan hüküm incelenirken değerlendirilecek, bu başlık altında ayrıca ele alınmayacaktır.³⁸³

Düzenlenme, idarenin kuruluşunun ikinci aşamasını oluşturmakta olup; Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrası gereğince yasallık kaydına tâbidir. Yani gerek kamu tüzel kişilerinin gerekse kamu tüzel kişilerinin bünyesinde bulunan idari işlem ve eylem yapma, kamu gücü kullanma yetkisine sahip idari birimlerin yasa koyucu tarafından düzenlenmesi Anayasal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak 123. maddenin 3. fıkrasında açıkça öngörülmüş bulunduğundan, kamu tüzel kişilerinin kurulmasının yanı sıra düzenlenmesinin, yani teşkilâtına, işleyişine, personeline, bütçesine, malvarlığına ve diğer benzer hususlara ilişkin konuların belirlenmesinin de kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak yapılması mümkün bulunmaktadır.³⁸⁴

İdarenin organize edilmesinin yani teşkilâtı, personeli, bütçesi ve diğer unsurları ile düzenlenmesinin yasayla yapılması zorunluluğu, şüphesiz bu konulara ilişkin olarak idare tarafından hiçbir düzenleme yapılamayacağı anlamına gelmemektedir.³⁸⁵ Zira önceki bölümde “İdarenin Düzenleme Yetkisinin Sınırı” başlığı altında aktarılan Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere idare, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen konularda ve bu kapsamda idarenin kuruluşu hakkında “*kanunun genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizmesi, yapılacak düzenlemenin amacını belirlemesi ve düzenleme açısından nesnel kriterler belirlemesi halinde*”; “*kanunun belirlediği temel kurallara uygun, konunun teknik boyutunun*

³⁸³ Yine dikkat çekmek gerekir ki, bu başlık altında incelenen “idarenin düzenlenmesi”, idarenin kendisinin bir başka organ (yasa koyucu) tarafından düzenlenmesidir. Dolayısıyla burada incelenen konu ile idarenin kendisinin düzenleme yapma yetkisi birbirinden farklı konulardır.

³⁸⁴ “Gerçekten, ‘Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur’ şeklindeki Anayasa hükmü, ‘Genel Esaslar’ arasında bulunan (Yasama yetkisi devredilemez) prensibine bir istisna getirmiş ve fakat bu sahada bahsettiği ‘delegation’u tüzelkişilik (hükmi şahsiyet) izafesine hasr ve tahsis etmiş olamaz. Çünkü, kanunun açık iznine dayanan bir idarî-icraî tasarrufla kamu tüzel kişiliği kurulması, ancak bu ünitenin teşkilât, vazife, selâhiyet, personel ve usulleri gibi bütün unsurları ile bir varlık halinde ortaya çıkarılması ile mümkündür. ... Bu itibarla, Anayasanın 112 nci maddesinin 3 üncü fıkrası hükmü ile yasama organının haiz bulunduğu kamu tüzelkişiliği kurma yetkisini icra ve idare makamlarına ‘deleguer’ devretmek selâhiyetinin, Anayasanın diğer maddelerinde kanunla tespiti emredilen esaslar mahfuz ve müstesna olmak üzere, bu nitelikte bir teşekküle vücut vermek için gerekli her türlü unsuru ihdas ve tanzim etmek imkânını bahsettiği neticesine varmak zarurîdir.” DURAN, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, syf.471

³⁸⁵ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. DURAN, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, syf.466 vd.

sınırları dahilinde, kanunun uygulanmasının sağlanması amacını aşmayacak ve konunun esası hakkında yeni ilkeler öngörmeyecek şekilde” düzenlemeler yapabilecektir. Bu koşulların gerçekleşmesi halinde yürütme tarafından idarenin organize edilmesine ilişkin olarak düzenleme yapılması, kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır.³⁸⁶ Nitekim 123. maddenin 3. fıkrasında “kamu tüzel kişiliğinin kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak idari işlemle de kurulabileceğini” öngören Anayasa koyucu, 1. fıkra da kanunla düzenleneceğini belirttiği idarenin kuruluşu konusunda (belli koşullar dahilinde) idarenin de düzenleme yapma yetkisinin bulunduğu ayrıca işaret etmektedir.

Kurulma kelimesinin daha önce üzerinde durmaya çalıştığımız anlamı gereğince, yasayla bir idarenin sadece adından söz edilmesi, o idarenin yasayla kurulduğunun kabulü için yeterli sayılamayacaktır. Zira idarenin düzenlenmesi de “idarenin kurulması” kavramının kapsamına dahil bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre de bir kuruluşa yasa hükmüyle isim verilmesi, o kuruluşun “yasayla kurulduğunun” kabulü için yeterli bulunmamaktadır. Vakıflar tarafından kurulacak üniversitelere ilişkin kararında konuya değinen Yüksek Mahkeme’ye göre, “İptali istenen yasa fıkrası, belli nitelikleri taşıyan yükseköğretim kurumlarına yasayla üniversite adının verilebileceğini, böylece ad koymakla üniversite oluşumunun gerçekleşip tamamlanacağını öngörmektedir. Anayasa’nın 130. maddesinin birinci fıkrasının zorunlu kıldığı ‘kamu tüzelkişiliği’, yine bu maddenin son fıkrası gereğince vakıfların kuracağı üniversiteler için de zorunlu niteliktir. Üniversitelerin savsaklanması olanaksız bu niteliğini dışlayıp kuruluşu yalnızca üniversite adına indirgeyen fıkra, kamu tüzelkişiliğine yer vermemektedir. ... Anayasa yönünden zorunlu koşul, vakıf üniversitelerinin de bir yasayla kurulmasıdır. Kuruluşun, amaçtan yapıya, işlevden işleyişe değin Anayasa’nın 130. maddesindeki gerekleri kapsayan bir yasayla gerçekleştirileceği ve adın da bu Yasayla konulacağı doğaldır. Varlığının, birimlerinin ve düzeyinin saptanmasıyla tescil ettirilmiş bir üniversiteye kurucusu vakfın seçip önerdiği adın verilmesi, üniversite olup olmadığının belirlenmesi

³⁸⁶ Anayasanın ... ‘kanunla düzenlenir’ veya ‘kanunla gösterilir’ terimleri de, prensip itibariyle, ilişkin oldukları hususların ‘genel esasları’nın kanunla vaz’ını tazammun etmekte ve o mevzuların bütün teferruatıyla kanunda tanzim olunmasını ve idarî kaide – tasarruflara hiçbir şey bırakılmamasını zarurî ve mecburî kılmamaktadır.” DURAN, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, syf.472.

*sayılamayacağı gibi yasayla yapılması gereken de salt üniversite sayma işlemi olamaz.”*³⁸⁷ Her ne kadar bu karar Anayasa’nın 130. maddesi gereğince verilmişse de; kararda yer verilen tespitlerden hareketle, **“yasayla ad verme yasayla kurulmuş sayılma için yeterli değildir”** şeklinde bir ilkenin Anayasa Mahkemesi tarafından benimsendiğini söylemek kanımızca yanlış olmayacaktır.

Düzenleme kavramının kapsamını kesin çizgilerle ortaya koyabilmek ve nelerin “düzenleme” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini sayma yoluyla ifade edebilmek mümkün bulunmamaktadır. Esasen bir idareye ilişkin hukuken varlık kazandırma ve kaldırma, görev ve yetkilerini belirleme, organize etme ve düzenleme gibi yetkilerin tamamı Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca yasallık ilkesine tâbi olduğundan, idareye ilişkin istisnasız tüm hususların yasa koyucunun yetkisinde olduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla böyle kesin bir ayırım yapılmasının ve neyin düzenleme kavramı kapsamında yasa koyucu tarafından yapılacağının somut olarak belirlenmesinin pratik bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle “düzenleme” kavramının kapsamına giren bazı hususların örnekseme yoluyla belirtilebilmesi mümkün bulunmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi’ne göre, *“Anayasa’nın 123. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği, maddenin gerekçesinde de, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesinin bir sonucu olarak, kamu tüzel kişilerinin de ancak kanunla veya kanunun açıkça yetki vermesi halinde idari işlemle*

³⁸⁷ AYM, 29.06.1992 E:1991/21 K:1992/42, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.09.2011. Anayasa Mahkemesi, üniversitelerin kuruluşu konusunu Anayasa’nın 123. maddesinden ziyade üniversiteler hakkında özel kurallar içeren 130. madde kapsamında ele almaktadır. Zira Yüksek Mahkeme’ye göre, *“Üniversiteler, Anayasa’nın 123. maddesinde öngörülen ve ‘Kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak ...’ kurulacağı belirtilen kamu tüzelkişilerine göre özelliği olan kuruluşlardır. 123. maddede öngörülen kamu tüzelkişiliğini, gereksinime göre istediği biçimde kurmaya ve ona istediği işlevi vermeye Yasakoyucunun yetkili kılınmasına karşın, Anayasa’nın 130. maddesinde, üniversiteler yönünden Yasakoyucuya bu serbestlik tanınmamıştır. Bir üniversite kurulması gerektiği zaman ona varlık verecek olan yasada ne gibi yöntem ve ilkelere uyulacağı Anayasa kurallarıyla belirtilmiştir. Üniversite konusunda yasakoyucuya bir seçenek olanağı bırakılmamıştır. Devletin gözetim ve denetimi altında olma, düzey denkliği sağlama, çağdaş bilim ve eğitim ilkelerine uygun olma koşuluyla eğitim ve öğretimi serbest kılan Anayasa, üniversite adıyla ve bu düzeyde eğitim yapmak üzere kurulacak kurumların bilimsel özerkliğe sahip, kamu tüzelkişiliği biçiminde yasayla kurulmasını öngörmüştür. Anayasa’nın 123. maddesindeki ‘İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir...’ kuralı yanında Anayasa’nın 130. maddesinde üniversitelerin kuruluş ve işleyişleriyle öbür özellikleri ayrıca düzenlenmiştir. 123. maddede bir bütün olduğu belirtilen ‘idare’ kapsamında bulunmakla birlikte üniversiteler kendi içinde özelliği olan kuruluşlardır. Üniversiteler, Anayasa’nın 130. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak yasayla kurulan, bilimsel özerkliğe sahip birer kamu tüzelkişileridir. Kamusal bir kuruluşun ve bu kuruluşla ilişkin bir kamu hizmetinin yürütülmesinin sözkonusu olduğu durumlarda kural olarak, kamu hukuku gerekleri gözetilir ve bu alanda geçerli kurallar uygulanır. Üniversiteler, bu bakımdan, Anayasa’nın 123. maddesinde öngörülmüş bulunan ve bir bütün olduğu belirtilen ‘İdare’ içinde ayrı bir konuma sahiptirler.”* AYM, 30.05.1990 E:1990/2 K:1990/10, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.09.2011.

kurulabileceği belirtilmektedir. İl özel idareleri, idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan birer kamu idaresi olduklarından, **idarenin kanunla düzenleneceğine ilişkin Anayasal kural uyarınca hangi hizmet birimlerinden oluşacağının ve bu birimlerin hangi unvanla kurulacaklarının** yasa ile belirlenmesinde ve il özel idaresi teşkilatında ‘Genel Sekreterlik’ biriminin öngörülmesinde herhangi bir Anayasal sorun bulunmamaktadır.”³⁸⁸, “Kamu tüzelkişilerinin **kurulması, organları, görev ve yetkileri, işleyiş ve çalışma usulleri**, yasal ve idari işlemlerle her zaman yeniden düzenlenebilir. Çünkü Anayasa’nın 123. maddesinde kamu tüzelkişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulacağı hükmü yer almış bulunmaktadır. Bu durumda; kanun koyucunun, kamu tüzelkişiliğini genel yararın belirlediği ihtiyaca göre kurması ve onu kimi yetkilerle donatması asıldır.”³⁸⁹, “... dava konusu 2. maddenin birinci fıkrası ve ikinci fıkraları incelendiği zaman, yasama yetkisini Türk Milleti adına kullanmakla yetkili Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin, Devlet Yatırım Bankası’nı, kanunda sayılan belli hizmetleri görmek için ‘özel hukuk hükümlerine tâbi bir anonim şirket şeklinde faaliyet göstermek üzere yeniden düzenlemek’ ile Bakanlar Kurulu’nu görevlendirdiği ve bu görevi yerine getirebilmesi için de gerekli esasların tesbitini, ‘**bankanın unvanı, maksat ve iştiğal konuları, sermaye yapısı, idare ve temsil, organlarının teşkili, atama ve seçilme usulleri, görev ve yetkileri, denetlenmesi ve tasfiyesi ile ilgili**’ hususlarda karar alma görev ve yetkisini de Bakanlar Kurulu’na verdiği görülür. ...”³⁹⁰

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda aktarılan kararlarından da yararlanılarak; kurulacak idari birimin adının, kuruluş amacının, faaliyet alanının, idari teşkilât içindeki konumunun, özel bir amaç için kurulmuş ise görev süresinin, organlarının, işleyiş ve çalışma usullerinin, personelinin hukuki niteliğinin, gelir ve giderlerinin belirlenmesinin “idarenin organize edilmesi” kapsamında yer aldığı söylenebilecektir. Bu çerçevede idarenin kanunî idare ilkesine uygun biçimde kanunla

³⁸⁸ AYM, 18.01.2007 E:2005/32 K:2007/3, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.09.2011. Kalın yazılı kısımlar kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

³⁸⁹ AYM, 28.11.1985 E:1985/7 K:1985/22, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.09.2011. Kalın yazılı kısımlar kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

³⁹⁰ AYM, 21.01.1988 E:1987/11 K:1988/2, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:22.12.2012. Kalın yazılı kısımlar kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

kurulmuş sayılabilmesi için “kuruluşun ana unsurları” olarak da nitelendirilebilecek bu konularda temel ilkelerin kanun tarafından tespit edilmesi gerekmektedir.³⁹¹

İdarenin kanunla kurulmuş sayılabilmesi için kanunla düzenlenmesi gereken alanı oluşturan söz konusu konuların üzerinde ayrı ayrı durulması, “idare kanunla kurulur” ilkesinin daha iyi anlaşılması açısından faydalı olacaktır.

1. İdarenin Adının, Amacının ve Faaliyet Alanının Belirlenmesi

İdarenin adının belirlenmesi, kanunla veya kanunun açıkça verdiği dayanılarak kurulan merkezi idare biriminin, kamu tüzel kişiliğinin ya da kamu tüzel kişiliği bünyesinde kurulan idari birimin diğer idarelerden ve özel hukuk tüzel kişilerinden ayırt edilmesini sağlayan özel ismin saptanmasını ifade etmektedir. İdarenin isminin onun varlığından ayrı düşünülmesi mümkün olmadığından, söz konusu ismin belirlenmesinin idarenin kuruluşu bakımından temel konu sayılmamasına olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle idarenin kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulmuş sayılabilmesi için, idarenin adının kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasa’nın 130. maddesinde yer alan “üniversitelerin kanunla kurulacağı” ilkesinden hareketle verdiği bir kararında Anayasa Mahkemesi de bu hususu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Anayasa yönünden zorunlu koşul, vakıf üniversitelerinin de bir **yasayla kurulmasıdır**. Kuruluşun, amaçtan yapıya, işlevden işleyişe değin Anayasa’nın 130. maddesindeki gerekleri kapsayan bir yasayla gerçekleştirileceği ve **adın da bu Yasayla konulacağı doğaldır**.”³⁹² Uygulamada ise, idarenin adının belirlenmesi büyük çoğunlukla idarenin hukuken varlık kazanması aşamasında gündeme gelmekte; idareye hukuken varlık kazandıran kanun hükmü aynı zamanda idarenin adını da tespit etmektedir.

³⁹¹ YILDIRIM, Türkiye’nin İdari Teşkilâtı, syf.16. Nitekim uygulamada kamu tüzel kişilerinin veya Bakanlıklar gibi merkezi idare birimlerinin çoğunun bir kuruluş yasası bulunmakta, anılan idarelerin kuruluş amacı, organları, faaliyet alanı, işleyişi, personeli, gelir ve giderleri bu kuruluş yasalarında detaylı şekilde düzenlenmektedir. Örneğin 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkilatı Dair Kanun, 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu, 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu, 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, 5648 sayılı Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, 6093 sayılı Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun...vb

³⁹² AYM, 29.06.1992 E:1991/21 K:1992/42, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.09.2011. Kalın yazılı kısım kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

İdarenin varlık sebebi, kamu hizmetlerinin yürütülmesi suretiyle kamu yararının temin edilmesi ve kamu düzeninin sağlanmasıdır. Dolayısıyla yeni bir idarenin kurulması esasen yeni bir kamu hizmetinin oluşturulması anlamına gelmektedir. Bu noktadan hareket edildiğinde idarenin amacının belirlenmesi de, idarenin hangi kamu hizmetini ifa etmek üzere kurulduğunun ortaya konulmasını ifade etmektedir.

İdarenin amacının, kuruluş konusunda kanunla düzenlenmesi gereken hususlardan biri olduğu Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edilmektedir. Bu kapsamda kalkınma ajanslarının kuruluşu konusunda idareye yetki veren yasa kuralının Anayasa’ya uygunluğunu denetleyen Yüksek Mahkeme, konu hakkında temel ilkeleri koyması nedeniyle yasanın Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşırken, idarenin amacının kanunla belirlenmiş olmasına da dikkat etmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre: *“Ajansın **kuruluş amacı**, görev ve yetkileri, gelirleri ve yöneteceği fonlar, giderleri, mali saydamlık ve hesap verme sorumluluğu, bütçe, bütçenin hazırlanması ve kabulü ile bütçenin sonuçları Yasa’nın ilgili maddelerinde kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Bu kurallar ... gözetildiğinde maddede dış denetimle ilgili olarak verilen yetkinin yöntem ve tekniğe ilişkin konuları içerdiği açıktır.”*³⁹³

Anayasa Mahkemesi’ne göre idarenin kuruluş amacı genel nitelikte ve belirsiz olmamalıdır. Anayasa Mahkemesi, mahalli idare birlikleri ile ilgili bir yasa kuralının Anayasa’nın 123. ve 127. maddelerine uygunluğunu incelerken şu değerlendirmede bulunmuştur: *“Mahalli idare birliklerinin Anayasanın 127. maddesinde belirtildiği üzere sadece ‘belirli’ kamu hizmetlerini yürütmek üzere kurulacakları anlaşılmaktadır. Buna göre, mahalli idarelerin bütün görevlerini kapsayacak şekilde genel amaçlı veya amacı açıkça belirlenmemiş birlik kurulamaz.”*³⁹⁴ Buna göre kanunun, kurduğu idareye

³⁹³ AYM, 30.11.2007 E:2006/61 K:2007/91, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:22.12.2012.

Kalın yazılı kısım kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

³⁹⁴ AYM, 24.09.2008 E:2005/90 K:2008/146, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:22.12.2012. Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen “genel amaçla veya amacı açıkça belirlenmeden kurulamama” olgusu, kanımızca sadece mahalli idare birlikleri açısından değil, tüm idareler yönünden geçerli bulunmaktadır.

Öte yandan belirtmek gerekir ki K:2008/146 sayılı kararın devamında Anayasa Mahkemesi, mahalli idare birliklerinin amacının kuruluş tüzüğü ve Bakanlar Kurulu’nun izni ile belirlenecek olmasından hareketle, idarenin amacının belirgin olduğu sonucuna ulaşmış ve iptal istemini reddetmiştir. Kanımızca Anayasa Mahkemesi’nin ulaştığı sonuç isabetli değildir. İdarenin amacı yani hangi kamu hizmetlerini ifa için teşekkül edeceği, idarenin kurulması konusunda temel konulardan biridir ve idareye bırakılmaksızın kanun koyucu tarafından belirlenmelidir. Nitekim karara muhalif kalan üyeler Fulya Kantarcıoğlu ile Cafer Şat’ın karşı oy yazılarında bu duruma işaret edilmektedir: *“... mahalli idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile kendi aralarında kuracakları birliklerin hangi kamu hizmetlerini göreceklerinin kanunda açıkça gösterilmesi anayasal bir zorunluluktur. Mahalli*

çok geniş bir amaç belirlemesi veya idarenin hangi kamu hizmetinin ifasına katılacağını muğlak bırakması hallerinde, idarenin amacının belirlendiğinden ve dolayısıyla kanunî idare ilkesine uygun hareket edildiğinden söz edilemeyecektir.

Bazı idarelerin amacı doğrudan Anayasa tarafından belirlenmiş bulunmaktadır. Örneğin Anayasa'nın 127. maddesi gereğince mahalli idareler “il, belediye ve köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak”³⁹⁵ amacıyla kurulacaklardır. Bu gibi durumlarda, yani idarenin amacının Anayasa koyucu tarafından belirlendiği hallerde, kanımızca idarenin amacının ilgili yasada tekrar ifade edilmesine gerek bulunmamaktadır. Örneğin Türkiye genelinde 13 ilde daha büyükşehir belediyesi kuran 6360 sayılı Kanun'da, bu idarelerin amacının “söz konusu belediye sınırları içinde yaşayan halkın mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak” olduğunun belirtilmemesi, kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır.

Amaçları doğrudan Anayasa tarafından belirlenmeyen idareler açısından ise, söz konusu idarelerin amaçları yani hangi kamusal hizmeti yerine getirmek için kuruldukları ilgili kanunda belirtilmek durumundadır. Kurulacak idarenin doğrudan ifa edeceği veya yürütümüne katılacağı kamu hizmetinin kanun tarafından belirlenmeyerek idareye bırakılması durumunda, idarenin kuruluşunun kanunla yapılması yükümlülüğü ihlal edilmiş olacaktır.

İdarenin faaliyet alanı bakımından ise, öncelikle idarenin amacı ile faaliyet alanı arasında yakın bir ilişki bulunduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Zira idarenin amacı, idarenin hangi kamu hizmetini karşılamak için oluşturulduğunu; faaliyet alanı ise, idarenin konu ve yer bakımından hangi sahada faaliyetlerde bulunabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla idarenin faaliyet alanı belirlenirken, idarenin amacını gerçekleştirmek için hangi coğrafi alanda ve/veya hangi konularda işlemler ve eylemler yapabileceği tespit edilmiş olmaktadır.

idarelerin yürütmekle yükümlü oldukları hizmetlerden ‘bazılarını’ görmek üzere birlik kurabilmelerinin yasada belirtilmesi bu birliklerin, hangi kamu hizmetlerini göreceklarının yasa ile düzenlendiği anlamına gelmez.”

³⁹⁵ “Anayasa’da il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğu belirlenmemiş, bunun saptanması yasaya bırakılmıştır. Bu durumda yasakoyucu kamu yararını gözeterek, Anayasal çerçevede merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir. Yerel yönetimleri ortadan kaldırma ya da etkisiz kılma amacına yönelik olmaması ve belirli alanlar bakımından geçici bir süre için kimi görev ve yetkilerin merkezi yönetim birimine bırakılması, yerinden yönetim ilkesine aykırılık olarak yorumlanamaz.” AYM, 09.06.2011 E:2008/87 K:2011/95, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:23.12.2012.

İdarenin faaliyet alanının yer yönünden sınırlandırılması, belirli bir coğrafi alan esas alınarak oluşturulan yerinden yönetim kuruluşları yani mahalli idareler³⁹⁶ ile Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin belli bir coğrafi alanda ifasından sorumlu bulunan il genel idaresi gibi merkezi idare birimleri açısından söz konusu olacaktır. Buna göre söz konusu idarelerin faaliyet alanı kanunla belirlenen yetki sahaları olup; yetkili olunan coğrafi alanı belirleyen kanun aynı zamanda bu idarelerin faaliyet alanını da tespit etmiş olmaktadır. Örneğin 5216 sayılı Kanun geçici 2. maddesiyle İstanbul Büyükşehir Belediyesi’nin faaliyet alanını (coğrafi açıdan) “İstanbul il mülki sınırları” şeklinde belirlemiş bulunmaktadır. Yine 3806 sayılı Kanun Iğdır İli’ni dolayısıyla Iğdır İl Genel İdaresi’ni kurarken Iğdır İli’ne bağlı ilçeleri, bucakları, kasabaları ve köyleri tek tek sayarak anılan merkezi idare teşkilâtının faaliyet alanını tespit etmiş ve böylece idarenin faaliyet alanının kanunla belirlenmesi gerekliliğini yerine getirmiştir.

İdarelerin konu bakımından hangi sahada faaliyette bulunabileceklerinin tespiti de kanun tarafından yapılmalıdır. İdarelerin faaliyet alanlarının konu yönünden belirlenmesi her zaman tek bir kanun maddesi ile yapılmamaktadır. Bu bağlamda idarenin faaliyet alanı, bazen kanunun birden fazla maddesinden ve hatta Anayasa’da o idare hakkında konulan kuralların yorumlanmasından hareketle tespit edilebilmektedir. Bu gibi durumlarda idarenin faaliyet alanının kanunla belirlendiği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Örneğin 6235 sayılı Kanun’la kurulan Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği’nin faaliyet alanı, anılan Kanun’un 1. ve 2. maddeleri ile Anayasa’nın 135. maddesinden hareketle “Türkiye sınırları içinde meslek ve sanatlarını icraya kanunen yetkili olup da mesleki faaliyette bulunan yüksek mühendis, yüksek mimar, mühendis ve mimarların meslekî nitelikteki ortak ihtiyaçları” şeklinde ortaya konulabileceğinden; anılan idarenin faaliyet alanını kanunun belirlediğinin kabulü gerekecektir.

Bunun dışında idarelerin kuruluşunu düzenleyen bir çok kanunda kanunun kapsamı belirlenirken, aynı zamanda kurulan idarenin faaliyet alanı da belirlenmiş olmaktadır. Örneğin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nu bir kamu tüzel kişiliği olarak kuran 6112 sayılı Kanun, bu kanunun kapsamını “Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin

³⁹⁶ YILDIRIM, Türkiye’nin İdari Teşkilatı, syf.38

yargı yetkisi altında, her türlü teknik, usul ve araçlarla ve her ne isim altında olursa olsun elektromanyetik dalgalar veya diğer yollarla yapılan radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri ile ilgili hususlar” şeklinde belirlerken, esasen Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun faaliyet sahasını da belirlemiş olmaktadır. Buna göre Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun, faaliyet alanı içinde olmayan yazılı medyaya yönelik bir konuda herhangi bir işlem tesis etmesi veya eylemde bulunması olanaklı değildir.

İdarenin faaliyetlerini kanunla belirlenmiş olan faaliyet alanında yürütmesi zorunludur. Dolayısıyla idarenin faaliyet alanını konu veya yer bakımından belirleyen kanun veya kanuna eş değer normlar dışındaki düzenleyici işlemler ile bu düzenleyici işlemlere istinaden tesis edilen birel işlemler kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturacak ve idari yargı organlarınca iptalleri gerekecektir.

Son olarak belirtilmelidir ki, idarenin amacının ve faaliyet alanının kanunla belirlenmiş sayılması için, bunların kanunda genel olarak ortaya konulması yeterli kabul edilmelidir. Zira idarenin amacı hangi kamu hizmetini yerine getirmek için kurulduğunu, faaliyet alanı da hangi konularda ve hangi coğrafi alanda tasarruflarda bulunabileceğini ifade ettiğinden; idarenin bu iki unsuru ile görev ve yetkileri arasında da yakın ilişki bulunmaktadır. Bu noktada idarenin amacı ve faaliyet alanı konusunda ayrıntıların belirlenmesi, idarenin görev ve yetkilerinin somutlaştırılması ile mümkün olacaktır. İdarenin görev ve yetkileri ise kanunî idare ilkesi gereğince yine kanunla düzenlenmek zorundadır. Buna göre kanun, kuruluş aşamasında idarenin adını, amacını, faaliyet sahasını belirleyerek idareyi organize edecek; sonrasında görevlerini ve yetkilerini de düzenleyerek idarenin amacına ve faaliyet sahasına açıklık kazandıracaktır. Böylelikle idarenin hem kuruluşunun hem de görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa’nın 123. maddesinin gereği de yerine getirilmiş olacaktır.

2. İdarenin Niteliğinin Belirlenmesi

İdarenin hukuken varlık kazanmasından sonra açıklığa kavuşturulması gereken başlıca hususlardan biri, idarenin niteliğinin ne olduğu diğer bir ifadeyle kurulan yeni idari birimin bir merkezi idare birimi mi, yeni bir kamu tüzel kişisi mi yoksa Devlet

dışındaki bir kamu tüzel kişiliği bünyesinde oluşturulan yeni bir organizasyon mu olduğudur. Bu anlamda idarenin niteliğinin tespiti onun idari teşkilât içindeki yerinin, bu kapsamda Devletle ve kendisi dışındaki diğer idari birimlerle olan ilişkisinin belirlenmesi anlamına gelmektedir.

Buna göre yeni kurulan idari birim bir merkezi idare birimi ise; bunun merkezi idarenin merkez teşkilâtına mı yoksa taşra teşkilâtına mı dahil olduğu, Bakanlık gibi özel bir statüsünün bulunup bulunmadığı, mevcut merkezi idare birimleri ile ilişkisinin ne olduğu gibi hususlar, idari birimi kuran ya da yeni bir idari birim kurma konusunda yürütmeye yetki veren kanun hükmünde belirtilmelidir. Bu hususların kanunda öngörülmediği hallerde, idarenin kuruluşu konusunda kanunun temel ilkeleri belirlemediği diğer bir ifadeyle idarenin kuruluşunu kanunun gerçekleştirmediği sonucuna ulaşılacaktır.

Anayasa’da özel düzenleme konusu yapılan merkezi idare birimleri kurulurken, bu birimlerin adını belirleyen yasa aynı zamanda anılan birimin niteliğini de ortaya koymuş olmaktadır. Bu nedenle anılan kanunların söz konusu birimin niteliğini ayrıca belirtmesine gerek bulunmamaktadır. Örneğin 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un, Anayasa’nın 113. maddesi kapsamında bir Bakanlık yani merkezi idarenin merkez teşkilâtı içinde yeni bir birim; 3760 sayılı Bartın İlinin Kurulması Hakkında Kanun’un da Anayasa’nın 126. maddesi doğrultusunda bir il yani merkezi idarenin taşra teşkilâtına dahil yeni bir birim kurduğu açıktır. Dolayısıyla bu kanunlar kurdukları birimin niteliğini ve dolayısıyla idari teşkilât içindeki yerlerini anılan birimin adını tespit ederken belirlemiş olduklarından, söz konusu idarelerin niteliğini ayrıca hükme bağlamalarına gerek bulunmamaktadır.

Kanunla veya kanunun verdiği açık yetki doğrultusunda kurulan merkezi idare biriminin Anayasa’da özel düzenleme konusu yapılmadığı hallerde, bu birimin idari teşkilât içindeki yerinin ve diğer merkezi idare birimleri ile olan ilişkisinin kuruluşla ilişkin kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Örneğin 5902 sayılı Kanun’la kurulan Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı Anayasa’da öngörülen merkezi idare birimlerinden olmadığından, bu kuruluşun adının belirlenmesi, niteliğinin saptanabilmesi açısından yeterli olmamaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, söz konusu kanunun 1. maddesinde

Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı'nın niteliğini yani idari teşkilât içindeki konumunu “*Bu Kanunun amacı, ... **Başbakanlığa bağlı** Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının kurulması, teşkilatı ile görev ve yetkilerini düzenlemektir. **Başbakan, Başkanlıkla ilgili yetkilerini bir Bakan aracılığı ile kullanabilir.***” şeklindeki hükümle belirlemiş ve kanunî idare ilkesinin gereğini yerine getirmiştir.

İdarenin niteliğinin belirlenmesi gerekliliği, kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulan yeni kamu tüzel kişileri ile bu (Devlet dışındaki) kamu tüzel kişilerinin bünyesinde oluşturulan idari birimler açısından da geçerli bulunmaktadır. Yeni kamu tüzel kişileri açısından belirtilmelidir ki kanun, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kurduğu idarenin “kamu tüzel kişiliği”ne sahip olduğunu açıkça belirtebileceği gibi; açık bir niteleme yapmaksızın, kurduğu birime kamusal ayrıcalıklar ve kamu gücü kullanma yetkisi tanıyarak da yeni bir kamu tüzel kişisi kurabilecektir. Bu kapsamda kanun, kurduğu veya kurulması konusunda açık yetki verdiği kamu tüzel kişiliğinin “kamu tüzel kişiliğine sahip olduğundan” açıkça söz etmese dahi; kamu tüzel kişiliğinin niteliğini ortaya koymak yani idari teşkilât içindeki konumunu belirlemek durumundadır.

Devlet dışındaki kamu tüzel kişilerinin bazıları, aynen merkezi idare birimlerinde olduğu gibi, Anayasa’da özel düzenleme konusu yapılmıştır. Buna göre Anayasa’nın 127. maddesinde mahalli idareler merkezi yönetimin dışında, yer bakımından yerinden yönetim birimi; 130. maddesinde üniversiteler ve 135. maddesinde de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları yine merkezi idarenin dışında, hizmet bakımından yerinden yönetim birimi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla kamu tüzel kişiliğine sahip hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu olduğu Anayasa’nın 130. maddesinde ayrıca öngörülen yeni bir üniversite kuran kanunun, üniversitenin bu niteliğini ayrıca belirtmesi gerekmemektedir.³⁹⁷ Yine bir belediye kuran yasanın yeni bir mahalli idare birimi kurduğunu ayrıca belirtmemesi, onun niteliğini belirlemediği anlamına gelmeyecektir.

³⁹⁷ Örneğin 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu’nun 33. maddesine göre “*Van’da Yüzüncü Yıl Üniversitesi adıyla yeni bir üniversite kurulmuştur.*” Anayasa’nın 130. maddesi gereğince bütün üniversiteler kamu tüzel kişiliğine sahip olduğundan, 2809 sayılı Kanun’un 33. maddesinde Yüzüncü Yıl Üniversitesi’nin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunun ve bir hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu olduğunun ayrıca hükme bağlanmasına gerek bulunmamaktadır.

Anayasa’da özel düzenleme konusu yapılmayan kamu tüzel kişileri ile kamu tüzel kişileri bünyesinde oluşturulan idari birimler açısından ise bu idarelerin niteliğinin, bu kapsamda idari teşkilât içindeki konumları ile diğer idareler ile olan ilişkilerinin kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin 6001 sayılı Kanun’la Devlet’ten ayrı bir kamu tüzel kişiliği olarak kurulan Karayolları Genel Müdürlüğü’nün niteliği aynı Kanun’un 3. maddesinde “*Ulaştırma Bakanlığı’na bağlı, kamu tüzel kişiliğine sahip, merkezi Ankara’da olan özel bütçeli bir kuruluş*” şeklinde; 5502 sayılı Kanun’la kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu’nun niteliği aynı Kanun’un birinci maddesinde “*kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî açıdan özerk, bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tâbi Sosyal Güvenlik Kurumu kurulmuştur. Kurum, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili kuruluşudur. Kurumun merkezi Ankara’dadır.*” biçiminde; 2499 sayılı Kanun’la kurulan Sermaye Piyasası Kurulu’nun niteliği de aynı Kanun’un 17. maddesinde “*kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip*” şeklinde belirlenmiştir. Yine ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olmayıp üniversite kamu tüzel kişiliği bünyesinde üniversite adına işlem ve eylem yapma yetkisine sahip olan fakültelerin, enstitülerin ve yüksek okulların üniversite kamu tüzel kişiliği ile olan ilişkisi de 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun çeşitli maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

İdarenin idarî teşkilât içindeki konumunun belirlenmesine örnek olarak kabul edilebilecek bir diğer yasa hükmü ile bu hüküm hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karara da bu başlık altında değinmek faydalı olacaktır. Söz konusu hüküm, 3046 sayılı Kanun’un 4. maddesinin 2. fıkrasını “*Bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen bakanlık ilgili kuruluşları, Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, Başbakanlıkla veya diğer bakanlıklarla ilgilendirilebilir*” şeklinde değiştiren 4046 sayılı Kanun’un 1. maddesidir. Bu madde “idarenin kanunla kurulacağını (düzenleneceğini)” öngören Anayasa’nın 123. maddesiyle de ilgili olmakla birlikte; Anayasa Mahkemesi konuyu, yasa maddesi ile daha doğrudan bir ilişki içinde olan Anayasa’nın 113. maddesi bağlamında ele almıştır. Anılan hükmün Anayasaya uygunluğu konusunda Yüksek Mahkeme’nin yaptığı değerlendirme şu şekildedir: “... Anayasa’nın 113. maddesinde ‘*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilâtı kanunla düzenlenir.*’ denilmektedir. Bu kural madde başlığında da

belirtildiği gibi ‘Bakanlıkların kurulması’ ile ilgilidir. Bu kurala dayanılarak çıkarılan Bakanlıkların Kuruluşu ve Görev Esasları Hakkında 3046 sayılı Yasa’nın 1. maddesinde de ‘Bu Kanunun amacı, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkili, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesi için bakanlıkların kurulmasına, teşkilât, görev ve yetkilerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.’ hükmüne yer verilmiştir. Bakanlık ilgili kuruluşları, hizmet ve görev alanlarıyla doğrudan bağlı bulunmayıp sadece işlevleri açısından o Bakanlıkla ilgisi kurulan kuruluşlar oldukları için, Bakanlık örgütü içinde yer almamaktadır. Kuşkusuz bir ilgili kuruluşun, zamanla ilgilendirildiği Bakanlıkla ilgisi azalabilir ve o kuruluşun başka bir Bakanlıkla ilgilendirilmesi gerekebilir. Bu durumda, ilgili kuruluşu Bakanlık örgütü içerisinde bulunması gerekli bir kuruluş olarak anlamak ve onu başka bir Bakanlıkla ilgilendirmenin sadece yasa ile yapılabileceğini söylemek, Anayasa’nın 113. maddesindeki Bakanlıkların kurulmasının yasayla düzenleneceği yolundaki kuralın amacını aşar. Anayasakoyucunun amacı Bakanlıkların kurulmasını, kaldırılmasını, görevlerini, yetkilerini ve örgütlenmesini yasayla düzenlemektir. Bakanlıkların kuruluşu ve görevleriyle ilgili bir Anayasa kuralını, ‘İlgili kuruluşlar’ için de bağlayıcı kural olarak kabul etmek olanaklı değildir. ... ilgili kuruluşlar; ‘Özel kanun ve statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, ortaklık ve iştirakleri veya özel hukukî, malî ve idarî statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları’ olup, bir Bakanlığın kendi örgütü içerisinde yer almayıp sadece işlevleri açısından, bir Bakanlıkla ilgilendirilen kuruluşlardır. Bu kuruluşların Başbakanlıkla ya da diğer bir Bakanlıkla olan ilgilendirilmelerinin yasayla yapılacağı yolunda bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. 3046 sayılı Yasa’nın dava konusu ... fıkrasında, bu ilgilendirmenin Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenlerle, dava konusu Yasa’nın 1. maddesinin son fıkrası hükmü, Anayasa’nın 87. ve 113. maddelerine aykırı bulunmamıştır.”³⁹⁸

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 113. maddesinin bakanlıklara ilişkin olduğu ve bakanlık ilgili kuruluşlarını kapsamadığı, ilgili kuruluşların Başbakanlıkla ya da diğer bir bakanlıkla ilgilendirilmesinin yasayla yapılması gerektiğini belirten bir Anayasa hükmü de bulunmadığı yönündeki gerekçelerden hareketle iptal istemini

³⁹⁸ AYM, 14.09.1995 E:1995/1 K:1995/42, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:20.11.2011.

reddetmiştir. Oysa, (Anayasa Mahkemesi’nin 113. maddenin kapsamına yönelik yorumu doğru kabul edilse dahi) bir hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşunun bir bakanlıkla ilgilendirilmesi söz konusu kuruluş açısından “idarenin niteliğinin/idari teşkilât içindeki konumunun belirlenmesi” anlamına geldiğinden, idarenin kuruluşu kavramının kapsamına, dolayısıyla da Anayasa’nın 123. maddesinin uygulama alanına girmektedir. Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca ise idarenin kuruluşunun yani hukuken varlık kazanmasının ve düzenlenmesinin yasayla yapılması gerekecektir. Ne var ki 3046 sayılı Kanun’un 4046 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile değişik 4. maddesinin 2. fıkrası, idarenin kurulması kapsamındaki bir konuyu Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile tesis edilecek bir idari işleme bırakmıştır ki; bunun, Anayasa’nın 123. maddesinde öngörülen kanunî idare ilkesi ile bağdaştırılabilmesi mümkün bulunmamaktadır.³⁹⁹

Bir idarenin niteliğinin yani idari teşkilât içindeki yerinin ve diğer idarelerle olan ilişkisinin belirlenmesi, söz konusu idarenin tâbi olacağı denetimin, üstlendiği sorumluluklarının, görev ve yetkilerinin tespiti açısından büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda örneğin bir idare, mahalli idare birimi olarak düzenlenmişse idarî vesayete tâbi olması gerekecek, idari ve mali açıdan özerk şekilde kurulmuşsa Devletin hiyerarşik yapısından ve idari vesayetten bağımsız şekilde düzenlenecektir. Yine bir idare, eğer mahalli idare birimi olarak kurulmuş ise mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarla ilgili görev ve yetkiler üstlenebilecek, eğer bir Bakanlığın bağlı kuruluşu ise söz konusu Bakanlığın yürüttüğü kamu hizmeti kapsamında görev ve yetkilere sahip olabilecektir. Dolayısıyla idarenin niteliğinin kanun yerine idari işlemle belirlenmesi, kanunla düzenlenmesi gereken bu konularda kanunun değil idari işlemin yol gösterici olacağı anlamına gelir ki, bunun kanunî idare ilkesiyle bağdaştırılabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanunî idare ilkesi, idarenin niteliğinin yani idari teşkilât içindeki yerinin ve

³⁹⁹ Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı öğretilde de haklı olarak eleştirilmiştir. YILDIRIM’a göre, “Hangi bakanlıkla, hangi kuruluşun ilgilendirileceği bakanlıkların kuruluş yasalarında yer almaktadır. Bakanlık ilgili kuruluşunun değişmesi, bakanlık teşkilat yasasının değişmesini gerektirir. Bu değişikliği idari işlemle yapmak, normlar hiyerarşisi ilkesiyle bağdaşmaz. Ayrıca ... bakanlıklarla ilgili kuruluşlar arasındaki hukuki ilişki idari vesayet ilişkisidir. İdari vesayet ilişkisi, yasayla kurulabilir. Bu sebeple, bakanlıkların ilgili kuruluşlarının idari işlemle değiştirilmesi Anayasa’ya aykırıdır. Ne var ki, konuyu inceleyen Anayasa Mahkemesi, yasanın idari işlemle değiştirilemeyeceğini; idari vesayet ilişkisinin ancak yasayla kurulabileceğini göz ardı ederek ... iptal istemini reddetmiştir.” YILDIRIM, Türkiye’nin İdari Teşkilatı, syf.16. 3046 sayılı Kanun’un 4. maddesi 643 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirildiğinden; Anayasa Mahkemesi’nin K:1995/42 sayılı kararı hakkında yaptığımız yorumların, 3046 sayılı Kanun’a 643 sayılı KHK ile eklenen ve 3046 sayılı Kanun’un 4. maddesinin eski 2. fıkrası ile aynı paralelde olan 19/A maddesi için de geçerli olduğunu belirtmemiz gerekir.

diğer idarelerle olan ilişkisinin kanunla belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla bu belirlemeyi yapmadan idareye yetki tanıyan bir kanunun idarenin kuruluşu konusunda genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizdiğinin ve dolayısıyla Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerinin gereklerini yerine getirdiğinin kabulü mümkün bulunmamaktadır.

3. İdarenin Görev Süresinin Belirlenmesi

Toplumun idarelerce karşılanması gereken ortak nitelikteki ihtiyaçları genellikle süreklilik gösterir. Bu kapsamda söz konusu ihtiyaçların karşılanmasına yönelik kamu hizmetlerinin, örneğin güvenlik, sağlık, eğitim, ulaşım gibi hizmetlerin de süreklilik arz etmesi gerekir. Dolayısıyla bu hizmetleri yerine getirmek amacıyla kurulan idari birimlerin, kanunda aksi belirtilmediği sürece sürekli olarak kuruldukları, faaliyetlerini belli bir süre ile sınırlı olmaksızın sürdürecekleri kabul edilmelidir.

Ancak bazı hallerde geçici bir süre için tatmini gereken toplumsal ihtiyaçlar ortaya çıkabileceği gibi; kanun koyucu, süreklilik gösteren bir kamu hizmetinin karşılanması için belli bir süre ile sınırlı olarak yeni bir idari birim kurma yoluna da gidebilir.

İdareyi kuran veya kurulması konusunda açık yetki veren kanunun, kurduğu idare için görev süresi öngörmemesi durumunda, söz konusu idarenin herhangi bir süreyle kayıtlı olmaksızın sürekli olarak kurulduğu kabul edilecektir. Bununla birlikte idarenin görev süresinin çeşitli nedenlerle sınırlandırılması gereken hallerde bu sınırlandırmanın kanun tarafından yapılması gerekecektir. Çünkü idarenin faaliyet göstereceği ve kamu hizmeti yürüteceği zaman dilimini belirleyen bu konunun, idarenin kuruluşu açısından temel ilke sayılmayarak başka bir organın düzenlemesine bırakılması kanunî idare ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Öte yandan idarenin görev süresinin belirlenmesi yetkisi, idarenin ne kadar süreyle hukuken var olacağının ya da belli bir süre sonunda var olup olmayacağının tespitini de kapsamına almakta, bu yönüyle idarenin var olması veya kaldırılması ile de yakın ilişki içinde bulunmaktadır. Bu çerçevede idarenin görev süresinin kanunla belirlenmemesi, “idarenin kanunla varlık kazanması gerekliliği” açısından da Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, uluslararası

kuruluşlar ile yapılan anlaşmalar çerçevesinde Şeker Kurumu ve organlarının görev ve yetkileri ile görev süresini 31.12.2004 tarihinde yeniden belirleme konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki veren 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun geçici 8. maddesini yasama yetkisinin devredilmezliği ile kanunî idare ilkelerine aykırı bularak iptal ederken bu hususu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre: "... Uluslararası kuruluşlar ile yapılacak andlaşmalar yönünden itiraz konusu kural, belirsiz bir nitelik taşımaktadır. Şeker Kurumu ve organlarının görev, yetki ve görev süresinin belirlenmesi konusunda Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin kullanılmasında esas alınacak uluslararası bir andlaşmanın yürürlüğe girmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı bulunmakta iken, yürürlüğe girmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına bağlı olmayan diğer uluslararası andlaşmaları da kapsar şekilde itiraz konusu kural ile getirilen düzenleme belirgin değildir. Öte yandan; Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin, bir uluslararası andlaşmanın gereğinin yerine getirilmesi bakımından kullanılması zorunlu bir yetkiyi mi, Bakanlar Kurulu'na ait bir takdir yetkisini mi ifade ettiği de anlaşılamamaktadır. Bu belirsizlik, Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin kullanılması bakımından da geçerlidir. Bakanlar Kurulu'na tanınan bu yetki, Şeker Kurumu ve bu Kurumun organlarının görev, yetki ve görev süreleri yönünden farklı şekillerde kullanılmasına yol açabilecek niteliktedir. Söz konusu yasal düzenleme, Şeker Kurumunun görev süresini sona erdirirken, aynı Kurumun organlarının görev süresini uzatabilecek bir yetkiyi de içermektedir. Görev süresinin belirlenmesi yetkisi, görev süresinin uzatılmaması, bir başka deyişle görev süresinin sona erdirilmesi yetkisini de içerdiğinden, verilen bu yetki kamu kurumunun ve kamu tüzel kişiliğinin ortadan kaldırılmasına da yetki verilmesi anlamını taşıdığı gibi, görev ve yetkinin belirlenmesi yetkisi de idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 123. maddesine aykırı bulunmaktadır. Buna göre, uluslararası kuruluşlar ile yapılacak anlaşmalar çerçevesinde Bakanlar Kurulu'na tanınan, Şeker Kurumu ve organlarının görev, yetki ve görev süresini yeniden belirleme yetkisi, idareye sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi anlamını taşıdığından, yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğuracak niteliktedir ve idarenin kanuniliği ilkesine de aykırıdır.”⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ AYM, 02.05.2008 E:2005/68 K:2008/102, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.11.2011.

Buna göre idarenin görev süresinin belli bir zaman dilimi ile kısıtlanacağı hallerde bunun kanunla yapılması zorunludur. Aksi yönde yapılacak bir düzenleme, idarenin faaliyet süresini ve hatta varlığını kanun koyucu dışında başka bir organın iradesine bırakmış olacak ve dolayısıyla bir idarenin kanunla varlık kazanıp organize edileceğini öngören kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

4. İdarenin Organlarının Belirlenmesi

İdareler, kamu hizmetlerini gerektiği gibi ve gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler. İdarelerin yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetleri, genellikle birbirinden farklı, çok sayıda faaliyetin aynı anda yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle idareler, yürütmek durumunda oldukları farklı faaliyetleri, işlem ve eylemleri aksatmadan yapabilmek için iş bölümüne ve uzmanlaşmaya ihtiyaç duymaktadırlar. Söz konusu ihtiyaç, idarenin farklı organlar tarafından teşekkülünü, gelirlerinin, mallarının ve personelinin farklı işlemler yapacak bu farklı organlara tahsisini, görev ve yetkilerinin de bu organlar arasında paylaştırılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluğun sonucu olarak idareler, bir organizasyon yapısı şeklinde karşımıza çıkmaktadırlar.

Yeni kurulan bir idarenin organizasyon yapısının yani bu idarenin hangi organlardan oluşacağı hususunun, idarenin kuruluşu konusunda yasayla düzenlenmesi gereken temel ilkelerden biri olduğu söylenebilecektir. Çünkü herhangi bir bütünün kendini oluşturan parçalardan bağımsız düşünülemeyeceği, parçaları düzenleyen iradenin bütünü de şekillendireceği açıktır. Bu nedenle bir idareyi oluşturan alt birimlerin kanunla belirlenmesi ve bu alt birimlerden hangisinin idareyi temsil edeceğinin, hangisinin karar, hangisinin yürütme, hangisinin denetim birimi olacağının kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında “İdarenin yasallığı ilkesi ... idarenin organlarının/hizmet birimlerinin de yasayla düzenlenmesini gerektirir”⁴⁰¹ diyerek bu gerekliliğe işaret etmektedir. Bu bağlamda söz konusu gerekliliği yerine getirmeyen, idareyi oluşturan birimlerin düzenlenmesini, idarenin karar, yürütme, temsil ve denetim organlarının belirlenmesini idareye bırakan bir kanunun, kuruluş konusunda temel ilkeleri belirlediği ileri sürülemeyecektir.

⁴⁰¹ AYM, 10.03.2011 E:2009/90 K:2011/47, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.11.2011.

İdarenin organlarının kanunla belirlenmesi, her bir idarenin kendine özgü nitelikleri dikkate alınarak ayrı ve özel bir yasa ile yapılabileceği gibi; ortak özellikleri bulunan birden fazla idare için genel nitelik taşıyan tek bir yasayla da yapılabilecektir. Örneğin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nı kuran 3146 sayılı Kanun'un 4 ilâ 30. maddeleri arasında, “bakanlığın merkez teşkilâtı, bakanlık makamı, ana hizmet birimleri, danışma ve denetim birimleri, yardımcı birimler, sürekli kurullar, taşra ve yurt dışı teşkilâtı, bakanlığın bağlı ve ilgili kuruluşları” başlıkları altında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın organları özel olarak düzenlenmiş ve bunlar arasındaki yetki ve görev paylaşımına ilişkin temel ilkeler belirlenmiştir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ise Türkiye’de kurulmuş ve kurulacak olan bütün büyükşehir belediyelerinin organlarını “büyükşehir belediye meclisi, büyükşehir belediye encümeni ve büyükşehir belediye başkanı” şeklinde belirlemiş, ayrıca büyükşehir belediyeleri bünyesinde, büyükşehir belediye başkanının ya da görevlendireceği kişinin başkanlığında oluşturulacak “ulaşım koordinasyon merkezi” ve “alt yapı koordinasyon merkezi” gibi alt birimleri de düzenlemiş bulunmaktadır.

Bu kapsamda belirtilmelidir ki bir Bakanlığın bağlı ve ilgili kuruluşlarının belirlenmesi, o Bakanlığın organizasyon yapısının düzenlenmesi anlamına geldiğinden Bakanlığın kurulması kavramının kapsamına dahildir ve Anayasa'nın hem 123., hem de 113. maddesi gereğince yasayla yapılmak durumundadır. Dolayısıyla bakanlıkla bağlı veya ilgili kuruluşlar arasında ilişki kurulmasını bir idari işleme bırakan kanun, Anayasa'nın her iki maddesine de aykırılık oluşturacaktır. Buna göre yukarıda idarenin niteliğinin belirlenmesi başlığı altında aktardığımız K:1995/42 sayılı Anayasa Mahkemesi kararına konu olan “*Bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen bakanlık ilgili kuruluşları, Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, Başbakanlıkla veya diğer bakanlıklarla ilgilendirilebilir*” şeklindeki yasa hükmü, bir Bakanlığın organlarının belirlenmesini yani Bakanlığın kuruluşu konusunda temel unsur olan ve yasayla düzenlenmesi gereken bir hususu idarenin yetki alanına bırakması sebebiyle de (Anayasa Mahkemesi tarafından ulaşılan kanaatin aksine) Anayasa'nın 113. ve 123. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

İdarenin organlarının belirlenmesi konusunda kanun tarafından yapılması gereken bu organların adlarının, idare içindeki konumlarının ve temel fonksiyonlarının⁴⁰² belirlenmesi yani konu hakkındaki temel ilkelerin tespit edilmesidir. Buna göre kanunun bir idarenin organlarını, bu organların idare bünyesindeki konumunu ve işlevini belirledikten sonra bu organların oluşturulmasıyla ilgili diğer hususları belirleme konusunda yani konunun teknik ayrıntılarını düzenleme hususunda idareye yetki tanınması kanunîlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Bu kapsamda örneğin Anayasa Mahkemesi, Adlî Tıp Kurumu Başkanlığı'nın adlî tıp uzmanı bir başkan ve en az ikisi adlî tıp uzmanı beş başkan yardımcısı ile hizmetin gerektirdiği yönetmelikte belirtilen birim ve müdürlüklerden oluşacağını öngören 2659 sayılı Kanun'un 4. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasını incelediği kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *"... yasada temel esasların belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık, özel ihtisas ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Anayasa'nın 123. maddesinde ise 'İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.'* denilmiştir. 3046 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasında, bağlı kuruluşların, bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlar olduğu; 12. maddesinin üçüncü fıkrasında, bakanlık bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatında ihtiyaca göre danışma ve denetim birimlerinden Teftiş Kurulu ve Hukuk Müşavirliğinin kurulabileceği; 13. maddesinin ikinci fıkrasında, bakanlık bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatında ihtiyaca göre yardımcı birimlerden Personel ve Eğitim Şubesi Müdürlüğü veya Dairesi Başkanlığı, İdari ve Mali İşler Şubesi Müdürlüğü veya Dairesi Başkanlığını ve Savunma Uzmanlığını kurabileceği; anılan maddenin üçüncü fıkrasında ise ihtiyaca göre bağlı kuruluşların merkez teşkilatında anılan ikinci fıkrada sayılanların dışında da yardımcı birimlerin

⁴⁰² Temel fonksiyonlar ibaresi ile kastettiğimiz organın karar organı mı, icra organı mı, denetim organı mı yoksa temsil organı mı olduğunun belirlenmesidir. Dolayısıyla idare bünyesindeki bir organın temel fonksiyonunun belirlenmiş sayılması için bu organın görev ve yetkilerinin kanunda tek tek sayılmasına gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte organının görev ve yetkilerinin kanun tarafından ayrıca belirlendiği hallerde, organın temel fonksiyonunun kanunla belirlendiğinin de evleviyetle kabul edilmesi gerekir.

kurulabileceği kural altına alınmıştır. 2659 sayılı Kanun’un 1. maddesinin birinci fıkrasında, Adli Tıp Kurumu’nun Adalet Bakanlığı’na bağlı olarak kurulduğu belirtilmiştir. Buna göre, Adalet Bakanlığı, 3046 sayılı Kanun’un verdiği yetkiye dayanarak bağlı kuruluşu olan Adli Tıp Kurumu’nda hizmetin gerektirdiği birimleri kurabilecektir. Dolayısıyla Adalet Bakanlığı, dava konusu kuralı uygularken 3046 sayılı Kanun hükümlerine göre hizmetin gerektirdiği birim ve müdürlükleri oluşturacaktır. Bu birim ve müdürlüklerin oluşturulması hizmetin gerekleri doğrultusunda teknik bir iştir. Teknik konulara ilişkin detayların idarenin düzenlemesine bırakılması da yetki devri olarak nitelendirilemez. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa’nın 2., 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir.”⁴⁰³

Konuyla ilgili bir diğer örnek 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 23. maddesidir. Bu maddede “Başkanlığın taşra teşkilatı, doğrudan merkeze bağlı vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi başkanlığı kurulmayan yerlerde bu Kanunun 24 ve 25 inci maddelerindeki görev ve yetkileri haiz vergi dairesi müdürlüklerinden oluşur. Vergi dairesi başkanlıklarının kuruluş yerleri ve sayıları ile bunlara ilişkin değişiklikler Bakanlar Kurulunca belirlenir. Vergi dairesi başkanlıklarına bağlı vergi dairesi müdürlükleri ile şubeler kurulmasına ve bunların faaliyete geçirilmesine ilişkin usul ve esaslarla; aynı il sınırları içinde kalmak kaydıyla mükelleflerin, işyeri ve kanuni merkezlerine bağlı kalınmaksızın belirlenecek ölçütlere göre hangi vergi dairesi müdürlüğü veya başkanlığına bağlı olacağını belirlemeye Bakan yetkilidir.” şeklinde bir hüküm yer almakta olup; bu hükmün altı çizili cümlelerinin Anayasaya aykırı olduğu savıyla iptal davası açılmıştır. Anılan dava sonucunda verilen kararda Anayasa Mahkemesi tarafından iptali istenilen cümleler Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır. Kararda Anayasa Mahkemesi’nin dayandığı şu gerekçeler ise bu konudaki düşüncemizi destekler niteliktedir: “... Anayasa’nın 6. maddesinde, egemenliğin kayıtsız şartsız milletin olduğu, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı ifade edilmiş; 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği; 8. maddesinde, yürütme yetki ve görevinin

⁴⁰³ AYM, 30.03.2012 E:2011/29 K:2012/49, RG:01.01.2013-28515. Anayasa Mahkemesi idarenin teşkilâtı ile ilgili konunun temel esaslarının bir başka kanunda, 3046 sayılı Kanun’da düzenlendiği gerekçesiyle, 2659 sayılı Kanun’un yürütmeye bu konuda yetki veren hükmünü Anayasa’ya ve bu kapsamda kanunî idare ilkesine aykırı bulmamıştır.

Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği vurgulanmış; 123. maddesinde ise idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Yasama yetkisi genel ve asli bir yetkidir. Hukukumuzda yasama yetkisinin genelliği, kanunla düzenleme alanının konu bakımından sınırlı olmadığı, Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla her konunun düzenlenebileceği anlamına gelir. Bu çerçevede yasama organı, genel ilkeleri belirledikten sonra ayrıntılı ve açıklayıcı düzenlemeleri yürütme organına bırakabilir. Dolayısıyla, Yasakoyucunun belli konularda gerekli kuralları koymak suretiyle yasal çerçeveyi çizdiği durumlarda, çizilen bu çerçeveye uygun olarak bir takım tasarruflarla yasanın uygulanmasını sağlamak üzere yürütmeye tanınan yetkiler yasama yetkisinin devri anlamına gelmez. İptali istenen düzenlemelerden birincisinde Bakanlar Kuruluna verilen yetki, vergi dairesi başkanlıklarının kuruluş yerleri ve sayıları ile bunlara ilişkin değişikliklerle sınırlıdır. Yasa'nın 24. ve 25. maddelerinde, doğrudan merkeze bağlı olarak kurulabilecek vergi dairesi başkanlıklarının yetki ve görevleri, ... biçiminde açık ve geniş olarak sayılmıştır. Buna göre konunun esaslarının ve çerçevesinin yasayla belirlendiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, bir ildeki vergi potansiyeli, mükellef sayısı gibi kıstaslar dikkate alınarak gelir artırıcı önlemlerle mükellefler açısından sağlanacak kolaylıklar gözetildiğinde, vergi dairesi başkanlıklarının sayısı, kurulacakları yerler ya da bir ilde birden fazla kurulup kurulmayacağı, ilin neresinde kurulacağı, gerektiğinde yerinin değiştirilmesi gibi hususlar nüfus, şehirleşme, gelişme, yeni sanayi bölgeleri kurulması gibi değişkenlere bağlı bulunmaktadır. Dolayısıyla, büyüklük ve önemlerine göre vergi dairesi başkanlıklarının bakanlar kurulu, bunlara bağlı müdürlüklerle şubelerin kurulmasına veya faaliyete geçirilmesine ilişkin esasların Bakan tarafından belirlenmesinde Anayasanın belirtilen maddelerine aykırı bir yön görülmemiştir.”⁴⁰⁴

Anayasa Mahkemesi kararına konu olan olayda idarenin organı olarak vergi dairesi başkanlıklarının adı ve idare bünyesindeki konumu yani Maliye Bakanlığı'nın bağlı kuruluşu olan Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taşra teşkilâtı oldukları kanun tarafından düzenlenmiştir. Yine vergi dairesi başkanlıklarının görev ve yetkilerinin

⁴⁰⁴ AYM, 02.07.2009 E:2005/66 K:2009/102, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.09.2011.

açıkça sayılması suretiyle idarenin organının işlevi de yasayla belirlenmiştir. Dolayısıyla bu noktadan sonra bu organların nerede ve kaç tane kurulacağını tespiti konusunda kanunla yürütmeye yetki verilmesi idarenin kanunla düzenlenmediği anlamına gelmeyecek ve kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır.

5. İdarenin İşleyişinin ve Çalışma Usullerinin Belirlenmesi

“İdarenin işleyişi ve çalışma usulü” kavramı soyut nitelik taşıyan, geniş kapsamlı bir kavram olup; genel olarak idarenin kamu hizmeti yürütürken izleyeceği yolu, idari nitelik taşıyan işlemlerin tesisinde ve eylemlerin icrasında uyacağı esasları ifade etmektedir. Bu esaslar idareye yürüteceği faaliyetler açısından yol gösterici olacağından ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin yürütümünü yakından ilgilendirdiğinden; idarenin işleyişi ve çalışma usulleri konusunda ana ilkelerin belirlenmesinin yasa koyucu tarafından yapılması gerekmektedir.

Anayasa’nın 123. madde dışındaki bazı maddelerinde kimi idarelerin çalışma usullerinin kanunla belirlenmesi gerektiğine ayrıca işaret edilmiştir. Bu bağlamda örneğin Anayasa’nın 131. maddesi gereğince Yükseköğretim Kurulu’nun, 134. maddesi uyarınca da Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu’nun çalışma usullerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Esasen bu hükümler, Anayasa koyucunun “işleyiş ve çalışma usulleri” konusuna verdiği önemi ortaya koymaktadır. Bu noktada konunun Anayasa’da ayrı ve özel düzenlemelere de konu edilmesi, işleyişin ve çalışma usullerinin idarenin kuruluşu konusunda kanunla belirlenmesi gereken alanlardan biri olduğu yönündeki düşünceleri destekler niteliktedir.

İdarenin işleyişi ve çalışma usulü konusunda kanun tarafından düzenlenmesi gereken, işleyiş ve çalışma usulüne ilişkin temel esasların belirlenmesidir. Yoksa bir idarenin ve tüm organlarının işleyişine ve çalışma şekline ilişkin her hususun bütün ayrıntılarıyla kanun konusu yapılması gerekli olmadığı gibi fiilen olanaklı da değildir.

Konu hakkında uygulamadan örnek verilecek olursa; 6172 sayılı Kanun’la bir kamu tüzel kişiliği olarak kurulan sulama birliklerinin işleyişi ve çalışma usulleri hakkında temel ilke, söz konusu kanunda belirtilen ayrık haller dışında özel hukuk hükümlerine atıfla belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi sulama birliklerinin Devlet

tarafından denetlenmesinin esasları kanunda belirlendikten sonra anılan idarelerin çalışma usulü hakkında yapılan bu belirlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, *“Birliklerin uyması gereken şartlar, Devletçe yapılacak gözetim ve denetimin usul ve esasları ile müeyyideler Kanun’da gösterildikten sonra boşluk bulunması durumunda, bu boşlukların özel hukuk hükümlerine atıf yapılarak doldurulmasında hukuk devleti ilkesi ve idarenin bütünlüğü ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.”*⁴⁰⁵ Buna göre amacı *“Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından inşa edilen sulama tesislerinin işletilmesi, işlettirilmesi, bakımı, onarımı ve yönetimi”* olan, diğer bir ifadeyle ülke genelinde su ihtiyacının karşılanması kamu hizmetine katkı sağlamak için kurulmuş bulunan sulama birlikleri, 6172 sayılı Kanun’la kendisine verilen görevleri yerine getirirken, kanunda belirtilen haller dışında özel hukuk hükümleri doğrultusunda⁴⁰⁶ faaliyet gösterecektir.

Yine 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 19 ilâ 27. maddeleri arasında belediye organlarının işleyişi ve çalışma usulleri kapsamında belediye meclisiyle ilgili *“meclis başkanlık divanı, meclis toplantı zamanı ve süresi, toplantıların kayıt altına alınması, toplantı gündeminin belirlenmesi, toplantı ve karar yeter sayısı, meclis kararlarının kesinleşmesi, meclis bünyesinde ihtisas komisyonları ve denetim komisyonu oluşturulması, meclisin bilgi edinme ve denetim yolları, belediye başkanı ve meclis üyelerinin toplantılara katılması”* hususlarına ilişkin temel esaslar belirlendikten sonra;

⁴⁰⁵ AYM, 22.02.2012 E:2011/53 K:2012/27, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:22.12.2012.

⁴⁰⁶ Belirtmek gerekir ki, bir kurumun belli yönlerden özel hukuk kurallarına göre faaliyet göstermesi, onun kamu tüzel kişisi sayılmasına ve “idare” kavramının kapsamına dahil edilmesine engel değildir. Nitekim *“Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa’nın 47. maddesinde, ‘kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler ... devletleştirilebilir’* denilirken *özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.”* diyen Anayasa Mahkemesi’ne göre, *“Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında, kamu tüzel kişiliğinin ancak yasayla ya da yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulabilmesi öngörülmüştür. Telekomünikasyon hizmetlerini kamu tekeli olarak yürütmekle görevli Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi de 4000 sayılı Yasa’nın 1. maddesiyle kurulmuş bir kamu tüzel kişisidir. ... kamu tüzel kişileri, nitelikleri ve özellikleriyle bağdaştığı ölçüde, özel hukuk tüzel kişilerinin özel hukuk hükümlerine göre sahip oldukları hakları kullanabilecekleri gibi borçları da yüklenebilirler. Ancak, özel hukuk kurallarına bağlı olsalar da kamu tüzel kişilerinin asıl hukuksal rejimi kamusal mevzuat kuralları ile İdare Hukuku kurallarıdır. Öte yandan ... Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi bir kamu iktisadî teşebbüsüdür. Kamu iktisadî teşebbüsleri, ... ticari esaslara, yani özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ve kamu yararı amacıyla çalışan kamu tüzel kişileridir. Kamu iktisadî teşebbüsleri, özel teşebbüsler gibi kârlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmak durumunda olduklarından, dış ilişkilerinde ticarî ilke ve yöntemlere göre başka bir anlatımla özel hukuk kurallarına göre davranmak zorundadırlar. Kamu iktisadî teşebbüsünün özel hukuk kurallarına bağlı olarak faaliyette bulunması onun kamusal niteliğini değiştirmez. Çünkü, kamu idareleri ve idarî kamu kurumları da gerektiğinde özel hukuk kuralları uyarınca işlem yapabilmektedir. Kamu iktisadî teşebbüsleri içyapı ve ilişkileri yönünden kendi yasaları ile idare hukuku kurallarına bağlıdırlar.”* AYM, 22.12.1994 E:1994/70 K:1994/65-2, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:21.11.2011.

konunun teknik ve ayrıntıya ilişkin kısımları olarak nitelendirilebilecek “belediye meclisinin çalışması ile katılma yönelik esas ve usulleri” düzenlemek yönetmeliğe bırakılmıştır.

İdarenin işleyişinin ve çalışma usullerinin, idarenin kuruluşu konusunda kanunla tespiti gereken hususlar arasında bulunduğu, çeşitli Anayasa Mahkemesi kararlarında da değinilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, bir kamu tüzel kişisi olarak nitelendirdiği İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı’nın kuruluşuna ilişkin kanun hükümlerini denetlerken, idarenin işleyişini ve çalışma usullerini Anayasa’nın 123. maddesi ve idarenin kuruluşu kapsamında bulunan hususlar arasında saymıştır. Yüksek Mahkeme’ye göre; *“Kamu tüzelkişilerinin kurulması, organları, görev ve yetkileri, işleyiş ve çalışma usulleri, yasal ve idari işlemlerle her zaman yeniden düzenlenebilir. Çünkü Anayasa’nın 123. maddesinde kamu tüzelkişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı hükmü yer almış bulunmaktadır.”*⁴⁰⁷

Daha yeni tarihli bir başka kararında ise Anayasa Mahkemesi, idarenin işleyişinin ve çalışma usullerinin Anayasa’nın 123. maddesi gereğince kanunlarla belirlenmesi gerektiğini daha açık bir şekilde ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre; *“Kuruluş ve görevleriyle bir bütün olan idarenin esasları Anayasa’nın 123. maddesinde gösterilmiştir. Anayasa’da nitelikleri belirtilen kurum ve kuruluşlar dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarının bu maddedeki esaslara uygun olarak kurulması gerekmektedir. ... Anayasa’nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve yasayla düzenleneceği; kamu tüzel kişiliğinin, ancak yasayla ve yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı öngörülmüştür. Kamu hukuku tüzelkişilerinin sadece kuruluş ve kaldırılışları değil, görevleri, yetkileri, örgütlenmeleri ve işleyişleriyle ilgili usul ve esasların da yasal düzenlemelerle belirleneceği açıktır.”*⁴⁰⁸

Buna göre işleyişi ve çalışma usulleri konusunda idareye yol gösterecek başlıca esasların kanunla belirlenmesi, bu bağlamda idarenin karar alma ve uygulama süreçlerine hâkim olan ana ilkelerin kanun koyucu tarafından düzenlenmesi

⁴⁰⁷ AYM, 28.11.1985 E:1985/7 K:1985/22, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:26.12.2012.

⁴⁰⁸ AYM, 18.09.2008 E:2006/55 K:2008/145, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:26.12.2012.

gerekmektedir. Dolayısıyla idarenin işleyişi ve çalışma usulleri hakkında herhangi bir belirleme yapmaksızın bu konuyu olduğu gibi idarenin düzenleme alanına bırakan bir kanun, idarenin kuruluşu konusunda temel ilkeleri koymuş sayılamayacak ve dolayısıyla kanunî idare ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

6. İdarenin Personeline İlişkin İlkelerin Belirlenmesi

İdareler doğrudan kendilerinin sahip olduğu veya bünyesinde yer aldıkları kamu tüzel kişiliğine dayalı olarak faaliyet gösterirler. Kamu tüzel kişiliği bir hükmi şahsiyet türü olduğundan; idarelerin kendi adlarına irade açıklayarak yönetimlerini gerçekleştirecek ve görev ve yetkileri kapsamındaki maddi fiilleri icra edecek gerçek kişilere ihtiyaç duydukları açıktır. Söz konusu ihtiyacı idarenin personeli olarak isimlendirilen gerçek kişiler karşılamakta olup; “personel” kavramına, idareyi temsil konumunda bulunan yöneticilerden yardımcı hizmetleri gerçekleştiren kimselere kadar idarede her türlü isim ve unvan altında çalışan kişiler dahil bulunmaktadır.

Personeli bulunmayan bir idarenin maddi veya hukuki herhangi bir tasarrufta bulunabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla idarenin insan unsurunu oluşturan personel, idarenin faaliyet yapabilmesinin, varlığını idame ettirip kamu hizmeti ifa edebilmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır. İdare açısından bu derece önem taşıyan bir hususun idarenin kuruluşu bakımından temel ilke sayılmaması düşünülemeyeceğinden; kanunî idare ilkesi gereğince kanunla kurulması gereken idarenin personeliyle ilgili temel ilke ve kuralların kanunla belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir.

İdarenin kanunla kurulması kapsamında, personelin niteliğinin, idareyle olan ilişkisinin, haklarının, ödevlerinin ve yükümlülüklerinin kanunla belirlenmesi gerekecektir. Kanun bu hususlarda genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizdikten ve nesnel kriterleri belirledikten sonra, personele ilişkin hususların teknik boyutunu ve ayrıntılarını düzenleme konusunda yürütmeye de yetki verebilecektir. Yine bir idarenin kuruluşuna ilişkin kanun, personelle ilgili konularda temel ilkeleri ve nesnel kriterleri doğrudan kendisi düzenleyerek belirleyebileceği gibi; bir başka kanuna atıf yaparak da belirleyebilecektir. Örneğin genel ve katma bütçeli kurumlarda, il özel idarelerinde ya da belediyelerde çalışan personelin ilgili yasada “memur” olarak isimlendirilmesiyle,

söz konusu idarelerde bu unvan ile görev yapan personel hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na atıf yapılmış olmaktadır. Genel ve katma bütçeli kurumlarda, il özel idarelerinde, belediyelerde çalışan memurlar hakkında uygulanacak olan 657 sayılı Kanun, memurların nitelikleri, atanmaları, hakları, ödevleri, güvenceleri, terfileri, disiplin yaptırımları ve diğer özlük hakları bakımından ayrıntılı düzenlemeler içerdiğinden; 657 sayılı Kanun kapsamında yer alan bir idareyi kurarken personeli "memur" olarak isimlendiren ya da 657 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan bir idareyi kurarken personel konusunda 657 sayılı Kanun'a atıf yapan bir yasa, personel konusunda kanunla kurulmanın gereklerini yerine getirmiş olacaktır. Yine idarelerde görev yapan personele ilişkin temel hususların, istihdam konusunda bir başka genel yasa olan 4857 sayılı İş Kanunu'na atfen düzenlenebilmesi de mümkündür. Buna göre bünyesinde görev yapan personelden bir kısmının idareyle olan ilişkileri, hakları ve yükümlülükleri açısından İş Kanunu'na yollama yapan ya da bu personeli "işçi" olarak nitelendiren bir yasanın, bu personeline ilişkin olarak da kanunla düzenleme koşulunu gerçekleştirdiği söylenebilecektir.

İdare bünyesinde çalışmakta olan personelin bir kısmı Devletin, kamu iktidadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yerine getirmektedirler. Bu personel Anayasa'nın 128. maddesinde "kamu görevlileri"⁴⁰⁹ olarak tanımlanmış olup, anılan madde uyarınca bu personelin "niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hak ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin" kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde, 123. madde gereğince kanunla kurulması ve bu kapsamda personeline ilişkin temel ilkelerin kanunla düzenlenmesi gereken idare bünyesinde çalışan personelin bir kısmı hakkında ayrı bir kanunîlik vurgusu yapılmaktadır. Bu bağlamda "personel" konusunda her iki madde arasında bir ilişki bulunduğu ve bu nedenle 123. madde yorumlanırken 128. maddenin de dikkate alınması gerektiği açıktır. Bu noktada kanımızca kanunî idare ilkesine göre idarenin personeli

⁴⁰⁹ Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasında geçen "memurlar ve diğer kamu görevlileri" deyimini, maddede anılan hizmetleri yürüten personelin genel olarak "kamu görevlisi" şeklinde isimlendirildiğini; "memurlar" ile "diğer kamu görevlileri"nin ise, "kamu görevlisi" kavramının alt kategorilerini oluşturduğunu göstermektedir.

açısından kanunda belirtilmesi gereken temel ilkelerin, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "nitelik, atanma, görev ve yetkiler, hak ve yükümlülükler, aylık ve ödenekler ve diğer özlük işler" hususlarından hareketle belirlenebilmesi mümkündür. Buna göre "idarenin personelinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hak ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla belirlenmesi"; kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yerine getiren yani kamu görevlisi statüsünde bulunan personel açısından Anayasa'nın hem 123. hem de 128. maddesinden kaynaklanan, kamu görevlisi statüsünde bulunmayan idare personeli açısından da sadece Anayasa'nın 123. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla idarenin, yukarıda belirtilen nitelikleri kendi özel kanununda ya da 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve 4857 sayılı İş Kanunu gibi genel bir kanunda düzenlenmeyen personel çalıştırması ve bu personelin söz konusu niteliklerini kendisinin (örneğin bir sözleşmeyle⁴¹⁰ ya da bir idari işlemle) belirleyebilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, idarenin kamu görevlisi statüsünde bulunmayan personelini Anayasa'nın 123. maddesi kapsamında değerlendirmemiş ve özel hukuk hükümlerine göre istihdam edilecek bu personele ilişkin temel hususların kanunla belirlenmemiş olmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *"Yasa'nın 18. maddesinin altıncı fıkrasında, genel sekreter ile diğer personelin ücret ve gündelikleri ile diğer mali ve sosyal haklarının Yüksek Planlama Kurulu kararıyla tespit edilen alt ve üst limitleri geçmemek üzere ajans yönetim kurulunca belirleneceği, geçici 2. maddesinde de ilk yıl için personel sayısının kuruluş kararnamesinde yer alacağı öngörülmüştür. Anayasa'nın 7. maddesinde, 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez.'", 8. maddesinde de, "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve*

⁴¹⁰ İdarenin bir idarî hizmet sözleşmesi veya bir özel hukuk sözleşmesi ile istihdam ettiği personeli açısından da; "nitelik, atanma, görev ve yetkiler, hak ve yükümlülükler, aylık ve ödenekler" gibi hususlarda temel ilkelerin kanunla düzenlenmesinden sonra, idarenin bu temel ilkelere uygun şekilde konunun teknik ayrıntılarını sözleşmeyle belirleyebileceğinin kabulü gerekmektedir. Ne var ki 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesinde (daha önce de belirttiğimiz üzere kamu görevlisi statüsünde bulunan) sözleşmeli personel hakkında bazı temel ilkeler belirlenmekle birlikte, bu personele ödenecek tavan ücret, pozisyon nitelikleri, kullanılacak izinler ve sözleşmenin sona erdirilme halleri gibi personele ilişkin bazı temel konularda hiçbir belirleme yapılmamış ve bu hususların düzenlenmesi konusunda doğrudan yürütmeye yetki verilmiştir. Bu durumun, Anayasa'nın gerek idarenin kanunla kurulacağını öngören 123. maddesine, gerekse kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, aylık ve ödeneklerinin ve özlük haklarının kanunla düzenleneceğini öngören 128. maddesine aykırılık oluşturduğu açıktır.

Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir’ denilmiştir. Buna göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. 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. Kalkınma ajansları Anayasa’nın 123. maddesinin son fıkrasına dayanılarak kurulan kamu tüzel kişileri olup, 5449 sayılı Yasa dışında özel hukuk hükümlerine göre çalıştığından, bunların hizmetinin Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılmasına ve personelinin de aynı madde kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Yasa’nın 18. maddesine göre özel hukuk hükümlerine bağlı olarak çalıştırılacak personelin, sayısının kuruluş kararnamesinde gösterilmesinin, ücret ve gündelikleri ile diğer mali ve sosyal haklarının Yüksek Planlama Kurulu kararı ile tespit edilen alt ve üst limitleri geçmemek üzere yönetim kurulunca belirlenmesinin, bu personelin Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında bulunmadığı ve Yasa’nın amacı gözetildiğinde Anayasa’ya aykırı bir yönü görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle dava ve itiraz konusu kurallar Anayasa’nın 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. ... Kuralların, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 6., 123., 126. ve 127. maddeleriyle ilgisi bulunmamış ... (tır).”⁴¹¹

Kanımızca idare bünyesinde yer alan bir kuruluş, bu kapsamda yukarıdaki karara konu olduğu şekilde bir kamu tüzel kişisi bünyesinde görev yapan personelin özel hukuk hükümlerine çalıştırılacak olması, söz konusu personelin idarenin kuruluşu kapsamında değerlendirilmesine engel değildir. Zira kamu tüzel kişisi yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini bu personel aracılığıyla yerine getirecektir. Dolayısıyla kamu görevlisi olmasalar ve özel hukuk hükümlerine göre çalıştırsalar dahi, idarenin personeliyle ilgili temel hususların, bu kapsamda personelin niteliklerinin, idare ile olan

⁴¹¹ AYM, 30.11.2007 E:2006/61 K:2007/91, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:30.12.2012.

ilişkilerinin, haklarının, yükümlülüklerinin, aylık, ödenek, izin, terfi, sosyal yardım gibi başlıca özlük haklarının Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, özel hukuk hükümlerine bağlı idare personeline ilişkin yasa kuralı ile Anayasa'nın 123. maddesi arasında bir ilgi bulunmadığını belirtmiş ve dolayısıyla bu konudaki kanaatimizin aksine, özel hukuk hükümlerine göre çalışan idare personelinin 123. madde (kanunî idare ilkesi) kapsamında bulunmadığına hükmetmiştir.

Öte yandan idarenin kamu görevlisi statüsünde bulunan personeli hakkında Anayasa'nın 128. maddesinde kanunî idare ilkesinden ayrı bir hüküm sevk edildiğinden, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarında 128. maddeye atıf yaptığı gözlemlenmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un Radyo Televizyon Üst Kurulu personelinin atama usullerine ilişkin olarak herhangi bir kural öngörmeden konunun yönetmelikle belirleneceğini hükme bağlayan son fıkrasını iptal ederken şu gerekçeye dayanmıştır: *“Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin yasayla düzenlenmesi gerekir. Üst Kurul uzmanlarının, uzmanlık alanları, nitelikleri, öğrenim dalları ve düzeyleri, seçilme usulleri, tabi olacakları sınavlar, yeterliliklerinin belirlenmesi ve atamanın nasıl yapılacağını içeren atama usullerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemenin Üst Kurul'un çıkartacağı yönetmeliğe bırakılması Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır.”*⁴¹² Yine Anayasa Mahkemesi, ilköğretim müfettişleri ve yardımcılarıyla ilgili bir çok konu hakkında herhangi bir hüküm öngörmeden anılan konuların yönetmelikle düzenleneceğini belirten yasa kuralını Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı olarak iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre; *“İtiraz konusu Yasa'nın 53. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesinde ise, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası gereğince yasayla düzenlenmesi zorunlu olan ilköğretim müfettişlerinin ve yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usulü, nitelikleri, yetiştirme şekli ve atanmalarına ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmaktadır.*

⁴¹² AYM, 12.06.2008 E:2004/55 K:2008/118, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.11.2011. Karara konu olan yasal düzenleme, Anayasa'nın 128. maddesinin yanı sıra, “idarenin kanunla kurulacağı”nı öngören 123. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 7. maddesi gereğince yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. ... Açıklanan nedenlerle 3797 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin üçüncü fıkrasının ... son tümcesi Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.”⁴¹³

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin, kamu görevlileri konusunda hem 123. maddeyi hem de 128. maddeyi referans alarak verdiği kararları da bulunmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun hizmet birimlerinin, bunların görev ve sorumluluklarının, kadro unvanlarının ve sayılarının dolayısıyla anılan kurumun personeline ilişkin temel hususların belirlenmesi konusunda herhangi bir tespit yapmaksızın idareye düzenleme yetkisi veren yasa kuralını iptal ederken şu gerekçeye dayanmıştır; “İtiraz konusu fıkranın ikinci cümlesinde ..., Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun hizmet birimleri ile bunların görev ve sorumlulukları, kadro unvanları ve sayılarının Kurulun önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hükmü yer almaktadır. ... İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin yasayla düzenlenmesini de içerir. Kadrolar, bir kamu hizmetinin teşkilatlanmasının ön koşuludur. Kadro unvanı, personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade etmektedir. Kadro unvanı ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kadro ile birlikte, ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimlerinde istihdam edilecek personelin niteliklerinin Yasa ile belirlenmesi gerekir. EPDK'nun da içinde yer aldığı düzenleyici ve denetleyici kurumlar, yasayla kurulmuş olan kamu tüzel kişileridir ve bunlar Anayasanın 123. maddesinde ifade edildiği üzere, idarenin bütünlüğü içinde yer alırlar ve yasayla düzenlenmeleri gerekir. İdarenin yasallığı ilkesi ise, idarenin organlarının/hizmet birimlerinin de yasayla düzenlenmesini gerektirir. Keza, düzenleyici ve denetleyici kurumlarca gerçekleştirilen ve genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden kamu görevlilerinin statüleri, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası gereğince yasayla düzenlenmek

⁴¹³ AYM, 05.03.2009 E:2008/3 K:2009/44, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:03.01.2013.

durumundadır. Aynı şekilde, idarenin sahip olacağı kadroların ihdası ve kaldırılması konuları da kamu görevlilerinin statüsü ile yakından ilgili olduğundan bu alanın da yasayla düzenlenmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu fıkranın ikinci cümlesi, Anayasa'nın 7., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır.”⁴¹⁴

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından da anlaşılacağı üzere, idarenin personelerinden kamu görevlisi statüsünde bulunanlar açısından Anayasa'nın 123. maddesi ile 128. maddesinin gerekleri büyük ölçüde örtüşmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararlarında hem 123. maddeye hem de 128. maddeye ilişkin olarak getirilen yorumlardan hareketle; idarenin kamu görevlisi olan personeli ile ilgili olarak “nitelik, atanma, görev ve yetkiler, hak ve yükümlülükler, aylık ve ödenekler ile diğer özlük işler” hususlarında temel ilkelerin mutlaka kanun tarafından konulması gerektiği, bunun idarenin kanunla kurulmuş sayılmasının koşullarından biri olduğu söylenebilecektir. Diğer taraftan -Anayasa Mahkemesi'nce kabul edilmemekle birlikte- idarenin kamu görevlisi olmayan personeli açısından da bu gerekliliğin geçerli olduğu ve Anayasa'nın 123. maddesinin, kamu görevlisi olmayan personele ilişkin temel ilkelerin belirlenmesini de yasa koyucunun yetki alanına bıraktığı kabul edilmelidir. Zira 123. madde, idarenin kuruluşuyla ilgili temel ilkelerin kanunla düzenlenmesini gerektirmektedir. İdarenin -kamu görevlisi niteliği taşıyan taşınır taşınmaz- bütün personeli, idarenin kuruluşuyla yakından ilgilidir ve kanımızca “idare kanunla kurulur” ilkesinin kapsamı içinde değerlendirilmelidir.

7. İdarenin Gelir ve Giderlerine İlişkin İlkelerin Belirlenmesi

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinin idareleri çeşitli harcamalar yapmak durumunda bıraktığı açıktır. Zira kamu hizmeti yürütebilmek için idarenin bu hizmetlerin ifasında istihdam ettiği personele aylık ödemesi, bazı malları edinip kullanması, çeşitli malî olanaklara sahip olması ve gerektiğinde bunları toplumun yararına sunması gerekmektedir. Dolayısıyla kamu hizmeti yürütmek için varlık kazanan idarenin bu doğrultuda faaliyetlerde bulunabilmesi, öncelikle çeşitli

⁴¹⁴ AYM, 10.03.2011 E:2009/90 K:2011/47, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:30.12.2012. Benzer yönde: AYM, 12.12.2007 E:2002/35 K:2007/95, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:30.12.2012.

kaynaklardan gelirler elde etmesine ve sonrasında kamu kaynağı niteliği kazanan bu gelirleri belli amaçlar doğrultusunda harcayabilme yetkisinin bulunmasına bağlıdır.

Bu çerçevede idarenin hangi kaynaklardan hangi türde gelirler elde edebileceği ve bu gelirleri hangi giderler için harcayabileceği, idarenin varlık sebebi olan kamu hizmetinin yürütümüyle doğrudan ilgilidir. Dolayısıyla idare ve kamu hizmeti açısından bu denli önem taşıyan bir hususun idarenin kuruluşu konusunda temel ilke sayılmaması ve kanunun, ana hatlarını belirlemeden bu hususları yürütmenin yetki alanına bırakabileceğinin kabulü mümkün değildir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de gelir ve gider konusunun, Anayasa'nın 123. maddesi kapsamında kanunla düzenlenmesi gereken hususlardan olduğunu kabul etmektedir. Bu çerçevede Yüksek Mahkeme, bir kararında *“İhracatın ve ithalatın geliştirilmesi, düzenlenmesi, desteklenmesi, koordinasyonu ve ekonomiye katkı sağlanması amacını taşıyan ve kamu gücü kullanan birliklerin, Yasa’da bağlı kuruluş olduğu belirtilmiş, ancak itiraz konusu kuralda bunların hukuksal statüleri, kuruluşları, görevleri, yetkileri, **gelirleri, giderleri** ve denetimleriyle ilgili tüm hususlar Bakanlar Kurulu yetkisine bırakılmıştır. Birlikler, bu yapılarıyla, Anayasa’nın 123. maddesi kapsamında yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu tüzelkişileri olmadıkları gibi ...”*⁴¹⁵ şeklinde değerlendirmede bulunarak, gelir ve giderleri kanunla düzenlenmeyen bir kurumun kamu tüzel kişiliği yani idare kapsamında bir birim olduğunu kabul etmemiştir.

Günümüzde idarelerin gerek gelir elde etmeleri, gerekse elde ettikleri bu geliri çeşitli amaçlar doğrultusunda kullanmalarının bir malî hukuk terimi olan bütçe kavramı ile ifade edildiğini daha önce belirtmiştik. Bu bağlamda kanunlarda idarenin gelirleri ile giderleri düzenlenirken, genellikle aynı idarenin bütçesine ilişkin temel esasların da belirlendiği görülmektedir. Örneğin 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 42. maddesi ile 51. maddeleri arasında il özel idarelerinin, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 59. maddesi ile 68. maddeleri arasında da belediyelerin gelirleri ve giderleri teker teker sayılmış, bu idarelerin bütçelerine ilişkin temel esaslar belirlenmiş ve borçlanmaları konusunda ana ilkeler düzenlenmiştir. Öte yandan bazen kanun koyucu “gelir” ya da

⁴¹⁵ AYM, 18.09.2008 E:2006/55 K:2008/145, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:30.12.2012.

“gider” başlığı altında ayrı bir kural koymaksızın, sadece gelir ve gider kavramlarına ilişkin özel bir terim olan bütçeye ilişkin hükümler öngörmek suretiyle de konuyu düzenleyebilmektedir. Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 101. maddesinde, “Kurumun Bütçesi, Hesap ve Harcamaların Denetimi” başlığı altında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun bütçesi ile gelir ve giderlerine ilişkin temel ilkeler belirlenerek, konunun genel çerçevesinin kanunla düzenlenmesi sağlanmıştır.

Kanımızca kanunî idare ilkesi bakımından “gelir” kavramının geniş yorumlanması ve taşınır ve taşınmaz malvarlığı ile malî değeri olan kıymetli evrakların da idarenin gelirleri kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda idarenin bu gibi malları ve değerleri elde etmesi veya elden çıkarması hususunda ana ilkelerin belirlenmesi de idarenin kuruluşu kapsamında kanunla yapılmalı; bu konularda yürütmeye kapsamı ve sınırları belirsiz, geniş bir yetki tanınmamalıdır. Buna göre örneğin idare, kamu malı veya özel mal statüsündeki bir malvarlığı değerini mesela bir taşınmazını ne şekilde elden çıkaracağını, bunun sonucunda elde ettiği geliri nasıl kullanacağını kendisi belirliyorsa, bunun kanunî idare ilkesinin gereklerine uygun olduğu ileri sürülemeyecektir.

İdarelerin gelir ve giderlerinin, yine bu kapsamda bütçesinin ve mallarının her bir idare açısından farklı kanunlarla düzenlenmesi ve her bir idare açısından kendi görev ve yetkilerinin özel gerekleri doğrultusunda ayrı gelir-gider kuralları öngörülmesi mümkün ise de; gelir elde etme, harcama yapma, malvarlığı değerlerini satma gibi konularda bazı kanunlarla tüm kamu idareleri için genel ilkelerin belirlenmesi de mümkündür. Bu noktada kanunî idare ilkesinin gerekleri açısından, gelir ve gider konusuna ilişkin kanunun özel veya genel nitelik taşımasının bir önemi bulunmamaktadır. İdarenin gelirlerine ve giderlerine, mallarına, bütçesine ilişkin ana çerçevenin, bu konudaki temel ilkelerin (birden fazla idareyi veya bütün idareleri kapsamına alan) genel nitelikteki bir kanunla düzenlenmesi de kanunî idare ilkesi açısından yeterli kabul edilecektir.

Bu bağlamda örneğin 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nda merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetimi, bu

kapsamda anılan idarelerin kamu kaynağı elde etmeleri ve bu kaynakları kullanmaları ile ilgili kurallar ayrıntılı bir şekilde belirlenmiş; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda genel bütçe kapsamındaki idareler, özel bütçeli idareler, il özel idareleri ile belediyeler başta olmak üzere bir çok idarenin kendi kullanımındaki kaynaklardan karşılayacağı mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihaleler yani idarelerin belli konularda harcama (gider) yapmalarına ilişkin esaslar düzenlenmiş; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda da genel bütçe kapsamındaki idareler, katma bütçeli idareler, il özel idareleri ile belediyelerin yapacakları alım, satım, kira, trampa gibi özel hukuk sözleşmelerinin usul ve esasları saptanarak, idarenin gelirleri ve giderleri ile ilgili önemli bir alanda kanunla düzenleme gerekliliği yerine getirilmiştir.

İdarenin kanunla kurulması kapsamında gelir ve giderlerinin, bütçesinin ve mallarının kanunla düzenlenecek olması, yürütmenin bu konularda hiç bir yetki sahibi olmadığı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun konu hakkında temel esas ve usulleri belirlemesinden sonra yürütmenin, konunun ayrıntılarını bu esaslara uygun şekilde düzenleyerek kanunun uygulanmasını sağlama yetkisine sahip olduğu tabiidir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, bir idarenin kuruluş kanununda bütçesinin belirlenmemesi halinde bu idarenin bütçesinin 5018 sayılı Kanun'a ekli cetvellerden hangisine dahil olacağını belirleme konusunda Maliye Bakanlığı'na yetki veren yasa kuralını Anayasa'ya uygun bularak iptal istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *"Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere, Anayasa yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi vermemektedir. Ancak kanunda temel esasların belirlenmesi şartıyla, teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin idareye bırakılmasında sakınca bulunmamaktadır. 5018 sayılı Kanun'un bütçe türlerini ve bu bütçe türlerine hâkim olacak esasları açıkça tanımlaması ve sınıflandırması karşısında, idarenin bağlı yetki kullandığı anlaşılmaktadır. Hukuk hayatına giren bir kuruluşun bütçe kapsamı dışında kalmaması, ödenek alabilmesi ve harcama yapabilmesi için, Maliye Bakanlığı'nca bu kuruluşun hangi bütçe kapsamına gireceğinin belirlenmesi, 5018 sayılı Kanun'un çizdiği sınırlar çerçevesinde gerçekleşeceğinden, yasama yetkisinin devri niteliğinde bir düzenleme*

bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 123. maddelerine aykırı değildir.”⁴¹⁶

Sonuç olarak belirtilmelidir ki idarenin kuruluşunun Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmiş sayılabilmesi için, taşıdığı önem sebebiyle idarenin kuruluşu kapsamında değerlendirilmesi gereken ve bu gerekliliğe Anayasa Mahkemesi kararlarında işaret edilen diğer konularda (idarenin adı, amacı, faaliyet alanı, niteliği, görev süresi, işleyişi ve çalışma usulleri, organları ve personeli konularında) olduğu gibi idarenin gelirleri ve giderleri açısından da temel ilkelerin tespitinin kanun tarafından yapılması gerekmektedir. İdarenin kurulması ve bu kapsamda organize edilmesinde, idarenin gelirlerine ve giderlerine (ayrıca idarenin adına, amacına, faaliyet alanına, niteliğine, görev süresine, işleyişine ve çalışma usullerine, organlarına, personeline) ilişkin olarak ancak yasa koyucu tarafından ana ilkeler belirlendikten sonra ayrıntı veya teknik detay kabul edilebilecek durumlara ilişkin olarak yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi mümkün olabilecek ve ancak bu koşulla yürütmenin yapacağı düzenlemeler “idarenin kuruluşunun kanunla düzenlenmediği” anlamına gelmeyecektir. Ancak bu koşul gerçekleşmezse, yani bir çerçeve çizilip konunun ana hatları ve temel ilkeleri belirlenmeksizin yürütmeye düzenleme yetkisi verilirse, bu durum kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Buna göre örneğin bir idarenin gelirlerine ve giderlerine ilişkin olarak “... idaresinin gelirleri ve giderleri ... Bakanı tarafından belirlenir” şeklindeki ya da bir idarenin bütçesine yönelik olarak “... idaresinin bütçesine ve bütçenin hazırlanması ilişkin esaslar yönetmelikle düzenlenir” şeklindeki genel bir hükmün, idarenin kuruluşunun kanunla düzenleneceğini öngören kanunî idare ilkesiyle bağdaştırılabilmesi mümkün bulunmamaktadır.

D. İdarenin Kanunla Kurulmaması

Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca idarenin kuruluşu kanunla düzenleneceğinden; idarenin kuruluşu konusunda “şekli anlamda bir kanun hükmü”nün bulunmaması durumunda, kurulmuş bir idareden söz etmek olanaksız hale gelecektir. Bu bağlamda Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen kanunî idare ilkesi gereğince, kanunla kurulmamanın idare açısından bir takım hukukî sonuçlar doğuracağı tabiidir.

⁴¹⁶ AYM, 02.06.2009 E:2004/10 K:2009/68, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:30.12.2012.

Anayasa'nın 123. maddesinde kanunla kurulacağı belirtilen idareden “organik anlamda idare”yi anladığımızı; ayrıca “idarenin kurulması” kavramıyla da genel olarak “idarenin, bir merkezi idare birimi olarak kurulması veya kamu tüzel kişiliği kazanması yahut bir kamu tüzel kişiliği bünyesinde, o kamu tüzel kişiliği adına işlem ve eylem yapma ehliyetine sahip yeni bir idari birim olarak oluşturulması ve sonrasında organize edilmesi”ni kastettiğimizi daha önce belirtmiştik. Bu noktadan hareketle idarenin kanunla kurulmamasının sonuçlarını şu şekilde sıralamamız mümkündür:

i) Hukuken Varlık Kazanamama: Kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulmayan hiç bir organizasyon organik anlamda “idare” kapsamında kabul edilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle kanun yoksa ortada bir idare hukuku sujesi de yoktur, idare hukukun varlık kazanmamıştır. Dolayısıyla kanunla veya kanuna eş değer diğer bir normla kurulmayan müessesenin tasarrufları idarîlik vasfını haiz değildir, idare hukuku açısından “yokluk”la malûldür. Bu nedenle bu tür tasarruflar için idari yargı mercileri nezdinde iptal davası açılmasına dahi gerek bulunmadığı söylenebilecektir.⁴¹⁷

Kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulmayan hiç bir kurum bir idare hukuku sujesi olarak hukukun var sayılamayacağından; böyle bir kurumun idareye ve kamu tüzel kişilerine ait ayrıcalıklardan yararlanması da söz konusu olamayacaktır. İdarenin sahip olduğu, onu diğer hukuk sujelerinden ayıran en temel ayrıcalık “kamu gücü kullanabilmek”tir. Bu bağlamda kanunla kurulmayan bir organizasyonun kişiler hakkında kamu gücü kullanması, onların rızaları hilafına tasarruflarda bulunarak bu tasarrufları gerektiğinde zor kullanarak icra etmesi, yine Anayasa ve yasalarla kamu tüzel kişilerine tanınan yönetmelik çıkarma, kamulaştırma yapma gibi imkânları kullanabilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bir kamu hizmetinin ifası amacına yönelik dahi olsa böyle bir zor kullanım kanımızca haksız fiil olarak nitelendirilecek ve müeyyidelendirilmesi gerekecektir.

⁴¹⁷ Ancak belirtmek gerekir ki; idari yargı sistemimizde tespit davası açma imkânı bulunmamaktadır ve kanunla kurulmayan bir kurumun tasarrufunun –idari işlemiş gibi- kamu gücü kullanılarak icra edilmek istenilmesi her zaman mümkündür. Bu gibi bir durumda anılan tasarruftan etkilenmemek için pozitif hukuk gereğince başvurulabilecek tek yol “iptal davası açılması”dır. Böyle bir davada idari yargı organlarınca, dava konusu tasarrufun idare hukuku açısından yokluğu tespit edilmek suretiyle idari davaya konu olabilecek bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilebileceği gibi pratik saiklerden (mahkeme kararının daha kolay uygulanması, yargılama giderlerinin yoklukla malûl tasarrufu idari işlem olarak kabul eden davalıya yükletilmesi ... vb) hareketle idari işlem olma koşullarını taşımayan tasarrufun iptaline de karar verilebilecektir. Tespit davası ve idari yargıdaki dava türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK, syf.10 vd.

ii) *Düzenlenememe/Organize Edilememe*: Herhangi bir kamu tüzel kişisinin veya bir kamu tüzel kişisi bünyesinde o kamu tüzel kişisi adına işlem ve eylem yapma yetkisine sahip olan bir idari birimin düzenlenmesine yönelik kanun dışındaki tasarruflar hukuka uygun ve geçerli kabul edilemeyecektir. Bu kapsamda idarenin amacı, organları, teşkilatı, işleyişi, personeli, bütçesi, malvarlığı ya da benzer bir unsuru hakkında ilk elden düzenleme yapan kanun dışındaki tasarrufların idare açısından hüküm ve sonuç doğurması mümkün değildir. Bu gibi tasarrufların dava konusu edilmeleri halinde yargı organlarınca iptal edilmeleri gerekmektedir.

“Hukuken varlık kazanamama” ve “düzenlenememe”, idare açısından kanunla kurulmamanın temel sonuçlarıdır. Kamu tüzel kişilerine ait yetkileri kullanamama, kamu otoritelerine özgü ayrıcalıklardan yararlanamama gibi hususlar ise bu temel sonuçların mantıksal uzantıları olarak kanunla kurulmamanın dolaylı sonuçlarını oluşturmaktadır. Bu bağlamda anılan temel ve dolaylı sonuçların bileşkesinden hareketle **“kanun yoksa idare yoktur; idare yoksa da kamu gücü, idari işlem ve idari eylem yoktur”** şeklinde bir formül oluşturulması mümkündür. Ayrıca bu formüle ek olarak belirtilmelidir ki; bir kanun hükmüyle hukuken varlık kazanan idare eğer buna ilişkin özel bir kanun hükmü yok ise düzenlenmiş (organize edilmiş) değildir. İdarenin düzenlenmesi hakkında ilk elden hüküm içermekle birlikte hiyerarşik açıdan kanundan daha alt düzeyde bulunan normların geçerliliği yoktur.

Bu açıklamalar ışığında kanunla kurulmayan, örneğin kuruluşu yönetmelik hükmüne dayanan herhangi bir kurum “idare” değildir, işlem ve eylemlerinin “idarîlik” vasfı yoktur. Bu kurum düzenleyici veya birel tasarruflarla kişiler hakkında hukuki sonuç doğuramaz, hiç bir şekilde ve hiç bir amaç için kamu gücü kullanamaz. Aksi durum bu kurumun ve tasarruflarının hukuk aleminden kaldırılmasını gerektirir ve ilgililerin adlî, idarî ve malî yönden sorumluluğunu gündeme getirir.

Örneğin ülkemizde 14.12.1993 günlü, 21788 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Yönetmelik ile TBMM Milli Saraylar Daire Başkanlığı bünyesindeki saray, köşk ve kasırların, ayrıca bunların içinde bulunan taşınır kültür varlıklarının, tarihi bahçelerin ve çevrelerinin koruma ve değerlendirme hizmetlerinin bilimsel esaslara göre yürütülmesini sağlamak amacıyla, **kuruluşu herhangi bir kanunda öngörülmeyen**

“Koruma ve Değerlendirme Kurulu” isimli yeni bir idari birim oluşturulmuş ve bu idari birime “2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile 3386 sayılı Kanun’da yer alan yetkileri kullanma” şeklinde, gerektiğinde kamu gücü kullanmayı da içeren çok geniş yetkiler tanınmıştır. (m.6) Kültür Bakanlığı tarafından, 2863 sayılı Kanun’un bakanlıklarına ve kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarına verdiği yetkinin yasada öngörülme­yen bir başka kuruluşa verildiği gerekçesiyle söz konusu Yönetmeliğin tamamının iptali için dava açılmıştır. Bu davada konuyu inceleyen Danıştay 6. Dairesi şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “T.C. Anayasasının 123. maddesinde, *İdarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği*, 124. maddesinde ise *Başbakanlık, Bakanlıklar ve Kamu Tüzel Kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulamasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabileceği hükümleri öngörülmüştür. ... Türkiye Büyük Millet Meclisi Milli Saraylar Daire Başkanlığı bünyesindeki saray, köşk ve kasırlar ile bunların içinde bulunan taşınır kültür varlıkları tarihi bahçeleri ve çevrelerinin koruma ve değerlendirme hizmetlerinin bilimsel esaslara göre yürütülmesini sağlamak üzere kurulan ‘Koruma ve Değerlendirme Kurulu’nun oluşumu, görevleri ile çalışma usul ve esaslarını belirlemek amacıyla davaya konu yönetmelik yayınlanmış ise de, T.C. Anayasasının anılan maddesiyle idarelerin yönetim ve oluşum biçimlerinin kanunla düzenleneceği, diğer bir deyişle ilgili idarenin yapısını oluşturan birimlerin kurulması, yetkileri ve görevlerinin ancak kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesindeki kültür varlıklarının bakım, onarım ve muhafazası ile ilgili olarak 2919 sayılı Yasanın 2. maddesiyle Milli Saraylar Daire Başkanlığı’nın oluşturulduğu, bu oluşumun dava konusu edilen yönetmelikle değiştirilerek bazı üyeleri kurum dışından atanan kişilerden oluşan Milli Saraylar Koruma ve Değerlendirme Kurulu’na kanunda öngörülen yetki ve görevlerin verilmesi sonucunda, anılan Daire Başkanlığının görev ve yetkilerinin kaldırıldığı veya anılan kurulca paylaşıldığı, bu durumun da Anayasa’da öngörülen idarenin kuruluşunun kanunla düzenleneceğine ilişkin hükümlere aykırı olarak tesis edilen yönetmelikte hukuka uyarlık bulunmamaktadır. ... sınırları ve içeriği belirlenen bir konuda yönetmelik çıkarılabileceği gibi kanunda böyle bir yetkinin bulunmaması durumunda T.C. Anayasasının anılan 124. maddesinde belirlenen esaslar çerçevesinde idarelerce*

Yönetmelik çıkarılabileceği öngörülmüştür. 2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunun(da) idareye bu konuda yönetmelik çıkarma yetkisi verilmediği gibi, **yeni bir teşkilatın kurulmasına, görev ve yetkilerinin belirlenmesine yönelik olarak çıkarılan dava konusu yönetmeliğin, Anayasanın anılan maddesinde öngörülen Kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarılacağına ilişkin hükmüne de aykırı olduğu** açıktır. ... 2863 ve 2919 sayılı Yasa hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, mülkiyet ilişkisine bakılmaksızın Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunun saptayacağı ilkeler doğrultusunda taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması kapsamında muhafaza, bakım, onarım, restorasyon, fonksiyon değiştirme işlemleri konusunda gerekli önlemleri almanın Kültür Bakanlığı'nın yetkisinde olduğu tartışmasızdır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bağlı saraylar, köşkler ve kasırlar hakkındaki Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkisinin mevcut kültür varlığının bakımı, onarım ve korunmasıyla sınırlı olduğu ve bu konudaki Kültür Bakanlığı'na verilen bu yetkinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne devredildiğine ilişkin hiçbir yasal düzenleme olmadan sözü edilen yönetmelik hükümlerine göre ihdas edilen yetkiye dayanarak Milli Saraylar Daire Başkanlığı'na bağlı kültür varlıklarını koruma ve değerlendirme hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak üzere 2863 sayılı Yasadaki yetkilere sahip olarak 'Koruma ve Değerlendirme Kurulları' oluşturulması amacıyla düzenlenen davaya konu yönetmelikte bu nedenle de hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁴¹⁸

Gerçekten Danıştay'ın da belirttiği gibi idarenin kuruluşu amacıyla yönetmelik çıkarılması, bu kapsamda somut olayda olduğu gibi yönetmelik hükmüyle yasada öngörülme-yen yeni bir idari birim kurulmak suretiyle kanunla başka idarelere tanınan yetkilerin bu yeni idari birime verilmesi Anayasa'nın 123. ve 124. maddelerine açıkça aykırıdır. Çünkü böyle bir durumda idare kanunla kurulmamış, görev ve yetkileri de kanunla belirlenmemiş olacaktır. Yine ortada kuruluşu ilişkin bir kanun hükmü bulunmadığından, bu kanunun uygulanmasını göstermek amacıyla yönetmelik çıkarıldığından da söz edilemeyecektir.

⁴¹⁸ Danıştay 6.D., 28.02.1996, E:1996/91 K:1996/929, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:04.01.2013.

Bu noktada belirtilmelidir ki, kanun olmadan hukuken varlık kazanamayan ve organize edilemeyen; bir merkezi idare birimi, Devlet dışında bir kamu tüzel kişisi veya Devlet dışındaki bir kamu tüzel kişisi bünyesinde yer alan ve kamu tüzel kişisinin onayına ihtiyaç duymaksızın onun adına irade açıklayabilen ve kamu gücü kullanabilen kuruluşlardır. Bu kapsamda bulunmayan bir idari organın, örneğin idare bünyesinde oluşturulacak bir danışma biriminin doğrudan yönetmelikle kurulması ise kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Yine kanunla kurulan idareye kanunla verilen spesifik bir görevin gerçekleştirilmesini sağlamak için, idarenin kanunda nitelikleri belirlenen personeli arasından oluşturulan komisyonların kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak kuruldukları ve Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası gereğince kanunî idare ilkesine aykırı olmadıkları kabul edilmelidir. Örneğin 2547 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde üniversite öğrencilerinin yükseköğretim kurumları arasında yatay geçiş yapabilecekleri belirtilmiş ve buna ilişkin esasların Yükseköğretim Kurulu tarafından belirleneceği öngörülmüştür. Söz konusu kanun hükmünün uygulanmasının sağlanması amacıyla Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikle de üniversite yönetim kurullarınca yatay geçiş komisyonu kurulması hükme bağlanmıştır. Buna göre kanunla öngörülen yatay geçiş işlemlerinin yapılmasına münhasır olarak, kanunda nitelikleri belirtilen üniversite personeli arasından oluşturulan ve esasen üniversite ya da fakülte dışında ayrı bir hukuk sujesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmayan bu komisyonların *doğrudan* kanunla kurulmadıkları için varlık kazanmadıklarını ve yatay geçişle ilgili hiçbir işlem yapamayacaklarını ileri sürmek kanımızca mümkün bulunmamaktadır.

Kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak yapılma zorunluluğu, idarenin orgazine edilmesi konusunda da geçerlidir. Bu kapsamda değerlendirilebilecek bir olayda Danıştay, bir kamu tüzel kişisinin teşkilât yapısını kanunda öngörülmeyen şekilde değiştiren yönetmelik hükmünü Anayasa'nın 123. maddesine aykırı bulmuştur. 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun doğrudan TRT Genel Müdürü'ne bağladığı Yayın Denetleme Kurulu'nun statüsünü değiştirerek, anılan kurulu daire başkanlığı şeklinde örgütleyen Türkiye Radyo Televizyon Kurumu Kuruluş ve Görev Yönetmeliği'nin 17. ve 81. maddeleri hakkında verdiği kararında Danıştay 5. Dairesi *"T.C. Anayasa(sı)nın 123. maddesinde; idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün*

olduğu ve kanunla düzenleneceği ilkesinin getirildiği, 124. maddesiyle ise Başbakanlık, Bakanlıklar ve Kamu tüzel kişilerine kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda yönetmelik çıkarma yetkisi verildiği, ... 2954 sayılı Kanunun ‘yayınların denetimi’ başlıklı 31. maddesinde .. ‘Türkiye Radyo Televizyon Kurumunun yayınlayacağı programların son denetimi, Genel Müdür adına ve Genel Müdüre doğrudan bağlı Yayın Denetleme Kurulu Başkanlığı tarafından yapılır.’ hükmünün getirildiği, maddenin bu haliyle Yayın Denetleme biriminin şeklini doğrudan Genel Müdüre bağlı bir kurul olarak çizdiği, 2954 sayılı Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasında, TRT Kurumunun Genel Müdürlük teşkilatını oluşturan Daire Başkanlığı dışındaki birimleri fıkranın birinci kısmında tek tek sayıldığı, bu kısımda yayınların denetimi ile ilgili birimin ‘Kurul’ olarak örgütlendiği belirtildikten sonra, Daire Başkanlıklarının fıkranın devamında sıralandığı, Kanunun bununla da yetinmeyerek 31. maddesinde de programların son denetimini Genel Müdür adına yapacak birimin Genel Müdüre doğrudan bağlı Yayın Denetleme Kurulu olduğunun bir kez daha yinelendiği, ... 2954 sayılı Kanunun 16. maddesinin 3. fıkrasında, ‘lağv, tensik, yeniden yapılanma’ konusunda **düzenleme yapma konusunda idareye tanınan yetkinin 2954 sayılı Kanunun 31. maddesinde Kurul için çizilen çerçeveyi değiştirmek suretiyle kullanılması mümkün olmadığı gibi, Anayasanın 123. maddesindeki idarelerin Kanunla kurulacağı ilkesine aykırı düzenleme getirilmesi şeklinde de kullanılamayacağının açık olduğu**, öte yandan bir kamu kuruluşunda ‘Kurul’ olarak örgütlenme ile ‘Daire Başkanlığı’ olarak örgütlenmenin gerek kamu hizmetinin yürütülmesi, gerekse bu birimde görev yapan kamu görevlilerinin hukuki statüleri yönünden farklı hükümler ve fiili sonuçlarının bulunduğunu ayrıca belirtmenin gerekeceği, buna göre, yukarıdan beri yapılan açıklamalar karşısında **kanunla, Genel Müdüre bağlı olarak denetim yapacağı belirtilen Kurulun statüsünün yönetmelikle değiştirilerek Daire Başkanlığı şeklinde örgütlenmesinde yasaya uyarlık bulunmadığı**, keza Daire Başkanlığı şeklindeki yeniden oluşturulan denetim biriminin görevlerinin ve kuruluş yapısının düzenlendiği 81 inci maddede de yasaya uyarlık bulunmadığı” hususlarını vurgulamış ve dava konusu yönetmelik hükümlerinin iptaline karar vermiştir. İptal kararı temyiz edilmişse de, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu temyiz

istemini oybirliği ile reddederek kararı onamış⁴¹⁹ ve böylece kanunî idare ilkesiyle ilgili olarak Danıştay 5. Dairesi'nin kararında vurguladığı hususları benimsediğini göstermiştir.

Danıştay'ın bu kararı, “*idarenin ve kamu tüzel kişilerinin hukuken varlık kazanmalarının yanı sıra, organize edilmelerinin de kanun koyucunun yetkisinde olduğu*” yönündeki düşünceyi te'yit etmektedir. Buna göre idarenin organize edilmesi, teşkilâtının kurulması, personeline ve malvarlığına ilişkin yapının belirlenmesi gibi konularda kanun dışındaki normlarla ilk elden düzenleme yapılamayacak ya da bu gibi kurallarla, idarenin organizesi hakkında kanunun getirdiği ilkelere aykırı hükümler sevk edilemeyecektir. Dolayısıyla “idarenin organize edilmesi” kapsamındaki konularda tüzük ya da yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerin çıkarılması, münhasıran bu konulara ilişkin kanun hükümlerinin uygulanmasını göstermek amacıyla söz konusu olabilecektir. Bu nedenle söz konusu düzenleyici işlemlerin kanuna aykırı ya da kanun hükümlerinde öngörölmeyen kurallar içeren hükümlerinin hukuka uygun kabul edilebilmesi olanaklı değildir.

Sonuç olarak Anayasa'nın 123. maddesinden kaynaklanan idarenin kanunla kurulması zorunluluğu, kanunî idare ilkesinin kuruluşu yönelik boyutunu oluşturmakta ve idarenin hukuken varlık kazanması ile düzenlenmesini (organize edilmesini) kapsamına almaktadır. Bu zorunluluk gereğince, kanun veya kanuna eş değeri diğer normlar dışında kalan başka tasarruflarla, idarenin ne hukuken varlık kazanabilmesi ne de organize edilebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle ortada kanun yoksa, kurulmuş bir idareden de söz edilemeyecektir. Dolayısıyla Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan hüküm sayesinde kanunun, idarenin varlığı açısından *onsuz olmaz (sine qua non) bir koşul* durumuna geldiğini söylemek abartılı olmayacaktır.

⁴¹⁹ DİDDK, 20.12.2002, E:2002/793 K:2002/951, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:11.12.2011. Kalın yazılı kısımlar kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

Üçüncü Bölüm

İDARENİN GÖREV VE YETKİLERİNİN KANUNLA DÜZENLENMESİ

Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenleneceği belirtilerek; idarenin kuruluşunun yanı sıra görevleri de kanunla düzenlenecek konular arasında sayılmıştır. Buna göre kanunla varlık kazanan ve kanunla düzenlenen, organize edilen idarenin ne gibi görevleri bulunduğu ve bu görevlerin ifası için hangi yetkileri kullanabileceği de yine kanun tarafından belirlenecektir. Diğer bir ifadeyle kanunla varlık kazanan ve organize edilen idarenin faaliyetleri hakkında belirleyici, yine kanun olacaktır.

Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş ancak idarenin yetkileri hakkında herhangi bir hüküm sevkedilmemiştir. Bununla birlikte “görev” ve “yetki” kavramları arasında sıkı bir nedensellik ilişkisi bulunmakta; yetki görevin ifa aracını, görev ise yetkinin varlık sebebini oluşturmaktadır. Bu nedenle görev veya yetki kavramlarından herhangi biri ile ilintili olan bir kuralın diğerinden bağımsız değerlendirilebilmesine olanak bulunmamaktadır.

İdarenin varlık sebebi kamusal nitelikteki ihtiyaçların giderilmesi olduğundan; bu ihtiyaçlardan her birinin karşılanması yani her bir kamu hizmetinin görülmesi idareye ait bir görev olarak karşımıza çıkmaktadır. İdarenin bu görevlerini yerine getirebilmesi yani kamu hizmetlerini yürütebilmesi ise, bir takım hak ve selâhiyetlere, gerektiğinde diğer hukuk subjelerinden farklı bir takım imtiyazlara sahip olmasını gerektirmektedir. İşte bu hak, selâhiyet ve imtiyazların bütünü idarenin yetkilerini oluşturmaktadır.

İdarenin kendisine ait bir görevin ifası için gerekli olan yetkilere sahip olması, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve toplumsal yaşamın devamı açısından zorunludur.⁴²⁰ Bu bağlamda idarenin bir görevi varsa, bu görevi yerine getirmek için yeterli ve zorunlu

⁴²⁰ “... idari yetki, kamusal bir otorite ve güç sağlamanın yanında, göreve bağlı olarak bazı yükümlülükleri de ifade etmektedir.” Şükrü KARATEPE, İdarenin Takdir Yetkisi, Türk İdare Dergisi, Yıl 63, S:392, Eylül 1991, syf.66

olan yetkilerinin de olduğu kabul edilmelidir.⁴²¹ Nitekim yetki kelimesinin Türkçe Sözlük'teki “*bir görevi, bir işi yasaların verdiği imkânlarla göre, belli şartlarla yürütmeyi sağlayan hak, selahiyet, mezuniyet*”⁴²² şeklindeki karşılığı da esasen bu gerekliliğe işaret etmektedir. Yine uygulamada bu gerekliliğin bir tezahürü olarak, yürürlükte bulunan yasaların hemen hemen tamamında idarelere yüklenen görevlerden sonra idarelerin bu görevleri yerine getirebilmek için sahip oldukları yetkiler belirtilmekte, hatta bazı yasalarda aynı faaliyet alanları idarelerin hem görevi hem de yetkisi kapsamında kabul edilmektedir.⁴²³

Öte yandan idarenin görevi olarak kabul edilen bir faaliyetin çoğu zaman idarenin yetkisi olarak da kabul edilebilmesi mümkün olup; bu durum, her iki kavram arasındaki ilişkinin boyutunu “zorunluluk”tan “aynılığa” yaklaştırmaktadır. Buna göre, kanunların uygulanmasını sağlamak ve gerekirse bu amaçla düzenleyici işlemler tesis etmek idarenin hem görevi hem de yetkisidir. Örneğin, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 71. maddesi gereğince kamu zararının bu zarara neden olan kişilerden tahsiline ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulu’nca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu’nun kamu zararının sorumlulardan tahsil usulünü bir yönetmelikle düzenleme yetkisine sahip olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak belirtilmelidir ki Bakanlar Kurulu, aynı yasa maddesi gereğince kamu zararının sorumlulardan tahsil usulünü bir yönetmelikle düzenlemekle görevlidir. Aksi durum Bakanlar Kurulu’nun görevini yapmadığı anlamına gelecek ve kurul üyelerinin hukukî ve siyasî sorumluluklarını gündeme getirecektir. Yine kanunun gerekli kıldığı hallerde kamu hizmetinin yürütülmesi ya da kamu düzeninin korunması için gerekli olan birel işlemlerin tesis edilmesi de idare için hem bir görev hem de bir yetki teşkil etmektedir. Örnek olarak 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 39. maddesi gereğince belediyeler ve valilikler, bir kısmı veya tamamı yıkılacak derecede tehlikeli bulunan yapılar hakkında subjektif bir tasarrufta bulunarak yıkım kararı almaya yetkilidirler. Ancak bu yetki onlara kamu düzeninin korunması için

⁴²¹ Benzer yönde OYTAN, 1982 Anayasası’nda .., syf.6 vd

⁴²² Türk Dil Kurumu Sözlüğü. www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi:10.01.2012

⁴²³ Örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 14. maddesinde belediyenin görev ve sorumlulukları sayıldıktan sonra, hemen akabinde Kanunun 15. maddesinde belediyenin yetki ve imtiyazları düzenlenmiştir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 88. maddesinde ise Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun görev ve yetkileri düzenlenmiş, aynı hususlar herhangi bir ayırım yapılmaksızın kurumun “görev ve yetkisi” olarak zikredilmiştir.

tanınan bir yetki olup, yıkılacak derecede tehlikeli yapıların yıkılması aynı zamanda anılan idarelere ait bir görevi de ifade etmektedir. Dolayısıyla idarenin, bu görevini yapmaması nedeniyle meydana gelen zararların tazmininden sorumlu tutulacağı ve koşulların gerçekleşmesi halinde bu ihmalin ilgili kamu görevlileri açısından suç teşkil edebileceği açıktır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında Anayasa'nın 123. maddesi yorumlandığında, “idarenin görevleri kanunla düzenlenir” şeklindeki hükmün **“idarenin görev ve yetkileri kanunla düzenlenir”** şeklinde okunması ve anlaşılması gerekecektir. Nitekim bu gereklilik Anayasa Mahkemesi kararlarında da **“İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde yasayla düzenlenmesini gerekli kılar.”**⁴²⁴ şeklinde ifade edilmektedir.

İdarenin görevlerinin ve yetkilerinin düzenlenmesi, gerek idare gerekse idarî faaliyetlere muhatap olan kişiler açısından büyük önem taşımaktadır. Zira idarenin nelerden sorumlu olduğu ve kişilerin idarenin ne gibi işlemleriyle karşılaşabileceği sorularına ancak idarenin görevlerinin ve yetkilerinin bilinmesi durumunda cevap verilebilecektir. Bu bağlamda hukuk güvenliğinin temini de idarenin görev ve yetkilerinin belirgin olmasına bağlı olmaktadır. İşte bu nedenle kurucu iktidar, Anayasa'nın 123. maddesiyle idarenin görev ve yetkileri açısından kanunîlik ilkesinin geçerli olmasını öngörmüş; böylece hukuki öngörülebilirliğin teminini amaçlamıştır. Buna göre idarenin kanunlarda yer almayan bir görevi yapmaması nedeniyle sorumlu kabul edilebilmesi mümkün olmadığı gibi, yine kanunlarda yer almayan bir yetkiyi kullanması ve bu suretle kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen tasarruflarda bulunması da mümkün olmayacaktır.⁴²⁵

⁴²⁴ AYM, 02.05.2008 E:2005/68 K:2008/102, AYM, 15.01.2009 E:2006/99 K:2009/9, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:27.04.2012.

⁴²⁵ İdari yargı uygulamasında idarenin neyle görevli olduğu hususu daha çok (hizmet kusuru esasına dayanan) tam yargı davalarında, idarenin neye yetkili olduğu hususu ise daha çok iptal davalarında karşımıza çıkan bir sorundur. Buna göre idarenin görevini yapıp yapmadığı veya görevini gereği gibi yerine getirip getirmediği sorularına verilecek cevaptan hareketle somut olayda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı, dolayısıyla tazminat ödemekle yükümlü tutulup tutulamayacağı belirlenmeye çalışılmaktadır. İptal davalarında işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ise, öncelikle idarenin söz konusu işlemi tesis etme yetkisine sahip olup olmadığının irdelenmesini gerekli kılmaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesi gereğince idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceğini belirtmek, *“kanunî idare ilkesi gereğince idarenin görevlerinin ve bu görevleri yerine getirmek için kullanacağı yetkilerin, bu kapsamda yapacağı tasarrufların teker teker kanunda belirtilmesinin zorunlu olup olmadığı”* sorusunu gündeme getirmektedir. Örneğin 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de *“herkesin bedenî, zihnî ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamak”* Sağlık Bakanlığı'nın görevi olarak belirtilmiştir. Acaba kanunî idare ilkesi, Sağlık Bakanlığı'nın bu görevi yerine getirmek için neler yapabileceğinin, hangi yetkileri kullanabileceğinin teker teker yasayla düzenlenmesini de gerektirmekte midir?

Bu noktada öğretide DURAN, kanunla düzenlenme konusunda idarenin görevleri ile yetkileri arasında bir ayırım yapmaktadır. DURAN'a göre *“Görev ve hizmetler, ancak bir kanunla ihdas ve mevcut veya kurulacak kamu tüzelkişilerine, ya da gerçek veya özel tüzelkişilere tevdi edilebilir. Yetkiler ise, temel hak ve ödevlere dokundukları veya yeni bir organ ve yetki genişliğini haiz makam ihdasını tazammun ettiği takdirde, bir kanunla genel veya özel olarak tevcih ve tefviz edilmek lâzımdır; aksi halde, idarî kaide – tasarruflarla mevcut makam ve mercilere tevzi ve tahsis edilebilir.”*⁴²⁶

Kanımızca yukarıda aktardığımız sorunun, DURAN'ın tespitlerinden de yararlanılarak şu şekilde cevaplandırılabilmesi mümkündür: İdarenin görevleri konusu kanunla düzenlenmesi gereken alan içinde yer aldığından, idarenin görevlerinin kanunla belirlenmesi gerekmektedir. İdarenin görevlerinin neler olduğunun kanunla belirgin kılınmasından sonra, söz konusu görevleri yerine getirmek için idarenin hangi yetkileri kullanabileceğinin ve bu kapsamda ne gibi tasarruflarda (işlem ve eylemlerde) bulunabileceğinin, konunun ayrıntısı kabul edilerek idarenin düzenleme alanına bırakılabilmesi mümkündür. Ancak icra edilecek işlem ya da eylem kanunla idareye verilen görevin gerçekleştirilebilmesi açısından elverişli ve zorunlu değilse; yine DURAN'ın belirttiği gibi, idarenin kanunla belirtilen görevini yerine getirmek için kullanacağı yetkiler kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale içermekteyse bu

⁴²⁶ DURAN, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, syf. 485, 486.

tasarrufların yapılabilmesi, kanunun idareye açık bir şekilde o tasarrufu, işlemi veya eylemi yapma konusunda yetki vermesi halinde mümkün olabilecektir.

İdarenin görevlerinin ve yetkilerinin düzenlenmesi, kanunî idare ilkesinin sıklıkla uygulama alanı bulan kısmını oluşturmaktadır. Zira idare bir kere kurulduktan, hukuk dünyasında varlık kazandıktan sonra artık uyumsuzluklar onun faaliyetlerine, dolayısıyla görev ve yetkilerine ilişkin olacaktır. Ne var ki idarenin neleri yapabilmek neleri yapamayacağını yani görev ve yetkilerinin belirlenmesi meselesi, niteliği gereği her olayda uygulanabilir genel geçer ilkeler saptanmasını olanaksız kılmakta ve pek çok hukukî tartışmaya zemin hazırlamaktadır. Bu nedenle muhtemel tartışma alanlarına da değinilmek suretiyle, görev ve yetkilerin düzenlenmesi konusunun üzerinde detaylı olarak durulması gerekmektedir.

Çalışmanın “İdarenin Görev ve Yetkilerinin Kanunla Düzenlenmesi” başlıklı bu bölümünde, kanunî idare ilkesinin idarenin görev ve yetkilerine ilişkin boyutu incelenmeye çalışılacaktır. Bu çerçevede idarenin faaliyetleri “düzenleme yetkisinin kullanılması suretiyle tesis edilen işlemler”, “birel işlemler”, “idari sözleşmeler” ve “eylemler” şeklinde dördü bir ayrıma tâbi tutularak incelenecektir.⁴²⁷ Daha önce de belirttiğimiz üzere idarenin görev ve yetkileri arasında yakın bir ilişki hatta çoğu zaman örtüşme söz konusu olduğundan ve uygulamada idarenin faaliyetleri açısından “yetki” kelimesine daha sık başvurulduğundan, anlatımda “yetki” kelimesi “görev” kelimesine nazaran daha çok tercih edilecektir.

I. DÜZENLEYİCİ İŞLEMLER AÇISINDAN KANUNÎLİK İLKESİ

Birinci bölümde üzerinde durduğumuz üzere kanunların uygulanmasını sağlamak üzere genel, soyut ve objektif kurallar koymak, idarenin Anayasa’dan kaynaklanan bir görevi ve yetkisidir. Dolayısıyla idarenin görevlerinin ve yetkilerinin kanunla belirlenmesini gerektiren kanunî idare ilkesi kapsamında idarenin düzenleme yetkisinin de bulunduğu açıktır. Bu kapsamda çalışmanın bu kısmında “*idarenin*

⁴²⁷ Esasen idarenin düzenleyici işlemleri ile birel işlemleri (ve hatta idari sözleşmeleri) arasında hukukî rejim farkı bulunmadığına ilişkin GÜNEŞ’in düşüncelerine katılmaktayız. Buna karşın gerek Anayasa’da düzenleyici işlemler hakkında ayrı ve özel hükümler öngörülmesi (m.115 ve 124), gerekse idarenin düzenleyici işlem-birel işlem ayrımının öğretide genel kabul görmesi nedeniyle bu işlemleri birbirinden ve idarî eylemlerle tek yanlı işlem niteliği taşımayan idari sözleşmelerden ayırarak, her birini farklı bir alt başlıkta incelemenin daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Bkz. GÜNEŞ (Turan), Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının .., syf.197-198

düzenleyici işlem ihdas yetkisinin kanunla düzenlenmesinin ne anlama geldiği” hususu üzerinde durulacaktır.

Düzenleme yetkisinin kullanılması sonucunda hukuk dünyasında, “düzenleyici işlemler” biçiminde isimlendirilen idari işlemler vücuda gelmektedir. Dolayısıyla “düzenleme yetkisinin kanun tarafından düzenlenmesi” olgusu, kendisini her şeyden önce düzenleyici işlemin unsurlarında gösterecektir. Her idari işlem gibi düzenleyici işlemler de “yetki, şekil, sebep, konu ve maksat” unsurlarından oluştuğuna göre, bu unsurların her birinin kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerektiği, bunun idarenin görevlerinin ve yetkilerinin kanun tarafından düzenlenmesini öngören Anayasa’nın 123. maddesinin gereği olduğu söylenebilecektir.

Esasen düzenleme yetkisinin kaynağı, *bu yetkiyi kullanacak olan makamın (idarenin) Anayasa tarafından kanunların uygulanmasını sağlamakla görevlendirilmesi ve uygulanması gereken yani ihdas edilmiş bulunan bir kanunun varlığıdır.* Dolayısıyla uygulanması gereken bir kanun bulunmadan yürütme yetkisinin ve bu kapsamda düzenleme yetkisinin kullanılması söz konusu olamayacaktır. Bu bağlamda düzenleme yetkisinin kullanılmasının ön koşulunu oluşturmakta olan kanun, aynı zamanda bu yetkinin kullanılması suretiyle tesis edilecek işlemlerin unsurlarını da belirleyecektir.

Bu açıklamalar ışığında kanunî idare ilkesinin düzenleyici işlemler bakımından incelendiği bu kısımda, düzenleyici işlemin her bir unsuru ile kanun arasındaki ilişkiyi ayrı ayrı ele almak anlatım kolaylığı sağlayacaktır.

A. Düzenleyici İşlemin Yetki Unsuru

Yetki, idari işlemi hangi idari makam veya organın yapacağını gösteren unsurdur.⁴²⁸ Düzenleyici işlemin yetki unsurunun düzenlenmesi ise, düzenleyici işlemi yapabilme gücüne, düzenleyici işlem yapma ehliyetine sahip olan makamın belirlenmesini ifade etmektedir.

Düzenleme yetkisinin varlığından söz edebilmek için ilk olarak bu yetkiye sahip olan bir makamın bulunması gerektiği açıktır. Başka bir deyişle düzenleme

⁴²⁸ YILDIRIM, İdari Yargı, syf.149

yetkisinin düzenlenmesi, öncelikle bu yetkinin kim tarafından kullanılacağını tespitini gerekli kılmaktadır. Bu ise, düzenleme yetkisinin kullanılması suretiyle tesis edilecek işlemin yetki unsurunun belirlenmesi anlamına gelmektedir.

Kanunî idare ilkesi gereğince, düzenleyici işlemi hangi idari makam veya organın tesis edeceğini kanun belirleyecektir. Zira madem düzenleme yetkisinin amacı kanunların uygulanmasını sağlamaktır; o halde belli bir kanunun uygulanmasını sağlamak hangi makamın görevi ve yetkisi ise, bu kanunun uygulanmasını sağlamak için düzenleyici işlem yapma yetkisinin de o makama ait olması gerekmektedir. Dolayısıyla düzenleme yetkisinin (Anayasa'dan sonra) kaynağı olan kanun, kaynaklık niteliği gereği bu yetkinin sahibini de belirleyerek, düzenleme yetkisini düzenlemiş olmaktadır.

Kanunun düzenleme yetkisini kullanacak olan makamı belirlemesi bazen açık bir hükümle olur. Bu gibi hallerde hangi idarenin ne gibi bir düzenleyici işlem ihdas edebileceği kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiş olmaktadır. Örneğin 2547 sayılı Kanun'un "Yönetmelikler" başlıklı 65. maddesinde, söz konusu kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla belli konularda yönetmelik şeklinde düzenleme yapmak hususunda Yükseköğretim Kurulu'na yetki verilmiştir. Yine 2863 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle, sit alanı olarak ilan edilen bölgelerde koruma amaçlı imar planlarının hazırlanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi için yönetmelik çıkarmak konusunda Kültür ve Turizm Bakanlığı'na yetki verilmiş bulunmaktadır. Bu örneklerde anılan idarelerin düzenleme yapma konusunda yetkili oldukları ve bu yetkilerinin söz konusu kanun hükümlerinden kaynaklandığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Belirtilmelidir ki, kanunun düzenleyici işlem yapılacağını ve bu işlemi yapacak makamı açıkça belirlemediği hallerde de idare, düzenleme yetkisini kullanabilecektir. Çünkü düzenleme yetkisinin kaynağı olan yürütme yetkisi ve görevi⁴²⁹, belli bir kanun

⁴²⁹ Düzenleme yetkisinin Anayasal dayanağı olarak kabul ettiğimiz 8. madde yürütme görevinden ve yürütme yetkisinden söz etmektedir. Dolayısıyla bir konu hakkında yürürlükte olan kanun hükmü varsa ve söz konusu kanun konunun temel ilkelerini belirleyip çerçevesini çizmiş ise, bu ilkelere uygun şekilde konunun teknik ayrıntılarını düzenleme konusundaki yürütmenin yetkisi ve görevi Anayasa'ya dayandığından; yasama organının dahi yürütmenin düzenleme yetkisini ortadan kaldırması mümkün bulunmamaktadır. Yasa koyucunun yapabileceği; ancak belli bir konuyu tüm ayrıntılarını kapsayacak yoğunlukta düzenleyip, idareye düzenleme yapabilecek alan bırakmamak olabilir. Ancak Anayasa'dan kaynaklanan düzenleme yetkisinin Anayasa'da öngörülen kurallara (örneğin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine) uygun şekilde kullanılma imkânı yasayla ortadan kaldırılamaz. Diğer bir ifadeyle

hükümünün uygulanmasının sağlanması için gerekli olan kuralların ihdas edilmesini de kapsamına almaktadır. Öte yandan Anayasa'nın 115. maddesi Bakanlar Kurulu'nun tüzük çıkarabilmesi, 124. maddesi de Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarabilmesi açısından, “*bunun kanun hükmünde ayrıca öngörülmüş olması*” gibi bir koşul aramamıştır. Bu nedenle belli bir idarenin düzenleyici işlem tesis edeceğinin kanunda açıkça belirtilmediği hallerde de düzenleyici işlem çıkarılabilecektir. Ancak bu gibi hallerde “düzenleme yetkisini hangi idarenin kullanacağı” sorusu gündeme gelecektir.

Belli bir konuda düzenleyici işlem yapması gereken makamın kanun hükümlerinde açıkça belirtilmediği durumlarda da düzenleme yetkisinin sahibinin yine kanun tarafından tespit edildiği söylenebilecektir. Buna göre bir kanun belli bir konuda birel (subjektif) işlemler yapma veya eylemlerde bulunma yetkisini hangi idari makama vermişse, o konuda düzenleme yapma yetkisini de o makam kullanacaktır. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, belli bir konuda birel işlem tesisine veya eylem icrasına yetkili kılınan makamın, bazı somut koşullar öngörerek hangi maddi olay karşısında yetkisini hangi yönde kullanacağını belirlemesi ve böylece kendisini taahhüt altına sokarak düzenleme konusu olan alanı öngörülebilir kılması daima mümkündür. Buna göre kanun, belli bir konuda bir idari makama herhangi bir hukuki tasarrufta bulunma yetkisi vermekle, esasen o makama aynı konuda düzenleme yapma yetkisi de vermiş olmaktadır.

Aslında GÜNEŞ'in de belirttiği gibi, düzenleyici işlemlerle subjektif işlemler aynı hukuki temele (Anayasa m.8) dayandıklarından her iki işlem türünün tâbi olduğu hukuki rejim arasında bir ayrım yapılması da gereksizdir.⁴³⁰ Bu kapsamda düzenleme yetkisinin, idarenin belli bir konudaki faaliyet yetkisinden soyutlanarak ondan ayrı değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira spesifik bir konuda önceden tanımlanmış belli bir yetkiye sahip olan idarenin o konu hakkında birel (subjektif) işlemler tesis edebileceği açık olduğu gibi, idarenin bu yetkisini nasıl ve ne şekilde kullanacağına

Anayasa'yla verilen bir görevin ifası ve Anayasa'yla tanınan bir yetkinin kullanılması, hiyerarşik açıdan Anayasa'dan daha alt seviyede bulunan işlemlerle engellenemez. Aksinin kabulü Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Aksi yönde: “İdare, yasanın açıkça belirlediği kural koyma konuları dışında, ama yasa ile düzenlenmiş alanda artık kural koyamaz zira, yasa yalnızca belli konularda kural koyma yetkisi vermiştir.” KARAHAÑOĞULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması..., syf.93

⁴³⁰ GÜNEŞ (Turan), Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının ..., syf.197

ilişkin düzenleyici işlemler ihdas edebilmesi de mümkün bulunmaktadır. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesi gereğince bu kanun kapsamındaki kamu idareleri, Devlet memurlarını görev ve unvan eşitliği gözetmeden, kazanılmış hak aylık dereceleriyle bulundukları kadro derecelerine eşit kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atama yetkisine sahip bulunmaktadır. Bu madde uyarınca birel bir idari işlemle bir Devlet memurunun görev yerini değiştirebilecek olan idare, memurların naklen atamalarını hangi kriterler doğrultusunda yapacağını tespit ve ilan etmek amacıyla naklen atama konusunda düzenleyici işlemler de ihdas edebilecektir. Dolayısıyla düzenleyici işlem yapması gerekenin hangi makam olduğu hususunda açık bir kanun hükmü bulunsun veya bulunmasın, her iki ihtimalde de düzenleme yetkisinin sahibini kanun belirlemekte, düzenleme yetkisi (Anayasa'nın 123. maddesindeki deyişiyle) kanun tarafından **düzenlenmiş** olmaktadır.

İdarenin yetkisi noktasında birel işlem-düzenleyici işlem şeklinde bir ayrım yapılmasına gerek olmadığından; idarenin tesis edeceği birel işlemler açısından geçerli olan sınırlamalar, doğal olarak tesis edilecek düzenleyici işlemlerin de sınırını oluşturacaktır. Bu bağlamda bir birel işlemi tesis etmeye kanunla yetkili kılınan idare dışında bir başka kamu idaresi tarafından söz konusu birel işlemin ilgili olduğu konu hakkında düzenleme yapılamayacaktır.

Özetlemek gerekirse, bir konuda düzenleme yapılabilmesi her şeyden önce düzenleme yapacak makamın o konuda faaliyette bulunmak (işlemler tesis etmek ve/veya eylemler yapmak) için kanun koyucu tarafından yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla düzenleyici işlemi tesis etmeye yetkili makam, her halükârda kanun koyucu tarafından belirlenmiş olacaktır. Bunun doğal sonucu olarak, kanunun belli bir alanda faaliyet göstermeye yetkili kıldığı makam dışında başka bir organ tarafından tesis edilen düzenleyici işlemler yetki unsuru bakımından hukuka aykırı sayılacaktır. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesinde her kamu idaresine kendi personelini naklen atama konusunda yetki verilmiştir. O halde bir kamu idaresinin bir başka kamu idaresinin personeli hakkında, örneğin İçişleri Bakanlığı'nın Milli Eğitim Bakanlığı personeli hakkında atama yönetmeliği çıkarması yetki unsuru bakımından hukuka aykırı sayılacaktır.

Belirtmek gerekir ki kanunun düzenleme yetkisini kullanacak olan makamı belirlemesinin bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre Bakanlar Kurulu, belli bir kanunu yürütmek yükümlülüğünde bulunmasa dahi, Anayasa'nın 115. maddesinin kendisine verdiği yetki uyarınca söz konusu kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere tüzük çıkarabilecektir.⁴³¹ Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu istisnanın Bakanlar Kurulu açısından değil, sadece tüzükler açısından geçerli olduğudur. Zira Anayasa'nın 124. maddesi uyarınca bir makamın belli bir kanunun uygulanmasını sağlamak için yönetmelik (veya adsız düzenleyici işlem) çıkarabilmesi, o kanunun söz konusu makamın görev alanıyla ilgili olmasına bağlıdır. Buna göre Bakanlar Kurulu'nun dahi kendi görev alanıyla ilgili olmayan bir kanunun uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik (veya adsız düzenleyici işlem) ihdas edebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Oysa Anayasa'nın 115. maddesinde tüzükler açısından böyle bir koşul öngörülüş değildir.

Bu istisnanın pratik sonucu, metinlerinde “Bakanlar Kurulu tarafından yürütülecekleri” yönünde bir hükme yer verilmeyen kanunlar yönünden gündeme gelmektedir. Bu çerçevede hemen hemen bütün kanunlarda “Bu kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür” şeklinde bir hüküm bulunmakla birlikte, bazı kanunlarda bu hüküm yer almamaktadır.⁴³² İşte bu gibi kanunlar Bakanlar Kurulu'nun görev alanıyla ilgili olmadığı için, kanımızca söz konusu kanunlarda açık bir hüküm bulunmadığı sürece,⁴³³ Bakanlar Kurulu'nun bu kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla yönetmelik çıkarabilmesi mümkün değildir. Oysa Anayasa'nın 115. maddesi nedeniyle tüzükler düzenleme yetkisini kullanacak makamı kanunun belirlemesinin istisnasını oluşturduğundan, Bakanlar Kurulu'nun bu gibi kanun hükümlerinin uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek için dahi tüzük çıkarabilmesi mümkündür.

⁴³¹ “Kanunların uygulanması için tüzük çıkarma yetkisine Bakanlar Kurulu sahiptir. Kanunda bu hususta ayrıca kural bulunması gerekmez.” BALTA, İdare Hukuku Genel Konular, syf.179

⁴³² Örneğin 6085 sayılı Sayıştay Kanunu m.84: “Bu kanun hükümlerini Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı yürütür.”, 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu m.44: “Bu kanun hükümlerini TBMM Başkanı yürütür.”

⁴³³ Örneğin Sayıştay Kanunu'nun 44. maddesinin ikinci fıkrasında, “savunma, güvenlik ve istihbarat ile ilgili kamu idarelerinin ellerinde bulunan devlet mallarının bu Kanun uyarınca yapılacak denetimi sonucunda hazırlanacak raporların kamuoyuna duyurulmasına ilişkin hususlar; ilgili kamu idarelerinin görüşleri alınarak Sayıştay tarafından hazırlanıp Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.” hükmü yer aldığından, Bakanlar Kurulu'nun bu hükümde yer alan konuda yönetmelik çıkarmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağından ve yerine getirileceğinden; kanunların sonunda genellikle yer alan “*Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür*” şeklindeki kuralı, Bakanlar Kurulu'nun “kanunların uygulanmasını sağlamak üzere gerekli işlem ve eylemleri yapma” şeklindeki genel görev ve yetkisine⁴³⁴ işaret eden bir hüküm olarak nitelendirmek gerekir. Bu nedenle içeriğinde “Bu kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür” şeklinde bir hüküm bulunan kanunların Bakanlar Kurulu'nun (Anayasa'nın 8. maddesinde düzenlenen) genel görev alanıyla ilgili olduğu ve kural olarak bu kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla Bakanlar Kurulu'nun yönetmelik (veya adsız düzenleyici işlem) çıkarabileceği belirtilebilecektir. Ancak kanımızca Bakanlar Kurulu'nun, içeriğinde “Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür” şeklinde hüküm bulunan bir kanunun uygulanması amacıyla **her türlü** düzenlemeyi yapabileceğinin kabulü mümkün değildir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, idarenin tesis edeceği birel işlemler açısından geçerli olan sınırlamalar, doğal olarak tesis edilecek düzenleyici işlemlerin de sınırını oluşturacaktır. Bu bağlamda bir kanunun Bakanlar Kurulu dışında başka bir makama işlem ya da eylem yapma yetkisi verdiği konularda, (kanun metninde “Bu kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür” şeklinde hüküm bulunsa dahi) düzenleme yetkisinin Bakanlar Kurulu'nca değil, kanunla idari tasarruf icrasına yetkili kılınan makam tarafından kullanılması gerekecektir. Yine kanunun Bakanlar Kurulu'na belli bazı konularda tasarrufta bulunma yetkisi vermesi halinde de Bakanlar Kurulu, kanun tarafından verilen yetkinin sınırlarını aşacak şekilde düzenleme yapamayacaktır. Nitekim Danıştay kararına konu olan bir olayda Bakanlar Kurulu, Türk Standartlar Enstitüsü'nün yetkisinde bulunan teknik standart belirleme konusunda düzenleme yapmış; ancak bu düzenleme, kanunla Türk Standartlar Enstitüsü'ne yetki verilen bir konuda anılan idare tarafından çıkarılan düzenleyici işlemin Bakanlar Kurulu açısından da bağlayıcı olduğu, görev ve yetki alanı dışında bulunan standart koyma konusunda Bakanlar Kurulu'nun, bu konuda yetkili olan idarenin iradesine aykırı düzenleme yapamayacağı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur. Danıştay'a göre; “... **132 Sayılı Yasa uyarınca, Türkiye’de standard hazırlamakta tek yetkili kuruluş olan ve bu**

⁴³⁴ GÖZLER, Anayasa Hukuku, syf.579

konuda gerekli teknik donanım ve personele sahip **Türk Standartlar Enstitüsü** tarafından konuyla ilgili kurumların, kuruluşların ve kişilerin olumlu görüşleri alınarak hazırlanan ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından mecburi standard olarak yayımlanan TS 12820 ‘Akaryakıt İstasyonları Emniyet Gereklere Standardı’ bağlayıcı niteliktedir. Akaryakıt istasyonları emniyet gereklerinde değişiklik yapılması ancak yayımlanan mecburi standartta yapılacak değişiklik ile mümkün olup; standard yürürlükte iken başka bir düzenleyici işlem ile bu konuda değişiklik yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Esasen 7126 sayılı **Sivil Savunma Kanunu ile yangınla mücadele konusunda Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşların, gerçek kişilerin almaları gereken önlemlerin genel olarak belirlenmesi öngörülmüş; Bakanlar Kuruluna akaryakıt istasyonlarının emniyet gerekleri konusunda standart koyma gibi bir görev ve yetki verilmemiştir.** Nitekim dava konusu yönetmeliğin 121 nci maddesinde de, Bakanlar Kurulu kendisini standart koyma konusunda görevli ve yetkili saymadığı için servis istasyonları kurulurken Yönetmelikte yer almayan hususlar hakkında, Karayolları Kenarında Yapılacak ve Açılacak Tesisler Hakkında Yönetmelik ve ilgili standart hükümlerine uyulacağı belirtilmiştir. Ancak anılan belirlemenin aksine aynı yönetmeliğin 121/4-g, 167/3, Ek-12/Ç ve Ek-13’te yer alan çizelgelerde mecburi standarttan farklı kurallara yer verilmiştir. Oysa 132 sayılı Yasaya göre çıkarılan TS 12820 ‘Akaryakıt İstasyonları Emniyet Gereklere Standardı’ mecburi standardının düzenlediği özel konu itibariyle yasadan sonra gelen üst norm niteliği dikkate alındığında **akaryakıt istasyonlarının emniyet gerekleri ile ilgili konuda özel düzenleme yapma, standart koyma görev ve yetkisi olmayan, yangınla mücadele için alınacak önlemlerle ilgili genel düzenleme yapması gereken Bakanlar Kurulu’nun, değişmediği sürece özel nitelikteki mecburi standarda uygun düzenleme yapması zorunludur.**”⁴³⁵

Bazen kanun belli bir idareye düzenleyici işlem yapma yetkisi vermekle birlikte, bu yetkinin anılan idarenin hangi organı tarafından kullanılacağı konusunda bir açıklık içermemektedir. Örneğin bir yönetmeliğin Bakanlar Kurulu’nca çıkarılacağını öngören kanun hükmü, düzenleyici işlemin yetki unsuru açısından herhangi bir

⁴³⁵ Danıştay 10.D, 04.05.2011, E:2008/3133 K:2011/1728, www.danistay.gov.tr/10d_2008_3133.htm, erişim tarihi:22.02.2012, Kalın yazılı kısımlar kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

belirsizlik içermeyen; Bakanlık, üniversite ya da belediye tarafından düzenleyici işlem yapılmasını öngören ya da anılan idarelere belli konularda birel işlem tesis etme yetkisi tanıyarak, dolaylı olarak bu idarelere düzenleme yetkisi de veren kanunlar bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu gibi hallerde kanun koyucu, düzenleyici işlemin ihdas edileceğini belirttiği hükümde konuya açıklık getirmemiş olmasına karşın; düzenleyici işlemin idarenin hangi organı tarafından çıkarılacağını, idarenin teşkilâtına veya görev ve yetkilerine ilişkin başka hükümlerde belirgin kılabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, 2547 sayılı Kanun'un 14. maddesinde üniversite senatosunun, rektörün onayından sonra Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girecek olan üniversite veya üniversitenin ilgili birimleri ile ilgili yönetmelikleri hazırlamakla görevli olduğu hükme bağlanmıştır. Yani kanun koyucu, üniversite idaresi tarafından çıkarılacak yönetmeliklerin yetki unsurunu genel bir hükümle belirlemiş bulunmaktadır. Buna göre bir kanunda üniversiteye yönetmelik çıkarma yetkisi verilmesi durumunda, bu yönetmeliğin üniversite senatosu tarafından hazırlanması ve rektör tarafından onaylanması gerekecektir. Yine 5393 sayılı Kanun'un 18/(m) maddesinde, 'belediye tarafından çıkarılacak yönetmelikleri kabul etmek' belediye meclisinin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu, belediye tarafından ihdas edilecek tüm yönetmelikler bakımından yetkili makamı belediye meclisi olarak belirlemiş; belediye yönetmeliklerinin yetki unsurunu genel bir hükümle düzenlemiş bulunmaktadır.

Kanunun yukarıdaki örneklerde olduğu gibi genel bir hükümle belirleme yapmadığı ve düzenleme yetkisinin idarenin hangi organınca kullanılacağı hususunda bir açıklık içermediği hallerde ise; kanımızca idarenin karar organının, kanunda idarenin teşkilâtı yönünden böyle bir belirleme yapılmamışsa da idarenin en üst âmirinin, düzenleyici işlem yapma konusunda yetkili olduğu kabul edilmelidir. Zira düzenleyici işlemler örneğin yönetmelikler, kendilerini ihdas eden idarenin tüm organları ve personeli açısından bağlayıcı olacağından; idarenin yürütme organının karar organını bağlayıcı ya da idare bünyesinde ast konumunda bulunan bir personelin üstlerini bağlayıcı işlem tesis edemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin kanunda bir Bakanlığın yönetmelik çıkaracağını öngörülmesi halinde yönetmelik çıkarma yetkisi, 3046 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca Bakanlık kuruluşunun en

üst âmiri konumunda bulunan Bakan tarafından kullanılacaktır. Böylece düzenleyici işlemi kimin çıkaracağı yani işlemin yetki unsuru, ilgili Bakanlığa yönetmelik çıkarma yetkisi veren kanun ile 3046 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca yani yine kanun koyucu tarafından belirlenmiş olacaktır.

B. Düzenleyici İşlemin Şekil Unsuru

Şekil, bir idari işlemin tesis edilmesinde uyulması gereken şekil ve usul kurallarını ifade etmektedir.⁴³⁶ Kanunî idare ilkesinin idarenin düzenleme yetkisini ve bu kapsamda düzenleyici işlemleri de kapsamına aldığı dikkate alındığında, düzenleyici işlemlerin şekil unsurunun yani bu işlemlerin yapılmasında uyulması gereken şekil ve usul kurallarının da kanun tarafından belirlenmesi gerekecektir.

Kanunî idare ilkesi gereğince düzenleyici işlemin şekil unsurunu kanunun belirlemesi gerekmele birlikte, söz konusu unsurun doğrudan Anayasa tarafından belirlenmesi de mümkündür. Dolayısıyla bu başlık altında öncelikle, düzenleme yetkisinin kullanılma şekli konusunda Anayasa'da var olan kurala değinilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Anayasa'nın 115. maddesi uyarınca "*Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilecek*" olup; "Danıştay incelemesinden geçme", bir düzenleyici işlem türü olan tüzükler bakımından doğrudan Anayasa koyucunun öngördüğü bir şekil kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada tüzükler açısından Anayasa'da öngörülen ve kanunlarla dahi değiştirilemeyecek olan bu şekil kuralı doğrultusunda, Danıştay'ın incelemesinden geçirilmeden çıkarılan bir tüzüğün hukuka uygun olduğu kabul edilemeyecektir. Yine Anayasa'nın aynı kuralı doğrultusunda tüzüklerin, aynen kanunlar gibi Resmi Gazete'de yayınlanması gerekecektir.

Tüzüklerin Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesini ve Resmi Gazete'de yayınlanmasını öngören Anayasa, yönetmelikler hakkında herhangi bir şekil kuralı öngörmemiş; sadece 124. maddede "Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayınlanacağını kanunda belirtileceğini" hükme bağlamıştır. Anayasa'nın bu hükmü

⁴³⁶ YILDIRIM, İdari Yargı, syf.166

doğrultusunda çıkarılan 3011 sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun ise milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olup da gizlilik derecesi taşıyanlar dışında, “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin işbirliğine, görev ve yetki alanlarına ait hükümleri düzenleyen yönetmelikler, kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan yönetmelikler ve kamuyu ilgilendiren yönetmelikler” açısından Resmi Gazete’de yayınlanmayı şekil unsuruna ilişkin bir kural olarak belirlemiş bulunmaktadır. Buna göre bu gruplardan birine girdiği halde Resmi Gazete’de yayınlanmayan bir yönetmelik şekil unsuru açısından hukuka aykırı sayılacaktır.⁴³⁷ Nitekim Danıştay da Resmi Gazete’de yayınlanmayan yönetmelikleri şekil unsur açısından hukuka aykırı kabul etmektedir. Danıştay’a göre; “...*Türk Tabipleri Birliğinin 44. Büyük Kongresinde kabulünden sonra yürürlüğe girdiği belirtildiğinden Resmi Gazetede ilan edilmediği anlaşılan ve dava konusu işlemin dayanaklarından olan Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliğinin 6/j maddesinin şekil yönünden açıkça hukuka aykırı olduğu görülmüştür.*”⁴³⁸, “*Temyize konu kararın; kamu kurumu olan T.C. Merkez Bankasının görev ve yetki alanına ait hükümlerine ilişkin olan ve kamu personeli olan Banka memurlarına ait genel hükümleri kapsayan davaya konu yönetmeliğin, 3011 sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanacak Yönetmeliklere İlişkin Kanunun 1. maddesinin (a) ve (b) bentleri uyarınca Resmi Gazete’de yayımlanması gerektiği halde, yayımlanmamasının şekil yönünden hukuka aykırı olduğu yolundaki iptal gerekçesine gelince; Daire kararında belirtilen gerekçelerle dava konusu yönetmeliğin Resmi Gazete’de yayımlanması gerektiği sonucuna ulaşıldığından kararın bu kısmının bozulmasını gerektirecek bir husus bulunmamaktadır.*”⁴³⁹

Tüzükler ve yönetmelikler dışında kalan, adsız düzenleyici işlemler olarak nitelendirilen diğer düzenleyici işlemlerin yönetmeliklerle ilgili kurallara tâbi olacağını daha önce belirtmiştik. Bu nedenle tüzük ve yönetmelik dışında başka bir isim altında ihdas edilmekle birlikte Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin işbirliğine, görev ve yetki alanlarına ait hükümleri düzenleyen, kamu personeline ait genel

⁴³⁷ GÜNDAY, syf.104

⁴³⁸ Danıştay 8.D., 12.03.2004, E:2003/5850 K:2003/5850, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:02.01.2013.

⁴³⁹ Danıştay İDDK., 15.06.2006, E:2005/1846 K:2006/746, www.danistay.gov.tr/kararlar114.htm, erişim tarihi:02.01.2013.

hükümleri kapsayan ve kamuyu ilgilendiren adsız düzenleyici işlemlerin de Resmi Gazete’de yayınlanması gerektiği, aksi halde söz konusu düzenlemelerin şekil unsuru bakımından hukuka aykırı olacağı söylenebilecektir.⁴⁴⁰

Düzenleyici işlemlerin tesisinde uyulması gereken bir diğer şekil kuralı “yazılılık”tır. Zira düzenleyici işlemler genel, soyut, objektif nitelik taşıyan tasarruflardır ve kural olarak bir defa uygulanmakla etkilerini yitirmezler. Diğer bir ifadeyle düzenleyici işlemler, yürürlükten kaldırılmadıkları sürece kapsamlarına giren her olay hakkında uygulanma kabiliyetini haizdirler. Bu özellikleri, yani farklı zamanlarda gerçekleşen birden fazla olay hakkında uygulanabilme yetenekleri, düzenleyici işlemlerin yazılı olmasını fiilen zorunlu kılar. Öte yandan belirtilmelidir ki Anayasa ve kanun gereği düzenleyici işlemler açısından söz konusu olan Resmi Gazete’de yayınlanma zorunluluğu, aynı zamanda bu işlemlerin yazılı olmasını da zorunlu kılmakta; dolayısıyla bir şekil kuralı olan yazılılığa pozitif dayanak oluşturmaktadır. Bu kapsamda belirtilebilir ki, Anayasa’nın 115. maddesi tüzüklerin, 3011 sayılı Kanun da kapsamına aldığı yönetmeliklerin yazılı olmasını öngörerek bu işlemlerin şekil unsurunu düzenlemektedirler.

Anayasa’nın 115. maddesi gereğince tüzükler, Anayasa’nın 124. maddesi ile 3011 sayılı Kanun hükümleri uyarınca da yönetmeliklerle adsız düzenleyici işlemlerin bir kısmı hakkında geçerli olan “Resmi Gazete’de yayınlanma” ve “yazılılık” kuralları dışında, kanun koyucu tarafından düzenleyici işlemin şekil unsurunun belirlenmesi konusunda başka hükümler de öngörülebilecektir. Örneğin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 44. maddesi uyarınca genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerince edinilecek taşınır ve taşınmaz malların kaydına, taşınır malların muhafazasına, kullanımına, mal yönetim hesabının verilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı’nca hazırlanacak ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenecektir. Buna göre 5018 sayılı Kanun’un 44. maddesi kapsamında ihdas edilecek yönetmelikler için kanun koyucu, ‘*Maliye Bakanlığı’nca hazırlanma*’ gibi özel bir şekil kuralı öngörmüştür. Dolayısıyla anılan kanun kapsamında yönetmelik çıkarmaya yetkili olan Bakanlar Kurulu’nun, Maliye

⁴⁴⁰ ATAY (Yeliz Şanlı), syf.137

Bakanlığı’nca hazırlanmayan bir metni yönetmelik olarak kabul etmesi durumunda söz konusu yönetmelik şekil unsuru açısından hukuka aykırı sayılacaktır. Yine 7126 sayılı Sivil Savunma Kanunu’nun ek 9. maddesinde, kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşların yangınla mücadele için mevcut personelden ekiplerini kurmak, yangın önleme ve söndürme planlarını hazırlamak ve gerekli araç, gereç ve malzemeyi hazır bulundurmak zorunda oldukları, bu maddenin uygulanmasına ilişkin hususların İçişleri Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca ortaklaşa hazırlanıp Bakanlar Kurulu’nca yürürlüğe konacak yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Böylece 7126 sayılı Kanun’un ek 9. maddesi gereğince çıkarılacak yönetmeliğin şekil unsuru kanun koyucu tarafından, *‘İçişleri Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca ortaklaşa hazırlanma’* biçiminde, özel olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Bu özel usule riayet edilmeksizin (yani İçişleri Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca birlikte hazırlanmaksızın) ortaya çıkarılan metnin Bakanlar Kurulu’nca yönetmelik olarak yürürlüğe konması şekil unsuru açısından hukuka aykırı olacak ve iptal müeyyidesini gündeme getirecektir.⁴⁴¹

Anayasa’da ve yasalarda öngörülen bu gibi şekil kuralları dışında düzenleme yetkisinin kullanımının özel bir şekil şartına bağlı olmadığı kabul edilmektedir. Bu bağlamda düzenleyici işlemin şekil unsuru, Anayasa’nın ve kanunların bu konuda ihdas ettiği hükümlerle şekillenmekte; Anayasa’da ve kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde ise herhangi bir kurala tâbi olmamaktadır. Diğer bir ifadeyle düzenleyici işlem özel şekil kurallarına, kanun öngörmüşse tâbidir; kanun öngörmemişse tâbi değildir. Böylelikle düzenleyici işlemin şekil unsuru da yine kanun tarafından düzenlenmiş olmaktadır.

⁴⁴¹ Bu paragrafta belirttiğimiz örneklerde kanun tarafından öngörülen belli bir Bakanlık tarafından hazırlanma koşulunun, düzenleyici işlemin yetki unsuru kapsamında değerlendirilebilmesi de mümkündür. Ancak örneklerde yönetmeliği çıkaracak, yürürlüğe koyacak yani yönetmeliğin hukuk dünyasında varlık kazanması konusunda irade açıklayacak olan idare Bakanlar Kurulu olduğundan; anılan Kanun hükümlerinde geçen “belli bir Bakanlık tarafından hazırlanma” koşulunun şekil unsuruna ilişkin bir kural olarak nitelendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

C. Düzenleyici İşlemin Sebep Unsuru

Sebep, idari işlemin yapılmasına neden olan hukuki işlem veya maddi bir olaydır.⁴⁴² Diğer bir ifadeyle sebep idari işlemin gerekçesini oluşturmakta olup⁴⁴³, bu gerekçe maddi ve/veya hukuki nitelikte olabilecektir.

Düzenleyici işlemler belli bir konu hakkında geçerli olacak kuralları soyut, genel ve objektif şekilde belirleyerek önceden ilân eden işlemlerdir. Dolayısıyla düzenleyici işlemlerin sebep unsuru çoğu kez genel bir nitelik arz eder. Örneğin Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği, “yükseköğretim üst kuruluşları ile yükseköğretim kurumları yönetici ve öğretim elemanları ile memur ve diğer personelinden mevzuat hükümlerine aykırı davranışlarda bulunanlara verilecek disiplin cezalarını belirlemek” şeklindeki genel bir ihtiyacı karşılamak için ihdas edilmiş bulunmaktadır.

Bununla birlikte bazı hallerde somut bazı olay veya durumların da düzenleyici işlem yapılmasına neden olabilmesi mümkündür. Bu çerçevede örneğin Marmara Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği’nin 28. maddesinin 2. fıkrası, “2004-2005 eğitim öğretim yılında öğrenim ücretlerinin taksitlerini ödemeyen ikinci öğretim öğrencilerinin durumlarını belirlemek” gibi somut bir durumun ortaya çıkardığı ihtiyacı karşılamak üzere düzenlenmiş bulunmaktadır.

Düzenleyici işlemin gerekçesi genel veya özel nitelikteki hangi maddi olaya dayanırsa dayansın, bu işlemlerin dayanağı olan hukuki işlem daima kanun olacaktır. Zira düzenleyici işlemler, her durumda dayanakları olan kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla ihdas edilecektir. Bu nedenle “belli bir kanun hükmü (bu hükmün uygulanmasının sağlanması)”, düzenleyici işlemlerin daimi sebep unsurunu oluşturmaktadır. Örneğin yukarıda aktarılan yönetmeliklerin sebep unsurunu oluşturan maddi olaylar dışında; uygulanmasını sağlamak için çıkarıldıkları “2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun ilgili hükümleri”, her iki yönetmelik açısından da sebep unsuru olarak nitelendirilebilecektir. Yine bir çok idare tarafından kadrolarında bulunan memurların naklen atanmalarını düzenlemek amacıyla ihdas edilen atama

⁴⁴² YILDIRIM, İdari Yargı, syf.182

⁴⁴³ “Yönetmelik işlemin nedeni, işlemin bir tür gerekçesidir.” GÖZÜBÜYÜK, syf.222

yönetmeliklerinin⁴⁴⁴ sebep unsurunu, bu idarelere memurları naklen atama konusunda yetki veren 657 sayılı Kanun'un 72. ve 76. maddeleri oluşturmaktadır.

Bu durumda, düzenleyici işlemin dayanağını oluşturan maddi olay ister genel, ister özel nitelikte olsun; düzenleyici işlemin dayanağını oluşturan hukuki işlem daima kanun olacaktır. Diğer bir ifadeyle düzenleyici işlemin yapılmasına neden olan maddi olay yani düzenleyici işlemin sebep unsurunun maddi kısmı değişebilmekle, genel veya özel farklı mahiyetler arz edebilmekle birlikte; düzenleyici işlemin yapılmasına neden olan hukuki işlem, yani düzenleyici işlemin sebep unsurunun hukuki kısmı değişmemektedir. Bu çerçevede bütün düzenleyici işlemlerin sebep unsurunun hukuki kısmını "idarenin kanunların uygulanmasını sağlama hususunda sahip olduğu görev ve bu kapsamda düzenleme yapma konusunda haiz olduğu yetki, dolayısıyla da bu görev ve yetkinin kaynağı olan kanun hükmü" oluşturmaktadır. Dolayısıyla kanun, düzenleyici işlemlerin sebep unsurunu belirlemekten öte, düzenleyici işlemlerin sebep unsurunu bizzat oluşturmaktadır. Yani kanun ile düzenleyici işlemin sebep unsuru arasında bir bağılıktan öte, örtüşme (aynılık) durumu söz konusudur.

D. Düzenleyici İşlemin Konu Unsuru

Konu, idari işlemlerin ortaya çıkardığı hukuki sonuç,⁴⁴⁵ hukuk aleminde meydana getirdiği değişikliktir.⁴⁴⁶

Düzenleme yetkisinin varlığından söz edebilmek için, öncelikle bu yetkiye sahip olan makamın belirlenmesi, bundan sonra da bu makamın neyi, yani hangi konuyu düzenleyebileceğinin, ne gibi hukuki sonuçlar doğurabileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle düzenleme yetkisinin düzenlenmesi, bu yetkiyi kullanacak olan makamın yetkisini hangi konuda kullanacağını belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu ise, düzenleme yetkisinin kullanılması suretiyle tesis edilecek işlemin

⁴⁴⁴ Örneğin; 25.06.1983 günlü, 18088 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik, 11.09.1992 günlü, 21342 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği, 24.06.2004 günlü, 25502 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atamalarına İlişkin Yönetmelik, 25.10.2011 günlü, 28095 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği ... gibi.

⁴⁴⁵ YILDIRIM, İdari Yargı, syf.195

⁴⁴⁶ GÜNDAY, syf.143

konu unsurunun belirlenmesi anlamına gelmektedir. Kanunî idare ilkesi de bu belirlemenin kanun tarafından yapılmasını öngörmektedir.

Düzenleme yetkisi icra kudreti (yürütme yetkisi) zımında kullanılan bir yetki olduğundan ve yürütme yani kanunların uygulanmasını sağlama ancak bir kanunun varlığı halinde mümkün olacağından, yürütülmesi yani uygulanmasının sağlanması gereken kanun hangi konuya ilişkin ise düzenleme yetkisi de ancak o konuya ilişkin olarak kullanılabilir. Buna göre idare düzenleme yetkisini *ancak bir kanunun varlığı halinde ve bu kanunun ilgili olduğu sahada* kullanabilir.

Bu sonuç yani düzenlemenin hangi konuda söz konusu olacağının kanun tarafından belirlenmesi sadece kanunî idare ilkesinin değil, daha önce izaha çalıştığımız şekilde yürütme görev ve yetkisine ilişkin Anayasa'nın 8. maddesinin ve tüzükler ile yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve onlara aykırı olmayacak şekilde çıkarılacağını öngören Anayasa'nın 115. ve 124. maddelerinin de gereğidir. Bu itibarla Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen kanunî idare ilkesi, yürütmenin anlamı dikkate alınarak ihdas edilen, Anayasa'nın 115. ve 124. maddelerini tamamlayan ve düzenleyici işlemlerin *secundum legem* olma yani kanuna dayanma niteliğini kuvvetlendiren bir kural olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çerçevede bir konuda düzenleme yapılabilmesi, her şeyden önce düzenleme yapacak makamın o konuda faaliyette bulunmak (işlemler tesis etmek ve/veya eylemler yapmak) için kanun koyucu tarafından yetkilendirilmiş olmasına bağlı olduğundan; düzenleyici işlemin konusu her durumda kanun koyucu tarafından belirlenmiş olacaktır. Bunun doğal sonucu olarak, kanunun belirlediği ve idareye yetki verdiği konu dışında ve kanunun tespit ettiği içerik haricinde hükümler sevkeden düzenleyici işlemler konu unsuru açısından hukuka aykırı sayılacaktır. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesinde her kamu idaresine kendi personelini naklen atama konusunda yetki verilmiştir. O halde bir kamu idaresi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesindeki hükme dayanarak naklen atanan kamu personeline bir takım sosyal yardımlar yapılmasına ilişkin düzenleyici işlem tesis edemeyecektir. Zira 76. maddede idareye tanınan yetkinin konusunu naklen atama oluşturmaktadır ve naklen

atanan personele sosyal yardım yapılması konusu, 76. maddede idareye işlem yapma yetkisi tanınan bir konu değildir.

Konu unsuru bakımından belirtilebilecek olan “*idarenin hangi konularda düzenleme yapabileceğini kanun belirler, dolayısıyla düzenleyici işlemlerin konu unsuru kanun tarafından saptanır*” şeklindeki genel kural, konuyla ilgili her türlü hukukî sorunu berteraf edebilecek nitelikte bulunmamaktadır. Zira düzenleyici işlemin konu unsurunun belirlenmesi konusunda aslî yetki yasama organına ait olmakla birlikte; idarenin hangi konularda, hangi yoğunlukta ve nereye kadar, hangi içerikte düzenleme yapabileceğinin belirlenmesi meselesi, her zaman geçerli genel kurallara bağlanması mümkün olmayan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Düzenleme yetkisinin konusu bakımından idarenin sınırlarının belirlenmesi noktasında Anayasa’nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı ile bu kurala ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadı yol gösterici nitelik taşımaktadır. Çünkü bir konunun kanun tarafından düzenleyici işlem konusu olarak belirlenmesi, kanun koyucunun o konuyu kendisi düzenlemek yerine idarenin yetki alanına bıraktığı anlamına gelmektedir. Bu ise kanunun düzenleyici işlemin konusunu belirlerken yasama yetkisini devredip devretmediğinin incelenmesini gerektirmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde “Yasa İle Düzenleme” başlığı altında Anayasa Mahkemesi’nin 7. maddeyle ilgili kararlarından örneklere yer verildiğinden, bu kısımda söz konusu kararlar tekrar aktarılmayacaktır. Bununla birlikte Anayasa’nın 7. maddesinden hareketle Anayasa Mahkemesi’nin, bir konuda idareye düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmesinin sınırlarını şu şekilde belirlediği ifade edilebilecektir: “İdare bir konu hakkında ancak **“kanunun genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizmesi, yapılacak düzenlemenin amacını belirlemesi ve düzenleme açısından nesnel kriterler belirlemesi halinde”** ve yine ancak **“kanunun belirlediği temel kurallara uygun, konunun teknik boyutunun sınırları dahilinde, kanunun uygulanmasının sağlanması amacını aşmayacak ve konunun esası hakkında yeni ilkeler öngörmeyecek şekilde”** düzenlemeler yapabilecektir.

Bu çerçevede anılan sınırlar idarenin belli bir konuda düzenleyici işlem ihdas etmesinin sınırlarını diğer bir ifadeyle düzenleyici işlemin konu unsurunun belirlenmesinin kriterlerini de oluşturmaktadır. Dolayısıyla düzenleyici işlemlerin konu unsuru açısından “*kanun hangi konuya ilişkin ise düzenleyici işlem de o konuya ilişkin olmak zorundadır*” şeklinde bir genel kural belirlendikten sonra; belli bir konuda idare tarafından düzenleme yapılabilmesinin sınırları üzerinde de durulması gerekmektedir.

1. Konunun Kanun Tarafından Düzenlenmesi

İdarenin, kanunun hiç bir hüküm sevketmediği bir konu hakkında düzenleyici işlem tesis edemeyeceği açıktır. Çünkü düzenleyici işlemler kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılacağından, uygulanması gereken bir kanunun bulunmadığı hallerde düzenleyici işlem de ihdas edilemeyecektir. Dolayısıyla herhangi bir husus eğer hukuk âleminde henüz kanun konusu yapılmamışsa, bu hususun düzenleyici işlem konusu yapılabilmesi de olanaklı değildir.⁴⁴⁷

Anayasa koyucu tüm konularda ilk elden kural koyma yetkisini sadece yasama organına verdiği için, herhangi bir konu hakkında ilk kuralı her durumda kanunun öngörmesi gerekmektedir. Bu nedenle henüz kanun konusu yapılmayan, kanun tarafından hakkında hiçbir kural konulmayan bir konu hakkında idarenin düzenleyici işlem tesis etmesi, idarenin bu konu hakkında yasama organı yerine geçerek ilk elden düzenleme yaptığı anlamına gelecektir ve fonksiyon gaspı nedeniyle⁴⁴⁸ tesis edilen düzenleyici işlem hukuka aykırı sayılacaktır.

⁴⁴⁷ Düzenleyici işlemin unsurlarından ziyade yürürlüğü ile ilgili olmakla birlikte, konuyla ilgili bir diğer husus; belli bir konuyu düzenleyen kanun hükmünün yürürlükten kalkması halinde o kanunun uygulanması amacıyla tesis edilen düzenleyici işlemlerin de yürürlükten kalkmış sayılması gerekeceğidir. Zira belli bir konu hakkında kanun olmadan düzenleyici işlem yapılamayacağına göre; kanunun varlığını müteakip tesis edilen düzenleyici işlemin, kanunun hukuk âleminde kaldırılmasından sonra varlığını sürdüremeyeceğini kabul etmek gerekir. Danıştay’ın konu hakkında farklı kararları bulunmaktadır: “... *Türk Hukukunda, kanunla düzenlenmemiş bir alan için tüzük çıkarılması mümkün değildir. Bu nedenle dayanağı olan kanun hükmü iptal kararı veya ilga ile ortadan kalkmış olan tüzük hükümleri de hukukî varlığını kaybeder.*” Danıştay 1.D., 25.12.1975, E:1975/19, K:1975/21, Nakleden: KARAHANOĞULLARI, *İdarenin Hukukla Kavranması...*, syf.72. Daha yeni tarihli bir kararda ise İdari Dava Daireleri Kurulu farklı sonuca ulaşmıştır: “2559 sayılı Yasanın 13. maddesinde yer alan ‘*kanunda istenilen bir mükellefiyeti yerine getirmedikleri için yakalaması gerekenler*’ ibaresi 3.8.2002 günlü, 4771 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle yasa metninden çıkarılmış ise de bu durumun idarelerce yapılacak bir yönetmelik değişikliğinin konusunu oluşturacağı ve 2559 sayılı Yasanın 13. maddesinin eski haliyle yürürlükte olduğu döneme ilişkin yönetmelik hükümlerini sakatlamayacağı kuşkusuzdur.” Danıştay İDDK., 08.04.2004, E:2001/917 K:2004/489, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:02.01.2013.

⁴⁴⁸ KARAHANOĞULLARI, *İdarenin Hukukla Kavranması ...*, syf.62

Bunun dışında idare, kanun konusu olmakla birlikte henüz kanun tarafından düzenlenmeyen, temel ilkeleri ve çerçevesi kanun tarafından belirlenmeyen bir konuda da düzenleme yapamayacaktır. Başka bir ifadeyle bir konu hakkında düzenleyici işlem yapılabilmesi için o konunun kanuna konu olması ve aynı zamanda kanun tarafından düzenlenmesi, temel ilkelerinin kanun tarafından tespit edilmesi zorunludur.

Açıktır ki, kanunun bir konudan ismiyle bahsettikten sonra düzenlenmesi için idareye yetki tanınması, o konunun kanunla düzenlenmiş sayılması için yeterli sayılamayacaktır. Zira Anayasa Mahkemesi'nin de bir çok kararında belirttiği gibi *“Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasayla düzenleme anlamına gelmez.”*⁴⁴⁹ Buna göre bir konunun adından söz ederek bu konunun idare tarafından düzenleneceğini belirten bir kanun, konu hakkında hüküm koymuş sayılsa da konuyu düzenlemiş sayılamayacaktır. Bu nedenle kanun tarafından düzenlenmiş sayılmayan böyle bir konu, düzenleyici işlem konusu da olamayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, esas hakkında hiç bir hüküm öngörmediği bir konuyu yürütmenin düzenlemesine bırakan kanunun Anayasa'ya aykırı olması gibi, kanunun temel ilkeler belirleyerek düzenlemediği bir konuda idarece düzenleyici işlem tesis edilmesi de hukuka aykırı sayılacak ve tesis edilen işlemin idarî yargı organlarınca iptali gerekecektir.⁴⁵⁰ Konuyla ilgili yargı kararları da bu doğrultuda olup; kanun tarafından düzenlenmeyen bir konu hakkında çıkarılan yönetmelik hükümlerinin iptaline karar verilmektedir. Örneğin Danıştay, Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmeliği kanunla esasları belirlenmeyen bir konuda düzenleme yaptığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuş ve yürütmesini durdurmuştur. Danıştay'a göre; *“... dava konusu Yönetmeliğin 3. maddesinde, Yönetmeliğe dayanak olarak gösterilen düzenlemelerden sadece 5488 sayılı Tarım Kanunu'nda dayanak yasa maddesinin 10. madde olduğunun*

⁴⁴⁹ AYM, 21.02.2008 E:2005/10 K:2008/63, AYM, 05.07.2012 E:2011/27 K:2012/101, AYM, 26.01.2012 E:2010/85 K:2012/13, AYM, 30.03.2011 E:2010/46 K:2011/60, AYM, 05.03.2009 E:2008/3 K:2009/44, AYM, 02.05.2008 E:2005/68 K:2008/102, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:03.01.2013. Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre, *“... yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder.”* AYM, 02.06.2009 E:2004/85 K:2009/69, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:03.01.2013.

⁴⁵⁰ Açıktır ki, idarenin tesis ettiği bu işlemin idareye düzenleme yetkisi tanıyan açık bir yasa kuralına dayanması halinde, idarî yargı organlarınca, öncelikle yasanın iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerekecektir.

belirtildiği, diğer dördünde ise, açıkça dayanan maddeler belirtilmeyerek, Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin adlarının sayılmasıyla yetinilmiş bulunmaktadır. Anılan düzenlemelerde; konunun çerçevesi çizilmeden, genel kavramlara yer verildiği ve bu haliyle dava konusu Yönetmeliğin ancak belli kısımlarına dayanak oluşturabilecekleri anlaşıldığından; idarece, yukarıda belirtilen kapsamda, ayrıntılı olarak ve mevzuatımızda ilk defa ortaya konulan düzenlemelerin (yönetmeliklerin) yapılabilmesi için yeterli dayanağı oluşturamayacakları sonucuna varılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, bir çok kararında ... vurgulandığı üzere, Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 8. maddesinde, yürütme yetki ve görevinin Anayasa'ya ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği, buna göre, yürütmenin düzenleme yetkisinin, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğu, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemeyeceği ve yasada açıkça esasları belirlenmeden, çerçevesi çizilmeden, Bakanlığa Yönetmelikle alt düzenlemeler yapması konusunda çok geniş yetkiler verilmesinin yasama yetkisinin devri niteliği taşıyacağı tartışmasızdır. **Bu durumda, gıda ve yem amaçlı genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlerin ithalatı, işlenmesi, ihracatı, kontrol ve denetimi konularında, yukarıda kapsamı ve içeriği belirtilen şekilde, öncelikle bu konuda yasa çıkartılarak, esaslarının belirlenip çerçevesinin net olarak çizilmesini gerektirmektedir.** Bu itibarla, çeşitli yasalarda yer alan, esas belirlemeyen ve çerçeve çizmeyen genel ifadeler ile bazı alanlarda sınırlı düzenleme yapma yetkisi veren, konuyla ilgili hükümler; davalı idareye, GDO'lu ürünlere ilişkin olarak, işleme, ithalat, ihracat, izleme, tescil, etiketleme, kontrol ve denetim ile ilgili temel ilkeler, esaslar, yasaklar ve yaptırımlar koyup, daha önce hiçbir yasada düzenlenmemiş olan 'komite' adlı kurul ile çalışma grupları oluşturarak, onlara görev ve yetkiler verecek şekilde kapsamlı düzenlemeleri ilk defa yapmasına ve dolayısıyla da dava konusu yönetmeliğe yeterli hukuki dayanağı oluşturmamaktadır.”⁴⁵¹

⁴⁵¹ Danıştay 10.D, 20.11.2009, E:2009/14646 sayılı yürütmenin durdurulması kararı, www.danistay.gov.tr/e2009_14646.htm, erişim tarihi:02.01.2013. Kalın yazılı kısımlar kararın orjinalinde normal şekilde yazılmıştır. Aynı yönde; Danıştay 10.D, 20.11.2009, E:2009/14562 sayılı yürütmenin durdurulması kararı, www.danistay.gov.tr/e2009_14562.htm, erişim tarihi:02.01.2013.

Buna göre yukarıda aktarılan kararda Danıştay'ın da öngördüğü şekilde; eğer kanun bir konunun esası hakkında hükümler öngörmeyerek konunun çerçevesini çizmemişse, bu konu hakkında idarece düzenleme yapılması ve bu konunun herhangi bir düzenleyici işlemin konu unsurunu oluşturması mümkün bulunmamaktadır. Bu çerçevede kanunun bir konunun sadece isminden söz edip bu konu hakkında esasları belirleme yetkisini idareye bırakması “kanunun konuyu düzenlemesi” açısından yeterli sayılamayacak; böyle bir konunun esası hakkında idare, ilk elden düzenleme anlamına gelecek şekilde düzenleyici işlem tesis edemeyecektir.

2. Konunun Anayasa’da Mutlak Suretle Yasa Konusu Yapılan Hususlardan Olmaması

Anayasa koyucu önem verdiği bazı konular açısından, bu konularda kural konulmasını mutlak suretle kanun koyucuya bırakmış bulunmaktadır. Örneğin Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak kanun ile sınırlandırılabilir,⁴⁵² 38. maddesine göre hiçbir eylem kanun dışında bir başka işlemle suç sayılamayacak ve hiçbir suç için kanun dışında bir işlemle ceza konulamayacak, 73. maddesi uyarınca vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümler kanunla konulacak, değiştirilecek ve kaldırılacak, 127. maddesi gereğince de mahalli idareler ile merkezi idare arasında idari vesayet ilişkisi kanunla kurulacak ve bu ilişkinin usul ve esasları kanunla belirlenecektir.

Anayasa’da yukarıda aktarıldığı şekilde mutlak yasallık kaydına tâbi tutulan tasarruflar, hiç bir şekilde idarenin düzenleyici işlemlerine konu edilemeyecektir. Bu tasarruflarla kastedilen; bir temel hak veya özgürlüğü sınırlandırma, suç veya ceza ihdas etme, vergi koyma kaldırma, merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki idari vesayet ilişkisinin usullerini belirleme gibi, Anayasa’da “yasayla düzenlenir” ibaresinden ayrı olarak somut bir eyleme bağlı tutulan tasarruflardır.

Şüphesiz yürütmenin bir konu hakkında düzenleme yapması, -belli koşullarla- o konunun yasayla düzenlenmiş sayılmasına engel değildir. Ancak burada ifade edilmek istenilen husus; Anayasa’da mutlaka yasayla yapılması emredilen “(temel hakları)

⁴⁵² Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının kanun hükmünde kararname konusu dahi yapılamayacağı daha önce belirtilmişti.

sınırlandırma, (suç ve ceza) **ihdas etme**, (vergi, resim, harç) **koyma-kaldırma**, (idari vesayet ilişkisinin esas ve usullerini) **belirleme**” eylemlerinin yasama organı dışında bir başka organ tarafından yapılmaması gerektiridir. Yoksa idarenin bu konular hakkında da -belli koşullarla- düzenlemeler yapması mümkündür. Ancak bu düzenlemeler hiç bir şekilde bir temel hak veya özgürlüğün sınırlandırılması, yeni bir suç veya ceza konulması, yeni bir verginin konulması ya da kaldırılması gibi bir sonuç doğurmamalıdır. Diğer bir ifadeyle “bir temel hak veya özgürlüğün” ya da “bir verginin” düzenleyici işlemin konu unsurunu oluşturması mümkünse de; “bir temel hak veya özgürlüğün sınırlandırılmasının” yahut “bir vergi konulmasının” düzenleyici işlemin konu unsurunu oluşturması mümkün bulunmamaktadır. Aksi halde idare yasama organına ait alana müdahale etmiş ve yasama alanında faaliyet göstermiş olacağından; idarenin fonksiyon gaspı⁴⁵³ gerçekleştirdiğinin kabulü ve bu suretle tesis edilen işlemin iptali gerekecektir.

Dolayısıyla *dayanağı olan yasanın içeriği ve kapsamı ne olursa olsun*,⁴⁵⁴ bir temel hak veya özgürlüğü sınırlandıran ya da onun için yasayla öngörülen sınırları genişleterek sınırlama getirilmemiş bir alanı da sınırlamanın kapsamına sokan, yeni bir suç veya ceza oluşturan, hukuk dünyasına yeni bir vergi, resim, harç kazandıran ya da bu gibi bir malî yükümlülüğü hukuk âleminde kaldıran, bir mahalli idare organı ile merkezi idare arasında idari vesayet ilişkisi kuran veya bu ilişkinin usullerini belirleyen düzenleyici işlemlerin **her halükârda** hukuka aykırı sayılmaları gerekmektedir.

Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu bir kararında, düzenleyici işlemlerin hukuka uygunluk denetimleri yapılırken “düzenleme yetkisinin, sadece yasa konusu olabilecek alanlara müdahale içerecek şekilde kullanılıp kullanılmadığı”nın da incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. İdari Dava Daireleri Kurulu’na göre; “5488 sayılı

⁴⁵³ YILDIRIM, İdari Yargı, syf.152

⁴⁵⁴ Bir yasanın idareye, mutlak yasallık kaydına tâbi tasarrufları düzenleyici işlemlerle yapma yetkisi -örneğin bir temel hakkı sınırlandırma yetkisi- vermesi halinde Anayasa’nın 7., 13. ve 123. maddelerine dolayısıyla da hukuka aykırılık açık bir hâl alacağından; anılan yasanın iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvuran idarî yargı organının başvuru sonuçlanmadan önce düzenleyici işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı vermesinde bir engel bulunmamaktadır. Hatta bu, Anayasa’nın üstünlüğünün ve insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olmanın gereğidir. Her ne kadar 2577 sayılı Kanun’un 27. maddesinin 2. fıkrasına 6352 sayılı Kanun’la “**Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.**” hükmü eklenmişse de; böyle bir durumda verilecek yürütmenin durdurulması kararı, “*kanun hükmünün iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulması*” gerekçesine değil; “*düzenleyici işlemin Anayasa’nın ilgili hükümlerine (örneğin 13.ve 123. maddelerine) aykırı olması*” gerekçesine dayanacaktır.

Tarım Kanunu'nun 'Biyolojik çeşitlilik, sentetik kaynakların korunması ve biyogüvenliğin sağlanması' başlıklı 10. maddesinde 'Bakanlık biyolojik çeşitliliğin, sentetik kaynakların ve ekosistemlerin korunması ve geliştirilmesine ilişkin araştırmalar yapar veya yaptırır. Biyoteknolojik yollarla ve/veya çeşitli ıslah metotları kullanılarak elde edilen ürünlerin fikri mülkiyet hakları kapsamında korunması, kaydı, tescili, üretimi, tüketimi, gıda olarak kullanım, ihracatı ve ithalatı hakkında ilgili kurum ve kuruluşların görüşü alınmak suretiyle gerekli düzenlemeleri yapar' kuralı yer almıştır. Değinilen yasa hükümlerinin birlikte incelenip değerlendirilmesinden; gıdayı, tarımı, insan sağlığını, hayvancılığı ve çevreyi doğrudan ilgilendiren bu konuda davalı idarenin, genetiği değiştirilmiş organizma ve ürünleri ile genetiği değiştirilmiş organizma ve ürünleri içeren gıda ve yem maddeleri ile ilgili olarak Yönetmelikle düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu görülmektedir. 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.**"⁴⁵⁵

Bu kapsamda uygulamada Anayasa koyucunun mutlaka yasayla yapılmasını öngördüğü tasarrufları konu edinen düzenleyici işlemlerin hukuka aykırı bulunduğu yargı kararlarına rastlanılmaktadır. Örneğin Danıştay yeni bir harç koyan yönetmelik hükmünü Anayasa'nın 73. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Danıştay'a göre; "... Anayasa'nın 73. maddesinde vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin ancak kanunla konulabileceği açık olarak öngörülmüşken, gerek kadastro paftalarının yenilenmesine ilişkin 2859 sayılı Kanunda, gerekse 492 sayılı Harçlar Kanununda kadastro yenileme işlemlerinden harç alınmasını öngören bir hüküm de bulunmadan, anılan yönetmelik hükmüyle getirilen harç yükümlülüğünde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. ... Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne, ...

⁴⁵⁵ Danıştay İDDK, 24.12.2009, YD. İtiraz No:2009/1042, www.danistay.gov.tr/e2009_1042.htm, erişim tarihi:02.01.2013.

Tapulama ve Kadastro Paftalarını Yenileme Yönetmeliği'nin 28. maddesinin iptaline

...⁴⁵⁶

Yine Danıştay, satın alma özgürlüğü ve çalışma hürriyeti açısından kanunda öngörülme­yen yeni bir sınırlama getirdiği kanaatine vardı­ğı yönetmelik hükmünün hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve yürütmesini durdurmuştur. Danıştay'a göre; "... Yönetmeliğin 24. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde, 'Çocukları ve gençleri hedef alan veya bu kişilerin ilgi alanına giren etkinlikler ile bu nevi etkinliklerin tanıtımında ve etkinliğin gerçekleştirileceği mekânlarda, alkollü içki markaları veya alkollü içki markalarını çağrıştıracak nitelikteki unsurlar kullanılamaz ve bu etkinliklerde satış ve sunum yapılamaz.' kuralına yer verilmiştir. Anayasa ve kanunlarda öngörüldüğü üzere, alkollü içkilerle ilgili reklamın, kampanyanın veya promosyon uygulamasının yöneleceği hedef kitlenin seçiminde, bireylerin, özellikle de gençlerin ve çocukların alkolün zararlı etkilerinden korunması amacıyla uygun olarak seçici davranılarak, çocuklara ve gençlere yönelik olarak gerçekleştirilen eğlence ve etkinliklerde alkollü içkilerin reklam ve tanıtımının ve bu tür organizasyonlarda çocuklara ve 18 yaşından küçüklere yönelik alkollü içki satışının ve sunumunun yasaklanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı kuşkusuzdur. ... Ancak, 4250 sayılı Kanun'un 19. maddesinde ve Yönetmeliğin bu madde hükmüne paralel olarak düzenlenen 6. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde, alkollü içki satış ve sunumu yapılabilecek olan yaş sınırı 18 olarak belirtilmiş; 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (f) ve (j) bentleri ile bu hükümler doğrultusunda düzenlenmiş olan Yönetmeliğin 6. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca, alkollü içkilerin satış ve/veya sunumunun gerçekleştirilebilmesi için belli bir işyerinin fiziki varlığı zorunlu kılınmış, toptan, perakende ve açık alkollü içki satıcılarının, ancak Kurum tarafından kendilerine verilmiş olan satış belgelerinde belirtilmesi zorunlu olan bu işyerlerinde satış ve/veya sunum yapabilecekleri kurala bağlanmıştır. Buna göre, yetkili bir satıcının, satış belgesinde belirtilen işyeri dışında satış ve/veya sunum yapabilmesi veya işyerinde 18 yaşın altındaki bireylere alkollü içki satışı ve/veya sunumu yapabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, anılan Yönetmelik kuralı, sadece gençleri hedefleyen etkinliklerin Kurumdan alkollü içki satış belgesi

⁴⁵⁶ Danıştay 9.D., 18.04.2007, E:2004/1917 K:2007/1408, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:02.01.2013.

almış bulunan işyerlerinde gerçekleştirilmesi halinde, 18 yaşından büyük olan gençlere satış ve/veya sunum yapılmasının yasaklanması sonucunu doğurmaktadır. Bu da, hem Kanun uyarınca 18 yaşını doldurmuş kişilerin içki içme ve satın alma özgürlüğünü sınırlandırması, hem de Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan çalışma hürriyetine aykırı bir düzenleme getirilmiş olması bakımından hukuka uygun bulunmamıştır.”⁴⁵⁷

Danıştay bir başka uyuşmazlıkta da, doktorların çalışma özgürlüğü bakımından sınırlama getirdiği kanaatine ulaştığı yönetmeliğin bazı hükümleri hakkında yürütmenin durdurulmasına karar verirken şu gerekçeye dayanmıştır: “... 1219 sayılı Yasa uyarınca tabiplik mesleğini icra etme hakkına sahip bir tabibin, 1219 sayılı Yasanın 12. maddesindeki sınırlamalara bağlı kalmak suretiyle, bir veya birden fazla özel sağlık kuruluşunda sadece kısmi zamanlı olarak çalışabileceği ... açıktır. Bu durumda, tabip ve uzmanların yasayla çizilen çalışma özgürlüğünün sınırını aşar şekilde sınırlama getiren dava konusu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁴⁵⁸

Anayasa'nın 16. maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler sadece Türk vatandaşları açısından değil yabancılar açısından da yasayla sınırlandırılabilirdiğinden, bir düzenleyici işlemle yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılabilmesi de mümkün değildir. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, yabancı uyruklu kişilerin özel kreşlerde sorumlu müdür veya grup sorumlusu olamayacaklarını öngören yönetmelik hükmünü, çalışma özgürlüğünün yönetmelikle sınırlandırılmayacağını belirtmek suretiyle iptal eden Onuncu Daire kararını onamıştır. Danıştay Onuncu Dairesi'nin onanan kararında şu gerekçeye yer verilmiştir; “... 2828 sayılı Yasada .. özel kreş ve gündüz bakımevleri ile özel çocuk kulüplerinde çalışacak sorumlu müdür ve grup sorumlularının Türk Vatandaşı olması gerektiğine ilişkin bir hükmün yer almadığı, bu itibarla, yabancılar yönünden temel hak ve özgürlükler alanında yapılacak olan bir

⁴⁵⁷ Danıştay 13.D., 04.05.2011, E:2011/185 sayılı yürütmenin durdurulması kararı, www.danistay.gov.tr/e2011_185.htm, erişim tarihi:02.01.2013.

⁴⁵⁸ Danıştay 10.D., 05.07.2011, E:2011/7101 sayılı yürütmenin durdurulması kararı, www.danistay.gov.tr/e2011_7101.htm, erişim tarihi:02.01.2013.

sınırlamanın milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla yapılması gerektiği açık olup, yönetmelikle bu alanın sınırlanmasında hukuka uyarlık bulunma..(maktadır)”⁴⁵⁹

Bir başka kararında da Danıştay, yargılama usulü konusunun münhasıran yasa konusu olduğunu belirterek bu konu hakkında düzenleme yapan yönetmelik hükmünün iptaline karar vermiştir. Danıştay anılan kararında şu hususları vurgulamıştır: “... *genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran yasa konusu olduğunun kabulü gerekmektedir. Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise, bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Yasa koyucu tarafından açıkça gösterilmesi zorunludur. Yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ki, bu durumun diğer bir ifadesi ‘fonksiyon gaspı’dır. ... Ceza Muhakemesi Yasası’nın 135 ila 140. maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konularında Adalet Bakanlığının düzenleme yetkisi olmadığından, Yönetmeliğin dava konusu hükümlerinde bu nedenle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*”⁴⁶⁰

Bununla birlikte Danıştay bir kararında, kamu görevlisi olarak atanabilmek için kanunda öngörülmeleyen bir koşul getirerek kamu hizmetine girme hakkını sınırlandıran yönetmelik hükmünü hukuka aykırı bulmamış ve iptal istemini reddetmiştir. Anılan kararda Danıştay şu hususları vurgulamıştır: “657 sayılı Devlet Memurları Kanununda memuriyete girişte aranacak yaş koşulu sadece genel olarak alt sınır şeklinde belirlenmiş olup, idarelerin yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetin özellikleri ve

⁴⁵⁹ Danıştay İDDK., 18.12.2003, E:2002/1048 K:2003/962, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:02.01.2013.

⁴⁶⁰ Danıştay İDDK, 04.11.2010, E:2010/2072 K:2010/1467, www.danistay.gov.tr/e2010_2072.htm, erişim tarihi:02.01.2013. Anayasa’nın 142. maddesi gereğince mahkemelerin işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenecektir. Burada Anayasa koyucu somut bir eylemden değil, yasayla “düzenlemeden” söz ettiğinden; kanımızca yargılama usulü kapsamındaki bir konu hakkında kanun temel ilkeleri koyduktan ve çerçeveyi çizdikten sonra, bu çerçeve içinde kalmak ve konu hakkında yeni bir temel ilke öngörmek koşuluyla idare, konunun ayrıntılarını, teknik detaylarını düzenleyebilecektir. Örneğin mahkemece verilen bir kararın yerine getirilmesinin ne şekilde olacağı, idarenin bu kararı uygulayabilmek için ne gibi işlemler tesis edeceği konularının yasaya tamamen uygun olarak önceden bir düzenleyici işlemle belirlenmesinde kanımızca hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla Danıştay’ın bu kararının “münhasır yasallık” çerçevesinde değil; yürütmenin yargılama ile ilgili bir konuda temel ilke kapsamında değerlendirilebilecek yeni bir kural koyamaması çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim kararda geçen “Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise, bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Yasa koyucu tarafından açıkça gösterilmesi zorunludur.” şeklindeki cümle de, Danıştay’ın da aslında bu yönde bir inceleme yaptığı izlenimini doğurmaktadır.

niteliğini dikkate alarak yaş konusunda üst sınır belirlemeleri mümkün olduğundan ve 657 sayılı Kanunda bu konuda aksine bir hüküm de bulunmadığından, olayda dava konusu yönetmelik hükmü ile itfaiye hizmetinin önemi göz önünde bulundurulmak suretiyle itfaiye eri olarak atanacaklar için yaş sınırı getirilerek 27 yaşından gün almamış olma şartının öngörülmesinde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık görülmemiştir.”⁴⁶¹ Kanımızca karar isabetli bulunmamaktadır. Zira anılan yönetmelik hükmüyle doğrudan Anayasa’nın 70. maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetlerine girme hakkına yönelik bir sınırlama getirilmiştir. Temel hakların sınırlandırılması ise mutlak suretle yasa konusudur ve yönetmelikle sınırlama yapılması kabul edilemez. Nitekim oyçokluğu ile alınan kararın karşı oy gerekçesinde bu hususa da işaret edilmiştir: “T.C. Anayasasının 70. maddesinde, her Türkün kamu hizmetlerine girme hakkı bulunduğu, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği, 128/2. maddesinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının, kanunla özel olarak düzenleneceği, 657 sayılı Kanunun 40. maddesinde, memuriyete girişte genel olarak 18 yaşını tamamlayanların Devlet memuru olabileceği hükümleri getirilmiştir. Dosyanın incelenmesinden ve mevzuatın birlikte değerlendirilmesinden, kanun ile verilen bir hakkın yönetmelik ile ortadan kaldırılmak suretiyle hizmet gereği olmaksızın yaş koşulu getirilemeyeceği, ... görüşü ile aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyorum.”

Buna göre Anayasa’da eğer bir konunun mutlak suretle yasa konusu yapılacağı öngörülmüş ise; bu konu düzenleyici işlemin konu unsurunu oluşturamayacaktır. Bu kapsamda “temel hak veya özgürlüğün sınırlandırılması”, “adli suç veya ceza oluşturulması”, “vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülük konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması”, “idari vesayet ilişkisi kurulması veya bu ilişkinin usul ve esaslarının belirlenmesi” gibi konuların Anayasa gereği düzenleyici işlemin konu unsurunu teşkil etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu konularda yürütmeye yetki

⁴⁶¹ Danıştay 12.D., 18.05.2007, E:2005/5972 K:2007/2493, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:02.01.2013.

veren kanunların ve bu konularda çıkarılan düzenleyici işlemlerin hukuka aykırı sayılmaları ve iptal müeyyidesi ile karşılaşmaları gerekmektedir.

3. Konunun Temel İlkelere İlişkin Olmaması

Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere idare, bir konu hakkında kanunun koyduğu temel ilkelerin ve çizdiği çerçevenin sınırları dahilinde, konunun teknik boyutunun sınırlarını ve kanunun uygulanmasının sağlanması amacını aşmayacak, ayrıca konunun esası hakkında yeni ilkeler öngörmeyecek şekilde düzenlemeler yapabilecektir. Bu bağlamda bir konunun temel unsurlarını oluşturan hususlarda idare tarafından kanunda öngörülmemiş yeni hükümler öngörülmesi suretiyle düzenleme yapılamayacaktır.

Şüphesiz “bir konunun temel unsurları” ifadesi hukukî öngörülebilirliği yeterli derecede sağlamaktan uzak, muğlak bir ifadedir. Ancak özellikle kişilere ya da kurumlara hak-yetki tanıyan veya görev-mükellefiyet yükleyen kanunların uygulanması açısından, “yetkinin, hakkın, görevin veya mükellefiyetin kime ait olduğu”, “yetkinin, hakkın, görevin veya mükellefiyetin kapsamının (içeriğinin) ne olduğu”, “hakkın ya da yetkinin hangi hallerde kullanılabileceği” ve “göreve yahut mükellefiyete uyulmaması halinde bunun yaptırımının ne olacağı” hususlarının temel unsur sayılarak kanunun münhasır alanında ve dolayısıyla yürütmenin düzenleme sahası dışında bırakılması gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin; kanunun bir kimseye hak tanıdığı bir konuda bu hakkın hangi yetkileri kapsayıp, hangilerini kapsamadığı hususunu düzenleme yetkisi münhasıran yasa koyucuya ait olacaktır. Yine kanunun bir kişiye yüklediği görevin yerine getirilmemesi halinde bunun yaptırımının ne olacağını yürütme düzenleyemeyecektir. Bu konularda yürütmeye düzenleme yetkisi veren yasa hükümlerinin de, bu konuları tanzim etmek için ihdas edilen düzenleyici işlemlerin de Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırılıklarından ötürü iptalleri gerekecektir.

Konuyla ilgili yargı kararları incelendiğinde, idarenin herhangi bir konunun temel unsurları hakkında düzenleme yapamayacağına ya da belli bazı hususların temel ilke kapsamında değerlendirilerek idarenin düzenleme yetkisinin kapsamı dışında

olduğuna yönelik genel bir ilkedan söz edilmediği gözlemlenmektedir. Bununla birlikte temel unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini yukarıda belirttiğimiz bazı hususlara ilişkin düzenleyici işlemlerin, anılan hususların kanun konusu yapılması gerektiğinden bahisle hukuka aykırı bulunduğu yargı kararlarına rastlanılmaktadır.

Bu kapsamda Danıştay yakın tarihli bir kararında, kamu görevlileri açısından mali hak olarak nitelendirilmesi gereken döner sermaye ek ödemelerinden yararlanacak üniversite personelini belirleyen yönetmelik hükmünü hukuka aykırı bulmuş ve yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay’a göre; “... Anayasa’nın 128. maddesinin emredici hükmü gereği; özlük işlerine ilişkin bulunan döner sermaye ek ödemesine dair temel esaslar 2547 sayılı Yasanın 58. maddesinin yukarıda alıntısı yapılan metninde düzenlenmiş ve yükseköğretim kurumlarında **hangi kamu görevlilerinin bu ek ödemeden yararlanacağı hususu açıkça ortaya konulmuştur.** 2547 sayılı 58. maddesinin ‘h’ bendi; yapılacak ek ödemenin oranları ile bu ödemelerin esas ve usullerini belirlemek için bir yönetmelik düzenlenmesi adına Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına yetki vermektedir. Bir başka ifadeyle, 2547 sayılı Yasanın 58. maddesi **‘kimlerin bu ek ödemeden yararlanacağı’ hususunun belirlenmesi konusunda Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına bir yetki vermemiştir.** Aksi düşünce, bir idari düzenleme ile aynı hukuki statüdeki bazı kamu görevlilerine özlük hakkı sağlanması bazı kamu görevlilerinin ise aynı özlük hakkından hiçbir şekilde yararlanamaması sonucunu doğuracak ve bu durum Anayasanın 128. maddesinin emredici hükmüne açık aykırılık teşkil edecektir. ... 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 yapılıp kimlere yapılacağı** (yapılmayacağı) **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.”⁴⁶²

⁴⁶² Danıştay 8.D., 27.06.2011, E:2011/2560 sayılı yürütmenin durdurulması kararı, www.danistay.gov.tr/e2011_2560.htm, erişim tarihi:02.01.2013. Kalın ve altı çizili kısımlar kararın orjinalinde bu şekilde yazılmıştır. Parantez içindeki kısım kararın orjinalinde bulunmamaktadır.

Belirtilmelidir ki bu karar, düzenleyici işlemin konusunu kanunun uygulanmasına ilişkin teknik hususların oluşturacağına ve bu kapsamda bir konunun temel unsuru sayılması gereken haktan yararlanacak kimselerin

Yine bir başka kararında da Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, yeminli mali müşavirler hakkında ilk elden bir yükümlülük öngören tebliğ hükmünün hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşarak, tebliğin iptali istemini reddeden Daire kararını şu gerekçelerle bozmuştur: “... bir yeminli mali müşavirin başka bir yeminli mali müşavirin tasdik edeceği işlemler dolayısıyla, tasdiki yapacak yeminli mali müşavire bilgi vermesini zorunlu kılan yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi, yasa ile yapılabilecek bu tür bir düzenlemenin yönetmelikle veya yönetmeliğin atıfta bulunduğu genel tebliğle yapılmasına da olanak bulunmadığından, 3568 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin verdiği yetkiye göre çıkarılan Yönetmeliğe dayanılarak yayımlanan 29 sıra No.lu Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Genel Tebliği ile yeminli mali müşavirlere bilgi verme zorunluluğu getirilmesinde hukuka uygunluk görülmemiştir.”⁴⁶³

İdarenin kanun konusu olan ve kanunun belli bazı hükümler sevk ederek kısmen de olsa düzenlediği konularda her türlü düzenlemeyi yapabileceği kabul edilemeyecektir. Çünkü bu durumda Anayasa’nın 7. maddesinden kaynaklanan ve Anayasa Mahkemesi jürisprüdansı ile belirlenen “idarenin bir konu hakkında kanunun çizdiği çerçevenin sınırları dahilinde, konunun teknik boyutunun sınırlarını ve kanunun uygulanmasının sağlanması amacını aşmayacak, ayrıca konunun esası hakkında yeni ilkeler öngörmeyecek şekilde düzenlemeler yapabileceği” ilkesinin anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle idarenin herhangi bir konunun esası hakkında temel ilke tespit edemeyeceği kabul edilmelidir. Bir konunun temel unsurlarının neler olduğunun sayma yoluyla sınırlı bir şekilde belirtilebilmesi mümkün olmasa da; kanımızca “yetkinin, hakkın, görevin veya mükellefiyetin kime ait olduğu”, “yetkinin, hakkın, görevin veya mükellefiyetin kapsamının (içeriğinin) ne olduğu”, “hakkın ya da yetkinin hangi hallerde kullanılabilmesi” ve “göreve yahut mükellefiyete uyulmaması halinde bunun yaptırımının ne olacağı”⁴⁶⁴ hususlarının temel unsur sayılarak düzenleyici

belirlenmesi konusunda düzenleyici işlem yapılamayacağına örnek oluşturmakla birlikte, bir sonraki başlıkta ele alınacak “kanunu aşan düzenleyici işlem yapılamaması”na da örnek oluşturmaktadır.

⁴⁶³ Danıştay VDDK, 26.12.2003, E:2003/313 K:2003/469, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:02.01.2013.

⁴⁶⁴ Burada tartışma konusu olabilecek bir husus; “kamu görevlileri” veya “öğrenciler” hakkında disiplin yaptırımını öngören düzenleyici işlemlerin, kişiler hakkında bir “yükümlülük ve yaptırım” yani temel ilke getirerek yasa konusu olması gereken bir hususu düzenlemiş sayılıp sayılmayacağıdır. Örneğin Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü polis memurları hakkında, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği de üniversite öğrencileri hakkında bazı eylemlerin yaptırımı tâbi tutulmasını öngörmektedir. Kanımızca bu işlemlerin temel ilke belirleyip belirlemedikleri

işlemlere kapatılması ve bu şekilde düzenleme yetkisinin konu unsuruna ilişkin belirsizliğin mümkün olduğunca daraltılması mümkündür.

4. Konunun Kanunu Aşmaması ve Genişletmemesi

Herhangi bir konu hakkında idare, kanun tarafından temel ilkelerin belirlenmesinden ve çerçevenin çizilmesinden sonra düzenlemede bulunabileceğinden; söz konusu ilkelerin ve çerçevenin, düzenleyeceği konu açısından idareye bir sınır oluşturduğu açıktır. Buna göre idare düzenleme yaparken, kanunun o konu hakkında temel ilkelerle belirlediği sınırı aşamayacak, kanunun çizdiği çerçevenin sınırları dışına çıkamayacaktır.

Düzenleyici işlemin konu unsurunun kanunu aşacak veya genişletecek içerikte olamaması, düzenleyici işlemin konusuyla kanunun konusunun bire bir örtüşmesi anlamına gelmemektedir. Zira kanunun temel ilkeleri belirlediği bir konuda kanunun uygulanmasını temin için konunun ayrıntılarını ve teknik unsurlarını konu edinen bir düzenleyici işlemin değindiği her hususun bire bir kanunda da yer alması fiilen mümkün olmayacak ve idareye düzenleme yetkisi verilmesinin amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu bağlamda idarenin kanunu aşacak veya genişletecek şekilde düzenleme yapamayacak olmasıyla kastetmek istediğimiz, (herhangi bir temel hak veya özgürlüğü sınırlandırmasa da) özellikle kişiler hakkında külfet getiren konularda, kanunun belirlediği mükellefiyetlerin sınırının düzenleyici işlem tarafından genişletilmemesi, kanun aşılarak bu mükellefiyetlerin arttırılmaması ya da kanunun tanıdığı bir haktan yararlanabilmesi için aranılan koşulların zorlaştırılmaması, ayrıca herhangi bir konuda

düzenleyici işlem-kanun ilişkisi, bu kapsamda Emniyet Teşkilatı Kanunu ile Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü ve Yükseköğretim Kanunu ile Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği arasındaki ilişki dikkate alınarak belirlenebilecektir. Buna göre Emniyet Teşkilatı Kanunu ile Devlet Memurları Kanunu'nda polis memurlarının yükümlülükleri düzenlenmiş, yine Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 82. maddesinde polis memurları hakkında uygulanacak yaptırımların türleri belirlenmiş; düzenleyici işlem olan Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü ise kanunun öngördüğü hangi yükümlülüğe aykırı davranışa kanunun öngördüğü hangi yaptırımın uygulanacağını saptamıştır. Yine Yükseköğretim Kanunu'nun 54/a maddesinde, yükseköğretim öğrencilerinin yapmamaları gereken davranış türleri genel olarak belirtilmiş ve bu davranışları yapanlara hangi cezaların verileceği sayılmış, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği de kanunla yasaklanan davranış türleri kapsamındaki hangi eyleme hangi müeyyidenin uygulanacağını tespit etmiştir. Bu çerçevede temel ilkeler kavramı dar yorumlanarak, bu örneklerde idarenin temel ilkeleri değil, kanunla belirlenen temel ilkelerin uygulanmasına yönelik ayrıntıları düzenlediği ve hukuka aykırılık bulunmadığı kabul edilebileceği gibi; kavram geniş yorumlanarak, yasama alanına giren bir hususu düzenleyen söz konusu işlemlerin konu unsuru itibarıyla hukuka aykırı oldukları da ileri sürülebilecektir. Kanımızca birinci yorum tarzı daha isabetlidir. Uygulamada söz konusu yetkimliklerin herhangi bir hukuki tartışma söz konusu olmaksızın yargı kararlarında dikkate alınması, uygulamanın ve bu kapsamda Danıştay'ın da temel ilke kavramını geniş değerlendiren ikinci yorumu benimsemediğini göstermektedir.

kanun koyucunun irade etmediği anlaşılan bir sonucu doğurmaya elverişli düzenleyici işlem yapılamamasıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda Anayasa'nın 13. maddesinin öngördüğü mutlak yasallık kaydı nedeniyle, idarenin bu hak ve özgürlükleri sınırlandıran düzenleyici işlem tesis edemeyeceğine daha önce değinmiştik. Ancak bazı hallerde temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmadan hatta bu özgürlüklere müdahale dahi edilmeden kişiler açısından çeşitli külfetler getirilebilmesi, kişilerin kanunla tanınan belli olanaklardan yararlanabilmesi için bazı mükellefiyetler öngörülebilmesi mümkün bulunmaktadır. İşte bu gibi hallerde düzenleyici işlem kişiler hakkında kanunda öngörülmeyen yeni külfetler getiremeyecek, bazı külfetlerin konusunu oluşturan edimlerin kapsamını genişletemeyecek, belli olanaklardan yararlanma koşullarını kanunda öngörülmeyen şekilde zorlaştırmayacaktır. Aksi halde düzenleyici işlemin kanunu aşarak veya genişleterek kanunun çizdiği sınırların dışına çıkması söz konusu olacak ve düzenleyici işlem bakımından iptal yaptırımı gündeme gelecektir.

Esasen idarenin, külfet öngörülen veya bir haktan yararlanma koşullarının belirlendiği konularda kanunu aşamaması veya genişletememesi, bir önceki başlıkta ele aldığımız *“bir konu hakkında temel unsurların düzenleyici işlemler tarafından belirlenmemesi”* ile yakından ilgilidir. Zira külfet içeren bir konu ya da kanunla tanınan bir haktan yararlanmanın koşulları hakkında kanunun belirlediği içeriğin aşılabilmesi veya genişletilememesi, aslında kişiler hakkında hak ya da yükümlülük getirilen bir konunun temel unsurlarının sadece kanun tarafından belirlenmesi, idarenin böyle bir konunun temel unsurları hakkında düzenleme yapamaması demektir. Ancak kişiler hakkında külfet içeren ya da bir haktan yararlanma koşullarını belirleyen düzenleyici işlemlere uygulamada sıklıkla rastlanılması ve yargı kararlarında konunun *“temel ilkelerin belirlenmemesi”* kapsamında değil de *“kanunun genişletilmemesi-aşılması”* bağlamında değerlendirilmesi nedeniyle, konunun kapsamına girdiği bu başlık altında da ele alınması faydalı olacaktır.

Öte yandan belirtilmelidir ki, düzenleyici işlemin kanunu aşamaması ve genişletememesi sadece kişiler açısından külfetler veya mükellefiyetler öngören ya da belli haklardan yararlanma şartlarını ağırlaştıran konular hakkında geçerli değildir.

Kişiler hakkında herhangi bir külfet öngörülmesi söz konusu olmasa da, eğer düzenleyici işlemle bir konu hakkında getirilen kuralların kanun koyucunun amacına aykırı olduğu veya böyle bir aykırılık olmasa da düzenleyici işlemin dayanağı olan kanunla yasa koyucunun böyle bir sonucu murâd etmediği ve idarenin kanun koyucunun iradesi **dışında** yeni bir takım kurallar ihdas ettiği sonucuna ulaşılıyorsa, yine kanunun çizdiği çerçevenin sınırlarını aşan veya bu sınırları genişleten bir düzenleyici işlem söz konusu olacak ve iptali gerekecektir.

Kanunu aşan veya genişleten düzenleyici işlemlere uygulamadan örnek verecek olursak; mesela 16.08.1995 günlü, 22376 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Reklam Kurulu Yönetmeliği, 4077 sayılı Kanun’la kurulan Reklam Kurulu’na üye olabilmek için kanunda yer almayan yeni bir koşul getirmiş ve kanunla getirilen bir haktan yararlanma imkânını kanunda öngörülmediği şekilde zorlaştırmıştır. Danıştay Onuncu Dairesi tarafından söz konusu yönetmelik hükmünün iptali yolunda alınan ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nca onanan kararda şu gerekçeye dayanılmıştır: *“... Yönetmeliğin dayanağı 4077 sayılı Kanuna aykırı veya bu Kanunu aşar nitelikte sınırlamalar getiremeyeceğinin açık olduğu, bu bağlamda 4077 sayılı Kanunda Reklam Kurulu başkanı ve üyeleri için yaş koşulu bulunmadığından, dava konusu yönetmelik ile kanunu aşacak şekilde 65 yaş sınırı getirilmesinin hukuka aykırı olduğu ...”*⁴⁶⁵

Yine 19.02.2002 günlü, 24676 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Ön Lisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesiyle, ön lisans programı mezunlarının dikey geçiş sınavına girebilmeleri açısından gerekli olan şartlara kanunda öngörülme-yen yeni bir koşul eklenerek kanun hükmü aşılmıştır. Anılan yönetmelik hükmünün iptali istemiyle açılan davada Danıştay şu değerlendirmede bulunmuştur: *“Davaya konu edilen yönetmelikte .. dayanakları olan 2547 ve 4702 sayılı Yasalarda bu konuda herhangi bir kısıtlayıcı hükme yer verilmediği halde, dikey geçiş sınavlarına en*

⁴⁶⁵ Danıştay İDDK, 16.06.2005, E:2003/275 K:2005/2170, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:03.01.2013. 4077 sayılı Kanun’un 17. maddesi uyarınca oluşturulan Reklam Kurulu’na belli kamu görevlileri arasından ya da aralarında kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının da bulunduğu belli örgütlerin temsilcileri arasından seçilerek başkan veya üye olabilmek, Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri asli ve sürekli kamu hizmetlerinden birinin yürütümü için kamu görevlisi olarak açıktan atanmadan farklı olduğundan; aktarılan karar Anayasa’da güvence altına alınan kamu hizmetlerine girme hakkının sınırlandırılması kapsamında değil, Reklam Kurulu’nun oluşumuna ilişkin 4077 sayılı Kanun hükümlerinin aşılması kapsamında değerlendirilmiştir.

çok üç defa girebileceği (girilebileceği) 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 uyarlılık bulunmamaktadır.”⁴⁶⁶

Bir başka kararında da Danıştay, işverenler hakkında kanunda öngörülmemiş yeni bir külfet ve müeyyide öngörerek işverenin sorumluluğuna ilişkin kanun hükümlerini genişleten yönetmelik hükmünü “yasaya aykırı olduğunu” belirtmek suretiyle iptal etmiştir. Danıştay Onuncu Dairesi’nin İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından onanan kararında şu hususlara yer verilmiştir: “... Yasa hükümlerine göre, bir işyerinde çalıştırılan sigortalılara ait aylık bildirgelerin verilme zorunluluğunun bulunduğu ve bu bildirgenin verilmemesi veya geç verilmesi halinde de idari para cezası uygulanacağını öngörüldüğü, ancak 4 aylık bildirge verme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe uymama ile ilgili herhangi bir düzenlemenin Yasada yer almadığı, ayrıca 506 sayılı Yasada 4 aylık bildirgenin verilmesi gerektiğini düzenleyen bir hüküm bulunmadığı için, bildirgenin hiç verilmemesi veya geç verilmesi halinde müeyyide uygulanacağı yönünde bir düzenlemenin de bulunmadığı, bu nedenle yönetmelik hükmüyle böyle bir müeyyide getirilmesinin, yönetmeliklerin kanun ve tüzüklere aykırı olamayacağını öngören Anayasanın 124. maddesine aykırılık teşkil ettiği, bu durumda, 4 aylık bildirgenin geç veya hiç verilmemesi halinde Kanunun 140. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde düzenlenen idari para cezasının uygulanacağını belirten dava konusu Yönetmeliğin 29. maddesinin (a) bendinin anılan yasal düzenlemeye aykırı olduğu ...”⁴⁶⁷

Kanun koyucunun iradesi dışında düzenleme yapılması suretiyle kanunun aşılmasına örnek olarak da, 30.10.2005 günlü, 25981 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Özürlüler Veritabanı Oluşturulmasına ve Özürlülük Bilgisinin Nüfus Cüzdanında Yer Almasına Dair Yönetmeliğin “kişilerin özürlülük

⁴⁶⁶ Danıştay 8.D., 14.10.2005, E:2004/1733 K:2005/4072, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:03.01.2013. İtalik olmayan kısım kararın orijinalinde yer almamaktadır.

⁴⁶⁷ Danıştay İDDK., 23.02.2006, E:2004/2733 K:2006/54, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:03.01.2013.

durumu bilgisinin nüfus cüzdanına kaydedilmesini” öngören hükümleri gösterilebilecektir. Söz konusu hükümler Danıştay tarafından, kanunla verilen yetkinin sınırlarının aşıldığından bahisle iptal edilmiştir. Danıştay’a göre; “*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 özörlölere tanınan hak ve hizmetlerden yararlanmak üzere ‘özörlölü kimlik kartı hazırlama’ görev ve yetkisi verildiğı; oysa dava konusu yönetmelik ile özörlölere özöü bir kimlik kartı düzenlenmesi yerine, kişinin Türk vatandaşı olduğunu ve nüfus aile kütüklerine kayıtlı bulunduğunu kanıtlayan resmi belge niteliğindeki nüfus cüzdanlarına özörlölük bilgisinin oran olarak yazılması yoluna gidildiğı, böylece davalı idarelere verilen kanuni yetkinin sınırlarının aşıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.*”⁴⁶⁸

Gerçekten olayda kanun koyucu münhasıran özörlölere tanınan hak ve hizmetlerden yararlanmak üzere özörlölü kimlik kartı hazırlanmasını öngörmüş ancak düzenleyici işlemle özörlölük bilgisinin mevcut nüfus cüzdanlarına eklenmesi öngörölerek, kanun koyucunun iradesi kapsamı dışında, diğör bir ifadeyle kanun hükmü aşılmak suretiyle düzenleme yapılmıştır.

Yine Resmi veya Özel Öğretim Kurumlarının Hapishane, İçkili Yer ve Umuma Açık Yerlere Olan Uzaklıklarının Belirlenmesine Dair Yönetmeliğın 9. maddesinin “*Kanunun yürürlüğe girdiğı tarihten önce ruhsat verilen umuma açık yerler ile içkili yerlere ait ruhsat sahiplerinin, işyerini bir defaya mahsus olmak üzere bir başkasına satması veya benzeri el değıştirmesi halinde, bu işyerini alan kişi veya kuruluşun da işletme haklarının korunacağı*” öngören (b) bendi hakkında verdiğı kararında Danıştay, anılan yönetmelikle umuma açık ve içkili yer işletme ruhsatına önceden sahip olanların işletme hakkını devrettikleri kişilerin işletme haklarının korunmasını **yasayla getirilen çerçevenin sınırlarının aşılması** olarak nitelendirmiş ve bu nedenle anılan düzenlemeyi iptal etmiştir. Danıştay’ın söz konusu iptal kararında şu değerdirmelere yer verilmiştir: “... 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 9. maddesi ile 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununun 61. maddesine göre; hapishane, meyhane,

⁴⁶⁸ Danıştay 10.D., 05.02.2008, E:2005/8667 K:2008/401, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:03.01.2013.

*kahvehane, kiraathane, bar, elektronik oyun merkezleri gibi umuma açık yerler ile açık alkolli içki satılan yerlerin okul, ilk ve orta öğretim öğrencilerinin devam ettiği kurs, dersane ve özel öğretim kurumlarından en az 100 metre uzaklıkta bulunması zorunlu iken, anılan yasalarda 254 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 4322 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerle, söz konusu mesafe 200 metreye çıkarılmış ve 200 metrenin ölçülmesi ve müktesep haklarla ilgili esasların İçişleri, Milli Eğitim, Sağlık ve Turizm Bakanlığının müştereken hazırlayacakları bir yönetmelik ile belirleneceği kurala bağlanmıştır. ... Yukarıda anılan mevzuatın (2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile 1580 sayılı Belediye Kanunu hükümlerinin) incelenmesinden, kahvehane ruhsatı verilirken, kahvehaneyi işletecek olan kişi ve kahvehane olarak işletilecek olan yer bakımından genel kolluk görevlileri ve belediye tarafından inceleme yapıldığı, kahvehane olarak kullanılmasında genel sağlık ve güvenlik açısından sakınca bulunmayan yerlerin işletilmesine izin verildiği, başka bir ifadeyle, iznin belli bir kişi ve belli bir yer için verildiği anlaşılmaktadır. Kazanılmış hak kavramına gelince; kazanılmış hak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel kuralların bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabul edilebileceğinden, kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın yeni düzenlemeden önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir. Bu duruma göre, bir ruhsat sahibi kişinin işletmesini başka bir kişiye devretmesi halinde ruhsatın hukuki geçerliliğini yitirdiğinin kabulü gerektiğinden ve işletmeyi devir alan kişi yönünden kazanılmış bir hak doğduğundan söz etmeye de olanak bulunmadığından, **yasayı aşar nitelikte** düzenlenen dava konusu Yönetmelik hükmünde ... hukuka uyarlık görülmemektedir.”⁴⁶⁹*

Aktardığımız düzenleyici işlem örneklerinde olduğu gibi, kanunun bir konu hakkında çizdiği çerçevenin dışına çıkan düzenleyici işlemlerin hukuka uygun kabul edilebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu bağlamda “kişiler hakkında kanunda öngörülen külfetlerin arttırılması veya genişletilmesi”, “kişilerin herhangi bir haktan yararlanmaları için kanunda öngörülen koşulları aşacak yeni şartlar belirlenmesi”, “kanun koyucunun iradesine aykırı veya irade etmediği sonuçlar doğuracak kurallar

⁴⁶⁹ Danıştay 10.D, 01.10.2002, E:2000/2114 K:2002/3458, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:11.03.2012. Kalın yazılı kısım kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır. İtalik olmayan kısımlar kararın orijinalinde bulunmamaktadır.

ihdas edilmesi” hiçbir düzenleyici işlemin konu unsurunu oluşturamayacaktır. Bu zorunluluğa uygun olmayan düzenleyici işlemler ise konu unsuru açısından hukuka aykırı sayılacak ve iptalleri gerekecektir.

5. Konunun Kanuna Uygun Olması

Herhangi bir konu kanun konusu olmadan ve kanun tarafından düzenlenmeden bu konu hakkında düzenleyici işlem ihdas edemeyen, yine bir konu hakkında kanun tarafından çizilen sınırların dışına çıkamayan, bunları aşamayan ve genişletemeyen idare açıktır ki, düzenleme yetkisini kanun hükümlerine aykırı şekilde kullanamayacaktır. Düzenleme yetkisinin kanuna aykırı şekilde kullanılması ve bu suretle tesis edilen düzenleyici işlemin hukuken geçerli kabul edilmesi, belli bir konuda yürütme organının iradesinin aslî düzenleme yetkisine sahip olan yasama organının iradesinden üstün tutulması anlamına gelecektir ki; bunun normlar hiyerarşisi kuralıyla, erkler ayrılığı prensibiyle ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle düzenleyici işlemlerin konusu yani hukuk dünyasında meydana getirdiği değişiklik, (uygulanmasını sağlamak için çıkarıldıkları kanuna ek olarak) hiçbir şekilde herhangi bir kanun hükmüne aykırı olamayacaktır.

Aslında bundan önceki başlıkta üzerinde durulan “kanunu aşan veya genişleten” düzenleyici işlemler de geniş anlamda kanuna aykırı olan düzenlemelerdir. Ancak kanunu aşan veya genişleten düzenleyici işlemler, belli bir konuda kanunun öngörmediği, amaçlamadığı, irade etmediği bir takım hükümler öngören ve bu suretle genellikle kişilere ek külfetler getiren ya da belli haklardan yararlanmayı zorlaştıran hükümlerdir. Bu başlık altında belirttiğimiz kanuna aykırı düzenleyici işlemler ise kanun koyucunun açık bir şekilde ortaya koyduğu iradesine aykırılık içeren düzenleyici işlemlerdir. Diğer bir ifadeyle belli bir konu hakkında hem kanunda hem de düzenleyici işlemlerde hüküm bulunması ve bu hükümlerin birbirleriyle çelişmesi halinde “kanuna aykırı olan düzenleyici işlem”in varlığı söz konusu olacak ve düzenleyici işlemin iptali gerekecektir.

Örneğin Danıştay, 2863 sayılı Kanun’la kurulan idari bir kurul olan Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurullarının karar yeter sayısı hakkında kanunda yer

alan kuraldan farklı bir düzenleme getiren yönetmelik hükmünü, kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Danıştay’a göre; “*Dava konusu Yönetmeliğin 12. maddesinin 2. fıkrasının iptali istemine gelince; 2. fıkra: ‘Koruma bölge kurulları, toplantıya katılması gereken üyelerin salt çoğunluğuyla toplanır ve toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile karar alınır. Ancak karar yeter sayısı, oy kullananların bu Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin (a) bendinde sayılanlardan olmasına bakılmaksızın dörtten az olamaz.’ kuralı öngörülmüş; dayanağı 2863 sayılı Yasanın 57. maddesinin (g) fıkrasının 5226 sayılı Yasanın 11. maddesiyle değişik 3. bendinde; ‘Koruma bölge kurulları, toplantıya katılması gereken üyelerin salt çoğunluğu ile toplanır ve toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile karar alırlar. Ancak karar yeter sayısı Bakanlık ve Yükseköğretim Kurulunca seçilen üye sayısının salt çoğunluğundan az olamaz.’ denilmiştir. Anılan kanun maddesinin ilk cümlesine uygun olarak düzenlenen Yönetmeliğin yukarıda aktarılan fıkrasının ilk cümlesinde hukuka aykırılık görülmemiştir. Yönetmeliğin 12. maddesinin 2. fıkrasının, ancak ile başlayan ikinci cümlesine gelince; bu düzenleme ile, karar yeter sayısının, oy kullanan üyelerin Bakanlık ya da Yükseköğretim Kurulunca seçilen kişilerden olup olmadığına bakılmaksızın, dörtten az olamayacağı, belirlenmiştir. Dayanağı kanun hükmünde ise, koruma bölge kurullarının, toplantıya katılması gereken, Bakanlık ve Yükseköğretim Kurulunca seçilen üyeler ile görüşülecek konuya göre 58. maddede gösterilen ilgili üyelerin salt çoğunluğu ile toplanıp, toplantıya katılan bu üyelerin salt çoğunluğu ile karar alınması, ancak karar yeter sayısının Bakanlık ve Yükseköğretim Kurulunca seçilen üye sayısının salt çoğunluğundan az olamayacağı öngörülmüş olup, Yasayla getirilen, Kurulların değişmeyen, asli üyelerinin en az dördünün oyu olmadan karar oluşamayacağı kuralı karşısında, bu zorunluluğu kaldıran Yönetmeliğin anılan hükmünde kanuna uyarlık bulunmamaktadır.”⁴⁷⁰*

Düzenleyici işlemin kanuna aykırılığı, yukarıdaki örnekte olduğu üzere belli bir konu hakkında somut hüküm içeren yasa hükmüne aykırılık şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, kanunun bir konu hakkında koyduğu genel ilkeye aykırılık biçiminde de gündeme gelebilecektir. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 3.

⁴⁷⁰ Danıştay 6.D, 04.02.2008, E:2006/3205 K:2008/573, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:04.01.2013.

maddesinde “liyakat” bu Kanun’un temel ilkeleri arasında sayılmış ve “Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre kamu hizmeti görevine girmeyi, bu görevde ilerlemeyi ve yükselmeyi liyakat dışında başka bir esasa bağlayan düzenleyici işlemin 657 sayılı Kanun’a aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerekeceği açıktır. Nitekim Danıştay böyle bir yönetmelik hükmü hakkında yürütmenin durdurulmasına karar verirken şu tespitlerde bulunmuştur: “657 sayılı Yasa, Devlet memurluğunu bir meslek olarak kabul etmekte ve bunlara, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanı sağlanmasını, sınıflar içinde ilerleme ve yükselme işlemlerinin yeterlik sistemine dayandırılmasını öngörmektedir. Bu iki ilkenin temelinde, objektif kurallar çerçevesinde işin ehline verilmesi ve hak etme kavramı yatmakta olup, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilmesinin tek güvencesinin de, hizmetin yetişmiş, ehil kamu görevlilerince yerine getirilmesiyle sağlanabileceği tabiidir. ... Dava konusu .. düzenleme ise, taşra teşkilatında yaygın olan Sosyal Güvenlik Kurumunda sosyal güvenlik merkezi müdürü, Spor Genel Müdürlüğünde gençlik merkezi müdürü, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünde yurt müdürü ve ilçe müdürü kadrolarını görevde yükselme sınavına tabi kadrolar kapsamında çıkarması, dolayısıyla bu kadrolara objektif kurallar çerçevesinde atama yapılmasını engellemesi nedeniyle, 657 sayılı Yasa’nın temel ilkeleri olarak belirlenmiş olan kariyer ve liyakat ilkesine .. aykırı olduğundan, kamu yararı ve hizmet gereklerine, üst hukuk normu olan 657 sayılı Yasa’ya aykırı bulunmaktadır.”⁴⁷¹

Düzenleyici işlemin kanuna aykırı hükümler içermesi halinde bu yönetmelik hükümlerinin iptalinin gerekeceği açıktır. Ancak anılan yönetmelik hükümlerinin iptali istenilmeksizin yani bu hükümler hukuk dünyasında varlığını sürdürürken, bu hükümlere dayalı olarak tesis edilen birel işlemlerin iptali için açılan davalarda idari yargı organlarınca ne yönde karar verilmesi gerekecektir?

⁴⁷¹ Danıştay 5.D, 02.10.2012, E:2012/4736 sayılı yürütmenin durdurulması kararı, www.danistay.gov.tr/2012_4736.pdf, erişim tarihi:04.01.2013.

Kanımızca bu gibi birel işlemlerin idari yargı organlarınca iptaline karar verilmesinin önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Zira Anayasa'nın 138. maddesi gereğince hâkimler, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar vereceklerdir. Bu nedenle idari yargı organlarınca, somut uyuşmazlık hakkında hüküm içeren bir yasa kuralının düzenleyici işleme tercih edilmesi ve düzenleyici işlem yerine yasa hükmü doğrultusunda karar verilmesi daha isabetli olacaktır. Aksi durum, idarelerin kendi iradeleriyle çıkardıkları işlemlerle idare mahkemelerinin kanuna uygunluk denetimi yapmasına engel olabileceği anlamına gelecektir ki, bir hukuk devletinde, hem de Anayasa'nın 138. maddesindeki açık hüküm karşısında bunun kabulü mümkün bulunmamaktadır. Kaldı ki idari yargı organlarının usul yasası olan 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrasında yer alan *“Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz”* hükmü de bu düşüncayı destekler niteliktedir. Ayrıca Danıştay'ın konuya yaklaşımı da bu doğrultudadır.

Örneğin Danıştay, almış olduğu disiplin cezası nedeniyle görevde yükselme sınavı sonucunda atanmaya hak kazandığı kadroya atanamayan memurun açtığı davada, yasaya aykırı yönetmelik hükmü doğrultusunda davayı reddeden idare mahkemesi kararını bozmuştur. Danıştay'a göre; *“657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na ... dayanılarak çıkarılan Emniyet Teşkilatında Görevli Memurların Nitelikleri ve Atanma Usulleri İle Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmeliğin ‘Genel Şartlar’ başlıklı 6. maddesinde, bu Yönetmelik'te belirtilen görevlere aynı veya başka hizmet gruplarından görevde yükselme suretiyle atanacak personelde bulunması gereken şartlar sayılmış ve maddenin (c) bendinde; ‘657 sayılı Yasa'nın 125. maddesinin (C) ve (D) bentlerine göre ve Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün, kınama ve uyarma dışındaki suçlardan dolayı disiplin cezası almamış olmak’ şartı yer almıştır. Bu Yönetmeliğin dayanaklarından birisi olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun .. 132. maddesinin 4. fıkrasında .. kendilerine disiplin cezası olarak aylıktan kesme veya kademe ilerlemesini durdurma cezası verilenlerin, valilik, büyükelçilik, müsteşar, müsteşar yardımcılığı, genel müdürlük, genel müdür yardımcılığı ve daire başkanlığı görevlerine atanamayacakları öngörülmüştür. ... 657 sayılı Yasa'nın 132/4. maddesinde; aylıktan kesme cezası ve/veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası alanların hangi görevlere atanamayacakları sınırlı olarak sayılmış bulunmaktadır. Ne*

var ki, yukarıda adı geçen Yönetmeliğin 6/c maddesiyle getirilmiş olan ‘657 sayılı Yasa’nın 125. maddesinin (C) ve (D) bentlerine göre ve Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nün kınama ve uyarma dışındaki suçlardan dolayı disiplin cezası almamış olmak’ koşulu, ‘memur’ unvanlı kadroya yapılacak atamalar için de geçerli sayılarak, Yasa ile getirilen düzenleme adı geçen Yönetmelik ile genişletilmiş olup; Yasa’da açıkça sayılan görevler dışında başka görevler için de bu koşulun getirilmesi suretiyle yasaya aykırı düzenleme yapıldığı açıktır. ... 2577 sayılı **İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7/4. maddesinde yer alan ‘düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı’** yolundaki hüküm karşısında; **dava konusu .. işlemin dayanağı olan Emniyet Teşkilatında Görevli Memurların Nitelikleri ve Atanma Usulleri ile Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmeliğin 6/c maddesi 657 sayılı Yasa’ya aykırı olduğu halde, bu madde hükmü ‘ihmal edilmemek’, bir başka anlatımla, bu madde hükmüne ‘hukuki bir değer yüklemek’ suretiyle, anılan maddeye dayanılarak tesis edilmiş olan dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan işbu davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.**”⁴⁷²

Bir başka kararında da Danıştay, bir Devlet memurluğu görevine girilebilmesi açısından kanunda yer alan koşula aykırı düzenleme getiren, kanuna göre memurluğa atanabilecek durumda olan kimselerin atanamamaları sonucunu doğuracak şekilde düzenleme yapan yönetmelik hükmü doğrultusunda tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğunu belirterek, işlemin iptali yolunda verilen idare mahkemesi kararını onamıştır. Söz konusu kararında Danıştay şu hususları vurgulamıştır: “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinde Devlet memurluğuna atanacaklarda aranılacak genel ve özel koşullar tek tek belirtilmiş; maddenin A-6 bendinde; askerlik durumu itibarıyla; a) askerlikle ilgisi bulunmamak, b) askerlik çağına gelmemiş bulunmak, c) askerlik çağına gelmiş ise muvazaf askerlik hizmetini yapmış yahut ertelenmiş veya yedek sınıfına geçirilmiş olmak genel şartlar arasında gösterilmiş, maddenin B-2 bendinde de; kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımak özel koşul olarak öngörülmüştür. Bu maddede, askerlik durumu itibarıyla A-6 bendinde yer alan 3

⁴⁷² Danıştay 5.D, 10.11.2005, E:2002/3255 K:2005/5075, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:04.01.2013. Kalın yazılı kısımlar kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

halden birine durumu uyanların Devlet memurluğuna girebilmeleri olanaklı kılınmış olup, maddenin (B) bendi gereğince aranılabilecek özel şartlar (A) bendinde sayılan genel şartlara aykırı olamayacağından, kurumların genel, objektif düzenleyici nitelikteki idari tasarruflarıyla bu yönde hükümler getirilemeyeceğinden, Belediye Zabıta Personeli Yönetmeliğinin Belediye Zabıtalığına girişte gerekli şartları düzenleyen 16. maddesinin (d) fıkrasında yer alan ‘Eylemli askerlik hizmetini yapmış olmak (Fakülte ve Yüksek Okul mezunları ile kadın personel için bu şart aranmaz, 18 yaşını bitirmiş olması yeter sayılır.)’ hükmünün, 657 sayılı Kanun’un 48. maddesinin A-6 bendinde yer alan askerlik durumuyla ilgili genel şarta aykırılığı nedeniyle dikkate alınmasında ve bu hükme dayalı olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁴⁷³

İlk derece mahkemeleri tarafından kanuna aykırı yönetmelik maddeleri uyarınca hüküm kurulmasının isabetli bulunmadığı Danıştay kararlarına ilişkin örneklerin çoğaltılabilmesi mümkündür. Bu bağlamda Danıştay’a göre; “... 2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 4. fıkrasında, düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel oluşturmayacağı hükme bağlanmış bulunduğundan, kanuna aykırılığı saptanan Yönetmeliğin 16. maddesinin (b) fıkrasına dayanılarak tesis olunan dava konusu işlemin idare mahkemesince iptaline karar verilmesi gerekirken aksi yolda verilen kararda isabet bulunmamaktadır.”⁴⁷⁴ Yine Danıştay’a göre; “... yönetmeliğe nazaran üst norm niteliğinde bulunan Kanuna aykırı bu yönetmelik hükmünün uygulanma imkanı bulunmadığından 16.11.2006 gününde yapılan uzlaşma görüşmelerinde uzlaşılabilmesi üzerine düzenlenen ihbarnamelerin 27.11.2006 gününde davacıya tebliğ edildiği, artık 213 sayılı Kanunun ek 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre verginin tarhından ve cezanın kesilmesinden sonra uzlaşma talep edilemeyeceğinden, Kanuna aykırı*

⁴⁷³ Danıştay 5.D, 24.01.2000, E:1997/1229 K:2000/167, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:04.01.2013.

⁴⁷⁴ Danıştay 10.D, 16.01.2001, E:1998/7042 K:2001/59, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:04.01.2013.

yönetmelik hükümlerine göre verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”⁴⁷⁵

Kanunî idare ilkesi uyarınca idarenin düzenleme yetkisi ve bu kapsamda düzenleyici işlemlerin konu unsuru kanunla düzenlenecek; bu gereklilik doğrultusunda idare, içerik bakımından kanuna aykırı kurallar öngören düzenleyici işlem tesis edemeyecektir. Zira kanun koyucunun düzenleyici işlemin konu unsurunu, idarenin iradesine kendi iradesine nazaran üstünlük tanıyarak düzenlemiş olamayacağı açıktır. Bu nedenle hukuk dünyasında kanun hükümleriyle çelişen sonuçlar doğuran düzenleyici işlemlerin konu unsurunun kanunla düzenlenmediği, bu nedenle bu işlemlerin hukuka aykırı oldukları belirtilebilecektir.

Öte yandan hukuk devleti ilkesi, Anayasa’nın 138. maddesi ve 2577 sayılı Kanun’un 7/4. maddesi gereğince sadece kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin değil; bu düzenlemeler uyarınca tesis edilen birel işlemlerin de iptal müeyyidesi ile karşılaşması gerekecektir. Belirtilmelidir ki bu gereklilik, sadece kanuna aykırı düzenleyici işlemlere dayanan birel işlemler bakımından değil; kanunu aşan veya kanunu genişleten düzenleyici işlemler ile mutlak yasallık kaydına tâbi bir alanı ya da kanun konusu yapılmayan veya temel ilkeleri kanunla belirlenmeyen bir hususu kurala bağlayan düzenleyici işlemlere dayanan birel işlemler bakımından da geçerli olacaktır. Dolayısıyla dava konusu edilmeleri halinde bu nitelikteki birel işlemler de, dayanağı olan düzenleyici işlemler yerine kanunun referans alınması suretiyle idari yargı organları tarafından iptal edilmelidir.

E. Düzenleyici İşlemin Maksat Unsuru

Maksat, bir idari işlemin tesisi ile ulaşılmak istenen amaç, gerçekleşmesi beklenen nihai sonuçtur.⁴⁷⁶ İdarenin varlık sebebi kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bu şekilde kamu yararının temin edilmesi olduğundan, “kamu yararı” bütün idari işlem ve eylemlerin genel maksadını oluşturmaktadır.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Danıştay 4.D, 11.06.2008, E:2008/975 K:2008/2250, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:04.01.2013.

⁴⁷⁶ GÖZÜBÜYÜK, syf.233, GÜNDAY, syf.146.

⁴⁷⁷ YILDIRIM, İdari Yargı, syf.231.

Düzenleme yetkisinin kanun tarafından düzenlenmesi konusu maksat unsuru açısından ele alındığında ilk vurgulanması gereken husus, düzenleyici işlemlerin maksat unsurunu -diğer idari işlemlerde olduğu gibi- *kamu yararının* oluşturduğudur.⁴⁷⁸ Kamu yararı amaçlanmaksızın, bir başka gaye ile tesis edilen düzenleyici işlemlerin maksat unsuru yönünden hukuka aykırı kabul edilecekleri hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda kamu yararı dışında başka bir maksat izlenilerek tesis edilen düzenleyici işlemler -diğer idari işlemlerde olduğu gibi- “*yetki saptırması*”⁴⁷⁹ nedeniyle; belli bir işlem için öngörülen yöntemin bir başka işlem için kullanılması suretiyle ihdas edilen düzenleyici işlemler de “*usul saptırması*”⁴⁸⁰ nedeniyle (ancak her iki durumda da maksat unsurundaki sakatlıktan ötürü) hukuka aykırı sayılacaklardır.

Bu çerçevede kamu yararı yerine başka bir amaç izlenilerek örneğin kişisel veya siyasi bir hedefin gerçekleştirilmesi için tesis edilen bir düzenleyici işlem, mesela kanunla öngörülen bir haktan yararlanılmasını belli bir siyasi partinin mensupları için kolaylaştıran bir tebliğ *yetki saptırması* nedeniyle maksat unsuru bakımından hukuka aykırı sayılacaktır. Yine belli bir kanun hükmü ile uygulamaya ilişkin somut bir hususu örneğin personele verilecek bir malî hakkın ödeme tutarını belirleme konusunda yetkili kılınan idare, *yöntem olarak söz konusu kanun hükmünden aldığı yetkiyi kullandığını belirtmek suretiyle*, personelinin bu malî hakkından kamu yararına faaliyet gösteren bir dernek için kesinti yapılmasını düzenlerse, buna ilişkin düzenleyici işlem de *usul saptırması* nedeniyle maksat unsuru bakımından hukuka aykırı sayılacak ve iptali gerekecektir.

Düzenleyici işlemlerin maksat unsurunun ne olduğu açık olmakla birlikte; bu unsur bakımından hukuka aykırılığın gündeme geldiği hallerin saptanması açısından aynı şeyi söylemek güçtür. Çünkü maksat kavramı, işlemi tesis eden idare adına irade açıklayan kişilerin zihin dünyasındaki gerçekliği ifade eden bir kavramdır ve eğer idare,

⁴⁷⁸ Esasen kamu yararı sadece idari işlemlerin değil yasama tasarruflarının, bu anlamda kanunların da amaç unsurunu oluşturmaktadır. “... *kamu yararı, yasanın oluşumunda belirleyici bir kavram olduğu kadar uygulanmasında da belirleyicidir.*” Tekin AKILLIOĞLU, Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 24, S:2, Haziran 1991, syf.13, “Yüksek Mahkeme’ye göre kamu yararı, yasama ilişkilerinin amaç unsurunu oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarına baktığımızda, kanun koyucunun herhangi bir kanunu vazederken hareket ettiği düşüncenin yanısıra, yasanın doğurduğu sonucun kamu yararına uygun olup olmadığını da incelediğini görüyoruz.” Turan YILDIRIM, Yasama Yetkisinin Sınırı - Hukuk Devleti - Kamu Yararı – Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:2, S:2, Mayıs-Ağustos 1987, syf.82.

⁴⁷⁹ GÖZÜBÜYÜK, syf.234, GÜNDAY, syf.147, YILDIRIM, İdari Yargı, syf.231.

⁴⁸⁰ GÖZÜBÜYÜK, syf.238, YILDIRIM, İdari Yargı, syf.231.

bu zihnî gerçekliğin dışı vurumu anlamına gelecek bir davranışta (tasarrufta) bulunmamışsa, maksat unsuru yönünden hukuka aykırılığın tespiti neredeyse imkânsız hale gelmektedir.

Bununla birlikte düzenleyici işlemlerin her durumda kanunların uygulanmasını sağlamak için çıkarılacak olmaları, onlar açısından kamu yararı maksadının somutlaşmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda eğer bir düzenleyici işlem bir kanun hükmünün uygulanması amacıyla ihdas edilmemişse, söz konusu düzenleyici işlemin kamu yararı maksadı güdülerek tesis edilmediği ve maksat unsuru açısından hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilecektir. Örneğin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 65/5. maddesi uyarınca öğretim elemanlarının yetiştirilme esasları Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir. Söz konusu kanun hükmü uyarınca çıkarılacak olan yönetmeliğin maksat unsurunu şüphesiz ki kamu yararının oluşturması gerekmektedir. İşte bu noktada kanun, bu düzenleyici işlemin tesisindeki kamu yararı maksadını belirgin hale getirmektedir. Buna göre öğretim elemanlarının yetiştirilmesi ile doğrudan veya dolaylı hiç bir ilgisi bulunmayan kuralların 2547 sayılı Kanun'un 65/5. maddesinin uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarıldığı ileri sürülemeyecektir. Adeta 'kanunun uygulanmasını sağlama amacına hizmet etmeme', düzenleyici işlemin kamu yararından başka maksatla tesis edildiğine **karine** oluşturacaktır. Dolayısıyla bu gibi bir kuralın kamu yararı maksadı izlenerek tesis edilmediği ve maksat unsurundaki sakatlıktan ötürü iptal edilmesinin gerekeceği belirtilebilecektir.

Diğer taraftan bazı hallerde idari işlemlerin ve bu kapsamda düzenleyici işlemlerin kamu yararına ek olarak başka özel amaçlarının bulunabilmesi de mümkündür. Ancak böyle bir durumun söz konusu olabilmesi için, kamu yararına ek olarak ulaşılması hedeflenecek özel amacın mutlaka kanun tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Bu gibi hallerde anılan işlemlerin hukuka uygun addedilebilmeleri, hem kamu yararı şeklindeki genel amacın, hem de kanunun belirlediği özel amacın izlenilmesi suretiyle tesis edilmelerine bağlı olacaktır. Örneğin İmar Kanunu'nun 39. maddesi, bir kısmı veya tamamı yıkılacak derecede tehlikeli olan yapılardan kaynaklanan tehlikenin giderilmesi için belediyelere ve valiliklere yapıyı tamir veya

yıkma yetkisi vermektedir. Bu kapsamda İmar Kanunu’nun 39. maddesi uyarınca tesis edilecek birel veya düzenleyici tüm işlemlerin, hem kamu yararı maksadı, hem de maddede özel olarak belirtilen “kısmen veya tamamen yıkılacak derecede tehlikeli yapılardan kaynaklanan tehlikenin giderilmesi” amacı güdülerek tesis edilmesi gerekecektir. Buna göre örneğin bir belediye tarafından İmar Kanunu’nun 39. maddesi uyarınca çıkarılacak bir yönetmelikle, madde kapsamındaki yapılara ne gibi bir işlem yapılacağına belirlenmesinde “*tamirle tehlikenin giderilmesi mümkün olsa dahi kent estetiği açısından yapının uygun olmadığına tespiti halinde tehlike yıkım yoluyla da giderilebilir*” şeklinde bir kural öngörülürse, düzenleyici işlemin maksat unsuru yönünden hukuka aykırılığı gündeme gelecektir. Zira böyle bir yönetmelik hükmüyle idari işlemlerin genel maksadı olan kamu yararı izlenerek düzenleme getirildiği belirtilebilirse de; İmar Kanunu’nun 39. maddesinde belirlenen özel amaç (tehlikenin giderilmesi) aşılarak kent estetiğinin sağlanması gibi bir gayeye ulaşılması için düzenleyici işlem tesis edildiği ve bunun yasa kuralına aykırılık oluşturduğu açıktır.

Sonuç olarak düzenleyici işlemlerin maksat unsurunu oluşturan kamu yararı “bir kanun hükmünün uygulanmasının sağlanması” şeklinde tezahür etmekte; bir kanun hükmünün uygulanması amaçlanmaksızın başka sâiklerle ihdas edilen düzenleyici işlemler, “kamu yararı maksadı güdülmeksizin tesis edilen işlemler” olarak maksat unsuru açısından hukuka aykırı hale gelmektedir. Ayrıca bazı hallerde kanun, idari işlemler ve bu kapsamda düzenleyici işlemler açısından kamu yararı şeklindeki genel maksada ek olarak başka özel amaçlar da belirleyebilmektedir. Böylelikle düzenleyici işlemin maksat unsurunun somutlaşmasını, belirgin hale gelmesini sağlayan ve bazı hallerde bu unsurun bir kısmını oluşturan özel amacı doğrudan tespit eden kanun, aynı zamanda idari işlemin son unsuru açısından da düzenleme yetkisini düzenlemiş olmaktadır.

II. İDARENİN BİREL İŞLEMLERİ AÇISINDAN KANUNÎLİK İLKESİ

İlgilisinin rızasına gerek olmaksızın idarenin tek yanlı iradesiyle tesis edilen idari işlemlerin düzenleyici işlemler dışındaki kısmını “birel (bireysel) işlemler”

oluşturmaktadır.⁴⁸¹ Birel idari işlemler, kişilerin veya nesnelerin hukuki durumlarında değişiklik meydana getiren, onları yeni bir hukuki duruma sokan ya da mevcut bir hukuki durumdan çıkaran işlemlerdir.⁴⁸² Bu bağlamda birel işlemler, kanunların ya da genel, soyut, objektif ve kişilik dışı nitelik taşıyan düzenleyici işlemlerin belli bir kişi veya nesneye uygulanması suretiyle tesis edilen ve tesis edilir edilmez hukuk dünyasında somut değişikliklere neden olan işlemlerdir.

Kanunîlik ilkesi düzenleyici işlemler açısından olduğu gibi birel işlemler açısından da geçerlilik taşımaktadır. Zira “*idarenin kuruluş ve görevleriyle (yetkileriyle) kanunla düzenleneceği*”ni öngören Anayasa’nın 123. maddesi, idarenin görev ve yetkileri arasında ayırım yapmaksızın bunların tamamını kanunun düzenleme sahasına bırakmıştır. Dolayısıyla idarenin birel işlemler tesis etme yetkisinin de kanun tarafından düzenlenmesi gerektiği, bu yetkinin kullanım şekline ve koşullarına ilişkin olarak kanunun belirleyici olacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Kanunî idare ilkesi gereğince idarenin birel işlem tesis etme yetkisini kanunun düzenleyecek olması kendini birel işlemlerin bileşenlerinde gösterecek; düzenleyici işlemlerde olduğu gibi birel işlemlerde de kanun, işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarını belirleyerek idarenin birel işlem tesis etme yetkisini düzenlemiş olacaktır. Dolayısıyla kanunî idare ilkesi çerçevesinde idarenin birel işlem tesis etme yetkisini kanunun nasıl düzenlediğinin değerlendirilebilmesi için, birel işlemin her bir unsuru üzerinde ayrı ayrı durulması gerekmektedir.

A. Birel İşlemin Yetki Unsuru

Bir idari işlemi yapabilme selahiyeti ya da belli bir konuda idare adına irade açıklayarak⁴⁸³ kişiler hakkında hukuki sonuçlar doğurabilme kudreti şeklinde tanımlanabilecek olan yetki unsurunun işlevi, bir idari işlemi hangi idarenin tesis edeceğini belirlemektir. Bu nedenle herhangi bir idari işlemin tesisinden önce ilk olarak yapılması gereken husus, işlemi tesise yetkili olan makamın tespit edilmesidir.

⁴⁸¹ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.558, 559

⁴⁸² YILDIRIM, YASİN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, syf.45

⁴⁸³ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.635

1982 Anayasası'nın 6. maddesi uyarınca hiçbir kimse veya organ, bu bağlamda hiçbir idare, kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacaktır. Anayasa'nın inceleme konumuz olan 123. maddesinde ise “idarenin görevleriyle kanunla düzenleneceği” belirtilerek, bu konuda yani idarelerin görevlerinin ve yetkilerinin belirlenmesi hususunda yasa koyucuya yetki verilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla kanunla kendisine verilen yetkiyi kullanan ve bu yetki çerçevesinde işlem tesis eden tüm idareler, kaynağını Anayasa'nın 123. maddesinden alan bir Devlet yetkisini kullanmış ve böylece Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan ilkeye uygun davranmış olmaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen kanunî idare ilkesinin gereği olarak idarenin birel işlem tesis etme yetkisinin, bu kapsamda bu yetkinin sahibinin ve dolayısıyla tesis edilecek birel işlemin yetki unsurunun kanun tarafından düzenlenmesi zorunludur. Bu çerçevede belli bir birel işlemi ancak kanunda kendisine yetki verilen idare tesis edebilecek, kanunla belirlenen idarî makam dışında başka bir kişi yahut makam tarafından tesis edilecek işlemler hukuka aykırı sayılacaktır. Örneğin kanunla kendisine tanınan bir yetki olmaksızın, sadece belli bir düzenleyici işlem tarafından kendisine yetki verilen idarenin tesis edeceği birel işlemlerin hukuka uygun addedilebilmesine olanak bulunmamaktadır. Zira bu durumda birel işlemin yetki unsurunu yürütme belirlemiş ve bunun sonucu olarak idarenin birel işlem tesis etme yetkisini yürütme düzenlemiş olacaktır ki; bunun, idarenin görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 123. maddesine uygun kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Öğretide⁴⁸⁴ ve Danıştay kararlarında birel işlemin yetki unsuru ile ilgili olarak “yetki kurallarının kamu düzeninden olduğu, istisnaî nitelik taşıdığı, dar yoruma tâbi tutulacağı” gibi ilkelerin vurgulandığı gözlemlenmektedir. Örneğin Danıştay'a göre, “... kamu yöneticilerinin görev ve yetkileri yasalarla belirlenir. Hatta bazen Anayasaların bile bu konuda düzenleme getirdiği görülmektedir. Bu husus, kamu hizmetinin düzenli ve devamlı biçimde yürütülmesini sağlama amacına yönelik olduğu kadar, görev ve

⁴⁸⁴ GÖZLER, syf.636 vd, GÖZÜBÜYÜK, syf.203, KARAHANOĞULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması ..., syf.326

yetkinin kamu düzeniyle ilgili olmasından da kaynaklanmaktadır. ...”⁴⁸⁵, “İdare Hukukunda ‘yetki’, idareye Anayasa ve yasalarla tanınmış olan karar alma gücünü ifade eder ve idari işlemlerin en temel ögesini oluşturur. Bir kamu düzeni sorunu olan yetki, yasa koyucu tarafından hangi makam veya mercie verilmiş ise, ancak o makam veya merci tarafından kullanılabilir. ... Aktarılan nitelikleri gereği, idare hukukunda yetkisizlik kural, yetkili olmak istisnadır. Bu itibarla, yetki hükümlerinin sınır ve çerçevesinin yasayla açıkça çizilmesi gerekir ve genişletici yoruma tabi tutulamaz.”⁴⁸⁶, “İdarelerin işlem tesis ederken uymak zorunda oldukları yetki kuralları kamu düzenindendir. ...”⁴⁸⁷

Kanımızca öğretide ve özellikle yargısal içtihatlarda vurgulanan bu hususları, Anayasa’nın 6. maddesi ile 123. maddesinde yer alan hükümlerin sonucu kabul etmek gerekir. Şöyle ki; Anayasa, 6. maddesinde hiç bir kişi veya organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağını öngörmüş, 123. maddesinde ise *idarelerin yetkilerini düzenlemeyi* yasama organının faaliyet sahasına dahil etmiştir. Dolayısıyla bir idari işlemi hangi organın tesis edeceğini belirleme, Anayasa’da öngörülen egemenliğin kullanımına ve erkler ayrılığına ilişkin temel kurallarla yakından ilintilidir. Bu bağlamda yetki kurallarının yasa koyucu yerine yürütme tarafından belirlenmesi, Anayasa’yla saptanan egemenliğin kullanımına ilişkin kurallarla, ayrıca erkler arasındaki yetki paylaşımına yönelik hükümlerle çelişeceğinden; Anayasa ile müesses Devlet nizamını bozucu nitelik taşıyacaktır.

Belirtilmelidir ki; öğretide ve yargı kararlarında dar yoruma tâbi tutulması gerektiği belirtilen ve Anayasa’nın 6. ve 123. maddelerinin gereği olan “**yetki kurallarının yasayla düzenlenmesi**”, “**bir idari işlemi veya eylemi yapma konusunda hangi idarenin yetkili olduğunun belirlenmesi**”dir. Bu kapsamda kanun veya kanuna eşdeğer normlar dışında başka bir tasarrufla bir idarenin herhangi bir hususta yetkili kılındığı kabul edilemeyecektir. Zira idare hukukunda asıl olan yetkisizliktir, bir işlemin

⁴⁸⁵ Danıştay 5.D, E:1989/2735 K:1989/2286, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:27.04.2012.

⁴⁸⁶ Danıştay 10.D, 06.12.2011 günlü, E:2008/1207 sayılı İtiraz Yolu İle Anayasa Mahkemesine Başvurma Kararı, www.danistay.gov.tr/10d_2008_1207.pdf, erişim tarihi:27.04.2012. Benzer yönde, Danıştay İDDK, 30.04.2009, YD İtiraz No:2009/107, www.danistay.gov.tr/e2009_107.htm, erişim tarihi:27.04.2012.

⁴⁸⁷ Danıştay 8.D, 10.03.2008, E:2008/1501 YD Kabul kararı, www.danistay.gov.tr/e2008_1501.htm, erişim tarihi:27.04.2012.

tesisinde idarenin yetkili kabul edilebilmesi için açık bir yasa hükmünün varlığı zorunludur.⁴⁸⁸

Bununla birlikte bu açıklamalar birel işlemin yetki unsuru ile ilgili konularda yürütmenin ve idarenin hiç bir düzenleme yapamayacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu çerçevede kanun belli bir görevi veya yetkiyi bir idareye örneğin bir kamu tüzel kişisine verip, görevin/yetkinin kapsamını belirleyerek konu hakkında temel ilkeleri belirledikten ve genel çerçeveyi çizdikten sonra, bu görev veya yetki kapsamındaki işlemin o kamu tüzel kişisinin hangi organınca tesis edileceğini belirlemek, ayrıntıya ilişkin bir husus olarak değerlendirilmeli ve yürütmenin bu konuda düzenleme yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Aksinin kabulü idarenin hangi organının ve hangi personelinin neleri yapabileceğinin teker teker kanunda sayılması gibi bir gerekliliği beraberinde getirecektir ki; bunun idari faaliyetleri durma noktasına getireceği ve Anayasa'nın 7., 8. ve 123. maddelerinin amacıyla bağdaşmayacağı açıktır. Bu kapsamda örneğin 2547 sayılı Kanun'un bir yükseköğretim kurumu olan üniversitelere yüklediği yüksek düzeyde eğitim öğretim, araştırma ve yayın yapma görevleri kapsamındaki işlemleri (mesela lisans düzeyinde ders verip başarı sınavı yaptıktan sonra öğrencilerin başarılı veya başarısız sayılma işlemlerini) hangi üniversite görevlilerinin yapacağını tespit edilmesinde yürütme organının düzenleme yapması, birel işlemin yetki unsurunun kanunla belirlenmediği anlamına gelmeyecektir. Benzer şekilde aynı Kanun'la üniversitelere tanınan “mevzuata aykırı davranışları karşılığında öğrencilere disiplin cezası verme” yetkisini kullanacak olan makamın (disiplin kurullarının) düzenleyici işlemle belirlenmesi, tesis edilecek disiplin cezası işleminin yetki unsurunu sakatlamayacaktır. Zira birel işlemi tesis edecek yetkili idareyi (üniversite) ve yetkinin kapsamını kanun belirlemiş; düzenleyici işlem ise konuya ilişkin teknik bir hususu kurala bağlayarak, üniversite bünyesindeki iş bölümünü de dikkate almak suretiyle bu yetkinin kullanılmasında idare adına irade açıklayacak kişi ve organları tespit etmiştir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararları da yetki konusunun, “kanunla temel ilkelerin belirlenmesinden ve çerçevenin çizilmesinden sonra ayrıntıları idare tarafından belirlenebilecek bir alan” olarak kabul edildiğini göstermektedir.

⁴⁸⁸ YAYLA, syf.117

Yüksek Mahkeme'ye göre; "... Sermaye Piyasası Kurulu'nun görev ve yetkilerinin çerçevesi dava konusu kurallarla çizilmiş, esasları belirlenmiş, ekonomik ve teknik konularda ayrıntılara ilişkin objektif düzenleme yetkisi ise Kurul'a devredilmiştir. ... Açıklanan nedenlerle, .. iptal isteminin reddi gerekir."⁴⁸⁹, "... İptali istenen kural ile Kuruma verilen gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletme, uzlaşma sağlamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılınca kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri alma yetkisinin temel esasları ve çerçevesi belirlenmiş olduğundan, iptali istenen kuralın hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırı bir yönü yoktur. ... İptali istenen kurallar ile Kuruma verilen yetkinin temel esasları ve çerçevesi belirlenmiş olduğundan, Kurumun iptali istenen kurallar ile verilen yetkilere dayanarak yapmış olduğu düzenlemeler asli düzenleme olarak nitelendirilemez."⁴⁹⁰

Ancak eğer kanun bir işlemi yapma konusunda yetkili olan idareyi belirlerken bu işlemi tesis edecek organı veya kamu personelini de tespit etmişse, idarenin yetki konusunda hiçbir düzenleme yapamayacağı ve kanunun yetki verdiği organın/personelin idare tarafından hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği açıktır.⁴⁹¹

Bu bağlamda öğretide ve yargı kararlarında vurgulanan "yetki kurallarının kamu düzeninden olması"nın, maddi hukuk açısından belli bir konuda işlem tesis etmeye yetkili idarenin belirlenmesine ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Buna göre kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan işlemleri tesis edecek idarenin belirsiz olması veya düzenleyici işlem gibi her an değişmesi mümkün olan tasarruflarla belirlenmesi, toplum halinde yaşamının gereklerine aykırı düzensizliklere⁴⁹² sebep olabilecek, dirlik ve esenliği ortadan kaldırarak kamu düzenini bozabilecektir. Bununla birlikte yetkili idare kanunla belirlendikten sonra, eğer bu hususta kanun belirleme

⁴⁸⁹ AYM, 26.12.2003 E:2000/8 K:2003/104, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:07.01.2013

⁴⁹⁰ AYM, 02.06.2011 E:2008/115 K:2011/86, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:07.01.2013

⁴⁹¹ "Dava konusu genelge; Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 2547 sayılı Yasa uyarınca belirlenen görev alanı içinde yer alan, yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim faaliyetinin gerçekleştirilmesi ve yükseköğretimin planlanması, düzenlenmesi ve yönetilmesi hususunda bir düzenleme getirmesine karşın, Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından tesis edilmiş bir işlem değildir. Yukarıda alıntısı yapılan Anayasa, Yasa ve Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; ancak, Yükseköğretim Genel Kurulu'nun tesis edeceği işlemle düzenleme getirilecek bir alanda Yükseköğretim Kurulu Başkanı'nın tek başına işlem tesis etmek suretiyle düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır. ... genelgede yetki unsuru yönünden yasaya uyarlılık bulunmamaktadır." Danıştay 8.D, 10.03.2008, E:2008/1501 YD Kabul kararı, www.danistay.gov.tr/e2008_1501.htm, erişim tarihi:27.04.2012.

⁴⁹² YILDIRIM, YASİN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, syf.131

yapmamışsa idare adına bu yetkiyi kullanacak kişinin veya makamın belirlenmesinin yürütme alanına bırakılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Diğer taraftan “yetki kurallarının kamu düzeninden olmasının” usul hukukuna bakan bir diğer boyutu daha bulunmaktadır ki; bu da, “ taraflarca ileri sürülme dahi yetki sakatlıklarının yargıç tarafından davanın her aşamasında göz önünde bulundurulması” gerekliliğidir.⁴⁹³

Kanunî idare ilkesi gereğince idari işlemin yetki unsurunun kanunla belirlenmesi, bu bağlamda belli bir idari işlemi tesis etmeye yetkili olan idarenin mutlaka kanunla tespit edilmesi gerektiği belirtildikten sonra; uygulamada idari işlemlerin yetki unsuruyla ilgili olarak gündeme gelen bazı konular üzerinde durulması faydalı olacaktır.

1. Yetki Devri

Yetki kurallarının kamu düzeninden sayılmasının, bu çerçevede istisnâ nitelik taşıyıp genişletici yoruma tâbi olmamasının en önemli pratik sonucu, idari işlemin yetki unsuru konusunda (yani işlemi tesis edecek idarenin belirlenmesi konusunda) idarelerin takdir yetkisinin olmaması⁴⁹⁴, dolayısıyla kanun hükmü ile belirli bir işlemi tesise yetkili kılınan idarenin **kanunda açıkça öngörülmediği sürece** bu yetkisini bir başka

⁴⁹³ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.637

⁴⁹⁴ “Yetki mutlaka yasal düzenlemelerle belirlenmek gerektiği için bu unsorda hiç bir durumda tercih olanağı dolayısıyla takdir yetkisi olamaz.” ÖZAY, Günışığında Yönetim, syf.456, “Anayasanın 112 nci maddesinin 2 nci fıkrasında idarenin ‘kanunla düzenleneceği’ açıklanmıştır. Bu hüküm, idare namına irâde izhârına yetkili olan makamın da kanunla gösterilmesini zorunlu kılar. Bu bakımdan idari makamların işlemin yetki unsuru üzerinde takdir yetkisi olabileceğini söylemek mümkün değildir. ... yetki unsuru üzerinde idareye takdir yetkisi veya bir seçim hakkı bırakmak mümkün de gözükmemektedir. Takdir yetkisinin bu unsorda da mevcut olması halinde, belli konularda, ya birden çok idare aynı anda harekete geçebilir veya tam tersine, alınması gerekli olan bir kararda idare tüm olarak hareketsiz kalabilir.” Nuri ALAN, Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık, in: İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I, 1. Bası, Ankara: Danıştay, 1976, syf.339, Müellifin benzer yöndeki diğer düşünceleri için bkz. Nuri ALAN, Türk İdarî Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi, in: İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, 1. Bası, Ankara: Danıştay, 1983, syf.34, “İdare yetkisini kanundan alır, kanunun yetki vermediği bir alanda, ne bağlı yetki ne de takdir yetkisine dayanılarak idare adına tasarrufta bulunulamaz.” KARATEPE, syf.95, “... idarî işlemlerin yetki unsurunda idarenin takdir yetkisinin bulunmaması gerekir.” Halil KALABALIK, İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi, GÜHFD, Cilt 1, S:1, 1997, syf. 178, aynı yönde KAYA, syf.202.

“Anayasaya göre, idari makamlar kullandıkları yetkiyi kanundan alırlar. Kanuni idare ilkesi uyarınca, idarenin yetkileri ve bu yetkiyi kullanacak makamlar kanunla belirlenir. İdari işlemlerin hukuken geçerli sayılması için kararların kanunla yetkili kılınan makam ve kişilerce alınması gerektiğinden idari makamların işlemin yetki unsuru üzerinde takdir yetkisi olamaz.” Danıştay 1.D., E:2000/29 K:2000/59, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:27.04.2012.

idareye devredememesidir.⁴⁹⁵ Zira yetki devrinin kanun izin vermediği halde mümkün olması, bir işlemi tesise yetkili olan idareyi “o idareye yetki devri yapacak olan bir diğer idare”nin belirlemesi anlamına gelecektir ki, bunun kanunî idare ilkesiyle bağdaştırılabilmesi olanaksızdır. Dolayısıyla yasalarla belli bir konuda yetkili kılınan idare, bu yetkisini **ancak** kanunun izin vermesi halinde, kanunun belirlediği koşullarla ve kanunun belirlediği idareye devredebilecek; kendi insiyatifiyle yasanın belirlediği yetkili idarenin değiştirilmesi sonucunu doğuracak tasarruflarda bulunamayacaktır. Bu nedenle kanun tarafından izin verilmeden ve yine kanun tarafından devrin konusu ve tarafları açıkça belirlenmeden yapılacak bir yetki devrinin idare hukuku bakımından geçerli addedilebilmesi, Anayasa’nın 123. maddesi karşısında mümkün bulunmamaktadır.

Bununla birlikte kanun bir işlemi tesis edecek idareyi belirledikten sonra anılan idare bünyesinde bu işlemin tesisini fiilen gerçekleştirecek olan organ idarenin düzenleyici işlemiyle belirlenmişse; bu organın yetkisini aynı idarenin bir başka organına devredebilmesi için, bu hususa ilişkin düzenleyici işlemde yer alacak bir izin yeterli kabul edilmelidir. Ancak tabiidir ki, bir işlemi idarenin hangi organının ya da hangi personelinin tesis edeceği bizzat yasada belirlenmişse, bu organın/personelin yetkisini aynı idarenin bir başka organına/personeline devredebilmesi için kanun koyucunun açıkça buna izin vermiş olması gerekecektir.

Belli bir konuda işlem tesis etmeye yetkili olan idareyi belirleme hususunda yetki kanun koyucuya ait olduğundan; Anayasa’nın 123. maddesi gereğince kanun hükümleri, spesifik bir birel işlemi tesise yetkili makamı ve eğer bu makam yetkisini devredebilecek ise yetki devrinin yapılacağı makamı hiç bir tereddüt uyandırmaksızın açıkça tespit etmelidir. Diğer bir ifadeyle yetkiye ilişkin yasal kuralların Anayasa’ya uygun sayılabilmesi için açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Aksi durum, yetki kurallarını düzenleyen kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı sebebiyle iptaline sebebiyet verebilecektir. Örneğin 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 5491 sayılı Kanun’la değişik 12. maddesinde yer alan “*Bu Kanun hükümlerine uyulup uyulmadığını*

⁴⁹⁵ “Kamu hukukunda bir makama verilen yetkinin, aksine bir hüküm bulunmadıkça o makam tarafından kullanılacağı, bir makamın yetkisinin başka bir kişiye devredilmesi için mevzuatla yetkili kılınması gerekeceği tartışmasız olup ...” Danıştay 5.D., 12.09.2011, E:2011/1088 K:2011/4455, DD, Yıl:41 S:128, 2011, syf.176.

denetleme yetkisi Bakanlığa aittir. Gerektiğinde bu yetki, Bakanlıkça; il özel idarelerine, çevre denetim birimlerini kuran belediye başkanlıklarına, Denizcilik Müsteşarlığına, Sahil Güvenlik Komutanlığına, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre belirlenen denetleme görevlilerine veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara devredilir.” şeklindeki hükmün altı çizili kısımlarının Anayasa’ya uygunluğunu inceleyen Anayasa Mahkemesi, “12. maddede, 2872 sayılı Yasa hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi Çevre ve Orman Bakanlığına verilmiş, Bakanlığın gerektiğinde bu yetkiyi devredebileceği kamu kurum ve kuruluşları tek tek sayıldıktan sonra, iptali istenilen ibareyle, Yasa’da belirtilen kurum ve kuruluşlar dışında Bakanlığın uygun göreceği diğer kurum ve kuruluşlara da anılan denetleme yetkisinin devredilebilmesi öngörülmüştür. Denetleme yetkisinin hangi kurum ve kuruluşlara devredileceğinin Yasa’da açıkça belirtilmeksizin Bakanlığın takdirine bırakılması, Anayasa’nın 7. ve 123. maddelerine aykırıdır.”⁴⁹⁶ gerekçelerinden hareketle söz konusu ibarelerin iptaline karar vermiş bulunmaktadır.

Uygulamada bazen idari işlem tesis etme yetkisinin başka bir makama devredilmesi söz konusu olmamakla birlikte, idari işlemin imza ile belgelendirilmesi yetkisinin⁴⁹⁷ bir kamu görevlisinden bir başka kamu görevlisine devredilmesi gündeme gelebilmektedir. İmza yetkisinin devri olarak adlandırılan bu durumda kanunla yetkili kılınan kamu görevlisi dışında başka bir personelin aynı işlemi yapması sonucu doğuyorsa, imza yetkisinin devrinin de ancak kanunun izin vermesi halinde yapılabileceği kabul edilmektedir.⁴⁹⁸

2. Yetkide Paralellik

İdarelerin birel işlem tesis etme yetkileri bakımından üzerinde durulması gereken diğer bir konu, kanunda açık bir hüküm bulunmayan hallerde birel işlemi

⁴⁹⁶ AYM, 15.01.2009 E:2006/99 K:2009/9, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:27.04.2012. Gerçekten “veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara” ibaresiyle 2872 sayılı Kanun’a uyulup uyulmadığını denetleme görevinin/yetkisinin kime ait olduğunu belirleme yetkisi Çevre ve Orman Bakanlığı’na verilmiş olmaktadır ki, bunun idarenin yetkilerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa’nın 123. maddesine aykırı olduğu açıktır. Öte yandan belirtmek gerekir ki, bu ibare sadece birel işlemler bakımından değil, aynı zamanda düzenleyici işlemler bakımından da 123. maddeye aykırılık taşımaktadır. Bu bağlamda kanunda öngörülme ve fakat Çevre ve Orman Bakanlığı’nın uygun gördüğü bir makam tarafından 2872 sayılı Kanun kapsamındaki denetim yetkisi kullanılarak tesis edilecek birel işlemlerin yanı sıra, söz konusu denetim yetkisiyle ilgili olarak ihdas edilecek düzenleyici işlemler de kanunî idare ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

⁴⁹⁷ GÜNDAĞ, syf.130

⁴⁹⁸ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.649, 652, YILDIRIM, İdari Yargı, syf.154

kaldırmaya, değiştirmeye veya iptal etmeye yetkili olan idarî makamın belirlenmesi meselesidir. Esasen bu konuda öğretiler⁴⁹⁹ ve yargısal içtihatlarda “yetkide paralellik ilkesi” benimsenmiş bulunmaktadır. Bu ilkeye göre, kanunda aksine bir düzenleme bulunmuyor ise, kanunun bir işlemi tesis etmeye yetkili kıldığı makam bu işlemi kaldırmaya, değiştirmeye ve iptal etmeye de yetkili kabul edilecektir.

Kanımızca yetkide paralellik ilkesi de pozitif dayanağını Anayasa’nın 123. maddesinde (kanunî idare ilkesinde) bulmaktadır. Buna göre bir işlemin iptal edilmesinde, kaldırılmasında ya da değiştirilmesinde yetkili olan makam kanun tarafından ayrıca belirtilmişse, kanunî idare ilkesi gereğince iptal, kaldırma veya değiştirme işlemini bu makamın tesis etmesi gerekeceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. İptal ya da kaldırma işlemini tesis edecek makamın kanun koyucu tarafından ayrıca belirlenmediği hallerde ise; (idari işleyişin kesilmemesi, idare fonksiyonunun devam edebilmesi açısından bu işlemlerin tesis edilmesi ve dolayısıyla bu konuda bir makamın yetkili kabul edilmesi zorunlu olduğundan) “*işlemi tesise yetkili olan makamın onu iptale, kaldırmaya ve değiştirmeye de yetkili olduğu*”nun kabulü, bu konuda kanunî idare ilkesine uygun olan tek çözüm olacaktır. Çünkü işlemin konusu hakkında tasarrufta bulunma yetkisi kanun koyucu tarafından söz konusu makama verilmiştir. Ve bu makam dışında başka bir makamın kaldırma, iptal yahut değiştirme konusunda yetkili sayılması, kanunun idarî tasarruf icrasına yetkili kıldığı makamın bu yetkisinin, kanun koyucu dışında başka bir organ tarafından ortadan kaldırılması anlamına gelecektir.⁵⁰⁰ Bu ise, idarenin yetkilerinin kanunla düzenlenmediği anlamına gelecek ve kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla yetkide paralellik ilkesinin, kamu hizmetlerinin kesintiye uğramaması açısından kanunî idare ilkesi ile çelişmeyecek tek çözüm olduğunu ve bu nedenle anılan ilkenin dayandığı pozitif bir norm varsa bunun ancak Anayasa’nın 123. maddesi olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁴⁹⁹ YAYLA, syf.119-120, ÖZAY, Günışığında Yönetim, syf.649 vd, GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.451 vd, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.643 vd.

⁵⁰⁰ Zira kanunda kendisine açıkça yetki verilmemesine karşın (A) makamı (B) makamının tesis ettiği işlemi iptal edebiliyor, değiştirebiliyor veya kaldırabiliyorsa, bu durumda kanunun o işlemi tesis etme konusunda (B) makamını yetkili kılmasının hiç bir anlamı olmayacaktır.

Öğretide YAYLA ve GÖZLER'e göre, yetkide paralellik ilkesi yetki kuralları açısından geçerli olan kanunîlik ilkesini (yetki kurallarının kamu düzeninden olmasını ve dar yoruma tâbi tutulmasını) yumuşatan bir ilkedir. Hatta YAYLA'ya göre bu ilke, yetki kurallarının istisnaîliğinin istisnasıdır.⁵⁰¹ Bu konuda YAYLA'ya ve GÖZLER'e katılamadığımızı belirtmemiz gerekir. Çünkü idari işlemler, (yargı kararları gibi) bir defa hukuk alanında vücut bulduktan sonra onu meydana getiren makam tarafından değiştirilmesi ya da kaldırılması mümkün olmayan işlemler olmadığından; bir idari makama yasa hükmü ile verilen belli bir idari işlemi tesis etme yetkisi, zaten doğası gereği bu işlemi tesis etmeme, tesis ettikten sonra değiştirme, kaldırma ya da iptal etme yetkilerini de kapsamaktadır. Dolayısıyla idare hukukunda bir makama tanınan işlem tesis yetkisinin gerçek anlamda bir yetki sayılabilmesi ancak, o makamın aynı konuda aksine işlemler tesis edebileceğinin de kabulü halinde mümkündür. Bu, toplumsal ihtiyaçların sürekli değişen niteliği gereği, idarenin varlık sebebi olan kamu hizmetlerinin icrasının sürdürülebilirliği açısından zorunludur. Öte yandan böyle bir yorumun kabul edilmesi, her bir konuda yasakoyucunun idarelerin yetkilerini sayarken “yapma, yapmama, değiştirme, kaldırma, iptal etme” gibi tüm tasarruf şekillerini sayması gerektiğinin kabulü sonucunu doğurur ki, kanımızca meselenin bu derece aşırı pozitivist bir yaklaşımla ele alınmaması gerekmektedir. Zira ÖZAY'ın da isabetle belirttiği gibi, idari işlemlerden “... özellikle ‘birel’ niteliklilerde ‘aksine işlem’, *maddî bakımdan, kendinden önce var olan ‘olumlu’su ile aynıdır. ...*”⁵⁰²

Özetlemek gerekirse Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan kanunî idare ilkesi, “*idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde yasayla düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.*”⁵⁰³ Bu gereklilik düzenleyici işlemlerin yanı sıra hiç şüphesiz birel nitelik taşıyan idari işlemler açısından da geçerli bulunmaktadır. Bu bağlamda bir idare ancak ve ancak kanunla kendisine açık, anlaşılır ve öngörülebilir şekilde yetki verilen konularda birel işlemler tesis edebilecektir. Yine belli bir konuda birel işlem tesisine yetkili olan idare, ancak ve ancak yasa koyucunun o konu hakkında açık, anlaşılır ve öngörülebilir şekilde yetki

⁵⁰¹ YAYLA, syf.119-120, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.643.

⁵⁰² ÖZAY, Günışığında Yönetim, syf.649.

⁵⁰³ AYM, 02.05.2008 E:2005/68 K:2008/102, AYM, 15.01.2009 E:2006/99 K:2009/9, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:27.04.2012.

verdiği idare olabilecektir. Dolayısıyla bir konu hakkında kanunda kendisine verilen açık bir yetki olmaksızın işlem tesis eden idarenin bu işlemi her halükârda iptal edilmeye mahkum olacaktır.⁵⁰⁴ Öte yandan yargı kararlarında ve öğretide yetki unsuruna ilişkin olarak “kamu düzeninden olma, istisnai nitelik taşıma, dar yoruma tâbi tutulma, yetki devrinin yasa tarafından açıkça öngörülmedikçe mümkün olmaması, yetkide paralellik” gibi bir takım ilkeler benimsenmiş olup; bu ilkelerin Anayasa’nın 123. maddesinin gereği olan ilkeler olduklarını ve dayanaklarını “*idare hukukunun genel ilkeleri*” gibi soyut bir kavramdan değil, Anayasal bir normdan aldıklarını belirtmek gerekmektedir.

B. Birel İşlemin Şekil Unsuru

Şekil, geniş anlamda birel işlemin tesis edileceği biçimsel formu ve birel işlemin tesis edilmesi sürecinde izlenecek usul kurallarını ifade etmektedir. İdarenin işlem tesis sürecini düzene sokan şekil unsurunun en önemli işlevi, işlem tesisi öncesinde yetkili makamları düşünmeye sevk etmek ve işlemin muhatabı olan kişiler bakımından güvence oluşturmaktır.

Kanunî idare ilkesi idarenin yetkilerinin kanunla düzenlenmesini öngördüğünden, idarenin birel işlem tesis etme yetkisinin unsurlarından olan şekil unsurunun kanunlarla tanzim edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kanunda veya kanuna nazaran üst norm olan Anayasa’da⁵⁰⁵ bir idari işlemin tesisi için öngörülen şekil kuralı bulunuyorsa, işlemin anılan şekil kuralına riayet edilerek tesisi hukuki bir zorunluluktur. Aksi durum doğal olarak idari işlemin iptalini netice verecektir.

⁵⁰⁴ “... olayda, davalı idarenin, kendisine yasal olarak verilmiş yetki ve görevi yokken, kuruluşu, yönetilmesi ve denetlenmesi ayrı bir yönetmelikle düzenlenmiş bulunan, kurs ve yurtlara yapacağı yardım için almış olduğu davaya konu meclis kararında kamu yararı bulunmadığı gibi, ... Bu durumda, idarelerin gelirlerini etkin, verimli ve rasyonel kullanmaları zorunluluğu karşısında, yasal olarak kendilerine verilen bir yetki veya görev olmaksızın, üstelik giderleri arasında da sayılmayan Kuran kursları ve gönüllü kuruluşlarca açılmış kâr amacı gütmeyen öğrenci yurtlarına yapılacak yardıma ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay 8.D, 11.11.2008, E:2008/7089, K:2008/7331, www.danistay.gov.tr/e2008_7089.htm, erişim tarihi:27.04.2012.

⁵⁰⁵ Örneğin Anayasa’nın 129. maddesinde yer alan “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez” hükmü, kamu görevlisine savunma verme imkânı tanınmasını disiplin cezası işleminin şekil unsuru açısından zorunlu hale getirmiştir. Yine Anayasa’nın 40. maddesinin 2. fıkrası uyarınca işlemlere karşı başvurulacak kanun yollarının ve başvuru sürelerinin gösterilmesi, bütün idari işlemler yönünden uyulması gereken bir şekil kuralıdır. (Bununla birlikte kanımızca idari işlemlerde başvuru yolu ve süresinin gösterilmemiş olması, işlemin iptalini gerektirecek bir şekil sakatlığı değildir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Emre AKBULUT, İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi, TBB Dergisi, S:81, 2009, syf.8 vd.)

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, birel işlemlerin şekil unsuru hakkında düzenleyici işlemlerle getirilen kuralların kanunî idare ilkesi karşısındaki geçerliliği sorunudur. Bu çerçevede ilk bakışta düzenleyici işlemlerle birel işlemlerin şekil unsurunun belirlenmesinin, birel işlemin şekil unsurunu yürütmenin düzenlemesi anlamına geleceği ve dolayısıyla kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturacağı ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte çalışmanın önceki kısmında belirttiğimiz gibi idareler, kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla birel işlem tesisi için takdir yetkisine sahip oldukları her konuda bu yetkilerini ne yönde kullanacaklarını önceden belirleyerek kendilerini taahhüt altına sokabilecekler ve bu suretle düzenleyici işlemler tesis edebileceklerdir. İşte bu bağlamda, kanunun herhangi bir şekil kuralı öngörmediği diğer bir ifadeyle işlemin şeklini belirleme konusunda idareye takdir yetkisi tanıdığı hallerde,⁵⁰⁶ **kişiler açısından yeni bir külfet getirmemek koşuluyla**, idarenin kendisini sınırlayarak birel işlem tesis yetkisini belli biçim ve usul kurallarına uyarak kullanacağını kararlaştırmasının ve düzenleyici işlemlerle bunu önceden ilan etmesinin önünde hukuki bir engel bulunmadığı söylenebilecektir. Dolayısıyla kanunun şekil kuralı öngörmediği diğer bir ifadeyle birel işlemin şekil unsurunu bu konuda idareye serbesti tanıyarak düzenlediği hallerde, idarenin ilgililerin aleyhine olmayacak bir şekil kuralı belirleyip kendisini önceden bu kuralla sınırlaması, kanunî idare ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Örneğin 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 10. maddesinde gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucunda çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmelerin projelerine izin verilebilmesi için “çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) olumlu” veya “ÇED gerekli değildir” kararının alınması gerektiği belirtilmiş ancak bu kararların (birel işlemlerin) tesisi için herhangi bir şekil kuralı öngörülmemiştir. Ancak Çevre ve Orman Bakanlığı hazırladığı yönetmelikle kendisinin “ÇED olumlu” veya “ÇED gerekli değildir” kararı alma

⁵⁰⁶ Yetki unsurundan farklı olarak şekil unsurunun belirlenmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınması mümkündür ve kanun koyucunun suskun kalarak şekil unsuruna ilişkin herhangi bir hüküm sevk etmediği her konuda idarenin şekil unsurunu belirleme noktasında takdir yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira şekil unsuru yetki unsurundan farklı olarak, doğrudan egemenliğin kullanılmasıyla ilgili değildir ve Anayasa’nın 6. maddesinde sevk edilen hükme paralel bir normla kurucu iktidar tarafından katı kurallara bağlanmamıştır. Buna göre yetki, egemenlik kapsamındaki bir Devlet yetkisinin hangi idare tarafından kullanılacağına ilişkindir, Anayasa tarafından (diğer unsurlardan ayrı olarak) özel kurallarla düzenlenmiştir ve kamu düzenindendir. Şekil unsuru ise yetkili makamın, yetkili olduğu konuda hangi biçimsel formda ve hangi usullerle işlem tesis edeceğine ilişkin olup yetkiye nazaran talî nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu birel işlemin şekil unsurunu bu konuda doğrudan özel hükümler sevk ederek düzenleyebileceği gibi, bu konuda herhangi bir norm ihdas etmeyerek yani zımnen “*idari işlemin idarenin uygun göreceği şekilde tesis edileceğini*” öngörerek de düzenleyebilecektir.

yetkisini sınırlandırmış ve (kişilere ek bir yükümlülük getirmeyecek şekilde) halkı yatırım hakkında bilgilendirmek, projeye ilişkin görüş ve önerilerini almak üzere “halkın katılımı toplantısı” düzenlenmesini, anılan işlemlerin tesis sürecine ilişkin bir usul kuralı haline getirmiştir. Kanımızca bu durum, yukarıda belirttiğimiz nedenlerle kanunî idare ilkesine aykırı değildir ve halkın katılımı toplantısı düzenlenmeksizin alınan bir ÇED olumlu kararının şekil unsuru bakımından hukuka aykırılığı nedeniyle iptali gerekecektir.

Yine kanun, tesis edilecek bir birel işlemin muhtevasını, kim tarafından ve hangi hallerde tesis edilebileceğini yani idari işlemin konu, yetki ve sebep öğelerinden oluşan esaslı unsurlarını belirledikten sonra, bu işlemin hangi şekilde tesis edileceğini belirlemek hususunda idareyi yetkilendirebilecektir. Bu gibi bir durumda idari işlemin temel unsurları yasa ile belirlendiğinden sadece şekil unsuruna ilişkin olarak idareye yetki tanınması kanımızca kanunî idare ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkelerine (AY m.123 ve m.7) aykırı sayılamayacaktır. Dolayısıyla bu gibi hallerde birel işlem tesis edilirken, kanunla yetkili kılınan makamın belirlediği şekil kuralına uyulması gerekmektedir. Örneğin İmar Kanunu’nda ya da diğer kanunlarda, sosyal ve teknik alt yapı alanlarının küçültülmesi ya da kaldırılmasına ilişkin imar planı değişiklikleri için “*ilgili yatırımcı bakanlık ve kuruluşların görüşünün alınması*” gibi bir şekil kuralı öngörülmemiştir. Ne var ki İmar Kanunu’nun 44. maddesinin (b) ve (f) bentlerinden aldığı yetkiye dayanarak Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik’in 27. maddesi ile “*ilgili yatırımcı bakanlık ve kuruluşların görüşünün alınması*”nı sosyal ve teknik alt yapı alanlarının küçültülmesi ya da kaldırılmasına ilişkin imar planı değişiklikleri açısından uyulması zorunlu şekil kuralı haline getirmiştir. Bu bağlamda Milli Eğitim Bakanlığı’nın görüşü alınmadan mevcut okul alanının kaldırılması yönünde plan değişikliği yapılamayacak, yapıldığı takdirde bu işlem şekil unsuru açısından hukuka aykırı sayılacaktır.⁵⁰⁷

⁵⁰⁷ Belirtmek gerekir ki, imar planlarında sosyal ve teknik alt yapı alanları kaldırılırken ilgili yatırımcı bakanlık veya kuruluşun görüşünün alınması birel işlemin yetki unsuru kapsamında da değerlendirilebilecektir. Ancak anılan görüş imar planının yapımı konusunda yetkili olan idare açısından bağlayıcı olmadığından ve imar planının hukuk dünyasında varlık kazanması konusunda irade açıklayacak olan idare ilgili yatırımcı bakanlık veya yatırımcı kuruluş olmadığından, imar planı değişikliği yapılabilmesine ilişkin söz konusu koşulun birel işlemin şekil unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu çerçevede herhangi bir birel işlemle ilgili olarak Anayasa’da, kanunda, kanuna eş değer diğer hukuk normlarında veya düzenleyici işlemlerde öngörülen bir şekil kuralının bulunmaması halinde; söz konusu işlem kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmaksızın⁵⁰⁸ yetkili makamın uygun göreceği biçim ve usulde tesis edilebilecektir. Bununla birlikte öğretide idari işlemin tesis edileceği biçimsel form bakımından yazılılık ilkesinin geçerli olduğu belirtilmekte ve dolayısıyla kanunda öngörülün veya öngörülmesin “yazılı olma”nın bütün idari işlemler açısından geçerli olan bir şekil kuralı olduğu kabul edilmektedir.⁵⁰⁹ Ne var ki pozitif hukukumuzda (yazılılık kuralı ile bağlantılı olan çeşitli Anayasal hükümler bulunmakla birlikte)⁵¹⁰ bütün idari işlemlerin mutlak surette yazılı olarak tesis edilmesini öngören ve yazılı olmayan idari işlemlerin sırf bu nedenle iptal edilmesini gerektiren bir hukuk normu mevcut değildir. Diğer taraftan kolluk faaliyetleri kapsamında tesis edilen bazı işlemler gibi, yazılı şekilde tesis edilmesi fiilen mümkün olmayan işlemler de söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla YAYLA’nın da haklı olarak belirttiği gibi⁵¹¹ yazılılık, idari işlemin maddi varlığını kanıtlamak açısından çok büyük bir öneme sahip olsa da; Anayasa’da ve kanunlarda aksi öngörülmediği sürece “yazılı olma”nın idari işlemler açısından uyulması zorunlu bir şekil kuralı olmadığının kabulü gerekmektedir.⁵¹²

Birel işlemlerin şekil unsuru hakkında belirtilmesi gereken diğer bir husus, paralellik ilkesinin yetki unsurunda olduğu gibi şekil unsuru açısından da geçerli

“Dava, ... taşınmazın ortaokul alanı iken konut alanı olarak belirlenmesi yolundaki ... imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılmış; ... İmar Planı Yapılması ve Değişikliklerine Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin 21. maddesinde yer alan, imar planlarında bulunan sosyal ve teknik altyapı alanlarının kaldırılması, küçültülmesi veya yerinin değiştirilmesine dair plan değişikliklerinin zorunluluk olmadıkça yapılamayacağı, zorunlu hallerde böyle bir değişiklik yapılabilmesi için, sosyal ve teknik altyapı alanındaki tesisi gerçekleştirecek ilgili yatırımcı Bakanlık ve kuruluşun görüşünün alınacağı; bu tesisin hizmet getirdiği bölge içinde eşdeğer yeni bir alanın ayrılması suretiyle sosyal ve teknik altyapı alanının kaldırılabilmesi hükümleri uyarınca dava konusu imar planı değişikliği yoluna gidilmeden önce ilgili yatırımcı kuruluşun görüşünün alınması ve bölge içinde eşdeğer yeni bir okul alanının ayrılmasının gerekmesine karşın, bu hususlara uyulmaksızın tesis edilen işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı...” Danıştay 6.D, E:1997/2722 K:1998/1549, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:03.05.2012.

⁵⁰⁸ Bahtiyar AKYILMAZ, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, 1. Bası, Ankara: Yetkin, 2000, syf.124

⁵⁰⁹ YAYLA, syf.122, AKYILMAZ, syf.127

⁵¹⁰ Bu hükümler (Anayasa m.125, m.74, m.40, m.37 -YAYLA’dan naklen-) hakkında detaylı bilgi ve hükümlerle yazılılık arasındaki ilişki için bkz. YAYLA, syf.122

⁵¹¹ YAYLA, syf.123

⁵¹² Bununla birlikte idari işlemlerin tebliğinin Anayasa’nın 125/3. maddesi gereğince yazılı olarak yapılması mecburi olduğundan; “yazılılık”, idari işlemlerin icrası açısından pratik bir zorunluluk halini almaktadır. Ne var ki bu zorunluluğa uyulmamasının, işlemlerin tesis aşamasını ilgilendiren bir şekil sakatlığı olarak kabul edilebilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

olduğudur.⁵¹³ Zira aksine işlemler şeklinde de isimlendirilen birel işlemlerin kaldırılması, iptal edilmesi ya da değiştirilmesi işlemleri, maddi açıdan kendinden önce mevcut bulunan olumlu işlemle aynı niteliktedir.⁵¹⁴ Kanunun hukuk alanında varlık kazanması için belli bir şekil kuralı öngördüğü işlemin değişikliğe uğramasının yahut hukuk alanından kaldırılmasının da aynı şekil kuralına bağlı olduğunu savunmak, hiç şüphesiz “aksine işlemlerin hiç bir şekle bağlı olmaksızın tesis edilebileceği” düşüncesine nazaran kanun koyucunun iradesine daha uygun olacaktır. Buna göre eğer bir birel işlemin kaldırılması, değiştirilmesi ya da iptaliyle ilgili olarak kanun koyucunun belirlediği özel biçim ve usul kuralları var ise aksine işlemlerin tesisinde bu kurallara uyulacaktır. Tersi durumda yani kanunun aksine işlemlerin şekil unsuru hakkında suskun kaldığı hallerde ise, ortada işlemin tesis şekline ilişkin kanun koyucunun önceki iradesinin değiştiğini gösteren yeni bir bulgu olmadığından; kanun koyucunun önceki iradesinin değişmediğini varsayarak usulde paralellik ilkesini benimsemek kanunî idare ilkesine de uygun olacaktır.

Bu açıklamalar ışığında birel işlemin yetki unsuru hakkında olduğu gibi şekil unsuru bakımından da kanunun belirleyici rol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Buna göre birel işlemler ancak kanunun öngördüğü biçim ve usul kurallarına uygun olarak tesis edildiklerinde hukuka uygun sayılabileceklerdir. Bununla birlikte kanun koyucu, her bir birel işlem için mutlaka özel bir şekil unsuru belirlemek durumunda değildir. Bu gibi hallerde birel işlemin tesisi herhangi bir şekil kuralına tâbi olmayacak; ancak idare kendi takdir yetkisini sınırlayarak ya da doğrudan yasadan aldığı yetkiye dayanarak birel işlemlerin şekil unsuruyla ilgili düzenleme yapabilecektir. Bu son iki durumda kanun koyucunun iradesine aykırı bir durum söz konusu olmadığından ve kanun koyucu birel işlemin şekil unsurunu idareye yetki (takdir yetkisi&şekil unsurunu belirleme yetkisi) tanıyarak düzenlediğinden, kanunî idare ilkesine aykırılıktan da söz edilemeyecektir. Aksine işlemler ise yetki unsurunda olduğu gibi paralellik ilkesine tâbi olacak ve kaldırma, iptal etme, değiştirme işlemlerinin, kanunda farklı bir biçim/usul öngörülmemişse asıl işlemin şekil kurallarına bağlı olarak tesis edilmesi gerekecektir.

⁵¹³ YAYLA, syf.128, GÖZÜBÜYÜK, syf.218, “İdare Hukukunda yerleşmiş ilkelerden biri de usulde paralellik ilkesidir. Bu ilke ile bir işlemin tesisinde uygulanan usul ve esasların aynı işlemin geri alınmasında veya kaldırılmasında da uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.” Danıştay 6.D, E:2004/1462 K:2006/1872, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:03.05.2012.

⁵¹⁴ ÖZAY, Günışığında Yönetim, syf.649

C. Birel İşlemin Sebep Unsuru

Birel işlemin sebep unsuruyla kastedilen, idareyi birel işlem yapmaya sevkeden etkenlerdir.⁵¹⁵ Bu bağlamda sebep unsuru, adından da anlaşılacağı üzere idari işlemin sebebini yani gerekçesini⁵¹⁶ oluşturmakta; bir bakıma her idari işlem hakkında gündeme gelebilecek olan “*idare bu işlemi neden tesis etti?*” şeklindeki sorunun yanıtını teşkil etmektedir.

Her idari işlemin, bu kapsamda tüm birel işlemlerin bir sebebe dayanması zorunludur. Zira GÖZLER’in de belirttiği gibi, idarenin bir işlemi tesis edebilmesi için o konuda yetkili olması yeterli olmayacak; ayrıca o işlemi tesis etmesini gerektirecek bir sebebin de varlığı gerekecektir.⁵¹⁷ İdarenin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesini zorunlu kılan kanunî idare ilkesi ise, idarenin belli bir işlemi tesis edebilmesi için gerçekleşmesi gereken sebebin kanun koyucu tarafından tespit edilmesini gerekli kılmaktadır. Buna göre idarenin belli bir işlemi hangi fiilî ve/veya hukukî olguların gerçekleşmesi halinde tesis edeceğini, işlemin hangi gerekçeye dayanacağını münhasıran kanun koyucu belirleyecek;⁵¹⁸ kanun koyucunun belirlediği bu sebep dışında başka bir nedene dayalı olarak tesis edilen işlemler “sebep” unsuru bakımından hukuka aykırı sayılacaktır.

Birel işlemlerin sebep unsurunun kanun koyucu tarafından açık ve somut ibarelerle düzenlenmesi asıl olup; bu durum, idari işlemlerin hangi hallerde tesis edilebileceğini ilgililer açısından öngörülebilir kılacak ve böylece kanunî idare ilkesinin temel işlevi gerçekleşmiş olacaktır. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda yer alan disiplin suç ve cezalarına ilişkin hükümler bu niteliktedir. Anılan kanunun 125. maddesinde yer alan bu hükümlerde birel işlem türü olan her bir disiplin cezasının hangi

⁵¹⁵ GÖZÜBÜYÜK, syf.222

⁵¹⁶ GÖZÜBÜYÜK, syf.222

⁵¹⁷ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.768

⁵¹⁸ Her idari işlem bir nedene dayanmak zorunda olduğundan ve kanunî idare ilkesi gereğince bu neden kanunla belirleneceğinden; her idari işlem, kural olarak bir kanun hükmüne dayanacak ve dolayısıyla aksi ortaya konuluncaya kadar hukuka uygun sayılacaktır. Böylelikle kanunî idare ilkesi hukukumuzda geçerli olan “idari işlemlerin hukuka uygunluğu” karinesinin pozitif dayanağı haline gelmektedir. Benzer yönde ÖZAY, Günişığında Yönetim, syf.406, 407, KAYA, syf.207. “... idari işlem, aksi ispat edilinceye kadar hukuka ve dolayısıyla da kanuna uygun kabul edilir. Bunun bir çok nedenlerinden başlıcaları, idari işlemlerin kamu yararı için yapılması; idari işlemin yapılmasının hem yapanlar hem de içerik yönünden, önceden belirlenmiş kurallara tabi bulunmasıdır.” Nuri YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir, 1. Bası, İstanbul: Filiz, 2002, syf.88. “Kamu gücü kullanan idarenin kararları, kanunilik karinesinden yararlanarak icrai olma gücüne sahip olduğu gibi, re’sen icra edilebilme niteliği de taşır.” YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının ..., syf.5-6.

eylemlerin gerçekleşmesi durumunda tesis edileceği açık ve somut olarak öngörülerek disiplin cezası işlemlerinin sebep unsuru belirgin kılınmış ve bu konuda idareye herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Bu bağlamda bir idarenin bir Devlet memuruna 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin (A) bendinde yer alan hiç bir sebep gerçekleşmeden uyarma cezası verebilmesi mümkün bulunmamaktadır.⁵¹⁹

Bununla birlikte bazen kanun koyucu idari işlemlerin sebep unsurunu somut olmayan ve anlamı yoruma müsait kavramlarla belirleyebilmektedir. Bu çerçevede çeşitli kanun hükümlerinde kamu yararı,⁵²⁰ kamu düzeni,⁵²¹ genel sağlık,⁵²² lüzumu halinde⁵²³ gibi soyut kavramların birel işlemlerin sebep unsuru olarak gösterilmesine sıklıkla rastlanılmaktadır. Birel işlemin sebep unsurunun kanun koyucu tarafından bu gibi soyut kavramlarla ifade edilmesi söz konusu işlemin sebep unsurunun belirsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Zira soyut bir kavram hiç şüphesiz manâsız bir kavram değildir ve hukuk literatüründe (genel geçer şekilde olmasa da öğretide ve yargısal içtihatlarda genel kabul gören ortalama) bir anlam ifade etmektedir. O halde birel işlem ancak yasada gösterilen sebep unsurunun anlamı kapsamında kabul edilebilecek maddi veya hukuki bir olguya istinaden tesis edilebilecektir. Böyle bir olgunun varlığının ve bu olgunun işlemin sebep unsurunu oluşturan hukuki kavramın anlamı kapsamında olduğunun ortaya konulması yükümlülüğü ise hiç şüphesiz işlemi tesis eden idari makama ait olacaktır. Diğer bir ifadeyle bu konudaki görüşlerini benimsediğimiz GÖZLER'in belirttiği gibi, “... idarenin dayandığı somut olay veya durum, kanunun öngördüğü genel kavramın kapsamına sokulabilir, yani o kavramın altında

⁵¹⁹ Öte yandan aynı Kanun'un 124. maddesi idarenin 125. maddede belirlenen hallerde “disiplin cezası verebileceğini” değil “disiplin cezası vereceğini” hükme bağladığından; örneğimizden hareketle 125. maddenin (A) bendinde yer alan somut durumlardan herhangi birinin gerçekleşmesi halinde idarenin, ilgili memura uyarma cezası vermek dışında bir seçeneği, bu bağlamda uyarma cezası vermemek gibi bir imkânı da bulunmamaktadır. Aksi yönde KALABALIK, İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ..., syf.182, KAYA, syf.209

⁵²⁰ Örneğin 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 7. maddesi “Kamu yararının gerektirdiği hallerde, uygulama imar planı kararı ile deniz, göl ve akarsularda ekolojik özellikler dikkate alınarak doldurma ve kurutma suretiyle arazi elde edilebilir.” şeklindedir.

⁵²¹ Örneğin 5441 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 87. maddesinde “Kurul (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu), yayımlanması ülke ekonomisi ve kamu düzeni açısından sakıncalı olan denetleyici nitelikteki kararların yayımlanmamasına karar verebilir.” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır.

⁵²² Örneğin 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasının (c)-2 bendi uyarınca “Belge sahibi yatırımcı veya işletmeciyse, genel sağlık açısından tesisin vasıflarını önemli ölçüde yitirmiş olduğunun tespiti halinde üçbin Türk Lirası idari para cezası” verilecektir.

⁵²³ Örneğin 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasının C bendinde: “Yukardaki fıkralarda yazılı bütün memurların lüzumu halinde il içinde nakil ve tahvilleri mensup olduğu il idare şube başkanlarının inhası üzerine valiler tarafından icra edilmekle beraber mensup oldukları Bakanlıklar veya genel müdürlüklere sebepleriyle bildirilir.” hükmü yer almaktadır.

‘altlanabilir’ nitelikte olmalıdır.”⁵²⁴ Buna göre örneğin Kıyı Kanunu’nun 7. maddesine göre denizlerin doldurulması ve bu suretle arazi elde edilmesi işleminin sebep unsurunu “kamu yararı” oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu yönde tesis edilecek birel işlemi “ne gibi bir yararın gerekli kıldığı” ve “bu yararın özel kişi yahut kişileri değil de tüm toplumu ne şekilde ilgilendirdiği” işlemi tesis edecek idare tarafından ortaya konulmak durumundadır.

Bazı hallerde ise kanun, idarenin belli bir birel işlemi tesis etmeye yetkili olduğunu belirtmekte ama bu yetkinin hangi hallerde, hangi etkenlere dayalı olarak kullanılacağı konusunda görünürde herhangi bir hüküm sevketmemektedir. Bu duruma örnek oluşturan ve idari yargıda sıklıkla uygulama alanı bulan yasal normlardan biri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 76. maddesidir. Bu maddeye göre 657 sayılı Kanun’a tâbi olan kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya daha üst derecelerde, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabileceklerdir. Dikkat edileceği üzere bu hükümde 657 sayılı Kanun’a tâbi olan kurumların memurlarını naklen atayabilmeleri için herhangi bir maddi veya hukuki etken belirlenmiş değildir. Diğer bir ifadeyle yasa koyucu naklen atama işleminin sebep unsuru hakkında pozitif hüküm sevketmemiştir. Ancak idareye birel işlemin sebep unsuru konusunda takdir yetkisi verilen bu durum da, naklen atama işleminin sebep unsurunun belirsiz olduğu ve somut olaylarda bu belirlemeyi hiç bir kritere bağlı olmaksızın idarenin yapacağı anlamına gelmemektedir. Zira öğretide GÜNDAY’ın haklı olarak belirttiği gibi, “... idari işlemin sebep ve maksat unsurları arasında zorunlu bir bağ mevcut olup, kanunda sebebin hiç gösterilmemiş olması halinde bile, idari işlemin o işlemde beklenen amacı gerçekleştirmeyi mümkün ve gerekli kılacak bir sebebe dayanması zorunludur.”⁵²⁵ Bu bağlamda madem 657 sayılı Kanun’un 76. maddesinin sevk edilme amacı kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamaktır; o halde idare ancak bu spesifik amacın gerçekleşmesini mümkün kılacak fiili veya hukuki bir olguya istinaden söz konusu işlemi tesis

⁵²⁴ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.772

⁵²⁵ GÜNDAY, syf.142, Burada kastedilen maksat unsurunun sadece idari işlemlerin genel amacı olan “kamu yararı” şeklinde anlaşılmaması; bu gibi hallerde kamu yararının yanı sıra yasa hükmünün sevk edilme ve idareye birel işlem tesis etme yetkisi verme amacının diğer bir ifadeyle birel işlemin özel amacının da dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim GÜNDAY da “o işlemde beklenen amaç” ibaresiyle bunu kastetmektedir.

edebilecektir. Bu olgunun varlığının ve anılan özel amaca uygunluğunun ortaya konulması mükellefiyeti ise elbette yine idareye ait olacaktır.⁵²⁶

Kanımızca kanunda birel işlemin sebep unsurunun soyut kavramlarla gösterilmesi veya hiç gösterilmemesi hallerinde sebep unsurunun belirginleştirilmesini sağlayacak bir ölçüt olarak “elverişlilik” kavramından da yararlanılabilecektir. Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili 13. maddesinden hareketle Anayasa Mahkemesi ve öğreti tarafından geliştirilen ve 13. maddede yer alan “ölçülülük” koşulunun alt unsurlarından birini oluşturan “elverişlilik”, sınırlamada başvuru aracının sınırlamanın amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını⁵²⁷ ifade etmektedir. Elverişlilik ilkesi konumuza uyarlandığında ise, “*kanunda sebep unsurunun soyut kavramlarla ifade edildiği veya hiç belirtilmediği durumlarda, idarece birel işlemin sebep unsuru olarak gösterilecek maddi veya hukuki olgunun, kanunda idari işlem için öngörülen özel amacın gerçekleşmesini sağlamaya elverişli olması gerektiği*” söylenebilecektir. Bu bağlamda yasada birel işlemin sebep unsuru olarak soyut kavramlara yer verildiği hallerde bizzat bu kavramların kendisi (kamu düzeni, genel sağlık, kamu yararı ..vb) yasanın öngördüğü özel amacı oluşturmaktadır. Kanunda birel işlemin sebep unsurunun belirtilmediği hallerde de kanunun yorumlanması yoluyla yasa koyucunun anılan hükmü sevk etmekteki sâiki yani kanun hükmünün özel amacı (örneğin kamu hizmetinin düzgün ve verimli işlemlerini sağlamak gibi) tespit edilebilecektir. İşte her iki durumda da birel işlemin sebep unsuru, yasa koyucunun belirlediği özel amacın gerçekleşmesine katkı sağlayacak, bu amacın gerçekleşmesini temine yarayacak bir olgu olmak durumundadır. Aksi halde birel işlemin sebep unsuru

⁵²⁶ “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 76. maddesinin 1. fıkrasında; “...” hükmüne yer verilmiştir. Bu madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.” Danıştay 2.D, 25.01.2008, E:2007/3131 K:2008/329, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.05.2012. “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 76. maddesi ile memurların görev yerlerinin değiştirilmesi konusunda idarelere tanınan takdir yetkisinin kullanımının mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı olduğunu ve bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğunu da ayrıca vurgulamak gerekir.” Danıştay 5.D, 26.01.2009, E:2006/5349 K:2009/270, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.05.2012.

⁵²⁷ ÖZBUDUN, syf.104, TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.138, “Elverişlilik, getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını ... ifade etmektedir.” AYM, 27.10.2011 E:2010/71 K:2011/143, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.05.2012, “Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan, ‘elverişlilik ilkesi’, başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını ... ifade etmektedir.” AYM, 14.01.2010 E:2007/68 K:2010/2, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.05.2012.

bakımından hukuka aykırı sayılması ve yargı mercilerince iptali gündeme gelebilecektir.⁵²⁸

Sonuçta idari işlemin beş ögesinden birini oluşturan sebep unsuru da kanun koyucu tarafından belirlenmektedir. Zira kanunî idare ilkesi, idarenin görev ve yetkilerinin yasayla düzenlenmesini gerektirmektedir. İdarî işlemler ise idarenin görevlerini ifa ve yetkilerini icra araçlarından birisi, belki de en önemlisidir. Dolayısıyla idari işlemlerin ve bu kapsamda birel işlemlerin hangi etkenlere dayalı olarak ne zaman tesis edileceğini belirlemek yetkisi de kanun koyucuya ait olmalıdır. Kanun koyucu bu yetkisini birel işlemin sebep unsurunu açık ve belirgin ibarelerle belirleyerek kullanabileceği gibi soyut kavramlarla ya da herhangi bir pozitif kural öngörmeyip idareye takdir yetkisi tanıyarak da kullanabilecektir. Ancak bu son iki halde de işlemin sebep unsurunu idare dilediğinde belirleyemeyecek; işlemin, ancak kanunun özel amacına uygun şekilde, yasanın sevkedilme gayesine uygun sebeplerin varlığı durumunda tesis edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla birel işlemin sebep unsurunu şekillendiren, bir işlemin hangi hallerde tesis edilebilip hangi hallerde tesis edilemeyeceğini belirleyen, idarenin sebep unsurunun tespiti konusunda yetki sahibi olup olmayacağına ve olması halinde bu yetkinin sınırlarının ne olacağına karar veren kanun koyucunun istenci yani kanun ve kanuna eşdeğer diğer hukuk normları olacaktır.

D. Birel İşlemin Konu Unsuru

Konu, idari işlemin hukuk alanında meydana getirdiği neticedir.⁵²⁹ Diğer bir ifadeyle idari işlemin tesis edilmesi üzerine hukuk dünyasında meydana gelen değişiklik işlemin konusunu oluşturmaktadır. Örneğin vergi tarh işleminin konusu bir vergi mükellefinin vergi borçlusu durumuna sokulması, naklen atama işleminin konusu ise memurun görevli olduğu kurumun veya ilin değiştirilmesidir. Bu çerçevede konu unsuru idari işlemin sonucudur ve “işlemin tesisi üzerine ne oldu?” sorusuna verilecek yanıtı oluşturmaktadır.

⁵²⁸ “... davacının, Bölge Müdürlüğü görevinde başarısız veya verimsiz olduğu yolunda herhangi bir somut belirlemenin mevcut olmadığı, dolayısıyla, anılan Kanun’un 76. maddesinde öngörülen takdir yetkisine dayalı biçimde tesis edilen dava konusu işlemin, sebep unsuru yönünden hukuka aykırılık taşıdığı tartışmasıdır.” Danıştay 2.D, 25.01.2008, E:2007/3131 K:2008/329, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.05.2012.

⁵²⁹ ONAR, Cilt I, syf.311, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.805

Kanunî idare ilkesi, birel işlemin diğer unsurlarının olduğu gibi konu unsurunun da yasayla düzenlenmesini gerektirmektedir. Esasen idari işlemin hukuk dünyasında meydana getireceği değişiklik onun mahiyetiyle doğrudan ilgilidir. Dolayısıyla idareye birel işlem tesis etme yetkisi veren her kanun, verdiği yetkiyi tanımlarken onun hukuk alanında doğuracağı neticeyi yani birel işlemin konu unsurunu da belirlemiş olmaktadır.⁵³⁰ Bu bağlamda idarelerin kanunla belirlenen bu neticelerden başka bir sonuç doğuracak şekilde işlem tesis edebilmeleri mümkün bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, idari işlemin sebep unsuru ile konu arasında yakın bir ilişki vardır. Zira sebep unsuru idari işlemin sebebini, konu unsuru ise işlemin sonucunu oluşturduğundan; her iki unsur arasında bir sebep sonuç ilişkisinin, bir nedensellik bağlantısının bulunduğu tabîdir. Bu çerçevede kanunun belirlediği etkenin gerçekleşmesi halinde idarenin kanun tarafından belirlenen neticeyi meydana getirmesi gerekmektedir. Etkenle netice arasında uyumsuzluk olması halinde ise birel işlemin hukuka aykırılığı ve yargı kararıyla iptal edilmesi gündeme gelecektir.

Sebeb unsurunda olduğu gibi konu unsurunda da kanunun idareye takdir yetkisi tanıması ya da konu unsurunu düzenlerken açık ve belirgin ifadeler kullanmaktan kaçınması söz konusu olabilmektedir. Bu noktada üzerinde durulması gereken ilk husus, kanun koyucunun idareye birel işlem tesis etme yetkisi verirken işlemin hukuk dünyasında meydana getireceği neticeyi yani konu unsurunu, “hukuki öngörülebilirliği temin edecek” düzeyde belirgin kılması, idareye “hukuki öngörülebilirliği ortadan kaldıracak ölçüde” takdir yetkisi tanımaması gerektiğidir. Aksi durum işlemin hukuk alanında doğurduğu sonucun kanun tarafından değil, idare tarafından belirlendiği anlamına gelecektir ki; bunun, kanunî idare ilkesine uygun kabul edilebilmesine olanak bulunmamaktadır. Özellikle bir temel hak veya özgürlüğe kısıtlama getiren idari işlemlerin konu unsuru bakımından, kanunun idareye takdir yetkisi tanıma imkânının daha dar yorumlanması gerekmektedir. Nitekim benzer bir olayda kanunî idare ilkesine değinmemekle birlikte Anayasa Mahkemesi, idareye işlemin konu unsurunu belirleme konusunda oldukça geniş takdir yetkisi tanıyan yasa kuralını belirlilik ilkesine aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme, “*Yasa kuralı, ilgili*

⁵³⁰ “*İdarî işlemlerin konusu, önceden kanunlarla objektif ve genel bir şekilde tespit edilmiştir.*” GÖZLER, İdare Hukuku Cilt I, syf.806

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 bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar. ... İdari makamların Yasa’nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa’da gösterilmemiştir. Yasa’yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa’da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir. Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir. Yasakoyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.”⁵³¹ gerekçelerinden hareketle, ruhsatsız veya ruhsata aykırı şekilde yapı inşa eden kimselere 500.000 TL’den 25.000.000 TL’ye kadar para cezası verileceğini öngören ancak cezanın bu sınırlar içinde belirlenmesi bakımından objektif bir ölçüte yer vermeyerek, kişilerin mülkiyet hakkını sınırlama sonucu doğuran birel işlemin (imar para cezası işleminin) konu unsurunu belirleme noktasında idareye oldukça geniş takdir yetkisi tanıyan İmar Kanunu’nun 42. maddesi hükmünün iptaline karar vermiştir.

Yine kanun koyucu bazen birel işlemin sebep unsurunu belirlemekte ancak bu sebebin gerçekleşmesi halinde öngördüğü neticenin meydana getirilip getirilmemesi konusunda idareye takdir yetkisi tanımaktadır. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesinin 3. fıkrasında “Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları

⁵³¹ AYM, 17.04.2008 E:2005/5 K:2008/93, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:14.05.2012.

olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir” hükmü yer almaktadır. Buna göre alt ceza uygulanması yolunda tesis edilecek işlemin sebep unsuru açık ve kesin bir şekilde ifade edilmiş ancak söz konusu sebebin gerçekleşmesi durumunda idareye kanunda öngörülen neticeyi gerçekleştirip gerçekleştirilmemek konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Kanımızca idareye bu gibi hallerde tanınan yetki sınırsız değildir ve aynen sebep unsurunda olduğu gibi yasanın özel amacına uygun şekilde kullanılmak durumundadır. Bu örnekte bir disiplin kuralı olarak söz konusu yasa hükmünün, kamu hizmetinin yürütümünde olumlu davranışları bulunan memurlar ile diğerleri arasında bir farklılık oluşturarak kurum içinde olumlu davranışları teşvik etmeyi ve böylece kamu hizmetlerinin verimli bir şekilde yürütülmesini hedeflediği açıktır. O halde idarenin yasada öngörülen sebebin gerçekleşmesi durumunda bu özel amacı dikkate alarak hareket etmesi ve gerektiğinde bunu ortaya koyabilmesi gerekmektedir. Nitekim uygulamada Danıştay tarafından idarenin bu konudaki yetkisini kullanma şekli sorgulanmakta ve hukuki denetim kapsamı dışında bırakılmamaktadır.⁵³²

Bazı hallerde ise kanun koyucu birel işlemin konu unsurunu soyut ve hatta belirsiz kavramlarla ifade etmektedir. Bu gibi durumlarda kanun hükmünden hareketle idarenin hukuk dünyasında ne gibi değişiklikler yapabileceği konusunda tereddütler yaşanması olasıdır. Örneğin 5216 sayılı Kanun’un 9. maddesiyle yapılan atıf gereğince büyükşehir belediyeleri, büyükşehir belediyesinin sınırları kapsamında 2918 sayılı Kanun’un 12. maddesinde yer alan “*İl sınırları içinde mahalli ihtiyaç ve şartlara göre trafik düzeni ve güvenliğini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almak*” yetkisine sahip bulunmaktadır. Buna göre büyükşehir belediyelerinin bu madde gereğince tesis edebilecekleri işlemin konusunu “gerekli tedbirleri almak” oluşturmakta; ancak bu tedbirlerin somut olarak neler olabileceği hususunda yasada açıklık bulunmamaktadır.

⁵³² “Olayda davacının 2 gün göreve gelmediği ve bu eyleminin disiplin suçu oluşturduğu açık ise de, dava konusu işlem tesis edilirken yukarıda anılan kural uyarınca davacının geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları ve sicilleri değerlendirilerek bir alt ceza verilip verilemeyeceğinin tartışılmadığı görülmektedir. Bu durumda disiplin cezası verilirken davacının geçmiş hizmetleri ve sicilleri değerlendirilerek ceza tayinine gidilmesi gerekirken, bu yapılmadan verilen cezada hukuka uyarlık bulunmadığından aksi yöndeki idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.” Danıştay 8.D, 05.10.2005, E:2004/3009 K:2005/3910, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:14.05.2012.

Yukarıdaki örnekte olduğu gibi kanunda konu unsuru hakkında açıklık bulunmaması nedeniyle idarenin konu unsurunu doğrudan kendisinin belirleyebileceği, örneğin “gerekli tedbirler” kavramı kapsamında her türlü işlemi tesis edebileceği elbette savunulamayacaktır. Kanımızca bu gibi durumlarda da “elverişlilik” kriterinden hareketle birel işlemin konu unsuru belirgin kılınmalı ve işlemle kanun arasında bağlantı sağlanmalıdır. Buna göre kanun hükmüyle idareye yetki tanınmasının arkasında yatan olgu, diğer bir ifadeyle bu yetkinin tanınmasının amacı ne ise, hukuk dünyasında meydana getirilecek değişikliğin bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olması ve yargılama esnasında bu elverişlilik durumunun idarece ortaya konulması zorunludur. Dolayısıyla büyükşehir belediyeleri, 5216 sayılı Kanun’un 9. maddesi ile 2918 sayılı Kanun’un 12. maddesi kapsamında sahip oldukları yetkiden hareket ederek *trafik düzeni ve güvenliğini sağlamak* açısından elverişli olmayan tedbirleri alamayacaklar, alsalar bile bu tedbirler anılan yasa hükmüne uygun olan “gerekli tedbirler” kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu kapsamda idarenin mesela anılan yasal düzenlemelerden hareket ederek belediye sınırları içerisindeki araçların renklerini belirleyecek bir işlem tesis edebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Zira araçların renklerinin *trafik düzeni ve güvenliği* ile bir ilgisinin bulunmadığı, dolayısıyla bu tedbirin *trafik düzeni ve güvenliğini sağlamak* açısından elverişli bir tedbir olmadığı açıktır.

Bu konuyla ilgili bulunan bir olayda İstanbul Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 7. ve 9. maddelerinde kendisine tanınan yetkiden hareket ederek, hukuk alanında meydana getirdiği netice “*İstanbul genelindeki alışveriş ve ticaret merkezi gibi yerlerin binaya ait hizmet otoparklarına gelen müşterilerden ilk üç saate kadar ücret alınmaması, ilk üç saat dışında alınabilecek ücretin ise İstanbul Büyükşehir Belediyesi Tarife Komisyonu’nca belirlenen ücret oranında alınması*” olan bir idari işlem tesis etmiştir. Bu işlemin iptali istemiyle açılan davalardan birinde,⁵³³ ilk derece idare mahkemesi konuyu kanunî idare ilkesi açısından ele almış ve bu ilkedan hareketle işlemin iptaline karar vermiştir. Konuyla doğrudan ilgili olması nedeniyle oldukça uzun olmasına karşın tamamına yakını alıntılarımız söz konusu kararda şu tespitlere yer verilmiş

⁵³³ Aynı işlemin iptali istemiyle farklı davacılar tarafından ayrı ayrı davalar açılmıştır. Bu davalardan bazıları İstanbul 1. İdare Mahkemesi’nin E:2007/1292, İstanbul 2. İdare Mahkemesi’nin E:2007/1402, İstanbul 3. İdare Mahkemesi’nin E:2007/979 sayılı dosyalarında açılan davalardır.

bulunmaktadır: “5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun büyükşehir belediyesinin görev, yetki ve sorumluluklarını belirleyen 7. maddesinin (f) bendinde; ‘Büyükşehir ulaşım ana plânını yapmak veya yaptırmak ve uygulamak; ulaşım ve toplu taşıma hizmetlerini plânlamak ve koordinasyonu sağlamak; kara, deniz, su ve demiryolu üzerinde işletilen her türlü servis ve toplu taşıma araçları ile taksi sayılarını, bilet ücret ve tarifelerini, zaman ve güzergâhlarını belirlemek; durak yerleri ile karayolu, yol, cadde, sokak, meydan ve benzeri yerler üzerinde araç park yerlerini tespit etmek ve işletmek, işlettmek veya kiraya vermek; kanunların belediyelere verdiği trafik düzenlemesinin gerektirdiği bütün işleri yürütmek’, büyükşehir belediyesinin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Aynı Kanun’un ‘Ulaşım Hizmetleri’ başlığını taşıyan ve ulaşım koordinasyon merkezlerinin kuruluşu ile görev ve yetkilerini düzenleyen 9. maddesinde, ‘Büyükşehir içindeki kara, deniz, su, göl ve demiryolu üzerinde her türlü taşımacılık hizmetlerinin koordinasyon içinde yürütülmesi amacıyla, büyükşehir belediye başkanı ya da görevlendirdiği kişinin başkanlığında, yönetmelikle belirlenecek kamu kurum ve kuruluş temsilcilerinin katılacağı Ulaşım Koordinasyon Merkezi kurulur. ... Bu kanun ile büyükşehir belediyesine verilen trafik hizmetlerini plânlama, koordinasyon ve güzergâh belirlemesi ile taksi, dolmuş ve servis araçlarının durak ve araç park yerleri ile sayısının tespitine ilişkin yetkiler ile büyükşehir sınırları dahilinde il trafik komisyonunun yetkileri ulaşım koordinasyon merkezi tarafından kullanılır. Ulaşım koordinasyon merkezi kararları, büyükşehir belediye başkanının onayı ile yürürlüğe girer. Ulaşım koordinasyon merkezi tarafından toplu taşıma ile ilgili alınan kararlar, belediyeler ve bütün kamu kurum ve kuruluşlarıyla ilgililer için bağlayıcıdır. Koordinasyon merkezinin çalışma esas ve usulleri ile bu kurullara katılacak kamu kurum ve kuruluş temsilcileri, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. Büyükşehir belediyelerine bu Kanun ile verilen görev ve yetkilerin uygulanmasında, 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun bu kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.’ hükmüne yer verilmiştir.

5216 sayılı Kanun’un 9. maddesinde büyükşehir sınırları dahilinde Ulaşım Koordinasyon Merkezleri tarafından kullanılacağı belirtilen ‘il trafik komisyonu

yetkileri' ise, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 12. maddesinin (b) bendinde, '1. İl sınırları içinde mahalli ihtiyaç ve şartlara göre trafik düzeni ve güvenliğini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almak, 2. Trafiğin düzenli bir şekilde akımını sağlamak bakımından alt yapı hizmetleri ile ilgili tedbirleri almak, trafikle ilgili sorunları çözümlmek, bütün ülkeyi ilgilendiren Trafik Güvenliği Yüksek Kurulunun müdahalesini gerektiren hususları İçişleri Bakanlığına iletmek, 3. Karayolu taşımacılığına ait mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere, trafik düzeni ve güvenliğı yönünden belediye sınırları içinde ticari amaçla çalıştırılacak yolcu ve yük taşıtları ile motorsuz taşıtların çalışma şekil ve şartları, çalıştırılabileceğı yerler ile güzergahlarını tespit etmek ve sayılarını belirlemek, 4. Gerçek ve tüzelkişiler ile resmi ve özel kurum ve kuruluşlara ait otopark olmaya müsait boş alan, arazi ve arsaları geçici otopark yeri olarak ilan etmek ve bunların sahiplerine veya üçüncü kişilere işletilmesi için izin vermek ve 5. Bu Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görevleri yapmak.' şeklinde belirtilmiş bulunmaktadır.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 8. ve 9. maddelerine dayanılarak çıkarılan ve 15.06.2006 günlü, 26199 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri Yönetmeliğı'nin 18. maddesinde ise, kanunlarla ulaşım koordinasyon merkezlerine verilen yetkilere açıklık getirilmiştir. Söz konusu maddede; 'Ulaşım Koordinasyon Merkezi'nin (UKOME), büyükşehir içindeki kara, deniz, göl, nehir, kanal ve demiryolu üzerinde her türlü taşımacılık hizmetlerinin koordinasyon içinde yürütülmesini sağlamak üzere; ulaşım, trafik ve toplu taşıma konularında üst düzeyde yönlendirici karar alma, uygulama, uygulatma ve ilgili mevzuattaki usulüne göre gereken tesisleri kurma, kurdurma ve işletme hak ve yetkilerine haiz olduğı; bu amaçla, a) Büyükşehir Belediyesinin sınırları içinde, mevzuatla yetkili kılındığı durumlarda mahallî ihtiyaç ve şartlara göre trafik düzeni ve güvenliğini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almakla, b) Büyükşehir belediye ve mücavir alan sınırları içinde nazım plan çerçevesinde, arazi kullanım ve ulaşım planlama çalışmalarıyla büyükşehir ulaşım planını yapmak, yaptırmak, uygulamak ve uygulatmak için gereken karar ve tedbirleri almakla, c) Trafiğin düzenli bir şekilde akımını sağlamak bakımından alt yapı hizmetleri ile ilgili tedbirleri almak, trafikle ilgili sorunları çözümlmek, trafikle ilgili olarak ülkeyi ilgilendiren veya

mevzuat değişikliği gerektiren hususları İçişleri Bakanlığına iletmekle, ç) Kara, deniz, göl, nehir, kanal ve demiryolu üzerinde işletilen her türlü servis ve toplu taşıma araçları ile taksi sayılarını, bilet ücret ve tarifelerini, zaman ve güzergâhlarını belirlemek; otobüs, taksi, dolmuş ve servis durak yerleri ile karayolu, yol, cadde, sokak, meydan ve benzeri yerler üzerinde araç park yerlerini tespit etmek, gerçek ve tüzel kişiler ile resmi ve özel kurum ve kuruluşlara ait otopark olmaya müsait boş alan, arazi ve arsaları geçici otopark yeri olarak ilan etmek ve bunların sahiplerine veya üçüncü şahıslara işletilmesi için izin vermek, izin verilen otoparklar ile karayolu üzerindeki diğer park yerlerinde özörlüler için işaretlerle belirlenmiş bölümler ayrılmasını sağlamakla, d) Karayolu taşımacılığına ait mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere, trafik düzeni ve güvenliği yönünden belediye sınırları içinde ticari amaçla çalıştırılacak yolcu ve yük taşıtları ile motorsuz taşıtların çalışma şekil ve şartları ile bu taşıtların teknik özelliklerini tespit etmek, çalıştırılabileceği yerler ile güzergâhlarını tespit etmek ve sayılarını belirlemek, bunlara izin ve çalışma ruhsatı vermekle, ... g) Büyükşehir belediyesinin sınırları içinde kalan karayollarının bir kısmının veya tamamının yoldan faydalananların bir kısmına veya tamamına kapatılmasına, park edilecek yerler ile zaman ve süresinin ve araçların geliş ve gidiş yollarının ve yollara konulacak trafik işaretlerinin yerlerinin belirlenmesine karar vermekle, ğ) Büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun belirlediği sınırlar içinde araçların kullanacağı şeritleri ve yol kullanım esaslarını tespit etmek ve gerekli yasakları koymak, gerekli hal ve yerlerde en çok ve en az hız limitlerini belirlemekle görevli ve yetkili bulunduğu' hükme bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Müdürlüğü'nün 29.01.2007 tarihli raporunda 'İstanbul genelinde ulaşım ve trafiğin yoğun olduğu, otopark sorununun yaşandığı bölgelerdeki, merkezi iş alanları, alışveriş merkezleri, ticaret merkezlerine ait hizmet otoparkı olarak düzenlenen otoparkların, ücretsiz hizmet vermesi gerekirken bazı otoparklara bariyer konularak ücret alındığı görölmüştür. Yapılan araştırmalarda bazı alışveriş merkezlerinde aracın otoparka girdiğı andan itibaren ücret alınırken, bazılarında ise belli bir süre için (1-2 saat) ya da bir ürün alındığının belgelenmesi koşuluyla ücret alınmadığı tespit edilmiştir. Bu otoparkların hizmet otoparkı olduğu, ücret alınmaması

gerektiği bildirildiğinde ise müşteri olmayan bazı kişilerin araçlarını otoparka bırakarak 1-2 ay gibi uzun zaman almadıklarını ve kendi müşterilerine yer kalmadığını, bu nedenle yaşanan kötü tecrübe ile bariyerli ücret sistemi oluşturdıklarını bildirmişlerdir.” saptamalarına yer verildiği; yine aynı raporda bu saptamalar gerekçe gösterilerek ‘İstanbul genelindeki Alışveriş Merkezi-Ticaret Merkezi gibi yerlerin binaya ait hizmet otoparklarından, gelen müşterilerden ilk 3 saate kadar ücret alınmamasının, bu nedenle İstanbul sınırları içinde bulunan her tür Alışveriş Merkezi-Ticaret Merkezi gibi binalara ait hizmet otoparklarındaki keyfi uygulamanın önüne geçilmesinin, şayet ücret alınacaksa bile ilk 3 saat müşteri olarak gelenlerden ücret alınmamasının UKOME’de görüşülmesinin’ teklif edildiği; bu doğrultuda 30.01.2007 tarihinde toplanan İstanbul Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi tarafından ‘ilk üç saate (0-3 saat) kadar ücret alınmamasına, ilk üç saat dışında alınabilecek ücretin ise İstanbul Büyükşehir Belediyesi’nin tarife komisyonunca belirlenen ücret oranında olmasına, bu hususta hazırlanacak bilgilendirme levhalarının otopark girişlerine, otoparkın boş/dolu olup olmadığını belirten bilgi sistemi ile beraber konulmasına’ karar verildiği; İstanbul Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi’nin anılan kararının iptali istemiyle de bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İdare Hukukuna hakim olan temel prensiplerden biri olan ve dayanağını Anayasa’nın 123. maddesinde bulan ‘kanuni idare ilkesi’ gereğince, idarenin belli konularda faaliyette bulunabilmesi için mutlaka kanuni bir yetkiye sahip olması gerekmektedir. Bu husus yerel yönetimler açısından ayrıca, Anayasa’nın 127. maddesinde de vurgulanmış bulunmaktadır. Bu çerçevede idarenin kanunda öngörülme-yen bir yetkiyi kullanabileceğinin kabulü hukuken olanaklı değildir.

5216 sayılı Kanun ile 2918 sayılı Kanun’un yukarıda aktarılan hükümleri uyarınca büyükşehir belediyelerinin ve bu çerçevede büyükşehir belediyeleri bünyesinde kurulan ulaşım koordinasyon merkezlerinin ulaşım, trafik ve toplu taşıma konularında bir takım yetkilere sahip bulundukları konusunda duraksamaya yer yoktur. Nitekim, ulaşım, trafik ve toplu taşıma ile ilgili bu yetkilerden bir kısmı kanun hükümlerinde somut ve açık bir şekilde belirtilmiş bulunmaktadır. (Büyükşehir belediyeleri ile ulaşım

koordinasyon merkezlerinin ‘büyükşehir ulaşım ana plânını yapmak veya yaptırmak ve uygulamak; ulaşım ve toplu taşıma hizmetlerini plânlamak ve koordinasyonu sağlamak; kara, deniz, su ve demiryolu üzerinde işletilen her türlü servis ve toplu taşıma araçları ile taksi sayılarını, bilet ücret ve tarifelerini, zaman ve güzergâhlarını belirlemek; durak yerleri ile karayolu, yol, cadde, sokak, meydan ve benzeri yerler üzerinde araç park yerlerini tespit etmek ve işletmek, işlettirmek veya kiraya vermek’, ‘trafik düzeni ve güvenliği yönünden belediye sınırları içinde ticari amaçla çalıştırılacak yolcu ve yük taşıtları ile motorsuz taşıtların çalışma şekil ve şartları, çalıştırılabileceği yerler ile güzergâhlarını tespit etmek ve sayılarını belirlemek; gerçek ve tüzel kişiler ile resmi ve özel kurum ve kuruluşlara ait otopark olmaya müsait boş alan, arazi ve arsaları geçici otopark yeri olarak ilan etmek ve bunların sahiplerine veya üçüncü kişilere işletilmesi için izin vermek’ konularında yetkili olduklarının açık yasal düzenlemeler ile hükme bağlanması gibi -5216 sayılı Kanun m.7/f ve 2918 sayılı Kanun m.12/b-)

Bununla birlikte büyükşehir belediyeleri ile ulaşım koordinasyon merkezlerinin ulaşım, trafik ve toplu taşıma konularındaki yetkilerinin, kanun hükümlerinde açık ve somut bir şekilde belirtilen bu yetkilerle sınırlı olmadığı da açıktır. Çünkü kanun koyucu büyükşehir belediyeleri ile ulaşım koordinasyon merkezlerinin görev ve yetkilerini sayarken sınırlayıcı bir metot izlememiş; ‘il sınırları içinde mahalli ihtiyaç ve şartlara göre trafik düzeni ve güvenliğini sağlamak amacıyla **gerekli** tedbirleri almanın’, ‘trafiğin düzenli bir şekilde akımını sağlamak bakımından alt yapı hizmetleri ile ilgili tedbirleri almanın’ ve ‘trafikle ilgili sorunları çözümlemenin’ büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde ulaşım koordinasyon merkezlerinin yetkileri arasında bulunduğunu düzenleme altına almıştır. (5216 sayılı Kanun m.9 ve 2918 sayılı Kanun m.12)

Buna karşın, ‘belediye sınırları içerisindeki alışveriş ve ticaret merkezi otoparklarından ne kadar süreyle ve hangi tutarda ücret alınacağını belirleme’ konusunda, büyükşehir belediyeleri ile ulaşım koordinasyon merkezlerinin görev ve yetkilerini düzenleyen kanunlarda ve yine 5216 sayılı Kanun’un 9. maddesinin uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri Yönetmeliği’nde, ulaşım koordinasyon merkezlerine verilen açık bir yetki bulunmamaktadır. Bu durumda ulaşım koordinasyon merkezlerinin ‘otoparklardan

cret alınıp alınmayacağını ya da ne kadar süreyle ve hangi tutarda ücret alınacağını belirleyebileceklerinin' kabulü **ancak**; 5216 sayılı Kanun'un 9. ve 2918 sayılı Kanun'un 12. maddesi çerçevesinde böyle bir yetkinin, 'mahalli ihtiyaç ve Şartlara göre trafik düzeni ve güvenliğini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almak' veya 'trafikle ilgili sorunları çözümlemek' kapsamında kabul edilebilmesine bağlı olacaktır.

Dava konusu kararın ve dayanağı 29.01.2007 tarihli raporun incelenmesinden, dava konusu işlemin tesis edilmesine gerekçe olarak 'İstanbul genelinde ulaşım ve trafiğin yoğun olduğu, otopark sorununun yaşandığı bölgelerdeki merkezi iş alanları, alışveriş merkezleri, ticaret merkezlerine ait hizmet otoparkı olarak düzenlenen otoparkların, ücretsiz hizmet vermesi gerekirken, bazı otoparklara bariyer konularak ücret alınmasının' gösterildiği anlaşılmaktadır. Ancak gerek dava konusu kararda, gerekse dayanağı olan raporda, merkezi iş alanları, alışveriş merkezleri ve ticaret merkezlerine ait otoparklardan ücret alınmasının trafik, ulaşım ya da toplu taşıma yönünden ne tür bir sakınca oluşturduğu yine bu otoparklardan ilk 3 saate kadar ücret alınmaması ve 3. saatten sonra İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nce belirlenecek tarife gereğince ücret alınmasının; trafik, ulaşım ya da toplu taşıma yönünden nasıl bir avantaj sağlayacağı, başka bir anlatımla bu durumun trafikle ilgili mevcut sorunları nasıl zmleyeceği hususlarına yer verilmediği ve bu konuda yapılan somut herhangi bir tespitin bulunmadığı görülmektedir.

Davalı idare savunmasında, 'otopark konusunun tabiatı gereği ulaşım ve trafikle doğrudan ilgili olduğunu' ileri sürerek; dava konusu UKOME kararının, 5216 sayılı Kanun'la ulaşım koordinasyon merkezlerine verilen yetki çerçevesinde alındığını belirtmektedir.

Otopark konusunun ulaşım ve trafik konularıyla yakın bir ilişki içerisinde olduğu açık bulunmaktadır. Nitekim bu ilişki bizzat kanun koyucu tarafından kabul edilmiş ve 5216 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, 'karayolu, yol, cadde, sokak, meydan ve benzeri yerler üzerinde araç park yerlerini tespit etmek ve işletmek, işlettirmek veya kiraya vermek', büyükşehir belediyesinin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Ancak 'otopark olarak işletilen yerlerden ücret alınıp alınmayacağının ve hangi tutarda ücret alınacağının belirlenmesi' Şeklindeki bir yetkiye büyükşehir belediyeleri ile ulaşım

koordinasyon merkezlerinin görev ve yetkilerini düzenleyen kanun hükümlerinde yer verilmediği gibi; otoparklardan ücret alınıp alınmaması ile hangi miktarda otopark ücreti alınacağı konularının tabiatı gereği ulaşım ve trafik ile doğrudan ilgili olduğunun kabulüne de olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, alışveriş ve ticaret merkezlerine ait otoparklardan ücret alınmasının **trafik, ulaşım ya da toplu taşıma** yönünden nasıl bir sakınca oluşturduğu konusunda somut herhangi bir tespit yapılmaksızın; salt ‘otopark konusunun tabiatı gereği ulaşım ve trafik ile doğrudan ilgili olduğu’ndan bahisle tesis edilen dava konusu UKOME kararında, 5216 sayılı Kanun’un 7. ve 9. maddeleri karşısında hukuka uyarlık görülmemiştir. ...”⁵³⁴

Görüleceği üzere mahkeme, İstanbul Büyükşehir Belediyesi’nin 5216 ve 2918 sayılı Kanunlar’dan kaynaklanan “İl sınırları içinde mahalli ihtiyaç ve şartlara göre

⁵³⁴ İstanbul 2. İdare Mahkemesi, 27.03.2009, E:2007/1402 K:2009/566. Karar yayınlanmamıştır. Kalın yazılı kısımlar kararın orijinalinde bu şekilde yazılmıştır. Ayrıca söz konusu kararın devamında şu gerekçelere de yer verilmiş bulunmaktadır: “Kaldı ki dava konusu UKOME kararı, büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde bulunan bütün alışveriş ve ticaret merkezleri bakımından geçerli olacak şekilde genel nitelikte tesis edilmiştir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun geçici 2. maddesi gereğince İstanbul il mülki sınırının tamamını kapsayan İstanbul Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisindeki her bir alışveriş ve ticaret merkezinin farklı konumda bulunduğu tartışmasızdır. Bu durumda ‘bulunduğu bölgeye ve o bölgede günün farklı saatlerinde yaşanan trafik yoğunluğuna, aralarında yer aldığı ulaşım akslarına, büyüklüğüne ve müşteri sirkülasyonuna’ göre her bir alışveriş merkezinin farklı özellikler taşıyacağı ve bu çerçevede her bir alışveriş merkezinin ulaşım ve trafiğe olan etkisinin farklı olacağı açıktır. Bu durumda ‘alışveriş ve ticaret merkezi otoparklarından ücret alınıp alınmayacağı ve alınacak ücretin süresi ile miktarının tespit edilmesi’nin kanunla UKOME’ye verilen yetkiler arasında olduğu kabul edilse dahi; bu yetki ancak her bir alışveriş merkezi bakımından, o alışveriş merkezinin kendine özgü koşulları ile ulaşım ve trafik açısından doğurduğu sakıncalar dikkate alınmak suretiyle kullanılabilir. Dolayısıyla büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde bulunan alışveriş ve ticaret merkezlerinin tamamını kapsayacak şekilde tesis olunan dava konusu işlemle ulaşım ve trafiğe ilişkin olarak davalı idareye verilen yetkilerin kullanıldığı kabulü, bu nedenle de mümkün bulunmamaktadır. Her ne kadar davalı idare tarafından ‘İstanbul İmar Yönetmeliği ve İstanbul Otopark Yönetmeliği’ hükümleri gereğince ticaret ve alışveriş merkezlerine ait otoparkların ticari otopark değil, hizmet otoparkı olduğu; bu otoparkların ticari amaçla işletilemeyeceği ve alışveriş merkezlerinde bulunan işyerlerinin, müşterilerine ücretsiz otopark ayırmak zorunda oldukları’ ileri sürülmekte ise de; bu hususlar, trafik, ulaşım ya da toplu taşıma ile olan bağlantıları ortaya konulmaksızın, tek başına dava konusu UKOME kararına dayanak oluşturamayacaklardır. Nitekim anılan hususlar sebebiyle, işyeri açma ve çalışma ruhsatı bulunmadığı halde ticari otopark olarak işletilen otoparkların ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde faaliyetlerinden men edilmeleri gerekeceği; yine hizmet otoparkı olmasına rağmen iş yeri açma ve çalışma ruhsatı alarak ticari amaçla faaliyet gösteren otoparklar bakımından ise davalı idarenin, söz konusu otoparklara ait ruhsatların iptali istemiyle dava açabileceği tabiidir. Fakat aynı hususların; trafik, ulaşım ya da toplu taşıma ile olan ilgileri ortaya konulmaksızın ve bu yönde somut bir tespit yapılmaksızın, 5216 sayılı Kanun’un 7. ve 9. maddeleri ile 2918 sayılı Kanun’un 12. maddesinden kaynaklanan yetkilerin kullanılmasının gerekçesi olarak kabul edilebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Buna göre 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 7. ve 9. maddeleri, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 12. maddesi ile Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri Yönetmeliği’nin 18. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; merkezi iş alanları, alışveriş merkezleri ve ticaret merkezlerine ait otoparklardan ücret alınmasının **trafik, ulaşım ya da toplu taşıma** yönünden nasıl bir sakınca oluşturduğu ve bu otoparklardan ilk 3 saate kadar ücret alınmamasının, 3 saatten sonra ise İstanbul Büyükşehir Belediyesi’nce belirlenecek tarife gereğince ücret alınmasının **trafik, ulaşım ya da toplu taşıma** açısından nasıl bir avantaj sağlayacağı konularında herhangi bir araştırmaya, somut herhangi bir bulguya dayanılmaksızın, büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde bulunan alışveriş ve ticaret merkezlerinin tamamını kapsayacak şekilde tesis olunan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”

trafik düzeni ve güvenliğini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almak” yetkisini kullanırken ancak yasada belirlenen amacı gerçekleştirmeye yani trafik düzenini ve güvenliğini sağlamaya elverişli hukukî sonuçlar doğurabileceğini belirtmiş; haklı olarak işlemin tesisi üzerine doğan hukuki sonucun bu nitelikte olup olmadığının ve işlem tesis edilirken bu durumun idarece dikkate alınıp alınmadığının ispat külfetini davalı belediyeye yüklemiş ve alınan tedbirle trafik düzeni arasında bağlantı (elverişlilik ilişkisi) kurulabilmesini Anayasa’nın 123. maddesinde düzenlenen kanunî idare ilkesinin gereği saymıştır.

Ne var ki, İstanbul 2. İdare Mahkemesi’nin yukarıda alıntılarladığımız ve isabetli bulduğumuz kararındaki değerlendirmeler Danıştay tarafından uygun görülmemiş ve söz konusu karar, *“Alışveriş ve ticaret merkezleri gibi özellikle halkın yoğun olarak kullandığı, umuma açık nitelikteki yerlerde, müşteri olarak gelen ve yalnızca belirli bir süre için otopark ihtiyacı söz konusu olan kişilerin bu ihtiyaçlarının binaya ait hizmet otoparklarından karşılanması noktasında bir ücretlendirmeye gidilmesinin, binaya ait hizmet otoparklarının tercih edilmeyerek çevre trafiğinin olumsuz etkilenebilmesi sonucunu doğurabileceği dikkate alındığından, olayın ulaşım ve trafikle yakından ilgili olduğu, bu nedenle de UKOME’nin bu konudaki düzenleyici nitelikte kararlar almakla görevli ve yetkili olduğu tartışmasızdır. ... alışveriş merkezlerine müşteri olarak gelenlerin otopark ihtiyaçlarının, esas itibarıyla ticari amaç güdülmeksizin ve ücretsiz olarak bina içinde veya parselinde karşılanması gerekmekte olup, söz konusu otoparkların zaman kısıtlaması olmaksızın tamamen ücretsiz olmasının ise amacına aykırı kullanımlara yol açarak kısa süreli otopark yerinin giderek azalması sonucunu doğuracağı, bu durumda da trafiğin yine olumsuz olarak etkileneceği dikkate alındığında, bu sakıncayı da göz ardı etmeyecek bir şekilde, İstanbul genelindeki alışveriş, ticaret merkezi gibi yerlerin binaya ait hizmet otoparklarına gelen müşterilerden ilk üç saate kadar ücret alınmaması, ilk üç saat dışında alınabilecek ücretin ise 5393 sayılı Yasanın .. 18/f maddesinden kaynaklanan yetkiye dayalı ve kamu yararına uygun olarak İstanbul Büyükşehir Belediyesinin tarife komisyonunca belirlenen ücret oranında alınması yönünde tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir. Bu durumda, dava konusu işlemin iptali yönünde verilen İdare*

Mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır”⁵³⁵ gerekçelerinden hareketle bozulmuştur. Ancak görüldüğü üzere Danıştay, İdare Mahkemesi kararındaki “işleme trafik düzeni arasında bir bağlantı, bir elverişlilik ilişkisi” arayan gerekçeyi hukuka aykırı bulmamış, hatta bu gerekçeye katılmıştır. Danıştay sadece (İdare Mahkemesi’nden farklı olarak) elverişlilik durumunun idare tarafından ortaya konulmasını istemek yerine, kendi değerlendirmelerinden yola çıkarak haricen bu ilişkiyi tespit etme yolunu tercih etmiş ve ilişkinin varlığına kanaat getirmesi nedeniyle İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görmemiştir.⁵³⁶ Şu halde örnek olayda hem ilk derece idare mahkemesince hem de Danıştay’ca, kanunun verdiği yetki doğrultusunda alınacak tedbirin yani işlemin konu unsurunun kanunda öngörülen amacın gerçekleştirilmesine elverişli olması aranmış ve söz konusu elverişlilik hali, işlemin hukuka uygunluğunun kriterlerinden biri olarak kabul edilmiştir.

Buna göre idari işlemin konu unsurunun kanunda açık ve belirgin ifadelerle somut olarak belirtilmediği hallerde idareler, ancak kanunda o işlem için öngörülen özel amacın yani idareye o konuda işlem yapma yetkisi verilerek ulaşılmak istenen hedefin gerçekleşmesine **elverişli olan** neticeleri gerçekleştirebileceklerdir. Örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 9. maddesi ile belediyelere tanınan “*Mahallenin ve muhtarlığın ihtiyaçlarının karşılanması ve sorunlarının çözümü için bütçe imkânları ölçüsünde gerekli aynî yardım ve desteği sağlama*” yetkisini kullanan bir belediye, ancak maddede öngörüldüğü üzere *mahallenin ve muhtarlığın ihtiyaçlarının karşılanmasına ve*

⁵³⁵ Danıştay 8.D., 23.11.2009, E:2009/5562 K:2009/6909. Karar yayınlanmamıştır.

⁵³⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki, **idarenin somut olaydaki yetkisinin dayanağını 5393 sayılı Kanun’un 18/f maddesinde bulması nedeniyle de Danıştay bozma kararına katılabilmemiz mümkün değildir.** Zira 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 18/f maddesine göre belediye meclisleri, “Kanunlarda vergi, resim, harç ve katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı hizmetler için uygulanacak hizmet tarifesini belirlemek” yetkisine sahiptir. Bu maddede geçen “ilgililerin isteğine bağlı olarak sunulacak hizmetler” ibaresiyle kastedilenin belediyelerce sunulacak hizmetler olduğu, maddenin özel kişi ya da kuruluşlarca sunulacak ticari amaçlı hizmetleri kapsamadığı açıktır. Aksi durum özel teşebbüslere ait hizmetlerin tamamının fiyatlarının belediye meclislerince belirlenebileceği anlamına gelecektir ki, anılan maddeyle kanun koyucunun murâd ettiği hususun bu olmadığı açıktır. Nitekim maddenin başlangıç kısmında belirtilen “vergi, resim, harç ve katılma payı konusu yapılmayan” ibaresi de kanaatimizi teyit etmektedir. Çünkü ancak kamusal nitelik taşıyan hizmetler için söz konusu malî külfetlere katlanılması gerekebilecektir. Kanımızca örnek olayda kanunî idare ilkesi gereğince idarenin işlem yapma yetkisinin kaynağı 5216 sayılı Kanun’un 7. ve 9. maddeleri ile bu maddelerin yaptığı yollama nedeniyle 2918 sayılı Kanun’un 12. maddesidir. Bu maddeler gereğince yapılan işlemin kanunî idare ilkesine ve dolayısıyla hukuka uygunluğu, işlemin konu unsurunun yani hukuk dünyasında meydana getirdiği neticenin kanun tarafından öngörülmesine bağlıdır. İşlemin konusunun idare tarafından belirlenmeyip kanun koyucu tarafından belirlendiğinin kabulü ise, ancak işlemin hukuk dünyasında ortaya çıkardığı değişikliğin kanunda belirtilen özel amacın gerçekleşmesine elverişli olması halinde söz konusu olabilecektir. Olayda Danıştay 8. Dairesi, özellikle dava konusu işlemin 3 saatten sonra alınacak ücretin miktarının belirlenmesi kısmı ile 5216 sayılı Kanun ve 2918 sayılı Kanun hükümleri arasında bağlantı kuramamış olacak ki; işlemin bu kısmı açısından yeni bir yasal dayanak arama ihtiyacı hissetmiştir. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi 5393 sayılı Kanun’un 18. maddesinin (f) bendinin konuyla ilgisi bulunmamaktadır.

sorunlarının çözümlenmesine elverişli olacak şekilde aynî yardım yapma ve malî destek sağlama yoluna gidebilecektir. Böyle bir yetkiyi kullanarak işlem tesis etmesi durumunda da ilgili belediyenin, mahallenin ve muhtarlığın hangi ihtiyacını karşılamak için işlem tesis ettiğini ve bu işlemin söz konusu ihtiyacı nasıl karşılayacağını (elverişlilik durumunu) ortaya koymak zorunda olacaktır. Aksi halde işlemin konu unsurunun 5393 sayılı Kanun'un 9. maddesinde belirtilen hukuki netice ile örtüştüğü ileri sürülemeyecek ve konu unsurunun yasayla belirlenmemesi anlamına gelen bu durum, kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Yine 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesinde yer alan *"İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindendir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır."* şeklindeki hükümden hareketle valiler, (kanunun başka maddelerinde veya diğer kanunlarda açıkça düzenlenen tedbirler dışında) yasada belirlenen *"huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması"* amacıyla illiyet bağı bulunan, bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli olan tedbirleri alabileceklerdir. Aksi durumda işlemin konu unsurunu kanun değil valiler belirlemiş olacağından kanunî idare ilkesinin de ihlal edilmiş olacağı açıktır.

Bu başlık altında belirtilmesi gereken bir diğer husus, kolluk yetkileri kapsamında kamu düzeninin korunması, bozulması halinde de yeniden tesis edilmesi amacıyla idareye tanınan ve kişilerin hak ve özgürlükleri açısından sınırlama oluşturan birel işlemlerin konu unsuru bakımından hukuka uygun sayılabilmesi için "elverişlilik" ölçütünün tek başına yeterli olmadığı, bunun yanı sıra "gereklilik (zorunluluk)" koşulunun da gerçekleşmesi gerektiğidir.⁵³⁷ Zira bir hukuk devletinde idare ve bu kapsamda kolluk makamları ancak kanunlarla yetkilendirildiği takdirde ve kanunlarda gösterilen sınırlar içinde faaliyette bulunabileceğinden,⁵³⁸ kamu düzeni açısından gerekli (zorunlu) olmadığı sürece idarenin, kişilerin temel hak ve özgürlükleri açısından sınırlama teşkil edecek faaliyetlerden kaçınması gerekecektir. Bu çerçevede Fransa'da

⁵³⁷ "... ölçülülük ilkesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bu ilke sadece temel hak ve özgürlüklerin kanun ile sınırlandırılmasının değil idare tarafından kolluk tedbirleriyle sınırlandırılmasının da sınırını oluşturmaktadır." YILDIRIM, YASİN, KARAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKİNSOY, syf.717.

⁵³⁸ Özge Okay TEKİNSOY, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, 1. Bası, İstanbul: XII Levha, 2011, syf.201

idarenin kolluk önlemleri bakımından 1930’lu yıllardan itibaren ölçülülük ilkesi kapsamında uygulama alanı bulan⁵³⁹ zorunluluk ilkesi, iç hukukumuzda da Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesinin bir diğer alt ilkesini oluşturmaktadır. Anayasa’da açıkça yer almayan ancak 13. maddeye ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihatları ile geliştirilmiş bulunan gereklilik (zorunluluk) ilkesi, sınırlama aracının sınırlama amacının gerçekleşmesi bakımından gerekli (zorunlu) olmasını⁵⁴⁰ ifade etmektedir. Buna göre sınırlama aracı olarak başvurulacak yöntem amacın gerçekleşmesi bakımından gerekli (zorunlu) değilse, aynı amaca temel hak ve özgürlük sınırlandırılmaksızın ya da daha az sınırlandırılarak ulaşılabiliyorsa söz konusu sınırlama aracı ölçüsüz sayılacaktır. Bu bağlamda kolluk yetkileri kapsamında tesis edilen ve hak ve özgürlüklere müdahale içerebilecek olan birel işlemlerin tesisinde hak ve özgürlüğe en az müdahale içeren hukuki neticenin tercih edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle kanunda birel işlemin tesisi bakımından öngörülen özel amacın gerçekleşmesi için hak ve özgürlükleri sınırlandırmayan ya da daha az müdahale içeren bir hukuki netice varsa, bu netice yerine başka bir hukuki sonucun doğmasına neden olacak biçimde işlem tesis edilmesi kanımızca işlemi konu unsuru yönünden sakatlayacaktır. Çünkü kanun, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuran neticelerden, sadece öngördüğü özel amaca ulaşılması için zorunlu olanlarını meydana getirme konusunda idareye yetki vermektedir. Dolayısıyla yukarıda verdiğimiz örnekte 5442 sayılı Kanun’un 11/C maddesinin kendisine tanıdığı *“huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması için gereken tedbirleri alma”* yetkisini kullanacak olan vali, ancak huzur ve güvenliğin sağlanması için gerekli (zorunlu) olan tedbirleri alabilecektir. Bu kapsamda

⁵³⁹ “Fransa’da, kolluk önleminin ölçülü olması zorunluluğunun kabul edildiği ilk kararlardan biri, 19 Mayıs 1933 tarihli ünlü ‘Benjamin’ kararıdır. Dava konusu olan işlem, Rene Benjamin adında bir yazarın vereceği bir dizi konferansın, kamu düzenini bozma tehlikesinin bulunması sebebiyle Nevers Belediye Başkanı tarafından yasaklanmasıdır. Bu yasaklama işleminin gerekçesi, konferansların öncesinde bir eğitim derneğinin, Benjamin’in anti-laik bir eğitim düşüncesini benimsediği ve bu görüşün savunulacağı bir konferansa karşı protesto gösterileri düzenleyeceğini bildirmesidir. Conseil d’Etat’ya göre, ‘Gerçekleşmesi muhtemel bir düzensizlik yaratması bakımından Nevers Belediye Başkanı tarafından ileri sürülen gerekçeler, söz konusu konferans yasaklanmaksızın, belediye başkanının yetkisi çerçevesinde alınabilecek başka önlemler ile düzenin sağlanmasının mümkün olmayacağı derecede ağır bir tehlike oluşturmamaktadır’.” OKAY TEKİNSOY, syf.211, 212.

⁵⁴⁰ TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.138. “... ‘gereklilik’ başvurulmuş önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ... ifade etmektedir.” AYM, 09.06.2011 E:2009/11 K:2011/93, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.05.2012, “... ‘zorunluluk ilkesi’ öngörülen yaptırımın ulaşılacak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ... ifade etmektedir.” AYM, 09.06.2011 E:2010/91 K:2011/98, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.05.2012.

vali, örneğin şifahi uyarı ya da yazılı ikazla bertarafı mümkün olan bir huzursuzluğun giderilmesi için kamu gücü kullanamayacaktır.

Nitekim Danıştay da temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı nitelik taşıyan işlemler bakımından ölçülülük ve bu kapsamda zorunluluk ilkesini bir hukuka uygunluk kriteri olarak kabul etmekte ve yasanın amacına hak ve özgürlükler açısından daha hafif sınırlandırma getiren bir hukuki tasarrufla da ulaşılabilmesi mümkün ise, işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermektedir. Örneğin Danıştay’a göre; “... *Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kriterlerinden biri olan ölçülülük ilkesi ise; amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Bu ilkenin; sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ‘elverişlilik’, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk’, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen ‘orantılılık’ ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır. Toplantı düzenleme özgürlüğünün sınırlandırılmasında, ‘amaç’; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi; ‘araç’ ise, toplantının ertelenmesi veya yasaklanmasıdır. Toplantının düzenlenmesi halinde, amacın gerçekleştirilmesi (örneğin, kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi) imkânsız hale gelecek ise, erteleme veya yasaklamanın zorunluluğundan bahsedilebilecektir. ... toplantının ertelenmesi ile istenilen amaca ulaşılabilceği hallerde, yasaklama yoluna gidilmesi, ölçülülük ilkesine ve Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil edecektir. ... Dolayısıyla, açık, somut ve yakın tehlikeden bahsedilmeyen dava konusu olaydaki durum, ancak bir erteleme sebebi teşkil edebileceğinden; ayrıca erteleme müessesesinin işletilmesi halinde toplantı düzenleme hak ve özgürlüğünün*

özüne dokunulmaksızın yasal amaca ulaşılabilceğinden, etkinliğin yasaklanması yoluna başvurulmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁵⁴¹

İdari işlemin sonucu olan konu unsurunun yasalarla düzenlenmesi, idarenin görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceğini öngören kanunî idare ilkesi gereğince zorunludur. Bu çerçevede bir idari işlemin hukuk dünyasında ilgili yasa hükmünde belirtilen sonucu doğurması, bundan farklı bir neticenin meydana gelmesine sebep olmaması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle idari işlemin neticesinin kanunda doğrudan veya dolaylı olarak öngörülen neticeyle örtüşmesi, neticenin bir şekilde kanuna bağlanabilir olması lâzımdır. Kanunda konu unsurunun açık, belirgin ve somut şekilde belirlendiği hallerde söz konusu bağlantının kurulması kolaydır. Bu bağlamda yasada açıkça öngörülen netice dışında bir başka netice birel işlemin sonucu olamayacak, aksi durum işlemin konu unsuru yönünden sakat addedilmesini gerektirecektir. İdari işlemin konu unsurunun yasada belirgin olmayan ve soyut kavramlarla ifade edilmesi halinde ise, işlemin vücuda getirdiği neticenin kanuna bağlanabilir nitelikte olması kanunî idare ilkesi gereğince yine zorunlu olacaktır. Bu gibi hallerde söz konusu bağlantı kanımızca elverişlilik kriterinden hareketle kurulabilecektir. Buna göre birel işlemin neticesi (konusu), yasada öngörülen özel amacı yani idareye o konuda yetki tanınmasıyla amaçlanan hususu gerçekleştirmeye elverişli olmak durumundadır. Elverişli olmama, birel işlemle kanun arasındaki rabıtayı kesecek ve işlemin konu unsurunun kanun tarafından belirlenmediği anlamına gelecektir. Böyle bir işlemin ise kanunî idare ilkesine uygun bir işlem sayılamayacağı muhakkaktır. Diğer bir şekilde ifade etmek gerekirse idarenin *secundum legem* niteliği gereği idari işlem, diğer unsurlarının yanı sıra konu unsuru yönünden de kaynağını kanundan almalı, kanundan sâdır olmalı, dolayısıyla kanuna bir şekilde bağlanabilir nitelik taşımalıdır. Kanun ile işlemin konu unsuru arasındaki bu rabıtayı ise ya kanunun lâfzı, ya da (kanun metninin somut kelimelerle kaleme alınmadığı hallerde) kanundan yorum yoluyla çıkarsanacak özel amaç ile elverişlilik kriteri sağlayacaktır.

⁵⁴¹ Danıştay 10.D., 15.09.2008, E:2006/946, K:2008/6084, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:17.01.2013. Danıştay kararına konu olan idari işlemin konu unsuru açısından kanunî idare ilkesine uygun olmadığı, bu nedenle işlemin Anayasa'nın 13. maddesinin yanı sıra 123. maddesine de aykırı olduğu söylenebilecektir.

E. Birel İşlemin Maksat Unsuru

Maksat, idari işlemin tesisinde güdülen amacı, izlenen hedefi ifade etmektedir. Düzenleyici işlemlerde olduğu gibi birel işlemlerde de maksat unsurunu *kamu yararı* oluşturmaktadır.⁵⁴² Buna göre bütün birel işlemlerin kamu yararı maksadı izlenerek, kamu yararının gerçekleşmesi amacıyla tesis edilmesi gerekmektedir. Bunun dışında bir gaye ile örneğin şahsi menfaat veya siyasi başarı sâikiyle tesis edilen birel işlemler hukuka aykırı sayılacaktır.

İdari işlemlerin kamu yararı şeklindeki maksadı pozitif bir norma dayanmamakta, kaynağını idarenin varlık sebebinden almaktadır. Zira idarenin varlık sebebi kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu düzeninin korunmasıdır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi suretiyle toplumsal nitelikteki ihtiyaçların karşılanmasının ve toplumsal düzeninin korunmasının meydana getireceği faydanın belli kişi ya da kişi gruplarına değil tüm topluma, âmmeye, kamuya ait olacağı açıktır. Bu nedenle kamu yararı maksadı güdülmeksizin başka hedefler gözetilerek işlem tesis edilmesi her şeyden önce idarenin varlık sebebine aykırı olacaktır. Dolayısıyla kamu yararının, istisnasız bütün idari işlemlerin maksat unsurunu oluşturduğunun kabulü zorunluluk arz etmektedir.

Kamu yararı tüm idari işlemlerin genel amacını oluşturduğundan, her bir birel işlem için kanun hükümlerinde maksat unsurunun ayrıca belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte -daha önce de belirttiğimiz gibi- yasa hükümlerinde idareye birel işlem tesis etme yetkisi verilirken bu işlem için özel bir amaç da öngörüldüğü muhakkaktır. Bu bağlamda örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesinde idarelere memurlarını naklen atama yetkisi verilirken hedeflenen, kamu hizmetlerinin etkin şekilde yürütülmesidir. O halde anılan yasa hükmünden kaynaklanan yetkisini kullanan idare, bir memuru hakkında naklen atama işlemi tesis ederken hem kamu yararı maksadını hem de kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi maksadını izlemek durumundadır. Yine Danıştay'a göre 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca tesis edilecek parselasyon işleminin

⁵⁴² GÖZÜBÜYÜK, syf.233, YILDIRIM, İdari Yargı, syf.231

amacı “imar planına uygun, yapılaşmaya elverişli düzgün imar parselleri oluşturmak”⁵⁴³ olduğundan; malî kaygılarla, örneğin -salt- imar planında kamusal alanda kalan değerli bir taşınmazın kamulaştırma maliyetinden kurtulunması amacıyla tesis edilecek bir parselasyon işlemi yasada öngörülen özel amaca aykırılık oluşturacak ve dolayısıyla maksat unsuru bakımından hukuka aykırı sayılacaktır.⁵⁴⁴

Birel işlemler açısından kanun hükümleriyle öngörülen özel amaçlar, o işlemler bakımından kamu yararının ne olduğunu ortaya koymakta, diğer bir ifadeyle kamu yararını belirgin kılmaktadır. Bu bağlamda söz konusu özel amaç dikkate alınmaksızın birel işlemin tesis edildiğinin ispatlanması durumunda, anılan işlemin kamu yararı maksadı güdülmeksizin tesis edildiği ve dolayısıyla maksat unsurundaki sakatlıktan dolayı iptal edilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Meselâ bir fakülteye araştırma görevlisi alımı için yapılan sınav işleminin özel amacının, “istekliler arasında yüksek öğretim kamu hizmetinin yürütülmesi açısından en uygun ve en liyakâtli adayı seçmek” olduğu açıktır. Eğer somut uyuşmazlıkta böyle bir sınavın anılan amaç güdülmeksizin, örneğin önceden belirlenmiş bir kişinin araştırma görevlisi kadrosuna atanması için yapıldığı anlaşılırsa, işlemin kamu yararı maksadı güdülmeksizin tesis edildiği yargısına varılabilecektir. Böylece yasada öngörülen özel amacın dikkate alınmaması, somut olayda idari işlemlerin genel amacı olan kamu yararı amacının takip edilmediğine karine oluşturacaktır.

Şu halde kamu yararı bütün idari işlemlerin genel maksat unsurunu teşkil ettiğinden, kanunun birel işlemlerin maksat unsurunu ayrıca belirlemesine gerek bulunmamakta olup; idarenin varlık sebebinden kaynaklanan ve maksat unsurunun idare tarafından belirlenmesine imkân vermeyen bu durumun kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturmayacağı açıktır. Öte yandan her bir birel işlemin -kamu yararı dışında-, o işlemi

⁵⁴³ “3194 sayılı Yasanın 18. maddesi uyarınca yapılacak parselasyon işleminin amacı imar planına uygun olarak yapılaşmaya elverişli düzgün imar parselleri oluşturulmasıdır. Dava konusu olayda, imar mevzuatına aykırı olarak yapılan ve mahkeme kararıyla da parsel sınırları içinde yapılmadığı saptanan yapının korunabilmesi amacıyla yalnızca iki parsel için tevhit ve ifraz niteliğinde ve sınır düzeltilmesi amacıyla parselasyon işlemi tesis edilmesinde mevzuata uyarlık bulunmadığından, ...” Danıştay 6.D., 14.05.2001, E:2000/2532, K:2001/2577, Nakleden: Gül Filiz ERCAN ASLANTAŞ, Özlem ŞİMŞEK, Ahmet BERBEROĞLU, Danıştay 6. Daire Kararları Işığında İmar Hukukunda Arazi ve Arsa Düzenlemesi (Parselasyon), 1. Bası, Ankara: Yetkin, 2006, syf.45-46

⁵⁴⁴ “... uyuşmazlık konusu parselin sınırından geçen mevcut yolun genişletilmesi amacıyla parselasyon işlemi tesis edilmesinde parselasyon işleminin amacına ve mevzuata uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.” Danıştay 6.D., 22.02.2000, E:1999/203, K:2000/1001, Nakleden: ERCAN ASLANTAŞ, ŞİMŞEK, BERBEROĞLU, syf.47-49

yapmak için idareye yetki veren yasa kuralının anlamından (lâfzından ve ruhundan) kaynaklanan özel bir amacı daha bulunmaktadır. Esasen bu amaç söz konusu birel işlem açısından kamu yararının ne olduğunu somutlaştırmakta ve birel işlemin kamu yararı maksadı izlenerek tesis edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından karine oluşturmaktadır. Dolayısıyla dolaylı şekilde de olsa birel işlemin maksat unsuru yine kanun tarafından belirlenmekte; kanunî idare ilkesi, birel işlemin maksat unsurunda kendini bu şekilde göstermektedir.

III. İDARİ EYLEMLER AÇISINDAN KANUNÎLİK İLKESİ

İdari işlemlerden sonra idarenin faaliyet türlerinden en yaygın olanı eylemlerdir. İdarenin eylemlerinden herhangi bir kamu hizmetiyle ilgili olmaksızın tamamen özel hukuk ilişkileri çerçevesinde yapılan eylemler özel hukuk kurallarına tâbi olduğundan, bu eylemler bir kamu hukuku prensibi olan kanunî idare ilkesi kapsamında bulunmamaktadır. İdarenin inceleme konumuz olan kanunî idare ilkesiyle ilgili eylemleri, idarîlik vasfı bulunan eylemleridir. Bu eylemler “idari eylemler” şeklinde isimlendirilmekte ve idareler tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi veya kamu düzeninin sağlanması/korunması amacıyla ve kamu gücü ayrıcalıkları kullanılarak icra edilen eylemleri ifade etmektedir.

İdari işlemler idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamaları, idari eylemler ise idarenin maddi dünyada fiziksel tesiri bulunan tutum ve davranışlarıdır.⁵⁴⁵ İdari eylemler dış dünyada değişiklik meydana getiren, etkisi ve tesiri somut olarak gözlemlenebilen etkinliklerdir. Bu etkinlikler esasen idarenin kullandığı bir yetki veya yerine getirdiği bir görev kapsamında icra edilmekte ve bazen idari işlemlerle birlikte bazen de idari işlemlerden bağımsız olarak kamu hizmetlerinin yürütümünün ve/veya kamu düzeninin tesisinin aracı olmaktadır.

Anayasa’nın 123. maddesi gereğince idare, görev ve yetkileriyle kanunla düzenlenecektir. Dolayısıyla idarenin idarîlik vasfı taşıyan eylemlerinin de kanun hükümleriyle tanzim olunması zorunludur. Bu zorunluluk yürütmenin ve idarenin *secundum legem* ve *intra legem* niteliklerine uygun olarak “idari eylemin kaynağını

⁵⁴⁵ Taner AYANOĞLU, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, 1. Bası, İstanbul: Legal, 2004, syf.104, 172

kanundan almasını, idari eylemin yasal dayanağını oluşturan bir kanun hükmü bulunmasını” ve “idari eylemin kanun hükümlerine uygun olmasını, aykırılık taşımamasını” gerektirmektedir. İdari eylemlerin bir kısmı bir idari işleme dayalı olarak, onun uygulanması amacıyla, bir kısmı ise bir idari eylemden bağımsız olarak tesis edildiğinden; kanunî idare ilkesi uyarınca idari eylemler açısından geçerli olan bu gerekliliklerin her iki idari eylem türü açısından ayrı ayrı ele alınması faydalı olacaktır.

İdari eylemler kimi zaman (ve çoğunlukla) kendisinden önce tesis edilen bir idari işlemin gereğinin yerine getirilmesi/infaz edilmesi amacıyla yapılmaktadır. Örneğin İmar Kanunu’nun 32. maddesi gereğince ruhsatsız inşa edilen bir yapı hakkında belediye encümeni tarafından alınan yıkım kararının uygulanması için belediyenin teknik işlerden sorumlu ajanlarınca icra edilen “yapının yıkılması” faaliyeti, idari işlemin uygulanması amacıyla yapılan bir idari eylemdir. Yine il özel idaresi tarafından bir köy yolunun yapılması yönünde karar alındıktan sonra il özel idaresi personeli tarafından iş makineleri ve diğer ekipmanlar aracılığıyla yolun geçtiği taşınmazların düzlenmesi, yol güzergâhında bulunan engellerin kaldırılması, yol güzergâhı üzerine asfalt dökülmesi gibi davranışlar da bir idari işlemin icrası amacıyla yapılmaktadır. Bu gibi hallerde yani **idari eylemin bir idari işleme bağlı olarak icra edildiği durumlarda, idari eylemin kanunî idare ilkesinin gereklerine uygunluğu öncelikle idari işlemin kanunî idare ilkesine uygunluğuna bağlı olacaktır.** Zira bu eylemler, idari işlemin gereği olan davranışlar olup; işlemin maddi dünyadaki sonucu konumundadırlar. Buna göre eğer idari işlem kanunî idare ilkesine aykırı bir işlemse, bu kapsamda örneğin idari işlemin yasal dayanağı bulunmuyorsa veya işlemin unsurları kanun hükümleriyle belirlenmemişse ya da işlem, dayanağı olan kanun hükmüne aykırılık içeriyorsa, bu idari işlemin uygulanması amacıyla icra edilen eylemler **her halükârda** kanunî idare ilkesine aykırı sayılacaktır.

İdari işlemin kanunî idare ilkesine uygun bir işlem olması ve idarece bu işlemin uygulanması için eylemler icra edilmesi ihtimalinde ise, kanunî idare ilkesi gereğince idari işlemin yasal dayanağının bulunması ve işlemin unsurlarının yasa koyucu tarafından belirlenmiş olması gerekeceğinden; bu işlemin uygulanması amacıyla yapılan ve işlemin uygulanabilmesi için elverişli ve zorunlu olan idari eylemlerin de kanunî

idare ilkesine uygun olduğunun kabulü gerekecektir. Daha öz bir şekilde ifade etmek gerekirse, **kanunî idare ilkesine uygun olan idari işlemin uygulanması için tesis edilen idari eylemler de kanunî idare ilkesine uygun sayılacaktır.**

Ne var ki bu durum, ancak kanunî idare ilkesine uygun şekilde tesis edilen **idari işleme aykırı olmayan, bu işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili olan diğer bir ifadeyle işlemin uygulanabilmesi için elverişli ve gerekli (zorunlu) olan** eylemler yönünden geçerli olacaktır. Eğer idari eylem, uygulanması amacıyla tesis edildiği idari işleme aykırılık taşıyorsa ya da bu işlemin uygulanması için elverişli ve gerekli (zorunlu) değilse, dayanağı olan işlemin kanunîlik ilkesine uygunluğundan yararlanamayacaktır. Bu durumda eylemin kanunî idare ilkesine ve dolayısıyla hukuka uygun sayılabilmesi için başka bir yasal dayanağa ihtiyaç duyulacaktır. Eğer eylemin, dayanağı olduğu belirtilen idari işleme aykırı olmasının veya bu işlemin uygulanması için gerekli ve zorunlu olmamasının yanı sıra ayrı bir yasal dayanağı da bulunmuyorsa, söz konusu eylemin kanunî idare ilkesine aykırı olduğu ve bu eylem nedeniyle idarenin sorumluluğunun gündeme geleceği söylenebilecektir. Örneğin, kanunî idare ilkesine uygun olarak bütün unsurları kanunda öngörüldüğü şekilde tesis edilen bir yıkım kararının uygulanabilmesi için yıkma eyleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Eğer bu eylem işleme tamamen uygun bir şekilde ve işlemin uygulanması için zorunlu olan ölçü aşılmadan, işlemin uygulanmasına elverişli tarzda uygulanırsa, anılan idari eylem kanunî idare ilkesine uygun olacaktır. Eylemin idari işleme aykırı olması mesela işlemde öngörülen dışında başka bir yapının yıkılması halinde ise eylemin kanunî idare ilkesiyle uyumlu sayılamayacağı açıktır. Zira kanun ruhsatsız yapılan yapıların, haklarında yetkili idari makamca yıkım kararı alınmasından sonra yıkılmasını öngörmektedir. Bu durumda ise ruhsatsız olup olmadığı konusunda gerekli araştırmalar yapılmayan ve hakkında yıkım kararı alınmayan bir yapı yıkılmış olduğundan eylem yasal dayanaktan yoksun hale gelmektedir. Yine eğer eylem yıkım kararının uygulanması için elverişli ve zorunlu olan ölçü aşılarak, mesela yapı sahibinin taşınırlarına zarar verecek şekilde icra edilirse kanunî idare ilkesine aykırı bir eylem yapılmış olacaktır. Çünkü kanunda ruhsatsız inşa edilen yapı yıkılırken yapı sahibinin taşınırlarına zarar verilebileceğini öngören bir hüküm bulunmadığından ve dolayısıyla kanuni idare ilkesine uygun şekilde tesis edilen yıkım işleminde bu yönde bir karar

bulunamayacağından, ayrıca yıkım işleminin uygulanabilmesi açısından ilgilinin taşınırlarına zarar verilmesinin elverişli ve gerekli (zorunlu) olduğu iddia edilemeyeceğinden, yapı sahibinin taşınırlarına zarar veren yıkma eylemi idari işleme, kanuna ve dolayısıyla kanunî idare ilkesine aykırı sayılacaktır. Hatta böyle bir durumda eylemin idari işlemle olan bağlantısı ve dolayısıyla idarîlik vasfı ortadan kalkacak, hukuka uygun idari işlemin hukuk dışına çıkılarak⁵⁴⁶ ve mülkiyet hakkı ihlal edilerek⁵⁴⁷ yerine getirilmesi anlamına gelen bu eylem bir haksız fiil (fiili yol) oluşturacaktır. Bunun sonucu ise, idarenin ve eylemi icra eden kamu görevlisinin ilgiliye verdiği zarardan ötürü özel hukuk hükümlerine göre⁵⁴⁸ sorumlu tutulması şeklinde kendini gösterecektir.⁵⁴⁹

Görüldüğü üzere idari işlemlerin uygulanmasına yönelik idari eylemler bakımından kanunî idare ilkesi, büyük ölçüde eylem öncesinde tesis edilen idari işlem hakkında geçerli olmaktadır. İdari işlem kanunî idare ilkesine uygun ise bu işleme uygun olan ve işlemin uygulanabilmesi için elverişli ve gerekli (zorunlu) bulunan idari eylemler de kanunî idare ilkesine uygunluk taşımaktadır. Aksi durumda yani idari işlemin kanunî idare ilkesine aykırı olması ya da işlem kanunî idare ilkesine uygun olmakla birlikte idari eylemin işleme aykırılık taşıması veya idari işlemin uygulanması açısından elverişli ve gerekli (zorunlu) olmaması hallerinde ise idari eylem açısından kanunî idare ilkesine uygunluktan söz edilemeyecektir. Dolayısıyla idari işlemlerin infazına yönelik idari eylemlerin kanunîlik ilkesine uygunluğu açısından, idari işlemin kanunî idare ilkesine ve idari eylemin de idari işleme uygunluğu (bu kapsamda elverişliliği ve gerekliliği) dışında ayrıca bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

⁵⁴⁶ YILDIRIM, İdari Yargı, syf.31

⁵⁴⁷ YAYLA, syf.355, YILDIRIM, İdari Yargı, syf.31

⁵⁴⁸ YAYLA, syf.355, YILDIRIM, İdari Yargı, syf.31, AYANOĞLU, syf.54. “İdarenin, kamu özgürlüklerine müdahalede olağan dışı fiil ve usullere başvurusu ve bir saldırıda bulunması, artık bu işlem ya da eylemin idarilik niteliğini sona erdirdiğinden idari yargıda görülme ayrıcalığını da kaybederek uyuşmazlığın adliye mahkemelerinde görülmesini sonuçlandırmaktadır.” Yücel OĞURLU, İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi, Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 6, Cilt VI, S:1, Mart 2003, syf.64.

⁵⁴⁹ “İdarenin ... bir yıkım faaliyeti nedeniyle, yapı sahibi veya üçüncü kişilerin zararına neden olması durumunda bu zararın karşılanması gerekir.” Melikşah YASİN, İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları, 1. Bası, İstanbul, XII Levha, 2009, syf.137, Yıkım faaliyeti sırasında yapı sahibine veya üçüncü kişilere verilen zararlara ilişkin sorumluluk hk. detaylı bilgi için bkz. YASİN, syf.137 vd.

İdarenin herhangi bir idari işlemle bağlantılı olmaksızın doğrudan doğruya icra ettiği idarî eylemler de bulunmaktadır. Örneğin 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca 30.07.1966 tarihinden sonra belediye sınırları içinde veya dışında, belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak, daimi veya geçici bütün izinsiz yapılar, inşa sırasında olsun veya iskan edilmiş bulunsun, **hiçbir karar alınmasına lüzum kalmaksızın**, belediye veya Devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılacaktır. Bu bağlamda Hazineye ait bir taşınmaz üzerinde inşa edilen ruhsatsız yapının kolluk görevlilerince yıkılması için herhangi bir idari işlemin varlığına gerek bulunmamaktadır. Böyle bir durumda idare 775 sayılı Kanun'un 18. maddesinden aldığı yetkiye istinaden yıkım yönünde tesis edilen herhangi bir idari işlem olmaksızın doğrudan yıkma eylemini gerçekleştirebilecektir.

Herhangi bir idari işlemle bağlantılı olmaksızın icra edilen bu gibi eylemler açısından da Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca “yasal bir dayanak gerekliliği” ile “yasal hükümlere uygun olma zorunluluğu”nun geçerli olduğu açıktır. Bu çerçevede bu tür bir idari eylemin kanunî idare ilkesine uygunluğunun ön koşulu, eylemin yapılması konusunda idareye izin (yetki) ya da emir (görev) veren bir kanun hükmünün varlığıdır. Eğer pozitif hukukta böyle bir eylemin yapılabileceğini ya da yapılması gerektiğini belirten hiç bir yasa hükmü ya da yasaya eşdeğer hukuk normu bulunmuyorsa eylemin kanunî idare ilkesine uygunluğu hiç bir şekilde ileri sürülemeyecektir. Zira bu durumda eylemin herhangi bir yasal normla hiç bir şekilde irtibatı kurulamayacağından, idarî fonksiyonunun varlık sebebi olarak uygulanmakta olan bir kanunun varlığından da söz edilemeyecektir. Kanunun olmadığı yerde kanunî idare ilkesine uygunluğun koşullarını aramak ise abesle iştigalden öteye gitmeyecektir. Hatta bu durum kanunî idare ilkesine aykırılığın ötesinde idare açısından o derece ağır bir hukuksuzluk teşkil edecektir ki; eylemin idarîlik vasfı ortadan kalkacak, eylem bir haksız fiil niteliği kazanacaktır.⁵⁵⁰

⁵⁵⁰ “... idarenin eylemini bir kamu kudreti kullanımı olarak ‘idari’ yapan unsur onun kanunilik ilkesine bağlılığıdır. ... İdarenin eylemleri, esasında idarenin görevlerinin ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesini buyuran ‘idarenin kanuniliği’ ilkesine bağlı olarak, yasal ve hukuki bir temele ve dayanağa sahip olmak zorundadır. ... İdarenin kararını, plan ve projesini, eylemini ‘idari’ kılan unsur, kanunla verilen görev ve yetkinin uygulanmasıdır.” AYANOĞLU, syf.96, 97 Yasal dayanağı olmayan eylem idarilik vasfını yitireceğinden idarenin haksız fiil (fiili yol) teşkil eden böyle bir eylemden kaynaklanan sorumluluğu özel hukuk hükümlerine tâbi olacak ve bu tür eylemlerin sebebiyet verdiği uyuşmazlıklar adli yargı makamlarının görev alanına girecektir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. AYANOĞLU, syf.52 vd, syf.238 vd.

Kanunun olmadığı yerde yürütme, idare ve dolayısıyla idari eylem olamayacağından; hiç bir kanun hükmüne dayanmayan bir eylemin idarilik vasfı taşıma ihtimali de bulunmayacaktır.

Herhangi bir idari işlemle bağlantılı olmaksızın doğrudan bir kanun hükmüne dayalı olarak icra edilen eylemlerin kanunî idare ilkesine uygun sayılabilmesi için ikinci koşul, eylemin kanunun uygulanmasını sağlamaya elverişli olmasıdır. Bir idari işlemin uygulanması amacıyla icra edilen idari eylemler açısından işlemle eylem arasında aranan “elverişlilik” bağıntısı, bir işleme bağlı olmaksızın doğrudan yasaya dayanılarak icra edilen eylemler yönünden eylemle yasa arasında kurulacaktır. Buna göre doğrudan yasal bir norm uyarınca yapılan idari eylemin, dayanağı olan kanun hükmünün uygulanması ve kanun hükmünde öngörülen özel amacın gerçekleşmesi açısından elverişli olması zorunludur. Aksi halde eylem yasayla ilişkilendirilemeyeceğinden diğer bir ifadeyle yasayla eylem arasında varlığı zorunlu olan mantıksal bağlantı kurulamayacağından, eylemin yasa hükmünün verdiği yetki/görev kapsamında icra edildiği ileri sürülemeyecek ve kanunî idare ilkesine aykırı sayılması gerekecektir. Bu bağlamda örneğin 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun 4/A maddesi uyarınca *“durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alma”* yetkisi bulunan polis, bu kanun kapsamında ancak durdurduğu şahıstan kendisine veya başkalarına yönelebilecek muhtemel bir tehlikeyi gidermeye elverişli olan eylemleri gerçekleştirebilecektir. Aksi durumda idarenin yetkisi kapsamında icra edeceği eylemi kanun değil idare düzenlemiş (belirlemiş) olacağından, söz konusu eylem kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bu başlık altında belirtilmesi gereken bir diğer husus, birel işlemlerin konu unsurunu incelerken değindiğimiz gibi kolluk yetkileri kapsamında kamu düzeninin korunması, bozulması halinde de yeniden tesis edilmesi amacıyla idareye icra yetkisi tanınan ve kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale içeren eylemlerin hukuka uygunluğu bakımından “elverişlilik” ölçütünün tek başına yeterli olmadığı, bunun yanı sıra “gereklilik (zorunluluk)” koşulunun da gerçekleşmesinin gerekeceğidir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesinin bir diğer alt ilkesini oluşturan ve Anayasa Mahkemesi içtihatları ile gelişen gereklilik (zorunluluk) ilkesi, *daha önce de belirttiğimiz gibi* sınırlama aracının sınırlama amacının gerçekleşmesi bakımından gerekli (zorunlu) olmasını⁵⁵¹ ifade etmektedir. Bu bağlamda kolluk yetkileri kapsamında icra edilen ve hak ve özgürlüklere müdahale içerebilecek olan eylemlerin icrasında hak ve özgürlüğe en az müdahale içeren tutum ve davranışların seçilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle kanunun uygulanması ve kanunda öngörülen özel amacın gerçekleşmesi için hak ve özgürlüklere daha az müdahale içeren bir davranış varsa, bu davranış yerine hak ve özgürlükler açısından daha ağır sonuçları olan başka bir tutum ya da davranışın yapılması biçiminde icra edilen idari eylem, kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Bu bağlamda yukarıda 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 4/A maddesinden hareketle verdiğimiz örnekte, durdurduğu şahıstan kendisine veya başkalarına yönelebilecek muhtemel bir tehlikeyi gidermek amacıyla bu şahsı yakalamak ve kelepçelemek *yeterli olmasına* karşın polisin bu şahsa karşı ateşli silah kullanması zorunluluk kriterini sağlamayacak ve söz konusu eylem kanunî idare ilkesine aykırı sayılacaktır. Bu halde anılan eylemin, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 4/A maddesinin polisler için tanımlanmış olduğu yetki kapsamında icra edildiği ve bu nedenle kanunî idare ilkesine, dolayısıyla da hukuka uygun olduğu ileri sürülemeyecektir.

Belirtilmelidir ki kanunî idare ilkesi kapsamında, hak ve özgürlüklere müdahale içeren idari eylemler ile ilgili kanunda öngörülen özel amaç arasında zorunluluk ilişkisi aranması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde güvence altına alınan hakların ihlali suretiyle Türkiye'nin İHAM nezdinde gündeme gelebilecek olası mahkûmiyetlerini azaltacaktır. Örneğin, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca polisin, direnen kişilere karşı göz yaşartıcı gazlarla maddi güç kullanma yetkisi bulunmaktadır. Kanunî idare ilkesi uyarınca bu maddeye dayanılarak icra edilecek bir eylemin, kanunun öngördüğü *“polise direnen kişinin direncini kırma”* amacının gerçekleşmesi bakımından gerekli (zorunlu) olması

⁵⁵¹ TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.138. “... ‘gereklilik’ başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ... ifade etmektedir.” AYM, 09.06.2011 E:2009/11 K:2011/93, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.05.2012, “... ‘zorunluluk ilkesi’ öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ... ifade etmektedir.” AYM, 09.06.2011 E:2010/91 K:2011/98, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.05.2012.

gerekmektedir. Bu zorunluluğun bulunmadığı bir durum, örneğin polisin yakaladığı yani zaten direncini kırdığı bir kimseye karşı göz yaşartıcı gaz uygulayarak zarar vermesi hali, kanunun öngördüğü amaca ulaşılabilmesi için zorunlu kabul edilemeyecek ve dolayısıyla kanunî idare ilkesine aykırı sayılacaktır. Nitekim bir gösteri yürüyüşü esnasında polis tarafından yakalanan dolayısıyla direnci zaten kırılmış olan bir göstericinin yüzüne biber gazı sıkılması, İHAM tarafından “insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele” olarak nitelendirilmiş ve Türkiye’nin Sözleşme’nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne göre, “... 15. Olay, ulusal basında geniş olarak yer almıştır. Günlük Sabah gazetesinde yayımlanan bir fotoğrafta, başvuranın iki polis memuru tarafından tutulduğu ve içlerinden birinin çok yakın mesafeden başvuranın ağzına ve burnuna gaz sıktığı görülmektedir. 16. Başvuran, aynı gün saat 11.30’da Haseki Hastanesi’nde doktor tarafından muayene edilmiştir. Doktor, başvuranın her iki gözünde de kızarıklık tespit etmiş ve uzman doktora sevkini yapmıştır. Günün ilerleyen saatlerinde aynı hastanede başvuranı muayene eden göz doktoru, her iki gözde ‘hiperemi’ tespit etmiş ve bulgularını rapor haline getirmiştir. ... 41. Mahkeme ... mevcut davada görüldüğü gibi, kolluk kuvvetleri tarafından kontrol altına alınmış olan bireye karşı bu tür gazların kullanılmasının hiçbir haklı nedeni olamayacağını vurgulamaktadır. ... 43. Gazların neden olduğu etkiler ve içerdiği potansiyel sağlık tehlikelerini göz önünde bulundurarak .. Mahkeme, yukarıda anlatılan koşullar altında başvuranın yüzüne haksız yer gaz sıkılmasının, kendisinin yoğun fiziksel ve ruhsal acı duymasına neden olduğu ve başvuranı aşağılayabilecek ve itibarını düşürebilecek korku, acı ve aşağılanma duyguları uyandırma niteliğinde bulunduğu kanaatindedir. .. Bu nedenle Mahkeme, polis memurlarının, başvurana bu şartlar altında göz yaşartıcı gaz sıkarak, Sözleşme’nin 3. maddesi çerçevesinde, başvuranı insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz bıraktıkları sonucuna varmaktadır. ... İş bu nedenlerle, Mahkeme oybirliğiyle .. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiğine .. Davalı Hükümet tarafından başvurana .. manevi tazminat olarak 10,000 EUR (on bin Euro) .. ödenmesine .. karar verir ..”⁵⁵²

⁵⁵² İHAM 2.D., Ali Güneş v. Türkiye, 10.04.2012, Başvuru No:9829/07, www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ali_gunes.pdf, erişim tarihi:09.01.2013

Diğer taraftan idari işlemlerle bağlantılı olmaksızın doğrudan yasa hükümlerine dayalı olarak yapılan eylemlerin dayanakları olan yasal normlara aykırı olamayacakları, bu halde de idari eylemin kanunî idare ilkesiyle uyumlu sayılamayacağı açıktır. Örneğin 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun 16. maddesinin 7. fıkrasıyla polise, bazı hallerde silah kullanma eyleminde bulunma yetkisi tanınmıştır. Ancak aynı maddenin 8. fıkrası gereğince hakkında tutuklama, göz altına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanması amacıyla silah kullanırken polis, ilgili kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunmak zorundadır. Şayet bir polis memuru, hakkında tutuklama kararı bulunan bir şahsı yakalamak için silah kullanmadan önce bu şahsa “dur” ihtarında bulunmazsa ya da bu ihtar ilgili şahsın duyabileceği şekilde yapmazsa, dayanağını 2559 sayılı Kanun’un 16/7. maddesinde bulan ancak anılan kanun hükmüne ve dolayısıyla kanunî idare ilkesine aykırı olan bir idari eylem icra etmiş olacaktır. Böyle bir eylem ise idarenin tazminat sorumluluğunu ve şartların oluşması halinde ilgili idare ajanının cezaî sorumluluğunu gündeme getirecektir.

Sonuç olarak ister bir idari işleme dayalı olarak, ister idari işlemlerden bağımsız olarak icra edilsinler; bütün idari eylemler açısından kanunî idare ilkesinin iki görünümü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi idari eylemlerin yasal bir dayanağının bulunması; diğeri ise idari eylemin, dayanağı olan yasal kuralın çizdiği çerçevenin sınırları içinde ve söz konusu yasal kurala uygun olarak icra edilmesi gerekliliğidir. Bu bağlamda her şeyden önce idari eylemlerin (idari işlemler aracılığıyla veya doğrudan) bir yasal normun verdiği izin/emir çerçevesinde tesis edilmiş olması yani bir kanun hükmüne dayandırılabilmesi gereklidir. Ayrıca idari eylemin her durumda yasanın veya yasa uyarınca tesis edilen idari işlemin uygulanması açısından elverişli bir eylem olması ve her durumda dayanağı olan yasal hükme aykırılık taşımaması gerekmektedir. Dolayısıyla idari eylemler bakımından da yürütmenin ve dolayısıyla idarenin hem *intra legem*, hem de *secundum legem* niteliği geçerli bulunmaktadır. İdarenin *intra legem* niteliğine aykırılık durumunda idari eylem hukuka aykırı bir idari eylem olacak ve idarenin hukuki sorumluluğuna sebebiyet verecektir. İdarenin *secundum legem* niteliğine aykırılık halinde ise eylem idarîlik vasfını kaybedecek ve haksız fiil hüviyetine bürünecektir.

IV. İDARİ SÖZLEŞMELER AÇISINDAN KANUNÎLİK İLKESİ

İdarenin kamu hizmetlerini yürütürken yaptığı faaliyetler idari işlem ve eylemlerden ibaret bulunmamaktadır. İdare tarafından tek yanlı olarak icra edilen işlem ve eylemlerin yanı sıra, kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla idarenin bazı hallerde üçüncü kişilerle anlaşmalar yapması da gerekebilmektedir. İdarenin karşısındaki tarafla iradelerinin uyuşmasını gerekli kılan bu tasarruflar genel olarak “idarenin sözleşmeleri” şeklinde isimlendirilmektedir.

İdarenin sözleşmelerinden, sözleşmenin her iki tarafının eşit statüde bulunduğu sözleşmeler idarenin özel hukuk sözleşmelerini oluşturmaktadır. Özel hukuk sözleşmeleri özel hukuk kurallarının uygulama alanında kaldığından, bu sözleşmeler bir kamu hukuku prensibi olan kanunî idare ilkesi kapsamında bulunmamaktadır.⁵⁵³

İdarenin sözleşmelerinden ikinci grubu oluşturanlar ise, idare ile karşı tarafın tamamen eşit koşullara sahip olmadığı, bir özel hukuk sözleşmesinde olmayacak şekilde idarenin karşı tarafa nazaran daha avantajlı konumda bulunduğu sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde idarenin kamu hizmetinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini, karşı tarafın ise kâr elde etmeyi amaçlaması nedeniyle sözleşmede idareye bir takım üstünlükler ve ayrıcalıklar tanınması normal kabul edilmektedir.⁵⁵⁴ Buna göre idarelerin bir kamu hizmetinin yürütümüyle ilgili olarak yaptıkları ve tarafların tamamen eşit konumda olmadıkları, idareler lehine bazı ayrıcalıklar içeren sözleşmeler ise “idari sözleşmeler”

⁵⁵³ Ancak belirtmek gerekir ki, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde özel hukuk kuralları kapsamında bulunan alan sözleşmenin imzalanması aşaması ile imzadan sonraki edimlerin ifası aşamasıdır. İmza aşamasının öncesinde yer alan idarenin hangi amaçla, hangi somut olaylarda özel hukuk sözleşmesi imzalayabileceği, idarenin bu sözleşmenin tarafını nasıl belirleyeceği, böyle bir sözleşme imzalayabilmesi için ne kadar kamu kaynağı kullanabileceği gibi hususlar fonksiyonel açıdan “idari” niteliktedir. Dolayısıyla bu gibi hususlar, Anayasa’nın 123. maddesinde düzenlenen kanunî idare ilkesi gereğince yasayla belirlenmelidir. O halde idarenin ne zaman, niçin, kiminle ve hangi koşullarda özel hukuk sözleşmesi imzalayabileceği yasalarla belirgin kılınmalı; idare ancak bundan sonra, anılan hükümlere dayanarak ve bu hükümlerde yer alan koşullara uygun şekilde özel hukuk sözleşmesi imzalamalıdır. Bu kapsamda örneğin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, kamu kaynağı kullanılarak yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım sözleşmelerinin imzalanması öncesinde uyulacak usul ve esasları, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ise bu sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili usul ve esasları düzenlemektedir. Yine 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda da genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin satım, kira, trampa, mülkiyetten gayri ayni hak tesisi sözleşmelerinin imzalanmasından önceki aşamaya ilişkin idarelerce uyulması gereken kurallara yer verilmiş bulunmaktadır. Anılan kanunlarda belirlenen koşullara uyma zorunluluğu özellikle idarenin ve idari ajanların sorumluluğu açısından önem taşımakta olup, şüphesiz özel hukuk kuralları bağlamında sözleşmenin sıhhatine veya idarenin sözleşmesel sorumluluğunun kapsamına etki etmemektedir.

⁵⁵⁴ GÜNDAY, syf.167, 169

grubunu oluşturmaktadır.⁵⁵⁵ Bu tasarruflar özel hukuk kurallarının çizdiği çerçevenin dışında kaldığından, özel hukukun değil kamu hukukunun inceleme alanı kapsamında yer almaktadır.

“İdari sözleşme” ibaresi geniş bir kavram olup, bünyesinde birbirinden farklı çeşitli sözleşme türlerini barındırmaktadır. Bu sözleşme türlerinden başlıcalarını şu şekilde belirtebilmemiz mümkündür:

- *Mali İltizam Sözleşmeleri*: Mali iltizam sözleşmeleri, idareye ödenecek belli bir ücret karşılığında, bir kamu hizmetinin kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere bir özel kişiye gördürülmesine ilişkin⁵⁵⁶ idari sözleşmedir. Bu sözleşmelere kıyılarda Hazine’ye ait dalyanlardan yararlanmak için yapılan sözleşmeler örnek gösterilmekle⁵⁵⁷ birlikte, mali iltizam sözleşmeleri günümüzde genellikle uygulama alanı bulmamaktadır.⁵⁵⁸

- *İstikraz Sözleşmeleri*: İstikraz Arapça kökenli bir kelime olup, borçlanma anlamına gelmektedir.⁵⁵⁹ Kamu idarelerinin belli kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla ve özel hukuktaki alacak sözleşmelerinden farklı şekilde, borçlu sıfatıyla bazı ayrıcalıklara sahip olarak gerçek ve tüzel kişilerden borç alması da idari sözleşme olarak nitelendirilmektedir.⁵⁶⁰ Bu sözleşmeler günümüzde bono, tahvil gibi kıymetli evraklar karşılığında Devletin borçlanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu tür kıymetli evrakların haczedilememesi veya para yerine geçmesi gibi bazı ayrıcalıklı özellikler, bu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran unsuru oluşturmaktadır.⁵⁶¹

- *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri*: İmtiyaz sözleşmeleri, bir kamu hizmetinin⁵⁶² uzun bir süreyle, sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak

⁵⁵⁵ YILDIRIM, YASİN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, syf.73, GÜNDAY, syf.169. “Öğretide de kabul edildiği gibi, bir sözleşmenin ‘idarî sözleşme’ sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir.” AYM, 28.06.1995 E:1994/71 K:1995/23, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:09.01.2013.

⁵⁵⁶ Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Cilt II, 1. Bası, Bursa: Ekin, 2003, syf.69.

⁵⁵⁷ GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.560.

⁵⁵⁸ GÜNDAY, syf.170

⁵⁵⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü. www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi:09.01.2013

⁵⁶⁰ GÜNDAY, syf.170

⁵⁶¹ GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.561

⁵⁶² “... bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi amacını taşımayan, Belediyeye ait taşınmazdaki 400 lt/sn debili suyun 7 lt/sn’lik kısmının, pet su şişeleme tesisi kurularak piyasaya sunulmasına yönelik olması nedeniyle imtiyaz

üzere ve idarenin gözetim ve denetimi altında özel hukuk kişileri aracılığı yerine getirilmesini konu edinen sözleşmelerdir.⁵⁶³ İmtiyaz sözleşmesinde özel hukuk tüzel kişisi sözleşme konusu olan kamu hizmetini süreklilik ve eşitlik ilkeleri doğrultusunda aksatmadan yürütmek durumundadır.⁵⁶⁴ Bu sözleşmelerde kamu hizmetinin yürütümünün aksamaması açısından sözleşmenin tarafı olan kamu idaresine kamu gücüne dayanan ayrıcalıklar tanınabilmekte ve özel hukuk kişileri kamu hizmetini ilgili kamu idaresinin gözetim ve denetimi altında⁵⁶⁵ yürütmektedir. Uygulamada GSM operatörleri ile Ulaştırma Bakanlığı arasında mobil iletişim hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak düzenlenen sözleşmeler, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine örnek olarak gösterilmektedir.⁵⁶⁶

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine kurucu iktidarın verdiği önemin bir göstergesi olarak, Anayasa’da bu sözleşmeler açısından özel bir şekil kuralı öngörülmüştür. Bu bağlamda Anayasa’nın 155. maddesinin 2. fıkrası gereğince kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, Danıştay tarafından bu konuda 2 ay içinde düşünce bildirilmeden imzalanamayacaktır.⁵⁶⁷ Öte yandan 27.11.1994 tarihinde yürürlüğe giren 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un 15. maddesinde yer alan “*Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur*” hükmü ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin uygulama alanı

hukukunun unsurlarına da yer verilmemiş olan, ticari faaliyete ilişkin bir sözleşmenin adının imtiyaz sözleşmesi olarak belirlenmiş olması sözleşmeye bu niteliği kazandırmaz.” Danıştay 1.D., 03.07.2008, E:2008/744 K:2008/834, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:09.01.2013

⁵⁶³ YILDIRIM, YASİN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, syf.76, AYM, 28.06.1995 E:1994/71 K:1995/23, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:09.01.2013.

⁵⁶⁴ Melikşah YASİN, Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi, 1. Bası, İstanbul: Beta, 2006, syf.135.

⁵⁶⁵ “Bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idarî sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır.” Danıştay 13.D., 26.09.2008, E:2008/5151 K:2008/6509, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:09.01.2013.

⁵⁶⁶ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt II, syf.69

⁵⁶⁷ Anayasa’nın 155. maddesinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri açısından aranan bu koşul, 4446 sayılı Kanun’la Anayasa’da 1999 yılında yapılan değişiklikle yürürlüğe girmiş olup; bu tarihten önce Anayasa koyucu, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay tarafından inceleneyeceğini öngörmektedir. Anılan döneme ilişkin yargı kararları ve 1999 tarihli Anayasa değişikliğine neden olan süreç hakkında bkz. YILDIRIM, YASİN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, syf.73-80.

daraltılmış,⁵⁶⁸ sadece tekel özelliği bulunan mal ve hizmetler ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amacına uygun mal ve hizmetlere ilişkin hususlara inhisar ettirilmiştir. Bununla birlikte kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmelerinden sonra uygulamada en sık rastlanılan idari sözleşme türüdür.⁵⁶⁹

- *İdari Hizmet Sözleşmeleri*: İdari hizmet sözleşmeleri belli bir kamu hizmetinin yürütümüne memur kadrosunda bulunmaksızın katılacak olan kamu personeli ile hizmetin sahibi konumunda bulunan idare arasında imzalanacak hizmet sözleşmesini ifade etmektedir. Yasal çerçevesi başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesi olmak üzere çeşitli kanun hükümlerinde düzenlenen bu sözleşme türüne, kamu personel rejiminde izlenen politikalar nedeniyle gün geçtikçe daha sık başvurulduğu gözlemlenmektedir. Buna paralel olarak yargı içtihatları⁵⁷⁰ ile söz konusu personelin statüsü büyük ölçüde memurların statüsüne benzer şekilde değerlendirilmeye başlanmıştır.

- *Doğal Servet ve Kaynakların İşletilmesi Sözleşmeleri*: Anayasa'nın 168. maddesinde yer alan "*Tabîî servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir.*" hükmü uyarınca, eğer doğal servetlerin ve kaynakların (bu kapsamda örneğin madenlerin) işletilmesi bir kamu

⁵⁶⁸ "... 4046 sayılı Yasanın, Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi başlıklı 15 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve devamı fıkralarının hükümlerine göre de, genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunmuştur. Burada, genel ve katma bütçeli idarelerle bu idarelerin tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri arasındaki organik ve işlevsel bağlılığa açıkça vurgu yapılmaktadır. Diğer bir deyişle kamusal bir hizmet üretim faaliyeti, tekel olma niteliğinden çıkmışsa ve genel ve katma bütçeli idarelerin görev ve faaliyetleri olmaktan da çıkarılmış ise, bu hizmet kamu hizmeti niteliğini taşısa bile imtiyaz sayılamayacaktır. Olayımızda, 2918 sayılı Yasada 5228 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerle tescile bağlı araçların muayenelerini yapma hizmeti, kamu hizmeti niteliğinde olmakla birlikte, herhangi bir kamu kuruluşunun asli görev ve faaliyeti içindeki tekel niteliğinde bir hizmet üretimi olmaktan çıkarılmış bulunduğundan, bu hizmetin özelleştirilmesine ilişkin sözleşmenin bu hüküm yönünden de imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir." Danıştay 1.D., 18.05.2005, E:2005/307 K:2005/668, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:09.01.2013

⁵⁶⁹ GÜNDAY, syf.178, YILDIRIM, YASİN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, syf.80-81.

⁵⁷⁰ "Buna göre, sözleşmeli personelin durumu; kanun, kanun hükmünde kararname, bakanlar kurulu kararı, yönetmelik ve tip sözleşmelerle düzenlenmekte ve bunlarda hüküm bulunmaması halinde Devlet Memurları Kanunu'nun uygulanacağı öngörülmektedir. Bu nedenle sözleşmeli personelin durumu da, memurların durumu gibi büyük ölçüde kanuni ve nizami bir durum, yani statüler durum haline gelmiş bulunmaktadır. Zira, bunların hukuki durumu memurların hukuki durumu gibi büyük ölçüde idare tarafından düzenleyici işlemlerle belirlenmekte ve bu hukuki durum yine idare tarafından tek yanlı olarak her zaman değiştirilebilmektedir." Danıştay İDDK, 04.02.2010, YD. İtiraz No:2009/921, Karar yayınlanmamıştır.

hizmeti olarak kabul edilirse,⁵⁷¹ bu hizmetin idarenin gözetim ve denetimi altında kâr ve zararı kendisine ait olacak şekilde bir özel hukuk kişisine gördürülmesi amacıyla düzenlenen sözleşme de idarî sözleşme olarak nitelendirilecektir.⁵⁷² Bununla birlikte Anayasa'nın 168. maddesi kapsamındaki doğal kaynak ve servetlerin büyük kısmını madenler oluşturduğundan⁵⁷³ ve madenlerle ilgili olarak halen yürürlükte bulunan 3213 sayılı Maden Kanunu'nda madenlerin işletilmesi bakımından ruhsat usulü öngörüldüğünden (m.7 vd); 3213 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 15.06.1985 tarihinden önce imzalanan ve aynı Kanun'un geçici 1. ve 2. maddeleri uyarınca halen geçerli bulunan sözleşmeler ile kaplıcaların işletilmesine ilişkin sözleşmeler dışında⁵⁷⁴, günümüzde bu tür idari sözleşmelere uygulamada sık rastlanılmadığının belirtilmesi gerekir.⁵⁷⁵

Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca idare görev ve yetkileriyle kanunla düzenleneceğinden, idari sözleşmelerin de kural olarak kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Şüphesiz kanunla düzenleme deyimi, diğer bölümlerde de belirtildiği gibi, konu hakkındaki bütün ayrıntıların yasayla belirlenmesinin zorunlu olduğu anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda idarenin düzenleme yetkisi başlığı altında aktarılan Anayasa Mahkemesi kararlarından esinlenilerek şöyle bir belirleme yapılabilmesi mümkündür: *“Belli bir kamu hizmetiyle ilgili idari sözleşme yapılabilmesi için kanunun genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizmesi, yapılacak sözleşmenin amacını belirlemesi ve sözleşme açısından nesnel kriterler belirlemesi gerekmekte olup; idare tarafından ancak kanunun belirlediği temel kurallara uygun şekilde idari sözleşmeler yapılabilecektir.”* Buna göre kanun tarafından belli bir kamu hizmetinin ifası amacıyla

⁵⁷¹ “Kamu yararına olan her faaliyet, kamu hizmeti değildir. Özel hukuk kişilerinin sonuçta kamu yararına olduğu için desteklenen ‘özel’ faaliyetlerinin kamu hizmeti olmaması gibi. İdare tarafından, Anayasa ve kanun gereği yerine getirilen madencilik faaliyeti de, organik unsur bulunmasına rağmen idarenin ekonomik boyutlu faaliyetlerinden bulunduğu için; üstelik sadece bu özelliğinden ötürü de değil; amacı, işlevi, araçları ve doğrudan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik sayılamayacak boyutu sebebiyle, kamu hizmeti statüsü ile açıklanamayacak bir nitelik taşımaktadır.” Aydın GÜLAN, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, 1. Bası, İstanbul: Lamure, 2008, syf.165

⁵⁷² GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.561.

⁵⁷³ 3213 sayılı Maden Kanunu m.2/f.1: “Yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde bu Kanuna göre madendir.”

⁵⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.561, GÖZLER, İdare Hukuku Cilt II, syf.71.

⁵⁷⁵ Öğretide kamu mallarından yararlanma sözleşmeleri ile orman işletme sözleşmeleri de idari sözleşme türleri arasında sayılmaktadır. Bu kapsamda, “... kamu emlakinden yararlanma sözleşmesi Danıştay’ın yaptığı bir nitilemedir.” YAYLA, syf.168. Orman işletme sözleşmeleri ise Anayasa’da yer alan “Devlet ormanları devletçe yönetilir ve işletilir” (m.169) hükmü nedeniyle, 1982 Anayasası döneminde uygulama alanı bulması mümkün olmayan bir sözleşme türüdür. GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.562

idari sözleşme yapılabileceği belirtilmeden ve sözleşmenin temel ilkeleri saptanmadan yapılacak olan bir idari sözleşme kanunî idare ilkesine aykırı sayılacak; ayrıca kanunda yer alan temel ilkelere aykırı hükümler ihtiva eden idari sözleşmeler de kanunî idare ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Bu kapsamda örneğin, 657 sayılı Kanun'un 4/B maddesi bu kanun kapsamında bulunan idarelere idari hizmet sözleşmesi imzalama yetkisi vermiş ve bu yetkinin hangi koşullarda, hangi pozisyonlar için, ne kadar süreyle kullanılabileceği gibi temel esasları belirledikten sonra idari hizmet sözleşmesinin diğer esas ve usullerinin belirlenmesini yürütmenin düzenlemesine bırakmıştır.⁵⁷⁶

Uygulamada Osmanlı İmparatorluğu Dönemi'nden kalan ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin bulunan 10.06.1326 tarihli Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun dışında gerek imtiyaz sözleşmeleriyle gerekse diğer idari sözleşmelerle ilgili olarak genel hükümler içeren ve tüm idari sözleşmeler açısından yukarıda belirtildiği şekilde temel esasları belirleyen bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kanunî idare ilkesine aykırı görülerek öğretilde haklı olarak eleştirilen⁵⁷⁷ bu durum, idari sözleşmelerin hukuki rejiminin belirginleşmesine engel olmaktadır. Bununla birlikte uygulamada yasa koyucu, her idari sözleşme açısından ayrı kanunlar çıkararak konunun hukuki altyapısını düzenlemeye çalışmaktadır. Bu bağlamda 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun elektrik üretimi ve iletimi hizmetine ilişkin olarak yapılacak imtiyaz sözleşmelerinin, 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması Hakkında Kanun ise sağlık kamu hizmetinin yürütümü amacıyla kişilerle imzalanacak olan idari hizmet sözleşmelerinin usul ve esaslarını belirleyen kanunlara örnek olarak gösterilebilecektir. Ne var ki bu kanunlar sadece belli kamu hizmetlerinin yürütümüne ilişkin idari sözleşmeler açısından düzenlemeler getirmektedir. Bu çerçevede aynen

⁵⁷⁶ Sözleşmeli personelin Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında kamu görevlisi olarak nitelendirildiği (AYM, 13.12.1995 E:1995/11 K:1995/63) ve 657 sayılı Kanun'un 4/B maddesinde, Anayasa'nın 128. maddesi gereğince yasayla belirlenmesi gereken kamu görevlilerinin (sözleşmeli personelin) maaşı gibi bazı hususların da yürütmenin düzenlemesine bırakıldığı dikkate alındığında; söz konusu yasa hükmünün, Anayasa'nın 123. ve 128. maddelerinin öngördüğü kanunîlik ilkesinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için yeterli olmayacağı ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu belirtilebilecektir.

⁵⁷⁷ "... bu sözleşmelerin esaslarını düzenleyen yeterli yasa hükmü bulunmamaktadır. ... İmtiyaz usulünü düzenleyen bir yasa olmaması, kanunî idare ilkesine aykırı bir şekilde mahkeme içtihatları ve Fransa'dan esinlenmiş doktrin görüşleriyle idarenin işlemlerinin düzenlenmesine yol açmaktadır." YILDIRIM, YASİN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, syf.78-79

kamu ihale sözleşmelerinin *bütününe ilişkin temel unsurların* 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu aracılığıyla yasayla düzenlenmesi ve hukuken belirgin kılınması gibi; idari sözleşmelerin hukuki rejiminin de bu tür kapsayıcı bir kanunla (veya kanunlarla) genel esaslara bağlanması, şüphesiz kanunî idare ilkesiyle hukuk güvenliği ilkesi açısından daha uygun olacaktır.

Sonuç olarak ister genel olarak tüm idari sözleşmeleri isterse belli bir idari sözleşme türünü veya spesifik olarak sadece bir idari sözleşmeyi düzenlesin, tüm idari sözleşmelerin yasal bir dayanağının bulunması zorunludur. Zira idarenin, yasalarda kendisine bu yönde verilen bir izin bulunmaksızın, yürütümü yasalarla kendisine yüklenen kamu hizmetleriyle ilgili olarak özel kişileri yetkilendirmesinin kanunîlik ilkesiyle ve kamu hizmetinin niteliğiyle bağdaşmayacağı açıktır. Dolayısıyla idarenin hangi kamu hizmetiyle ilgili olarak, hangi hallerde ve hangi koşullarda ne tür bir idari sözleşme yapabileceği mutlaka kanunda öngörülmeli ve idare tarafından ancak bundan sonra kanunda yer alan koşullara tamamen uygun şekilde idari sözleşme imzalanmalıdır. Aksi halde idari sözleşmenin kanuni idare ilkesine aykırılığı ve sözleşmenin idari yargı organlarınca iptali gündeme gelebilecektir. Bu kapsamda uygulamada idari sözleşmelerin, dayanakları olan ve sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetiyle ilgili bulunan yasa kurallarına uygunluk yönünden incelendiği yargı kararlarının bulunduğu da not edilmelidir.⁵⁷⁸

⁵⁷⁸ “... davacının .. ‘Sözleşmeli Öğretmenlerin Hizmet Sözleşmesi’nin 11. maddesinin (b) fıkrasında geçen ‘30 günü geçmemek üzere’ ibaresinin .. iptali .. istemiyle açtığı davada ... Gerek yukarıda değinilen ‘Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar’ın davaya konu 10. maddesinde, gerekse bu esaslara dayanılarak hazırlanan sözleşmeli öğretmenlerin Hizmet Sözleşmesi’nin 11. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde ‘Resmi tabip raporu ile kanıtlanan hastalıklar için yılda 30 günü geçmemek üzere ücretli izin verilebilir. ...’ düzenlemesine yer verilmiş ise de; insan sağlığı ve çalışma verimi bakımından en önemli mazeretlerden olan, aynı zamanda öngörülemeyen hastalık hali için izin süresinin 30 günle sınırlandırılması yolunda kurallar getiren düzenlemede, 657 sayılı Yasa’da yer alan ve farklı düzenlemeyi içeren hastalık iznine ilişkin hükme uyarlık bulunmadığı açıktır.” Danıştay İDDK, 04.02.2010, YD. İtiraz No:2009/921, Karar yayınlanmamıştır. “Dava konusu Yönetmeliğin (Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığı’nca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelik) ‘İzinler’ başlıklı 9. maddesi, ... hükmünü taşımaktadır. 5258 sayılı Yasa’nın 8. maddesine dayanılarak getirilen bu düzenlemenin yasal dayanağının bulunmadığı yolundaki iddia geçerli görülmemiştir. Dava konusu Yönetmelik hükmü, genel olarak kamuda görev yapan diğer sözleşmeli personele tanınan haklarla koşutluk göstermektedir.” Danıştay 5.D., 15.04.2009, E:2007/6860 K:2009/2011, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:10.01.2013. İtalik yazılı olmayan kısım kararın orijinalinde bulunmamaktadır.

Dördüncü Bölüm

KANUNÎ İDARE İLKESİNDEN SAPMALAR

Kanunî idare ilkesi, Anayasa’da bir bütün olarak tanımlanan idarenin tamamı açısından doğrudan Anayasa’da öngörülen bir idare hukuku ilkesidir. Bununla birlikte Anayasa’nın başka hükümlerinden, kamu hizmeti yürütülmesi faaliyetinin niteliğinden, idari işleyişin gerekliliklerinden veya hukukî teamüllerden kaynaklanan bazı müesseseler/uygulamalar, hukuk âleminde kanunî idare ilkesinin gereklilikleri ile bağdaşmayan çeşitli sonuçlar doğurabilmektedir. Diğer bir ifadeyle pozitif bir idare hukuku ilkesi olan kanunî idare ilkesinden sapma olarak nitelendirilebilecek bazı sonuçlar doğuran idare hukuku kurumları da bulunmaktadır.

Dolayısıyla kanunî idare ilkesine ilişkin bu çalışmada, idare hukukunun inceleme konularından olmakla birlikte **kanunî idare ilkesiyle bağdaşmayan** veya **kanunî idare ilkesiyle bağdaşmadığı yönünde bir izlenim uyandıran** konulara ve uygulamalara da değinilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede “Kanunî İdare İlkesinden Sapmalar” başlıklı bu bölümde idarenin takdir yetkisi, yerleşik yargısal içtihatlar, kazanılmış hak, haklı beklenti ve idari işlemin geri alınması konuları ile bu konuların kanunî idare ilkesiyle olan ilişkisi üzerinde durulacak, son olarak kanunî idare ilkesi bakımından istisna oluşturan Anayasal bir hüküm bulunup bulunmadığı incelenmeye çalışılacaktır.

I. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

Kanunî idare ilkesi, idarenin kuruluşunun kanunla yapılmasını, görevlerinin ve yetkilerinin kanunla belirlenmesini gerektiren bir ilkedir. Bununla birlikte kanun her durumda idarenin kuruluşunu, görevlerini ve yetkilerini bütün ayrıntılarıyla düzenlememekte; bazı hallerde idareye belli bir konu hakkında düzenleme yapmak, belli bir hukuki tasarrufu yapıp yapmamak ya da belli işlem ve eylem türleri arasından birini veya birkaçını seçmek gibi bir tercih imkânı sunmaktadır. Bu gibi durumlarda kanun, bir konuyu doğrudan kendisi düzenlemek ve idarenin hangi konuda neleri

yapacağına doğrudan kendisi karar vermek yerine idareye bir hareket serbestisi tanımaktadır.

Bu çerçevede takdir yetkisi, idareye maddi olayları değerlendirmek ve nitelendirmek, işlem veya eylemlerinin sebebini, konusunu, zaman ve yerini belirlemek, belli bir durumda kanun tarafından öngörülen çeşitli çözümlerden birini seçmek, tasarrufta bulunmak ya da bulunmamak konularında kanunla tanınan hareket serbestliğini,⁵⁷⁹ daha genel bir tanımla idarenin işlem ve eylemlerinde sahip olduğu serbestliği⁵⁸⁰ ifade etmektedir. Bu anlamda takdir yetkisi genellikle bir kanunun uygulanmasında, bir idari işlem ya da eylemin yapılmasında zaman ve mekânı, durumun gereklerini göz önünde bulundurmayı temin eder⁵⁸¹ ve idarenin belli bir yönde hareket zorunluluğunu ifade eden bağlı yetkinin zıddını oluşturur.

Kanunun idareye takdir yetkisi tanınması, kanun metninde yer alan “... yapabilir”, “... atayabilir” gibi seçme olanağı sağlayan ya da “gerekli tedbirler”, “kamu düzeni”, “genel sağlık” gibi içeriği uygulamada netleşecek soyut kavramlarla gündeme gelebileceği gibi,⁵⁸² kanunun bir konuda (temel ilkeleri belirledikten sonra) suskun kalmasıyla da söz konusu olabilecektir.

İdarenin genel olarak takdir yetkisine sahip olduğunu belirten, diğer bir ifadeyle takdir yetkisinin pozitif dayanağını oluşturan açık bir Anayasal norm bulunmamaktadır. Bununla birlikte takdir yetkisinin, Anayasa’nın 8. maddesi çerçevesinde yürütmenin kanunların uygulanmasını sağlama görev ve yetkisini yerine getirebilmek için sahip olmak durumunda olduğu bir serbestiyi ifade ettiği; yürütmeye ve bu bağlamda idareye takdir yetkisi tanınmasının idari işleyişin gerekliliklerinden ve kamu hizmeti yürütülmesi faaliyetinin niteliğinden kaynaklanan bir zorunluluk olduğu kabul edilmektedir.⁵⁸³ Nitekim idareye belli konularda yetki verilmesi gerekliliğine,

⁵⁷⁹ Yıldızhan YAYLA, İdarenin Takdir Yetkisi, İÜHFM, Cilt XXX, S:1-2, 1964, syf.208, YILDIRIM, İdari Yargı, syf.128-129, “... dış çerçevesi mevzuatta çizilmiş fakat içi bir takım imkansızlıklarla doldurulmamış bir idari usulün varlığı halinde, idareye bu idari usulün doldurulması konusunda tanınan belli bir kararı alıp almama, değişik ihtimaller arasında bir seçim yapıp yapmama, yani yetkinin kullanılıp kullanılmamasını belirleme yetkisine takdir yetkisi adı verilir.” KAYA, syf.26.

⁵⁸⁰ Ülkü AZRAK, İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu, Anayasa Yargısı, Cilt 9, 1992, syf.330

⁵⁸¹ ONAR, Cilt I, syf.432

⁵⁸² YILDIRIM, İdari Yargı, syf.129

⁵⁸³ “İdareye böyle bir kudret ve salâhiyetin tanınması lüzumunda herkes müttefiktir: her zaman dediğimiz gibi; Devletin faaliyetlerinin günden güne artması; görülecek hizmetlerin daha muğlak ve karışık bir şekil alması; teknik

düzenleme yetkisine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında da şu şekilde değinilmektedir: “... Anayasa’da öngörülen ayırık 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. ... 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.”⁵⁸⁴

Anayasa Mahkemesi kararlarında idarenin düzenleme yetkisine ilişkin olarak yer alan “gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu, yasama organının yapısının ve işleyiş biçiminin, değişen koşullara göre süratli şekilde karar almaya elverişli olmayan niteliği” gibi gerekçelerin birel işlemler açısından da geçerli olduğu ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla toplumsal, ekonomik, bilimsel ve kültürel değişimler paralelinde kamu hizmetlerini aksatmadan yürütebilmesi için (düzenleyici ve birel nitelikteki) işlemleri ve eylemleri açısından idareye takdir yetkisi tanınmasının teknik bir zorunluluktan kaynaklandığı, bunun Anayasa’ya aykırı olmadığı ve Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin görüşünün de bu doğrultuda olduğu belirtilebilecektir.

Bununla birlikte idareye işlemlerinin tesisinde ve eylemlerinin icrasında belli ölçüde bir serbestlik tanınması, hukuki öngörülebilirliğin temini ve idarenin keyfi hareket etmesinin önlenmesi noktasında bazı sakıncaları da beraberinde getirmiştir.

bilgi ve ihtisaslara ihtiyaç göstermesi, idareye böyle bir serbestinin tanınmasını zarurî kılmaktadır. Bu durum karşısında kanunların idarenin hareketlerini bütün teferruatıyla tanzim etmesine; idarenin harekete geçeceği bütün vaziyetleri tekml unsurları ile evvelden tayin ve tesbit eylesine; her vaziyette kabul ve tatbik edilecek hareket ve hal tarzını teferruat ve tafsilâtiyle göstermesine imkân yoktur. Binaenaleyh takdir salâhiyeti kanun vazının, idarenin karşılaştacağı bütün hal ve vaziyetleri evvelce takdir ve tahmin edemediği için onun hareket tarzlarını bütün teferruatıyla tayin ve tesbit edemiyerek umumî kaideler koymakla iktifa etmesinden ileri gelir.” ONAR, Cilt I, syf.421

⁵⁸⁴ AYM, 16.06.2011 E:2009/9 K:2011/103, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:11.01.2013. Benzer yönde: AYM, 29.12..2011 E:2010/80 K:2011/178, AYM, 18.06.2009 E:2005/19 K:2009/85, AYM, 29.12.2004 E:2002/39 K:2004/125.

Bu sakıncalar takdir yetkisinin kullanılmasında idarenin uyması gereken bir takım kriterlerin belirlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Örneğin bu ihtiyaç kapsamında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 11.03.1980 tarihinde aldığı İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Tavsiye Kararı'nda, konseye üye devletlere takdir yetkisinin kullanılması konusunda kısaca şu tavsiyelerde bulunmuştur: *“Takdir yetkisini kullanan bir idari makam: 1. yetkinin veriliş amacından başka amaç güdemez; 2. yalnızca somut olaya ilişkin öğeleri dikkate alarak nesnelliğe ve tarafsızlığa uyar; 3. hakkaniyete uymayan ayrımcılıktan kaçınarak yasa önünde eşitlik ilkesini gözetir; 4. işlemin amacıyla, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge sağlar; 5. işlemi, her somut olaya göre belirlenen makul bir süre içinde yapar; 6. genel olarak idari direktifleri her olayın özelliklerini göz önünde tutarak istikrarlı bir şekilde uygular.”*⁵⁸⁵

İdarenin keyfi hareket edebilmesi sakıncasını beraberinde getiren takdir yetkisi kavramı aynı zamanda, ilgili olduğu bir konu hakkında belirlemenin doğrudan kanunla yapılmış sayılmasını imkânsız kıldığından; kanunî idare ilkesi ve yasama yetkisinin devredilmezliği başta olmak üzere Anayasa'da kanunîlik esasının benimsendiği kurallar açısından bir sapma oluşturmaktadır. Bu çerçevede gerek takdir yetkisinin kullanımının idare açısından keyfi hareket etme özgürlüğüne dönüşmemesi, gerekse takdir yetkisi müessesesi ile kanunî idare ilkesinin, yasama yetkisinin devredilmezliği prensibinin ve Anayasa'da öngörülen diğer kanunîlik ilkelerinin bağdaştırılabilmesi için yargı organları tarafından çeşitli ölçütler tespit edilmiş ve takdir yetkisinin hukuk dışına çıkılarak kullanılması engellenmek istemiştir. Bu kapsamda birinci bölümde düzenleme yetkisinin sınırları kısmında aktardığımız Anayasa Mahkemesi kararları ile esasen idareye düzenleme yapma konusunda takdir yetkisi tanınmasına ve bu yetkinin kullanımına ilişkin kriterler tespit edilmiştir. Söz konusu kararlara örnek verecek olursak, Yüksek Mahkeme'ye göre; *“Yasakoyucu belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak*

⁵⁸⁵ Onur KARAHANOGULLARI, İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, AÜHF Dergisi, Cilt XLV, S:1, 1996, syf.327, 328.

Yasa'nın uygulanmasını sağlayacaktır. ... 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. Böyle bir kanuna dayanarak yürütme organının yapacağı işlemler de, objektif nitelik taşımalı, keyfi uygulamalara sebep olacak çok geniş takdir yetkisi vermemelidir. ... yönetime bırakılan yetkinin, yasada amacının ve sonuçlarının belirlenmiş, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konulara dair olması gerekmekte olup, bu koşulları sağlayan kurallar, yasama yetkisinin devri anlamına gelmemektedir.”⁵⁸⁶

Danıştay da kararlarında sıklıkla takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız bir yetki olmadığını, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri doğrultusunda kullanılacağını ve bu yönlerden yargı denetimine tâbi olacağını, takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının saptanması halinde idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalinin gerekeceğini vurgulamaktadır.⁵⁸⁷

Bu çerçevede kanunun her konuyu bütün ayrıntılarıyla düzenleyerek yürütmeye düzenleme yapacak alan bırakmaması ya da idari faaliyetlerle ilgili her hususu önceden öngörerek, idareye istisnasız her konuda bağlı yetki tanınması fiilen mümkün olmadığından; kanunun idareye belli ölçülerde takdir yetkisi tanıyabileceği ve bunun yasallık ilkesine aykırılık oluşturmayacağı açıktır. Hatta bu, idarenin kamu hizmetlerini aksatmadan yürütebilmesi, dolayısıyla Anayasa'nın 8. maddesinde kendisine verilen yürütme yetki ve görevini gerektiği gibi yerine getirebilmesi açısından zorunludur. Bununla birlikte bu yetki keyfîlik yetkisi olmadığı gibi kanundan bağımsız, soyut ve mücerret bir yetki de değildir.⁵⁸⁸ İdarenin takdir yetkisine sahip olduğunun kabulü, ancak böyle bir yetkinin idareye kanunla tanınması halinde söz konusu

⁵⁸⁶ AYM, 09.06.2011, E:2008/31 K:2011/94, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:12.01.2013.

⁵⁸⁷ Danıştay 5.D., 18.12.2007, E:2005/452 K:2007/7033, Danıştay 2.D., 26.10.2005, E:2004/4051 K:2005/3336, Danıştay 10.D., 11.04.2001, E:2000/5305 K:2001/1309, Danıştay 12.D., 20.04.1999, E:1998/930 K:1999/651, Danıştay İDDK., 07.03.2003, E:2003/36 K:2003/97, Danıştay 5.D., 10.11.2005, E:2002/5415 K:2005/5092, Danıştay 2.D., 11.10.2005, E:2004/3714 K:2005/3132, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

⁵⁸⁸ Zira GÜNEŞ'in de belirttiği gibi takdir yetkisi nihayetinde “kanunla idari işlem arasındaki ilişkiye bağlı” bir kavramdır. GÜNEŞ (Turan), Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının ... , syf.84, 85.

olabilecektir. Yine takdir yetkisi, ancak dayanağı olan kanun hükmünün belirlediği sınırlar içinde ve kanuna uygun şekilde kullanılabilir.

Bu bağlamda çalışmanın daha önceki kısımlarında da belirttiğimiz üzere, idarenin düzenleyici işlem ihdas etme konusunda takdir yetkisi, ancak konu hakkında *“kanunun genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizmesi, yapılacak düzenlemenin amacını belirlemesi ve düzenleme açısından nesnel kriterler belirlemesi halinde”* söz konusu olabilecek ve bu konudaki takdir yetkisini idarenin *“kanunun belirlediği temel kurallara uygun, konunun teknik boyutunun sınırları dahilinde, kanunun uygulanmasının sağlanması amacını aşmayacak ve konunun esası hakkında yeni ilkeler öngörmeyecek şekilde”* kullanması gerekecektir.

Düzenleyici işlemlerin yanı sıra birel işlemlerin tesisinde, idari eylemlerin ve sözleşmelerin yapılmasında da idareye takdir yetkisi tanınabilecektir. Bunun istisnası, birel işlemi hangi idarenin tesis edeceğinin belirlenmesi ile birel işlemin maksat unsurudur.⁵⁸⁹ Bunlar dışında birel işlemin şekil, sebep ve konu unsurlarında, ayrıca birel işlemi kanunla yetkili kılınan idarenin hangi organının veya personelinin tesis edeceğinin belirlenmesi hususunda, idari eylemlere ve idari sözleşmelere ilişkin hususlarda temel ilkeler belirlenip konunun çerçevesinin çizilmesinden sonra idareye takdir yetkisi tanınabilecek ve bu durum kanunîlik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyecektir. Ancak tabîidir ki, bu konularda idareye tanınacak yetki kanunun öngördüğü temel ilkelere aykırı veya kanun hükmünden bağımsız şekilde kullanılamayacaktır. Bu çerçevede eğer kanun bu konularda idareye verdiği takdir yetkisinin sınırlarını somut hükümlerle belirlememişse örneğin birel işlemin sebep ve konu unsurunu “kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak” gibi muğlak kavramlarla belirlemişse, idare birel işlemin bu unsurlarını ancak söz konusu kavramların anlamı kapsamında kabul edilebilecek maddi veya hukuki bir olguya istinaden belirleyebilecektir. Yine kanunun bu unsurlar bakımından tamamen sessiz kaldığı, gerekli görülen hallerde gerekli görülen tasarrufun yapılabilmesi için idareye izin verdiği hallerde, takdir yetkisi “elverişlilik” kriterinden hareketle kullanılacak; kanunun idareye o konuda yetki vermekle güttüğü özel amacın gerçekleşmesini sağlamaya

⁵⁸⁹ ONAR, Cilt I, syf.435

elverişli olmayan sebepler ve konular, birel işlemin sebep veya konu unsuru olarak takdir edilemeyecektir. Kişilerin hak ve özgürlükleriyle ilgili birel işlemlerin tesisinde idareye takdir yetkisi tanınması durumunda ise idare, takdir yetkisini ancak kanunun o konuda kendisine yetki vermekle güttüğü özel amacın gerçekleşmesi açısından gerekli (zorunlu) bulunan sebepler ve konularla sınırlı olarak kullanabilecektir. Ayrıca idarenin birel işlemleri açısından söz konusu olan elverişlilik ve gereklilik (zorunluluk) kriterleri, idareye idari eylemler yapma konusunda tanınan takdir yetkisinin kullanımında da gündeme gelecektir. Bu sınırlara uyulması halinde idareye takdir yetkisi tanınması ve bu yetkinin idare tarafından kullanılması, kanunî idare ilkesine aykırı sayılmayacaktır.⁵⁹⁰

A. Takdir Yetkisinin Denetimi ve Yerindelik Denetimi Yasağı

Takdir yetkisi başlığı altında üzerinde durulması gereken bir konu, bu yetkinin kullanımının uygulamada ne şekilde denetleneceği sorunu ve bu kapsamda yerindelik denetimi yasağıdır. Zira Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında *“Yargı yetkisinin, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği”* öngörülmüş, ayrıca benzer bir hükme 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında da yer verilmiştir.

Takdir yetkisinin sınırsız ve mutlak bir yetki olmadığını belirtmiştik. Bu kapsamda takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen idari işlemlerin 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygunluklarının denetleneceği ve bu noktada bu işlemlerle diğer idari işlemler arasında farklı bir uygulama yapılmasını gerekli kılan pozitif bir hukuk normu bulunmadığı açıktır. Her ne kadar Anayasa'nın 125/4. maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 2/2. maddesinde idare mahkemelerinin yerindelik denetimi yapamayacağı ve idarenin takdir yetkisini kaldıracak şekilde karar alamayacağı belirtilmekte ise de, bu maddelerde yasaklanan *“takdir yetkisinin kullanımının hukuka uygunluğunun denetlenmesi”* değil,

⁵⁹⁰ *“Türk idare hukukunda takdiri yetki, yasallık ilkesinin istisnası olarak ele alınamaz.”* KARAHANOĞULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması... , syf.499

hukuka uygunluk denetimi yerine yerindelik denetimi yapılması ve idarenin takdir yetkisi kaldırılarak idari işlem veya eylem niteliğinde yargı kararı verilmesidir.⁵⁹¹

Yerindelik denetimi ile hukukilik denetimi arasında kesin bir sınır çizilebilmesi, hangi hallerde idari yargı organlarının yerindelik denetimi yapmış sayılacaklarının değişmez kriterlerle belirlenebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte her iki denetim türü arasındaki temel farklılık, hukuka uygunluk denetiminde idari tasarrufun Anayasa, kanunlar ve diğer mevzuat hükümleri başta olmak üzere hukuk kurallarına aykırı olup olmadığı incelenmekte iken; yerindelik denetiminde hukuka uygun bir idari tasarrufun isabetli olup olmadığının, yapılmasının gerekip gerekmediğinin ya da ne şekilde yapılması gerektiğinin denetlenmesidir.⁵⁹² Diğer bir ifadeyle yerindelik denetiminde bir nevi ihtiyaca uygunluk değerlendirmesi yapılmaktadır.⁵⁹³

Bu kapsamda örneğin herhangi bir hukuk kuralına aykırılık söz konusu olmaksızın bir idari işlemin, ilgili olduğu kamu hizmetinin daha iyi yürütülmesi sonucunu doğuracak şekilde tesis edilmediğinden bahisle verilebilecek bir iptal kararı, hukukilik denetiminin sınırlarını aşacak ve yerindelik denetimi anlamına gelecektir. Nitekim böyle bir gerekçeyle dayanılarak verilen ilk derece mahkemesi ısrar kararının temyiz incelemesinde aynı husus Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından da vurgulanmıştır. İdari Dava Daireleri Kurulu'na göre; *“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacakları hükme bağlanmıştır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 44. maddesinin 3. fıkrasında, üniversite senatolarının ön lisans ve lisans düzeyi öğretimlerde sürdürülecek esasları, devam, ara sınav sayısı ve bunların başarı notuna*

⁵⁹¹ Mevzuatımızda yer alan idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verme yasağı öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. YAŞAR’a göre, *“... idari işlem yapma yasağı özellikle idari yargıcın re’sen araştırma yapma, bilirkişilerden yararlanma ve soruşturma yapma yetkisine sahip olduğu durumlarda kendiliğinden anlamsızlaşmaktadır. Sadece, uyumsuzluk konusu idari işlemin biçimsel unsurları üzerinde değil, işlemin takdirinde hata olup olmadığını gözlemek üzere her türlü araçla donatılmış bulunan idari yargıç, bu incelemesi sonunda vardığı kanaati kararına dönüştürürken, işlem olarak ortaya çıkmasını engelleyemez de ... tam yargı davalarının sonuçlarının her zaman idari işlem olduğu, vergi davalarında yargı kararının sıklıkla idari işlem biçiminde ortaya çıktığı açıktır. ... Yine, idari işlemin yargıç tarafından kısmen iptali durumunda, işlemin niteliğinin ve anlamının değişmesi söz konusu olunca, idari işlem, yeni bir anlama bürünmüş ve böylece idarenin iradesi değiştirilmiş hatta ‘çarpıtılmış’ değil midir?”* YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının ..., syf.150-151

⁵⁹² YILDIRIM, İdari Yargı, syf.128, 133.

⁵⁹³ BALTA, İdare Hukuku Genel Konular, syf.138

*katkısı, uygulama, sınav ve bütünleme gibi şartları yönetmeliklerle belirleyebilecekleri hükmü yer almakta ve davalı idare tarafından dava konusu Yönetmeliğin eğitim ve öğretimin kalitesini artırmak amacıyla çıkarıldığı belirtilmektedir. İdare Mahkemesi, Yönetmelik değişikliğinden önceki kimi düzenlemelerin öğrenciyi daha çok çalışmaya teşvik ettiği, geçme notunun sınıfın genel başarı durumuna göre belirlenmesinin öğrencinin lehine olmadığı yolundaki ısrar kararının **hukuka uygunluk denetiminin sınırlarını aşan** öznel saptamalara ısrar kararının gerekçesinde yer verilmiştir.”⁵⁹⁴*

Yine idare mahkemesinin idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırdığı, idarenin yerine geçerek yeni bir idari işlem tesis edermişçesine karar verdiği hallerde de hukuka uygunluk denetiminin sınırlarının aşıldığı ve yerindelik denetimi yapıldığı söylenebilecektir. Bu nitelikteki bir idare mahkemesi kararını bozan Danıştay kararında şu hususlar belirtilmiştir: “2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Yasasının 2. maddesinin 2. fıkrasında, idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, idari mahkemelerin, yerindelik denetimi yapamayacakları, yürütme görevinin yasalarda gösterilen şekle ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisinin kaldırılacak biçimde yargı kararı veremeyecekleri hükme bağlanmıştır. İdare mahkemesince, idarece verilen para cezası tutarının belirlenmesinde hangi kriterlerin dikkate alınmasının gerektiği hususları açıklandıktan sonra mevzuata aykırı hesaplanan para cezasına ilişkin işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, idare yerine geçerek para cezasının 22.714.414.610-liralık kısmının hukuka uygun bulunmayarak iptaline, artan kısım için davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”⁵⁹⁵*

Bu çerçevede bir idari işlemin denetiminde hukuk kuralları (hukuka uygunluk) değil de isabetlilik, iyilik, doğruluk, verimlilik, faydalılık gibi kriterler referans alınır; idare sadece belli bir yönde işlem tesisine zorlanarak idarenin takdir yetkisi bağlı yetkiye dönüştürülürse ya da idare mahkemesi idare yerine geçerek kanunlarla tanınan yetkiyi bizzat kullanır ve birden fazla seçenek içinde işlemin konu unsurunu yani hukuk alanında doğuracağı neticeyi doğrudan kendisi belirlerse, yapılan faaliyet hukukilik

⁵⁹⁴ Danıştay İDDK., 23.10.2008, E:2005/1988 K:2008/1826, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013. Kalın yazılı kısım kararın orjinalinde normal şekilde yazılmıştır.

⁵⁹⁵ Danıştay 6.D., 17.10.2007, E:2005/4304 K:2007/5667, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

denetimi olmaktan çıkıp yerindelik denetimi niteliği kazanacaktır. Bu gibi hallerde yargılama, Anayasa’yla yasaklanan alan içine girilerek yürütülmüş olacaktır.

Bunun dışında düzenleyici veya birel nitelikteki⁵⁹⁶ idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları açısından hukuk kurallarına uygunluğunun örneğin bu kapsamda idari işlemin unsurlarının Anayasa ve kanun hükümleri ile öngörülen ilkelere aykırılık içerip içermediğinin denetlenmesi ise hukukilik denetimi olarak nitelendirilecektir. Buna göre örneğin, Anayasa’nın 13. maddesi gereğince temel haklar ve özgürlükler ölçülülük ilkesine uygun şekilde sınırlandırılacağından, yine idarenin temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir konuda, temel hak ve özgürlüklere kanunun öngördüğü özel amacın gerçekleşmesi için zorunlu olandan daha fazla kısıtlama getirmesi, buna ilişkin idari işlemin konu unsurunun kanun tarafından belirlenmediği anlamına geleceğinden ve dolayısıyla Anayasa’nın 123. maddesine aykırılık oluşturacağından; kamu düzeni, kamu sağlığı ya da genel ahlâk gibi toplumsal bir menfaatin korunması için *gerekli tedbirleri alma* konusunda idareye tanınan yetkinin “ölçülülük/zorunluluk” kriterine uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi, yerindelik denetimi olarak kabul edilemeyecektir. Nitekim Fransa’da kolluk işlemlerinin ölçülülüğü noktasında maksimum denetim⁵⁹⁷ olarak isimlendirilen ve işlemlerin sebep, konu ve amaç unsurları arasında mükemmel bir uygunluk arayan denetim yürütülmekte ve bu denetim kural olarak yerindelik denetimi olarak nitelendirilmemektedir.⁵⁹⁸ Danıştay da takdir yetkisinin kullanımının idareyi yargı denetiminden bağışık kılmayacağını, hukuk devletinde sınırsız ve mutlak bir takdir

⁵⁹⁶ “İdari yargı, Anayasa ile yetkili kılınan bir organın, karar alma ve kural koyma yetkisinin kullanımının denetlenmesidir.” YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının ..., syf.16

⁵⁹⁷ OKAY TEKİNSOY, syf.208. Bu kavramla bağlantılı “makul denetim” ve “minimum denetim” kavramları için bkz. OKAY TEKİNSOY, syf.222-225.

⁵⁹⁸ YILDIRIM, YASİN, KARAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKİNSOY, syf.720, OKAY TEKİNSOY, syf.208, 209, 218 vd. “Kolluk makamının kamu düzenini sağlamak için alabileceği birden fazla önlem varsa, bunların arasından özgürlükleri en az sınırlayanını seçmek zorundadır. Bu zorunluluk, Conseil d’Etat’nın 1963 yılında verdiği ‘Commune de Gavarnie’ kararında açık bir şekilde ifade edilmiştir. ... Turistik sezonda sirk için gelen ziyaretçilerin yoğunluğu nedeniyle geçmiş yıllarda yaşanan kazaların tekrarlanmaması için Gavarnie Belediyesi belli bir tarihte, söz konusu yollarda gidiş-gelişi kurala bağlamıştır. ... Hâkim, dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden, belediye başkanının aynı ölçüde etkili, fakat daha az katı bir tedbirle, maddi olayların kamu düzeni ve güvenliği açısından yarattığı tehlikeyi önleyebileceğine dair bulgular çıkmadığına karar vermiştir.” OKAY TEKİNSOY, syf.209. Kanımızca bu tür bir değerlendirmenin Türk Hukuku açısından da yerindelik denetimi kapsamında kabul edilmemesi gerekir. Zira temel hak ve özgürlüklerle ilgili bu gibi işlemlere karşı açılacak davalarda denetlenecek olan, tedbirin isabetli olup olmadığı, bu kapsamda kamu düzenini sağlamak ya da korumak açısından uygun olup olmadığı değil; tedbirin, pozitif hukuk normlarında yer alan (Anayasa’nın 13. maddesinde açıkça zikredilen ve Anayasa’nın 123. maddesinin anlamından yorum yoluyla çıkarsanan) “ölçülülük ilkesine” yani hukuki bir kriterle uygun olup olmadığıdır.

yetkisinden söz edilemeyeceğini⁵⁹⁹ belirterek, idarenin her konudaki takdir yetkisinin hukuki ilkeler doğrultusunda denetlenmesini yerindelik denetiminin kapsamı dışında tutmaktadır.

İnceleme konumuz açısından idarenin takdir yetkisinin, yasal bir dayanağının bulunması ve temel kuralları yasa tarafından belirlenen bir konuda Anayasa ve yasalarla belirlenen çerçeve içinde kullanılması durumunda kanunî idare ilkesi açısından bir sapma oluşturmadığı ileri sürülebilecektir. Ancak eğer takdir yetkisinin sınırları ve bu kapsamda yerindelik denetimi yasağının geçerli olduğu alan uygulamada geniş yorumlanır, işlemin belli unsurlarında kanunun suskun kalarak ya da anlamı somut olmayan kavramlarla idareye yetki tanıdığı hallerde yerindelik denetimi yasağı gerekçe gösterilerek bu yetkinin kullanımını yargı organının denetleyemeyeceği kabul edilirse, idari işlemlerin unsurlarını idarenin belirlemesi anlamına gelecek bu durumun kanunî idare ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır.

Öte yandan idare mahkemelerinin yerindelik denetimi yaptıkları hallerde de, yani idarenin kuruluşu, görevleri ya da yetkileri ile ilgili bir konuda kanunlardan hareket ederek hukuka uygunluk denetimi yapmadıkları durumlarda da, bunun kanunî idare ilkesi yönünden bir sapma oluşturduğu belirtilebilecektir. Çünkü eğer idarenin kuruluşu, görevleri ya da yetkileri ile ilgili bir kanun olmasına ve işlem bu kanuna uygun bulunmasına karşın, idare mahkemesi tarafından işlemin isabetliliği değerlendirilerek iptal kararı veriliyorsa; idarenin kuruluşu, görevleri ya da yetkileri ile ilgili bir konu hakkında kanun yerine mahkemenin isabetlilik mülahazası belirleyici olacaktır. Yine idare mahkemesinin idare yerine geçerek idari işlem veya eylem niteliğinde karar vermesi halinde de, kanunun idareye tanıdığı bir yetki başka bir makam tarafından kullanılmış olacaktır. Dolayısıyla her iki durumda da söz konusu yargı kararlarının kanunî idare ilkesinin gerekleriyle bağdaştırılabilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Yerindelik denetimi yapılması Anayasa'nın bir çok hükmünü ihlal etmesine ve açıkça yasaklanmasına karşın idari yargı organları, sıklıkla yerindelik denetimi yaptıkları yönünde eleştirilere mâruz kalmaktadır. Kanımızca bu eleştirilere yol açan başlıca husus, mahkeme kararlarının yazım şeklidir. Bu çerçevede idare mahkemeleri ve

⁵⁹⁹ Danıştay 8.D, 27.01.2010, YD:2010/1, www.danistay.gov.tr/e2010_1.htm, erişim tarihi:17.01.2013

Danıştay, hukuka uygunluk denetimi yaptıkları kararlarda dahi ulaştıkları sonucun gerekçesini “kamu yararına uygunluk/aykırılık” ya da “kamu hizmetinin gereklerine uygunluk/aykırılık” şeklinde belirtebilmektedirler.⁶⁰⁰ Oysa kamu yararına ya da kamu hizmetinin gereklerine uygunluk yerindelik denetimini çağrıştırmaktadır. Çünkü idare mahkemelerinin yapacağı “işlemin kamu yararı maksadı izlenilerek ve kamu hizmetinin gerekleri gözetilerek tesis edilip edilmediğini belirlemek” yani maksat unsuru yönünden işlemin hukuka uygunluğunu denetlemektir. İşlem bu maksat gözetilerek tesis edildikten sonra, idari işlemin maddi dünyadaki neticesinin kamu yararına ya da hizmet gereklerine uygun olmadığının ya da dava konusu işlem dışında bir başka işlemin kamu yararına ve kamu hizmetinin gereklerine daha uygun olacağının tespiti ise yerindelik denetimi kapsamındadır.

Unutulmamalıdır ki idari yargı organları, kamu yararına uygunluk denetimi değil, hukuka uygunluk denetimi yapmaktadırlar. “Hukuk” kelimesi ile “kamu yararı” kavramı aynı anlama gelmediğinden, her iki denetiminin aynı şey olduğunu ileri sürmek de mümkün olmamalıdır. Bu nedenle idari yargı organlarının karar yazımında “kamu yararına aykırılık” şeklindeki ibare yerine “kamu yararı maksadına aykırılık” ifadesini kullanmaları ve yine kamu hizmetinin gerekleri ile ilgili olarak da bu kavramla işlemin maksat unsuru arasındaki bağıllığı vurgulayarak maksat unsurundaki hukuka aykırılık nedeniyle işlemi iptal ettiklerini belirtmeleri kanımızca daha isabetli olacak ve bu noktada mahkemelere yöneltilen eleştirileri⁶⁰¹ kısmen de olsa azaltacaktır.

Sonuç olarak idareye takdir yetkisi tanınması, idarenin Anayasa’nın 8. maddesi gereğince üstlendiği “kanunları uygulamak” ve bu çerçevede “kamu hizmetlerini

⁶⁰⁰ “... anılan görevin tam ve eksiksiz olarak yerine getirilmesini sağlamak amacı taşıyan düzenlemede kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır.” Danıştay 8.D., 24.11.2010, E:2009/9910 K:2010/6074, www.danistay.gov.tr/126sayi.htm, erişim tarihi:13.01.2013, “Bu durumda belirlenen plan notuyla belediye hizmet alanında yer alabilecek kullanımlar belirlendiğinden, idare mahkemesince, söz konusu kullanımın; yer seçimi, konum ve büyüklük açısından, şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygunluğu belirlendikten sonra bir karar verilmesi gerekmektedir.” Danıştay 6.D., 21.11.2011, E:2011/3846 K:2011/4581, Danıştay Dergisi, Yıl 2012, S.130, syf.155-156.

⁶⁰¹ Bu noktada uygulamada idari yargıçlara getirilen bir diğer eleştiri, yerindelik denetimi yasağı ve bu kapsamda idari işlem/eylem niteliğinde yargı kararı verilememesi kuralından hareketle idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde etkinliğin zaman zaman kaybedilebilmesidir. YAŞAR’a göre, “... Türk idari yargıcının, kararını uygulamak için ihtiyaç duyduğu araçlardan mahrumiyetinden daha ziyade, kendi konumunun farkında olmaması ya da içinde barındırdığı değişik türden zafiyetleri dolayısıyla kendini sınırlamaya çalıştığını ileri sürmek kanımca abartılı olmaz. Türk idari yargıcının, sürekli biçimde, idarenin yerine geçmek ya da idari eylem veya işlem niteliğinde karar almak yasağını takıntı haline getirerek, kendi kendine daraltılmış bir alanda görev yaptığı açıktır.” YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının ..., syf.133.

yürütmek” görevlerini ifa edilebilmesi açısından zorunludur. Bu nedenle idarelere belli konularda takdir yetkisi tanınması kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Ancak bunun için, takdir yetkisinin yasal bir dayanağının bulunması ve yetkinin Anayasa ve yasalarla belirlenen temel kurallar çerçevesinde kullanılması zorunludur. Aksi halde idareye takdir yetkisi tanınması ve/veya bu yetkinin kullanılması yönlerinden kanunî idare ilkesine aykırılık gündeme gelebilecektir.

Öte yandan idarenin takdir yetkisini kullanmak suretiyle tesis ettiği işlemler de tıpkı diğer idari işlemler gibi hukuka uygunluk yönünden yargı denetimine tâbi olacaktır. Bu işlemlerin hukuka uygunlukları dışında başka herhangi bir yönden denetlenmeleri ise, idari yargı organları açısından söz konusu olan yerindelik denetimi yasağıyla bağdaşmamaktadır. Yerindelik denetimi anlamına gelecek ya da idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde yargı kararı verilmesinin idarenin kuruluşu, görevleri veya yetkileri konusunda gündeme gelmesi halinde ise; idarenin kuruluşu, görevleri ya da yetkileri konusunda yargılamayı yapan mahkeme belirleyici olacağından, sadece yerindelik denetimi yasağı değil kanunî idare ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır.

B. Takdir Yetkisinin Kullanımında Sınır Olarak Hukukun Genel İlkeleri

Yerindelik denetimi ile idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağı dışında, takdir yetkisinin kullanılması suretiyle tesis edilen işlemlerin de aynen diğer idari işlemler gibi hukuka uygunluk denetimine tâbi olacakları açıktır.

Bu çerçevede takdir yetkisinin kullanımının hukuka uygunluğunun denetlenmesinde, kanunların yanı sıra Anayasa’nın da bir ölçü norm olarak kullanılması gerekmektedir. Bu çerçevede örneğin Anayasa’nın mutlak şekilde yasayla yapılmasını öngördüğü tasarruflar hakkında idareye takdir yetkisi verilemeyeceği tabiidir. Çünkü bunlar Anayasa’nın mutlak suretle yasa koyucuyu yetkilendirdiği alanlardır ve bu konuda idarelere hiçbir şekilde yetki verilemez. Meselâ Anayasa’nın 73. maddesi gereğince vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler ancak kanunla konulup kaldırılabilirliğinden, yeni bir vergi koyma yetkisi idareye hiçbir şekilde (ne takdir yetkisi ne de bağlı yetki şeklinde) tanınamayacaktır.

Yine Anayasa gereği hukukun genel ilkeleri de, takdir yetkisinin kullanım şekli bakımından idareye sınır oluşturacaktır. Zira Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu hükme bağlanmış olup; bir hukuk devletinde kamu idarelerinin belli konularda sahip oldukları takdir yetkisini hukukun genel ilkelerine aykırı şekilde kullanmamaları gerektiği açıktır. Bu çerçevede Anayasa'nın başta 2. maddesi olmak üzere çeşitli maddelerinden kaynaklanan ve hukukun genel ilkeleri kapsamında kabul edilen prensiplerin, bu kapsamda örneğin eşitlik, kazanılmış haklara ve haklı beklentilere saygı, ölçülülük ve benzer ilkelerin idareye takdir yetkisinin kullanımında sınır oluşturduğu ifade edilebilecektir.

1. Eşitlik İlkesi

Anayasa'nın 10. maddesi gereğince herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir ve Devlet organları ile idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Bu kapsamda hukukun genel ilkelerinden biri⁶⁰² olmanın yanı sıra Anayasa'da tüm kamu kurum kurumlarının faaliyetleri açısından bir ölçü norm olarak ayrıca anılmış bulunun eşitlik ilkesi, takdir yetkisinin kullanılması açısından önemli bir sınır oluşturmaktadır. Zira GÜNEŞ'in de belirttiği gibi, *idare kanunla kendisine tanınan taktir yetkisinin genişliği ne olursa olsun, bunu aynı şartların ve olayların meydana çıkışında eş işlemlerle kullanmak zorundadır.*⁶⁰³

Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesini eylemli eşitlik olarak değil, hukuksal eşitlik şeklinde nitelendirmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, *“Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen ‘kanun önünde eşitlik’ ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa*

⁶⁰² BEREKET, syf.35 vd.

⁶⁰³ GÜNEŞ (Turan), Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının ... , syf.90

*önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”*⁶⁰⁴

Bu çerçevede Anayasa’nın 10. maddesi gereğince Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğundan, idare takdir yetkisinin bulunduğu bir konuda kanun önünde eşitlik ilkesine riayet etmeksizin tasarruf yapamayacak yani Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda aktarılan kararından hareketle, aynı hukuki durumda bulunan kimseler hakkında haklı bir neden olmaksızın farklı işlemler tesis edemeyecektir.

Nitekim uygulamada, özellikle kamu personeline ilişkin konularda, eşitlik ilkesinden hareketle idarenin takdir yetkisini kullanım şeklinin hukuka aykırı bulunduğu yargı kararlarına rastlanılmaktadır. Örneğin Danıştay’a göre, sözleşmeli kamu personelinin sözleşme ücretinin belirlenmesi konusunda, tavan ve taban ücretler arasında kalmak koşuluyla idareye takdir yetkisi tanınmış ise de, mutlak ve sınırsız olmayan söz konusu takdir yetkisinin eşitlik ilkesine uygun olarak nesnel bir şekilde kullanılması gerekmekte olup; nesnel bir ölçüte dayanmaksızın aynı durumda olan personel için farklı ücret belirlenmesi hukuka aykırı olacaktır.⁶⁰⁵

Yine bu kapsamda, kanunlarla kendisine verilen atama yetkisi çerçevesinde polis memurlarının görev yerlerini değiştirme konusunda Emniyet Genel Müdürlüğü’nün takdir yetkisi bulunmaktadır. Genel Müdürlük kendisine atama yetkisi veren kanun hükümlerinin uygulanmasının sağlanması amacıyla yönetmelik çıkarmış ve bu yönetmelikte polis memurlarının ikinci bölge kapsamında bulunan görev yerlerine iki defa atanmaları esasını benimsemiştir. Bu bağlamda Emniyet Genel Müdürlüğü’nün ikinci bölge kapsamında bulunan illere ikinci defa atanacak polis memurlarını belirleme konusunda var olan takdir yetkisini kullanım şekli, Danıştay tarafından eşitlik ilkesine uygunluk yönünden de incelenmiştir. Danıştay’a göre; “... *ikinci bölge hizmetinde bulunmayan personel ile birinci bölgeye davacıdan daha önce dönen personel varken*

⁶⁰⁴ AYM, 27.09.2012, E:2012/28 K:2012/134, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

⁶⁰⁵ Danıştay 11.D., 24.01.2007, E:2004/5815 K:2007/461, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

davacının ikinci bölge ikinci hizmet sırası geldiğinden bahisle Hakkari İli'ne atanmasına ilişkin dava konusu işlemde, yukarıda anılan Yönetmelikte belirtilen kurallara ve eşitlik ilkesine uyarlık ... bulunmamaktadır.”⁶⁰⁶

Şüphesiz bu kararlarda söz konusu olan, Danıştay'ın idarenin takdir yetkisini kaldırması veya yerindelik denetimi yapması değil; normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan bir hukuk kuralından, Anayasa'nın 10. maddesinden hareketle hukuka uygunluk denetimi yapmasıdır. Bu denetim gerek Danıştay'ın gerekse idare mahkemelerinin aslî vazifesidir. Bu gibi hallerde idarenin takdir yetkisi bulunduğu bahisle mahkemelerin idarenin seçimine karışamayacağını savunmak, hem takdir yetkisini hukuk dışı bir yetki haline dönüştürecek, hem de eşitlik ilkesiyle ilgili Anayasa kuralını fiilen uygulanamaz hale getirecektir.

Bu noktada kanunî idare ilkesi açısından eşitlik ilkesi, idarenin görevleri ve yetkileri bakımından idareyi sınırlandıran bir kural olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynen kanunî idare ilkesinin idareyi, kanunla kendisine yetki tanınmayan bir konuda tasarruf yapmaktan alıkoyduğu gibi; eşitlik ilkesi de idareyi, kanunla kendisine yetki tanınan alanlarda aynı hukuksal durumda olanlar için farklı tasarruflarda bulunmaktan alıkoymaktadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, dayanağını doğrudan Anayasa'da bulan, kanunî idare ilkesine ek olarak idarenin faaliyetlerini sınırlandıran ve takdir yetkisinin kullanımını sınırlandırması nedeniyle bu yetkinin kullanımının hukuka uygunluğunun denetiminde ölçüt işlevi bulunan bir prensiptir.

2. Kazanılmış Hak ve Haklı Beklenti Kurumları

Kanunî idare ilkesi idarenin kuruluşunun, görevlerinin ve yetkilerinin kanunla düzenleneceğini öngörmektedir. Bu çerçevede idarenin kanunla kendisine verilen yetkileri kullanmasının önünde kural olarak bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentilerin korunması kavramları, idarenin işlem ve eylemlerinde uyulması gereken ilkeler olarak karşımıza çıkmakta ve idarenin kanunlardan aldığı yetkileri kullanmasında sınır oluşturmaktadır.

⁶⁰⁶ Danıştay 5.D., 12.03.2009, E:2008/4210 K:2009/1251, Karar yayınlanmamıştır.

Kazanılmış hak kavramı kanunlarla veya diğer mevzuat hükümleri ile oluşturulan hukuki durumların bireyselleşmesi durumunda ortaya çıkmakta⁶⁰⁷ ve doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış, böylece kişiye özgü lehe sonuçlar doğurmuş olan hakkı⁶⁰⁸ ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay da kazanılmış hakkı “bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hak” şeklinde tanımlamakta ve “kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın yeni düzenlemeden önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerektiğini” belirtmektedir.⁶⁰⁹

Kazanılmış hakkın fonksiyonu, hukuk düzeninin bu hakkı korumasıdır.⁶¹⁰ Hukuk düzeninin kazanılmış hakları koruması Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır.⁶¹¹ Bu çerçevede yürütmenin ve hatta yasamanın, yapacağı tasarruflarla kazanılmış hak niteliğinde olan bir hakkı geri alabilmesi, bu hakkı etkisiz kılabilmesi mümkün bulunmayıp; aksi durum, Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin ihlalini oluşturacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kazanılmış hakların korunmasını hukukun genel ilkeleri arasında kabul etmekte ve hukuk devleti ilkesinin unsurlarından biri olarak değerlendirmekte⁶¹²; kazanılmış hakları korumaksızın yürürlüğe konulan yasa hükümlerinin iptaline karar vermektedir.⁶¹³

Bu çerçevede kazanılmış haklar, tesis edeceği işlemlerinde idare açısından da dokunulmaz bir alan oluşturmaktadır. Çünkü idarenin yürürlükteki hukuk kurallarına, bu çerçevede Anayasa’nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine ve bu ilke kapsamında yer alan kazanılmış hakların korunması prensibine uygun hareket etmesi

⁶⁰⁷ YILDIRIM, İdari Yargı, syf.200

⁶⁰⁸ Yücel OĞURLU, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Hakkı Beklentiler Sorunu, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 2003, syf.28.

⁶⁰⁹ AYM, 07.02.2008, E:2005/38 K:2008/53, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr. Danıştay 10.D., 01.10.2002, E:2000/2114 K:2002/3458, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

⁶¹⁰ OĞURLU, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ..., syf.28

⁶¹¹ ÖZBUDUN, syf.121, TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, syf.92, OĞURLU, , İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ..., syf.39

⁶¹² AYM, 15.01.1980, E:1979/30 K:1980/2, AYM, 10.04.2003, E:2002/112 K:2003/33, AYM, 31.01.2007, E:2005/51 K:2007/12, AYM, 22.03.2012, E:2011/9 K:2012/44, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

⁶¹³ “Bu durumda Noterlik Yasasından doğan kimi kazanılmış haklar ortadan kaldırılmaktadır. Oysa ‘hukuk devleti’ kavramının önemli bir ögesi olan ‘kazanılmış hakların korunması ilkesi’ne aykırı düşen böyle bir hükmü zorunlu kılacak ya da hiç olmazsa haklı gösterecek nedenler ortaya konulmuş değildir. ... Bu bakımdan, dava konusu hüküm, kazanılmış hakları zedelemesi yönünden, Anayasa’nın 2. maddesine aykırı düşmektedir.” AYM, 15.01.1980, E:1979/30 K:1980/2, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

gerekmektedir. Bu bağlamda idarenin, yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre bir hakkı bütün sonuçlarıyla fiilen elde eden kimselerin bu haklarını düzenleyici ya da birel bir işlemle geri alması veya kaldırması mümkün olmayacak, aksi takdirde bu nitelikteki işlemler hukuk alanında doğurdukları netice yani konu unsuru bakımından hukuka aykırı sayılacaktır.⁶¹⁴

İdari işlemlerin kazanılmış hakları ihlal edememesinin en temel sonuçlarından biri, düzenleyici işlemlerin geriye yürümemesi ve dolayısıyla eski düzenleyici işlem zamanında tamamlanan haklara etki edememesidir.⁶¹⁵ Nitekim Danıştay'ın da belirttiği gibi, *“Kazanılmış hakların korunması hukuk Devleti ilkesinin gereğidir. ... İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi de kazanılmış hakların korunması amacını güden ve idarenin faaliyetlerini genel planda sınırlayan bir ilkedir.”*⁶¹⁶ Bu kapsamda örneğin bir düzenleyici işlemle doktor, uzman, müdür ...vb gibi belli bir unvanın elde edilebilmesinin koşulları değiştirilirse, bu değişiklik ileriye dönük olarak uygulanmalı ve sadece yürürlüğe girdiği tarihte bu unvanı elde etmemiş olanları etkilemelidir. Bunun dışında düzenleyici işlem geriye yürütülerek, daha önceki düzenleyici işlemin doğurduğu hakkı tamamıyla elde edip söz konusu unvanı kazananların bu unvanlarının geri alınması ya da unvanı kullanabilmelerinin ek koşullara bağlanması, kazanılmış haklara saygı ilkesine, dolayısıyla da hukuk devleti ilkesine ve hukuka aykırı sayılacaktır.

Kazanılmış hakların korunması, düzenleyici işlemlerin yanı sıra idarenin birel işlemleri açısından da söz konusu olan bir zorunluluktur. Bu çerçevede kazanılmış bir hak varsa bu hakkın içeriğini korumayan, hakkı ortadan kaldıran ya da etkisiz bırakan birel işlemler de konu unsuru açısından hukuka aykırıdır. Dolayısıyla bu nitelikteki birel işlemlerin yargısal denetim sonucunda iptal edilmeleri gündeme gelecek olup, bu kapsamdaki bir olayda Danıştay şu gerekçeden hareketle dava konusu işlemi hukuka aykırı bulmuştur: *“... davacı kurumun belediye kurulmadan çok önce kurduğu su pompalarından kendi ihtiyacı olan suyu karşılaması ve belediyenin bu pompaların tesisinde herhangi bir katkısı olmaması nedeniyle 1580 sayılı Yasanın 19. maddesine*

⁶¹⁴ YILDIRIM, İdari Yargı, syf.200

⁶¹⁵ OĞURLU, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ..., syf.46

⁶¹⁶ Danıştay 1.D., 19.12.1998, E:1988/336 K:1988/355, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

*göre kazanılmış hakkı bulunmakta olup, davacının kazanılmış hakkını ihlal eden dava konusu işlemde hukuka uygunluk .. bulunmamaktadır.”*⁶¹⁷

Kazanılmış haklarla ilgili olarak belirtilmesi gereken bir husus; ilgililer hakkında lehe hükümler içeren düzenleyici işlemlerin “kazanılmış hak” kapsamında değerlendirilmediği ve (önceki düzenleyici işlem zamanında bütün sonuçlarıyla fiilen elde ettikleri nesnel haklara dokunulmamak koşuluyla) ilgililerin yeni düzenleyici işleme tâbi tutulmalarının, kazanılmış haklara saygı ilkesinin ihlali olarak kabul edilmediğidir.⁶¹⁸ Zira Anayasa Mahkemesi’nin de belirttiği gibi, “... kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan .. tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar bu nitelikte değildir. ‘Statü hukuku’ esasına dayalı nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu idare hukuku alanında statü hukukunun olanak verdiği oranlarda ve koşullarda, genel durumun kişisel duruma dönüşmesinden sonra kazanılmış haklar ortaya çıkabilmektedir. Objektif ve genel hukuksal durumun, şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa’ya veya yasaya aykırı görülerek iptal edilebilir. Kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılması, ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemi de etkiler. Bu durumda ilerisi için kazanılmış haktan söz edilemez. Ancak kişi, yeni kural tasarrufa göre oluşan statüde yerini alır.”⁶¹⁹

Danıştay da düzenleyici işlemlerin değiştirilmesinin ve ilgililerin yeni durumları açısından değiştirilen işleme tâbi kılınmasının kazanılmış hakları ihlal etmeyeceği görüşündedir. Bu bağlamda Danıştay’a göre; “... kural işlemlerin her zaman değiştirilebileceği ya da yargı organları tarafından iptal edilebileceği gibi ...”⁶²⁰, “... düzenleyici işlemlerin kural olarak kazanılmış hak yaratmayacağı, kaldırılmaları ve değiştirilmelerinin her zaman olanaklı olduğu idare hukukunun

⁶¹⁷ Danıştay İDDK., 11.12.1998, E:1997/716 K:1998/632, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

⁶¹⁸ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. OĞURLU, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ..., syf.151 vd.

⁶¹⁹ AYM, 04.02.2010 E:2007/83 K:2010/28, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

⁶²⁰ Danıştay 8.D., 08.10.2002, E:2001/2670 K:2002/4618, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

*bilinen ilkelerindendir.”*⁶²¹ Buna göre öğrencilik statüsünü kazandığı tarihte yürürlükte olan yönetmelikle belirlenen başarı puanının sonradan yükseltilmesi halinde ilgili, henüz sınava girerek başarmadığı dersler açısından kendisine yeni yönetmelik hükümlerinin uygulanmasının kazanılmış haklarını ihlal ettiğini ileri süremeyecektir. Yine kamu görevlilerine bir düzenleyici işlem doğrultusunda ödenen parasal hakların düzenleyici işlem değişikliğinden sonra ileriye dönük olarak ödenmemesi kazanılmış hak ihlali anlamına gelmeyecektir.

Benzer şekilde ilgililere belli koşulları sürekli taşımaları ya da belli bir süre sonunda yapılacak kontrolde sakınca görülmemek kaydıyla tanınan hakların sonradan kamu düzeninin korunması amacıyla geri alınması da kazanılmış hakkın ihlalini oluşturmayacaktır.⁶²² Örneğin bir kişiye işlettiği tesisin belli koşulları taşıması nedeniyle verilen turizm işletme belgesi, sonradan işletmenin bazı vasıflarını kaybetmesi nedeniyle iptal edilebilecektir. Kamu düzeninin korunması amacıyla bir kolluk tedbiri olarak yapılacak bu işlem, kazanılmış hakların korunması ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır.

Kazanılmış hakların korunması dışında “hukuk devleti” prensibinden kaynaklanan ve tesis edeceği işlemlerin konu unsuru açısından idareye sınır getiren bir diğer ilke de haklı beklentilerin korunmasıdır. Haklı beklentilerin korunması ilkesi hukuk devleti kapsamındaki hukuk güvenliği ilkesinin bir uzantısı olup, mevcut düzenlemelere ya da idarenin tutum ve davranışlarına iyiniyetle güvenerek bir takım faaliyetlerde bulunan, işlemler yapan bireylerin bu güvenlerinin korunmasını gerektirmektedir.⁶²³ Zira kişilerin mevzuat hükümlerine ya da idarenin faaliyetlerine dayanarak idareye duydukları güvenin korunmayabileceğinin kabulü, hukuki öngörülebilirliği ve dolayısıyla hukuk güvenliğini ortadan kaldıracaktır. Böyle bir durumun hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılabilmesi ise mümkün değildir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de haklı beklentilerin korunmamasını hukuk güvenliği ilkesini ihlal etmesi nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesine aykırı bulmaktadır:

⁶²¹ Danıştay İDDK., 23.10.2008, E:2005/1988 K:2008/1826, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

⁶²² YILDIRIM, İdari Yargı, syf.200, OĞURLU, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ..., syf.133

⁶²³ YILDIRIM, İdari Yargı, syf.201

Yüksek Mahkeme'ye göre; "... hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği 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. ... İtiraz konusu kuralla .. mevcut yasal düzenlemeye güvenerek haklı bir beklenti içerisinde bulunanların .. beklentilerinin engellendiği görülmektedir. ... Açıklanan nedenle, kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır."⁶²⁴

Haklı beklentilerle ilgili çok sayıda kararı bulunmamakla birlikte, konuya ilişkin bir karardan hareketle Danıştay'ın da haklı beklentiler korunmaksızın tesis edilen işlemlerin hukuka aykırı sayılacağı görüşünde olduğu belirtilebilecektir. Söz konusu kararda Danıştay şu tespitlerde bulunmuştur; "*Haklı beklenti, yönetimin ister bir taahhüt isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir. ... kamu hizmetinin olağan işleyişi içinde umulabilecek bir durum vardır ve kamu görevlilerinin böylesine haklı beklentiler içinde olması hizmetin gereğidir. Dava konusu olaydaki beklenti de makul bir beklentidir. Yönetim, yönetim olmaktan kaynaklanan gücünü ve olanaklarını, bu kişisel konumda kullanarak makul beklentiye karşılayabilir. Kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin korunması, ancak kişisel kararlarda, yönetimin takdir yetkisini kullanma alanlarında söz konusu olduğundan, baskın kamu yararı olmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir. Bu nedenle, davacının yer değiştirme isteminin, Devletin aile birliğinin sağlanması yönündeki görevi de gözönünde tutularak, haklı beklentiler ilkesi içerisinde idarece değerlendirilmesi gerekirdi.*"⁶²⁵

Bu bağlamda yasama fonksiyonunun icrasında dahi sınır oluşturan haklı beklentilerin korunması gerekliliğinin, idarenin Anayasa ve yasalar çerçevesinde yürüteceği faaliyetlerinde de dikkate alınması gerektiği açıktır. Dolayısıyla idarenin, kişilerin mevcut düzenlemelere dayanarak kendisine duyduğu güveni sonuçsuz

⁶²⁴ AYM, 17.03.2011 E:2010/106 K:2011/55, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

⁶²⁵ Danıştay 5.D., 14.03.2006, E:2003/3647 K:2006/1140, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:13.01.2013.

bırakacak işlemler tesis etmesi hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı kabul edilmelidir.

Özetlemek gerekirse kazanılmış hakların ve haklı beklentilerin korunması, hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında kabul edilen ve bu çerçevede dayanağı Anayasa'nın 2. maddesinde bulunan ilkeler olup; görevlerinin ifasında ve yetkilerinin icrasında ve bu kapsamda takdir yetkisinin kullanımında idareyi sınırlandırıcı nitelik taşımaktadırlar. Buna göre idareye bir görev ya da yetki Anayasa'nın 123. maddesi gereğince kanunla verilmiş dahi olsa idare, tesis edeceği işlemin içeriğini kazanılmış hakları ihlal edecek veya haklı beklentileri karşılamayacak şekilde belirleyemeyecektir. Zira açıktır ki kanunî idare ilkesi, idarenin kanunla kendisine verilen her yetkiyi dilediğince kullanabileceğini öngören bir ilke değil; bilâkis kanunîlik kaydı ile idareyi sınırlandıran bir ilkedir. Bu bağlamda dayanaklarını Anayasa'nın bir başka hükmünde bulan kazanılmış hakların ve haklı beklentilerin korunması ilkeleri, idarenin faaliyetleri ile özellikle takdir yetkisinin kullanımı açısından kanunîlik ilkesi dışında ek bir sınır ve dolayısıyla kişiler açısından ilave bir güvence daha oluşturmaktadırlar.

3. İdari İşlemin Geri Alınmasında Uyulacak Kurallar

Hukuk devleti ilkesinin gerekliliklerinden olan hukuki güvenlik, idarenin işleyişinde istikrarı gerekli kılar. Bu nedenle kural olarak idari işlemler, tesis edildikleri tarihten itibaren, ileriye yönelik olarak hüküm ve sonuç doğururlar. Bununla birlikte belli hallerde idarenin yanılması veya belli bir konudaki iradesini değiştirmesi ya da kamu yararının bir işlemin sonuçlarının bertaraf edilmesini gerektirmesi söz konusu olabilir. İşte bu gibi nedenlerle idari işlemlerin ileriye yönelik olarak kaldırılmaları yahut geriye dönük olarak, ilk tesis edildikleri tarihten itibaren geri alınmaları diğer bir ifadeyle iptalleri gündeme gelebilmektedir.

Bir idari işlemin kaldırılması, kaldırma işleminin tesis edildiği tarihten itibaren geleceğe doğru hüküm ve sonuç doğuracağından, diğer bir ifadeyle tesis edildiği tarihten önceki olay ve durumları etkilemeyeceğinden; kaldırmanın kişilerin hukuk güvenliğini ihlal etmesi ya da idari istikrarı zedelemesi söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte idari işlemin geri alınmasının (iptalinin), bu işlemde yararlanan

kişilerin aleyhine sonuç doğurması ve onlar açısından hukuk güvenliğini ihlal etmesi mümkündür. İşte bu nedenle idarenin işlemlerini geri alırken istediği şekilde hareket edemeyeceği, hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ve idari istikrar ilkeleri gereğince işlemlerini ancak belli koşullarla geri alabileceği kabul edilmektedir ki;⁶²⁶ bunun, kanunlardan aldığı yetki çerçevesinde faaliyet gösteren idarenin tasarrufları ve bu kapsamda takdir yetkisine dayanarak yapacağı işlem ve eylemleri açısından bir sınır teşkil edeceği açıktır.

Bu çerçevede idari işlemlerin geri alınmasında kabul edilen ilk sınır, hukuka uygun ve kişiler lehine sonuçlar doğuran idari işlemlerin hiçbir şekilde geri alınamamasıdır.⁶²⁷ Çünkü hukuka uygun bir işlemin idarenin takdir yetkisi çerçevesinde, kamu yararı maksadı ve kamu hizmetinin gerekleri doğrultusunda (ileriye yönelik olarak) kaldırılabilmesi veya değiştirilebilmesi mümkün olsa da; hukuka aykırı sonuç doğurmayan bu gibi bir işlemin tesis edildiği tarihten itibaren bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılması ve bu şekilde işlemde ötürü çeşitli haklar ya da menfaatler elde eden kişilerin hukuk güvenliklerinin ihlal edilmesi hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla geri alma ancak idare tarafından yapılan bir yanlışlığın veya hukuka aykırılığın giderilmesi amacıyla söz konusu olabilecektir.⁶²⁸

Bununla birlikte “*sadece hukuka aykırı işlemlerin geri alınabilecek olması*”, hukuka aykırı her idari işlemin idare tarafından her koşulda ve her zaman geri alınabileceği anlamına gelmemektedir. Zira hukuka aykırı işlemlerin de ilgilisi lehine bir takım sonuçlar doğurabilmesi mümkün olup; kişinin belli bir süre iyiniyetle yararlandığı bu sonuçların sonradan geçmişe dönük olarak ortadan kaldırılmasının idari istikrar, hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı ve dolayısıyla bu nitelikteki işlemlerin geri alınmasında da idarenin hukuk devleti ilkesi çerçevesinde bazı sınırlara tâbi olması gerektiği kabul edilmektedir.

Hukuka aykırı bir idari işlemin ilgilisi lehine kazanılmış hak doğurmayacağı açıktır. Bu noktada idarenin hukuka aykırı işlemini her zaman geri alamaması ve bu

⁶²⁶ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, syf.826-827, GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.516 vd, YAYLA, syf.135, YILDIRIM, İdari Yargı, syf.199, syf.235 vd, OĞURLU, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ..., syf.175 vd.

⁶²⁷ YILDIRIM, İdari Yargı, syf.199

⁶²⁸ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, syf.827

konuda belli kurallarla sınırlandırılması gereği “müesses durum” kavramıyla ifade edilmektedir. Müesses durum, hukuka aykırı bir işlemin sonuçlarından kendisinin herhangi bir kusuru veya yokluk ya da açık hata hali olmaksızın belli bir süreyle yararlanan kişinin içinde bulunduğu ve sonradan geri alınmasının idari istikrar ve hukuk güvenliği ilkelerini ihlal edeceği kabul edilen hukukî durumdur.⁶²⁹ Müesses durum, idarenin *hukuka aykırı* işlemlerini geri alırken ihlal etmemesi gereken, başka bir ifadeyle *hukuka aykırı* işlemin geri alınmasında hukuk düzenince korunan alanın ifadesidir.

Bu kapsamda hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin genel prensipler belirleyen ve konu hakkında sonradan alınacak yargı kararlarına yol gösteren K:1973/4 sayılı Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararının ilgili kısımlarının burada aktarılması faydalı olacaktır. Danıştay’a göre; “... *Gerek Türk gerek yabancı doktrinde gerekse yargı kararlarında geri alma işleminin, idari işlemlerin geriye yürümezliği prensibine istisna getirdiği, bu prensibin kazanılmış haklarla müesses durumları korumak ve hukuki münasebetlerde istikrar sağlamak ihtiyaç ve zaruretinden doğduğu, ancak hukuka uygunluğu yerine getirmenin de bir hukuk kuralı olduğuna göre sakat tasarrufların geri alınarak hukuka uygunluğu sağlamanın da bir zorunluluk olduğundan bahsedilmiş, aynı zamanda toplumda istikrar ve güvenlik sağlamanın da hukukun amacı olduğu açıklanmıştır. Bütün bu prensipler göz önüne alınarak istikrar prensibinin ağırlık kazanması sonucu dava açma süresi ve zaman aşımı müessesesi ortaya çıkmış bulunmaktadır. İptal davası açmak için şahıslara belli bir süre verilip bu sürenin geçmesi halinde idari tasarruf sakat olsa dahi yapay bir sıhhat kazanır duruma girdiğine göre, yine sakat bir idari tasarrufun geri alınması için iptal davası açma süresine denk gelen bir sürenin tanınması fikri Fransa’da gerek doktrinde gerek Fransız Danıştay’ında genellikle kabul edilmiştir. ... Kurulumuzda yapılan konuşmalarda; istikrar, kanunilik ve kamu yararı kuralları yanında iyi niyet kuralı üzerinde de önemle durulmuştur. İdarenin sakat ve dolayısıyla hukuka aykırı terfi ve intibak işlemine idare edilenin gerçek dışı beyanı veya hilesi sebep olmuşsa veyahut geri alınan idari tasarruf yok denilebilecek bir illetle malülse yahut bir terfi veya intibakta idare edilenin kolayca anılabileceği kadar açık bir hata mevcutsa ve idareyi*

⁶²⁹ OĞURLU, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ..., syf.200-201.

haberdar etmemişse, memurun iyi niyetinden söz etmeye imkân yoktur. Binaenaleyh bu kararlara dayanılarak yapılan kanunsuz ödemeler için süre düşünülemez ve her zaman istirdat olunabilir. Ancak, bunun dışında kalan hatalı ödemeler için memurun iyi niyeti istikrar ve kanuniyet kadar önemli bir kural olduğundan yukarda yazılı istisnalar dışında kalan hatalı ödemeler (521 sayılı Danıştay Kanunu’nda öngörülen dava açma süresi olan) 90 gün içinde istirdat edilebilir ve 90 günlük sürenin başlangıcı da hatalı ödemenin ilk yapıldığı tarihtir.”⁶³⁰

Danıştay’ın diğer Danıştay daire ve kurulları ile idare mahkemelerini ve idareyi bağlayıcı nitelik taşıyan söz konusu içtihadı birleştirme kararında hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınması konusunda benimsenen prensip şu şekilde ifade edilebilecektir: *“Hukuka aykırı işlem, ilgilinin gerçek dışı beyanı ya da hilesi nedeniyle tesis edilmiş veya yoklukla malûl ise yahut işlem ilgilinin kolayca anlayabileceği ve idareyi haberdar etmediği açık bir hata nedeniyle tesis edilmiş ise süre sınırlaması olmaksızın her zaman geri alınabilecek; bu haller dışında hukuka aykırı işlemin geri alınabilmesi ancak idari dava açma süresi içinde söz konusu olabilecektir.”*

Danıştay’ın K:1973/4 sayılı içtihadı birleştirme kararının bütün idari işlemler açısından değil, sadece kamu görevlisine ödenen haksız tutarların geri alınması işlemleri bakımından verildiği; dolayısıyla kararda yer alan ilkenin her türlü işlemin geri alınması yönünden uygulama alanı bulamayacağı söylenebilecektir. Nitekim uygulamada hile, yokluk ya da açık hata olmamasına rağmen dava açma süresinden sonra geri alınan işlemlerin hukuka uygun bulunduğu yargı kararlarına da rastlanılmaktadır.⁶³¹ Ne var ki söz konusu kararda yer verilen tespitler genel nitelik taşımakta olup; bu tespitlerin sadece haksız yapılan ödemelerin geri alınması açısından geçerli olduğu, diğer idari işlemler bakımından geçerli olmadığı anlamına gelecek bir ibareye kararda yer verilmemiştir. Diğer taraftan kanımızca hukuka aykırı şekilde ilgililere ödeme yapılması

⁶³⁰ Danıştay İBK., 22.12.1973, E:1968/8 K:1973/14, RG:14.06.1974-14915. İtalik olmayan kısım kararın orijinalinde bulunmamaktadır. Belirtilmelidir ki Danıştay daha önce de, 26.09.1952 günlü, E:1952/15 K:1952/244 sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında hukuka aykırı şekilde yapılan bir terfiin memur açısından kazanılmış hak oluşturmayacağını ancak idarece hukuka aykırı bir terfi işleminin her zaman geri alınabileceğini kabul etmenin de istikrar ilkesiyle bağdaşmayacağını belirtmiştir. 26.09.1952 günlü, E:1952/15 K:1952/244 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı için bkz. RG:26.11.1952-8267.

⁶³¹ Bu kararlarda hukuka aykırı idari işlemlerin her zaman geri alınabileceği belirtilmemekle birlikte; bu işlemlerin ancak dava açma süresi içinde geri alınabileceği kabul edilmemekte, bu süreden sonra idari işlemlerin geri alınması da hukuka uygun kabul edilmektedir. Söz konusu yargı kararları hakkında bkz. YILDIRIM, İdari Yargı, syf.240-241.

işlemleri ile hukuka aykırı diğer idari işlemleri bu konuda birbirinden farklı rejimlere tâbi kılmayı gerektirecek hukuki bir neden de bulunmamaktadır. Ayrıca hukuka aykırı idari işlemlerin her zaman geri alınamayacağını söylemek, “*geri almanın hukuken mümkün olduğu süre*”nin objektif bir şekilde belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Aksi halde idari işlemlerin ne zamana kadar geri alınabileceğinin belli olmaması ya da bu zaman diliminin “makul süre” gibi yeknesak olmayan uygulamalara yol açabilecek şekilde belirlenmesi, hukuki öngörülebilirliği ve hukuk güvenliği ilkesini zedeleyecektir. Bu ise, hukuk güvenliğinin sağlanması için kabul edilen bir ilkenin (*hukuka aykırı idari işlemlerin her zaman geri alınamaması ilkesinin*) hukuki güvenliğe aykırı şekilde uygulanması sonucunu doğuracaktır.

Bu çerçevede ilgilinin hilesine dayanmayan, yoklukla veya ilgilinin bilebileceği açık hata ile malûl olmayan hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasının belli bir süre içinde olabileceği belirtildikten sonra, bu sürenin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararında belirtildiği gibi “idari dava açma süresi” şeklinde belirlenmesi gerekecektir. Çünkü Danıştay’ın Fransız öğretisine ve jürisprüdansına atfen belirttiği gibi, madem idari istikrar gerekçesiyle hukuka aykırı işlemlerin idari dava açma süresi geçtikten sonra iptal edilmeleri kabul edilmeyerek bu konuda idare lehine bir durum oluşturulmuştur; o halde, aynı mülâhazalardan hareketle idari dava açma süresi geçtikten sonra idari işlemlerin geri alınamayacağı da kabul edilmeli ve bu noktada idari işlemi yapan makam ile bu işlemten etkilenen bireyler arasında eşitlik sağlanmalıdır. Nitekim hukuka aykırı olan ve ilgilisi açısından yararlandırıcı bir özellik taşıyan idari işlemlerin idari dava açma süresi içinde geri alınabileceği görüşü, öğretide de kabul edilmiş bulunmaktadır.⁶³²

Belirtilmelidir ki, kişinin hilesi veya bilebileceği açık hata sonucu tesis edilmeyen ve yok hükmünde olmayan hukuka aykırı işlemlerin her zaman geri alınamayacağı ilkesinin bir istisnası bulunmaktadır. Bu istisna söz konusu idari işlemin yargı kararıyla iptal edilmesidir. Bu kapsamda idari yargı organlarınca verilecek iptal kararları idari işlemi tesis edildiği tarihten itibaren bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıracağından, mahkeme kararıyla iptal edilen bir idari işlem (tesisinden itibaren ne

⁶³² YAYLA, syf.135, YILDIRIM, İdari Yargı, syf.199

kadar süre geçerse geçsin) geçmişe dönük olarak ortadan kaldırılmış, diğer bir ifadeyle geri alınmış olacaktır. Dolayısıyla mahkemece verilen bir iptal kararı üzerine idare tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesi gereğince tesis edilecek “geri alma” işlemleri de idari istikrar ve hukuk güvenliği ilkesine aykırı sayılamayacaktır.⁶³³

Özetle idari işlemlerin geri alınması da idari istikrar ve hukuk güvenliği ilkesi ile bu iki ilkenin kapsamında bulunduğu hukuk devleti ilkesini zedeleyebilecek sonuçlar doğurabileceğinden, idari işlemlerin geri alınmasında geçerli olacak bazı ilkeler geliştirilmiş ve bu ilkelerin Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu kabul edilmiştir. Şüphesiz bu ilkeler takdir yetkisinin kullanımı açısından idareye sınır oluşturmakta ve idarenin kanunlardan aldığı yetkileri dilediğince kullanabilmesini engellemektedir. Zira bu ilkeler gereğince idare, hukuka uygun idari işlemleri geri alamayacak, hukuka aykırı idari işlemleri de kural olarak ancak idari dava açma süresi içinde geri alabilecektir. Bu çerçevede dayanaklarını Anayasa'nın 2. maddesinde bulan bu ilkeler de, aynen kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentilerin korunması ilkeleri gibi, faaliyetleri ve takdir yetkisinin kullanımı açısından idareye kanunîlik ilkesi dışında ilave bir sınır daha oluşturmaktadır.

4. Ölçülülük İlkesi

Hukuk devletinin zorunlu bir sonucu şeklinde nitelendirilmesi⁶³⁴ sebebiyle hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilen olan ölçülülük, pozitif hukukumuzda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda uyulması gereken ve dayanağını Anayasa'nın 13. maddesinde bulan bir ilkedir. Bu bağlamda Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlükler ölçülülük ilkesine aykırı şekilde sınırlandırılmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre “Yasa koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise ‘elverişlilik’,

⁶³³ “İptal kararı geriye yürüdüğüne ve işlem hiç yapılmamış sayıldığına göre, ilgili için eski halin iadesi gerekir. Karar iptal edilene kadar bazı sonuçlar doğurmuş ise, bunların da idare tarafından kaldırılması zorunludur. ...” YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının ..., syf.117.

⁶³⁴ Yücel OĞURLU, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Bası, Ankara: Seçkin, 2002, syf.22. “İlkenin hukukun genel ilkeleri arasında olması, ilkenin pozitif dayanağı olmasa da uygulanabileceği anlamına gelir.” OĞURLU, Ölçülülük, syf.25.

‘gereklilik’ ve ‘orantılılık’ olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. ‘Elverişlilik’, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, ‘gereklilik’ başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve ‘orantılılık’ ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.”⁶³⁵ Buna göre ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvuru aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını⁶³⁶ gerektirir ve sadece yasama organı açısından değil, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili tasarruflarına ilişkin olarak yürütme ve idare bakımından da bir sınır oluşturur.

İdarelerin kamu gücü kullanarak tesis ettikleri işlemler ile icra ettikleri eylemlerin çoğunun bir temel hak ya da özgürlüğü sınırlandığı ya da en azından bunlara müdahale içerdiği dikkate alındığında; ölçülülük ilkesinin, idari işlem ve/veya eylem yapma konusunda idareye kanunlarla tanınan takdir yetkisinin kullanılmasında bir sınır oluşturacağı açıktır.⁶³⁷ Bu kapsamda idare, kanunla kendisine bir temel hakkı veya özgürlüğü sınırlandırma konusunda takdir yetkisinin tanındığı hallerde bu yetkisini, sınırlama amacının gerçekleşmesi açısından elverişli ve gerekli olmayan, ayrıca sınırlama amacı ile makul bir oran içerisinde bulunmayan araçlarla kullanamayacaktır. Bu gibi hallerde takdir yetkisinin kullanımının ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan elverişlilik, gereklik (zorunluluk) ve orantılılık kriterlerine⁶³⁸ uygunluğu idari yargı mercilerince denetlenecek ve şüphesiz bu denetim, yerindelik denetimi kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁶³⁹

Ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili konularda idarenin takdir yetkisini kullanması açısından sınır oluşturma yanı sıra, çalışmanın önceki bölümlerinde de belirtildiği gibi kanunî idare ilkesinin anlamının ve kapsamının belirlenmesi noktasında da yol gösterici olacaktır. Bu kapsamda *mümkün olduğunca tekrardan kaçınılmaya çalışılarak*, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinin kanunî idare ilkesi ile olan ilişkisi bakımından şu hususlar belirtilebilecektir: “Bazı hallerde kanun koyucu

⁶³⁵ AYM, 27.09.2012 E:2012/28 K:2012/34, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:01.03.2013.

⁶³⁶ ÖZBUDUN, syf.105.

⁶³⁷ “... bir yorum ve denetim ölçütü olan ilkenin İdarenin takdir yetkisini yönlendirme işlevi yanında, norm somutlaştırmasında norm alanlarının tespitinde bir ölçüt işlevi gördüğü açıktır.” OĞURLU, Ölçülülük, syf.23

⁶³⁸ OĞURLU, Ölçülülük, syf.36.

⁶³⁹ Benzer yönde OĞURLU, Ölçülülük, syf.102.

idareye takdir yetkisi tanırken idari işlemin sebep ve/veya konu unsuru hakkında herhangi bir belirleme yapmamakta, gerekli gördüğü halde gerekli gördüğü tasarrufu yapabilmesi için idareye izin vermektedir. İşte bu gibi hallerde tesis edilecek işlemin kanunla dolayısıyla kanunî idare ilkesiyle olan bağlantısı elverişlilik kriteri ile sağlanacak ve kanunun idareye o işlemi yapma konusunda izin vermekle güttüğü özel amacı gerçekleştirmeye elverişli olmayan işlemler hukuka uygun kabul edilemeyecektir. Eğer kanunun suskun kalarak idareye takdir yetkisi tanıdığı konu bir temel hak ya da özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin ise o zaman tesis edilecek işlemin hukuka uygun kabul edilebilmesi hem kanunun amacını gerçekleştirmek için elverişli olmasına hem de bu amaç açısından gerekli (zorunlu) olmasına bağlı olacaktır. Yine kanunun idari eylem icra edilecek halleri ya da icra edilecek eylemin konusunu belirleme noktasında idareye takdir yetkisi tanıdığı durumlarda da, idari eylemin kanunî idare ilkesi ile uyumlu kabul edilebilmesi için elverişlilik ve gereklilik kriterlerini sağlaması gerekecektir.

Bu çerçevede ölçülülük ilkesi hem Anayasa'nın 13. maddesinin hem de bir genel hukuk ilkesi olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesinin gereği olarak idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında uyulması gereken bir diğer prensibi oluşturmaktadır. Bununla birlikte ilkenin çalışma konumuz açısından işlevi bununla sınırlı değildir. Zira ölçülülük ilkesi ve özellikle bu ilkenin elverişlilik ve gereklilik (zorunluluk) şeklindeki alt ilkeleri, idarenin görev ve yetkilerinin kanun tarafından ayrıntılı şekilde düzenlenmediği hallerde kanunî idare ilkesinin kapsamının tespitinde de belirleyici olmaktadır.

5. Hukukun Diğer Genel İlkeleri

Kanunla idareye takdir yetkisi tanınan hallerde idarenin bu yetkiyi kullanmasının hukuki sınırlarını oluşturan ilkeler, eşitlik ilkesi, kazanılmış hakların korunması ilkesi, haklı beklentilere saygı ilkesi, idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin ilkeler ile ölçülülük ilkesinden ibaret değildir. Bu ilkeler dışında hukukun genel ilkeleri arasında kabul edilen ve bu nedenle pozitif hukukta Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinin kapsamında bulunan hakkın kötüye kullanılmaması, kesin

hükme saygı, kimsenin sahip olduğu haklardan daha fazlasını devredememesi,⁶⁴⁰ idarenin açıklığı, bilgi ve belgelere ulaşma,⁶⁴¹ adalet, nesafet ve hakkaniyet⁶⁴² gibi ilkeler de *niteliklerinin uygun düştüğü ölçüde* takdir yetkisinin kullanım şekli açısından idareye sınır oluşturacaktır. Dolayısıyla Anayasa'nın 123. maddesi gereğince kanunla kurulduktan sonra ancak kanunun kendisine yetki verdiği işlem ve eylemleri yapabilecek olan idare, kanundan kaynaklanan yetkilerini ve bu kapsamda takdir yetkisini istediği gibi kullanamayacak; hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilen söz konusu prensipler, takdir yetkisinin kullanımı açısından idareye Anayasa'nın 2. maddesinden kaynaklanan ek sınırlar oluşturacaktır.

II. YERLEŞİK YARGISAL İÇTİHATLAR (YARGICIN HUKUK YARATMASI)

Yargı kararları diğer hukuk dallarında olduğu gibi idare hukukunda da kaynak olma niteliğini haizdir.⁶⁴³ Bu çerçevede kamu idareleri ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümleyen idari yargı mercilerinin verdikleri kararlar, belli bir olayda o olaya ilişkin mevzuat hükümlerinin ne anlama geldiği, nasıl yorumlanması ve uygulanması gerektiği hususlarında yol gösterici olmakta ve böylece idare hukukunun gelişimine katkı sağlamaktadır. Hatta idare hukuku açısından bu katkı o derece önemli görülmektedir ki, öğretide idare hukuku hakkında "içtihat hukuku" nitelemesi yapılmaktadır.⁶⁴⁴

Diğer hukuk dallarının aksine idare hukukunun konularını genel olarak düzenleyen kapsamlı ve ayrıntılı yasa kurallarının bulunmaması, bunun yerine her bir idare ve farklı idari faaliyet türleri için ayrı ayrı yasalarda çeşitli kurallar öngörülmesi, yargı içtihatlarının idare hukuku açısından sahip olduğu önemi şüphesiz artırmaktadır. Bu çerçevede ONAR'ın belirttiği gibi, “... *münferit hükümleri birbirlerine bağlayacak, onları hukuk prensipleriyle izah edecek, yani dağınık bir halde olan, bir kodun içine sistematik bir şekilde sığmıyan idare hukukunun ana prensiplerini ve umumî kaidelerini*

⁶⁴⁰ ÖZBUDUN, syf. 120, 121.

⁶⁴¹ BEREKET, syf. 18 vd.

⁶⁴² BEREKET, syf. 138 vd.

⁶⁴³ ONAR, Cilt I, syf.403, BALTA, İdare Hukuku Genel Konular, syf.184, EROĞLU, syf.130, GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, syf.164, GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.150, GÜNDAY, syf.32, GÖZLER, Cilt I, syf.59, AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, syf.79

⁶⁴⁴ ONAR, Cilt I, syf.403, GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.150

yaratarak bu hukuku sistemleştirecek içtihatlardır.”⁶⁴⁵

Şüphesiz idare hukukunda kaynaklık niteliği bulunan sadece Danıştay ve idare mahkemesi kararları değildir. Diğer yargı organlarının ve bu kapsamda özellikle Anayasa hükümlerinin ne anlama geldiğini yorumlayan Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararların da idare hukukunun gelişiminde teorik ve pratik açıdan yol gösterici olduğu ve kaynak niteliği taşıdığı açıktır. Bununla birlikte kanunî idare ilkesinden sapma izlenimini veren durumlara genellikle Danıştay kararları sebebiyet verdiği için, bu başlık altında yapılacak inceleme Danıştay kararları ile sınırlı tutulacaktır.

Belirtilmelidir ki idare hukukunda yargı kararlarının kaynaklık özelliği "yardımcı kaynaklık" şeklindedir.⁶⁴⁶ Diğer bir ifadeyle idari yargı mercilerinin ve bu kapsamda Danıştay'ın vermiş olduğu kararların kural olarak idare, kişiler ve diğer yargı organları açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu kararlar sadece işlem ve eylemlerin yapılmasında tereddüt yaşayan idareler ile kamu idareleri tarafından kendisi hakkında nasıl bir tasarrufta bulunulabileceğini veya bir haksızlığa uğratılıp uğratılmadığını merak eden bireyler açısından yol gösterici olacak; ayrıca somut bir uyuşmazlığı karara bağlamakla görevli ve yetkili idari yargı organları açısından da esin kaynağı niteliği taşıyacaktır. Belli bir yargı kararının yerleşmiş diğer bir ifadeyle uzun bir süredir istikrarlı şekilde alınıyor olması da sonucu değiştirmeyecek; bu durum, sadece söz konusu kararın yol göstericilik, yardımcılık ve esin kaynaklığı niteliklerini kuvvetlendirici bir faktör olacaktır.

Yargı kararlarının idare hukukunda yardımcı kaynak olmasının bir istisnası bulunmaktadır. Bu kapsamda 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 39. maddesi uyarınca Danıştay dava daireleri ile İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü takdirde ya da daha önce birleştirilmiş olan içtihatların değiştirilmesi gereğinin doğması durumunda Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu tarafından alınacak kararlar, aynı Kanun'un 40. maddesi gereğince Danıştay daire ve kurulları ile ilk derece idarî yargı organları ve idare açısından bağlayıcı olacaktır. Buna göre herhangi bir konu hakkında

⁶⁴⁵ ONAR, Cilt I, syf.404-405

⁶⁴⁶ BALTA, İdare Hukuku Genel Konular, syf.185, EROĞLU, syf.132, GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.150, GÖZLER, Cilt I, syf.59, AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, syf.79

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu tarafından alınan bir karar var ise idare bu karara aykırı işlem tesis edemeyecek, idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay dava daireleri ve kurulları da içtihadı birleştirme kararına aykırı kararlar alamayacaktır. Örneğin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu 07.12.2007 tarihinde aldığı K:2007/1 sayılı kararla, Danıştay 11. Dairesi ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu arasında “657 sayılı Kanun’un 43. maddesi uyarınca bu Kanun’a ekli cetvellerde mühendisler için öngörülen ek göstergeden yararlanılabilmesi için mühendis unvanına sahip olmanın yeterli olup olmadığı, diğer bir ifadeyle ek göstergeden yararlanılabilmesi için mühendis kadrosunda görev yapmanın zorunlu olup olmadığı” hususunda var olan içtihat farklılığını “657 sayılı Kanun’un 33’üncü ve 147’nci maddeleri gereğince mühendis kadrosuna atanmadan mühendisler için öngörülen ek göstergeden yararlanılamayacağı, bu düzenlemelerde görüldüğü üzere, bu Kanuna tabi kurumlarda görev yapan personelin ek göstergelerinin, kadro şartına bağlandığı, bu durumda ek göstergeden yararlanabilmek için salt unvana sahip olmanın yeterli olmadığı o unvana ilişkin görevde (kadroda) bulunmak gerektiği anlaşılmaktadır. ... 657 sayılı Kanunun 43’üncü maddesi, ek gösterge konusunda bu Kanuna ekli (I) ve (II) sayılı cetvellere atıf yaptığından, ilgililere uygulanacak ek göstergenin tespitinde söz konusu cetvellerin yanında 43’üncü maddede yer alan düzenlemelerin de (unvana ilişkin görevde-kadroda bulunma koşulunun da) göz önünde bulundurulması gerekmektedir.”⁶⁴⁷ şeklinde gidermiş olup; artık gerek Danıştay 11. Dairesi ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, gerekse diğer Danıştay dava daireleri ve kurulları ile idarî yargı organları tarafından bu konuda söz konusu içtihadı birleştirme kurulu kararına aykırı kararlar verilemeyecektir. Ayrıca idareler tarafından da bu karara aykırı tasarruflar yani mühendis kadrosunda bulunmayan mühendis unvanlı kamu personelinin mühendisler için öngörülen ek göstergeden yararlandırılmasına ilişkin işlemler yapılamayacaktır.

İnceleme konumuz olan kanunî idare ilkesi ve bu kapsamda **idarenin kuruluşu, görev ve yetkileri açısından**; kanımızca idari yargı organlarınca alınan kararlarda, bir hukuk boşluğunun doldurulması değil, belli bir yasa kuralının yorumlanması söz konusu olmalıdır. Zira yorumda var olan bir hukuk kuralının anlamı, diğer bir ifadeyle belli bir konu hakkında ne demek istediği araştırılmakta iken; boşluk

⁶⁴⁷ Danıştay İBK., 07.12.2007, E:2005/2, K:2007/1, RG:25.03.2008-26827

doldurmada, kanunun hiçbir kural içermediği, sustuğu yani hukuki boşluk bıraktığı bir alanda yeni bir hukuk kuralı yaratılmaktadır.⁶⁴⁸

Şüphesiz belli bir kanun hükmünü önündeki uyuşmazlığa uygulamak zorunda olan idari yargıç, bu hükmün anlamını tespit etmek, bu kapsamda yorum metodlarından yararlanarak kanunun ne anlama geldiğini belirlemek durumundadır. Dolayısıyla yorum, kanunu somut uyuşmazlığa uygulama faaliyetinin bünyesinde doğal olarak yer alan bir kavram olduğundan, yorum yapabilmesi için yargıcın ayrıca bu konuda yetkilendirilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte hukuk boşluklarının doldurulmasında durum farklıdır. Bu gibi hallerde idari yargıcın konu hakkında yeni hukuk kuralı yaratması söz konusu olacağından, kanımızca bunun ancak idari yargıca bu konuda verilecek açık (pozitif) bir yetkinin varlığı halinde söz konusu olabilmesi mümkündür. Bu kapsamda pozitif hukukumuzda Anayasa koyucu veya yasa koyucu tarafından idari yargı organlarına **doğrudan** boşluk doldurma, diğer bir ifadeyle "hukuk yaratma" yetkisi veren bir kural bulunmamaktadır.⁶⁴⁹

Bu noktada idare mahkemesinin “*önüne gelen somut bir uyuşmazlık hakkında uygulama alanı bulabilecek hiçbir kanun hükmü yoksa ne yapacağı, uyuşmazlığı nasıl sonuçlandıracağı*” sorusu gündeme gelmektedir. İnceleme konumuz olan **idarenin kuruluşu, görevleri ve yetkileri bakımından; hiçbir kanun veya kanuna eş değer**

⁶⁴⁸ Vecdi ARAL, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 5. Basıdan Tıpkı Basım, İstanbul: Filiz, 2007, syf.196, Yasemin İŞIKTAÇ, Sevtap METİN, Hukuk Metodolojisi, 1. Bası, İstanbul: Filiz, 2003, syf.183, 222, GÖZLER, Hukuka Giriş, syf.234

⁶⁴⁹ Bu konuda Türk Medeni Kanunu’nun adli mahkemelere verdiği ‘*kanunda (ve örf adet hukukunda) konu hakkında hüküm bulunmaması halinde kanun koyucu olsaydı koyacağı kurala göre uyuşmazlığı çözmeye*’ yetkisinin, idare mahkemelerine de tanındığının kabulü **kanımızca** mümkün değildir. Çünkü Anayasa’nın 142. maddesinde mahkemelerin işleyişinin ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtildiğinden; aksi kanunda öngörülmediği sürece Türk Medeni Kanunu hükümleri kapsamında çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar bakımından hukuk mahkemeleri için öngörülen bir kuralın kıyas yoluyla idari yargı organlarının işleyişinde ve yargılama alanında uygulanmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bkz. AKBULUT, Yargılamanın Yasallığı, syf.239, 243. Ayrıca Türk Medeni Kanunu kapsamındaki uyuşmazlıkların tarafları özel şahıslar olduğundan ve kanunda aksi öngörülmediği sürece özel hukuk kişileri dilediği alanda dilediği tasarrufu icra edebileceğinden, hukuk hakimine boşluk doldurma ve hukuk kuralı yaratma yetkisi tanınması bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Zira adli hâkime böyle bir yetkinin tanınmaması durumunda özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenememesi gibi bir ihtimal gündeme gelebilecektir. İdari yargıda çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklarda ise taraflardan birisi mutlaka idaredir. İdare ise Anayasa gereği kanunlardan aldığı yetki doğrultusunda işlem ve eylem yapabilecektir. Eğer bir konuda kanun hükmü yoksa, idareye o konuda işlem ya da eylem yapma yetkisi de verilmemiş demektir. Bu ise söz konusu tasarrufa karşı açılan davanın sonuçlanamamasını değil, idare aleyhine sonuçlanmasını netice verecektir. Dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümsüz kalmaması gibi bir sâikle yargıca hukuk yaratma yetkisi tanınması özel hukuk açısından geçerli sayılabilecek ise de, kanımızca idari yargının görev alanı kapsamındaki uyuşmazlıklar için böyle bir gerekçeden söz edilemeyecektir. Aksi yönde Yasemin İŞIKTAÇ, Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme, in: Yasemin İŞIKTAÇ, Hukuk Yazıları, 1. Bası, Ankara:Yetkin, 2004, syf.33: “*Medeni Kanun’un ilk yedi maddesinin bütün hukuk alanında uygulanıp uygulanmayacağı ayrı bir tartışma odağı oluşturmakla beraber, ‘Doğal Hukuk’ ilkeleri niteliğini taşıdığından, bizce ‘bütün’ hukuk ilişkilerini içine alabilecektir.*”

hukuk normu bulunmaksızın bir idare kurulmuş ya da kanunla kurulan bir idareye hiçbir şekilde kanunlara dayanmayan yeni bir görev veya yetki verilmişse, kanımızca idare mahkemesinin uyuşmazlığı Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrası yani kanunî idare ilkesi uyarınca çözümlemesi gerekecektir. Bu bağlamda idare ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulabileceğinden ve idarenin görevleri ile yetkilerinin kanunlarla düzenlenmesi gerekeceğinden; kanunla kurulmayan idarenin her türlü işlemine veya kanunla kurulan bir idarenin kanuna dayanmayan yetkisini kullanarak tesis ettiği işlemlerine karşı idari yargıda açılacak davalar her durumda iptal müeyyidesi ile karşılaşacaktır.

Diğer bir ifadeyle yürütme ve bu kapsamda idare geniş anlamda yasaların uygulanması faaliyeti olduğuna göre, herhangi bir konu kanunla hiç düzenlenmemişse diğer bir ifadeyle konu hakkında yorumlanabilecek bir yasa kuralı dahi bulunmuyorsa, o konuda idare faaliyette bulunamayacak ve idari yargıda uyuşmazlık konusu edilebilecek bir tasarruf icra edemeyecek demektir. Eğer aksi gerçekleşmiş ve böyle bir konuda idari yargı organları bir uyuşmazlığı çözümlemek durumunda kalmış ise, *yürütmenin ve idarenin yasaların uygulanması şeklindeki anlamı ile özellikle kanunî idare ilkesi uyuşmazlıkta uygulanacak kuralı oluşturacak* ve anılan ilke doğrultusunda idarenin yetkisizliği nedeniyle dava konusu tasarrufun iptali gerekecektir.⁶⁵⁰ Böyle bir durumda yasalara dayanmayan söz konusu tasarruf iptal edilmez ve bunun yerine idari yargıç konuya ilişkin yeni bir kural belirleyerek, bu kural doğrultusunda idarenin işlem tesisine/eylem icrasına yetkili olduğu sonucuna ulaşır ve davayı reddederse, idare açısından yeni bir görev/yetki belirleyen bu kararın kanunî idare ilkesine aykırı olduğu

⁶⁵⁰ ONAR haklı olarak “*Kanunların tatbik ve tefsirinde (exegetique) bir metod takip edildiği yani kanunun metni ve lâfzı birinci plânda tutularak kıyas yoluyla, mantık ve gramer ianesi ile ondan mâna çıkarmaya ve hâdiselerin bu çerçeve dahilinde halline çalışıldığı takdirde içtihadın yeni prensiplere müncer olamayacağı şüphesizdir. ... Bir içtihat mahkemesi olan idare mahkemesinin de bu (exegetique) metodla vazifesini başarmasına imkân yoktur; bir idare mahkemesi dağınık ve insicamsız idare kanunlarını teker teker bu metodla tefsir ve tatbik etmekle iktifa ederse ve bu suretle halledemediği meseleleri de kanunda bir hal sureti yoktur, kanunî esasa müstenid değildir diye reddeylerse vazifesini yapmış olmaz.*” demektedir. ONAR, Cilt I, syf.407. Kanımızca **idarenin görevleri ve yetkileriyle ilgili bir uyuşmazlık hakkında yorum yoluyla uygulanabilecek bir kanun hükmü dahi yok ise** idare mahkemesi “kanunî esasa dayanmayan davanın reddine” değil; kanunî esasa dayanmayan işlemin iptaline ya da kanunî esasa dayanmayan eylemden kaynaklanan zararların tazminine karar vermelidir. Bu çerçevede **idarenin görevlerine ve yetkilerine ilişkin uyuşmazlıklarda idari yargıcın hukuk yaratmaması, genişletici yorum da dahil olmak üzere uygun yorum metodu ile yasaları yorumlayarak bu doğrultuda kararlar vermesi, kişiler açısından sakınca doğurmak yerine onlar açısından bir güvence oluşturacaktır.** ONAR'ın açıklamaları hakkında bkz. ONAR, Cilt I, syf.404-412

belirtilebilecektir.⁶⁵¹

Bu kapsamda yargı içtihatlarının, kanunî idare ilkesinin kapsamında bulunan **idarenin kuruluşu, görevleri ve yetkileri konularında** var olan kanun hükümlerini yorumlayan, bu hükümlerin anlamlarını ortaya koyan hukuki metinler olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca yargı içtihatlarının oluşum sürecindeki bu yorum faaliyetinin de idarenin kuruluşuyla görev ve yetkilerine ilişkin Anayasal ilkeler doğrultusunda ve hatta hukukun genel ilkelerinden de yararlanılarak⁶⁵² yapılması gerekeceği açıktır. Dolayısıyla genel olarak idarenin kurulmasına, görevlerinin ve yetkilerinin belirlenmesine ilişkin kanunların anlamını tespit etme ameliyesinin ürünleri olan yargı içtihatlarının, kanunî idare ilkesinden sapma olarak nitelendirilmesini gerektiren bir husus bulunmamaktadır.

Yargı içtihatlarına ilişkin bu açıklamalar Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararları açısından da geçerli kabul edilmelidir. Zira 2575 sayılı Kanun'un 39. ve 40. maddelerinde kanun koyucu Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'na, belli bir konu (bu kapsamda idarenin kuruluşu/görevleri/yetkileri) hakkında kanun hükümlerinde bulunan boşlukları doldurma yani daha önce var olmayan yeni kurallar oluşturma yetkisi vermemiştir. Eğer böyle olsaydı, idarenin kanun yerine Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararıyla kurulması veya görevlerinin ve yetkilerinin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararıyla belirlenmesi söz konusu olacağından; 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 39. ve 40. maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı gündeme

⁶⁵¹ İdari yargıcın idarenin kuruluşu ile görev ve yetkileri konusunda kanuna dayanmayan ilkeler tespit ederek idareyi bu kurallara uymaya zorlamasının mümkün olmaması, şüphesiz pozitif hukukumuzda var olan ve idari yargıcın idareye emir vermesini yasaklayan idare-idari yargıç ayrılığı ile de ilişkilidir. Bu anlamda pozitif hukukumuzda göre idareye işlem ve eylemleri konusunda yap-yapma emrini verme yetkisi kanun koyucudadır; idari yargıcın yapacağı ise idari işlem ve eylemlerin kanun koyucunun bu konudaki emirlerine uygunluğunun denetlenmesidir. İdare ile idari yargıç açısından geçerli olan ayrılık ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının ..., syf.36 vd.

⁶⁵² YAŞAR'ın haklı olarak belirttiği gibi, "... Türk Hukukunda, Anayasa Mahkemesi dışında hiçbir yargı yerinin yasayı iptal yetkisi bulunmadığı gibi, ihmal yetkisi de söz konusu olmadığından yargı kararının 'yasal gerçeklik' ifade etmesi zorunludur. Bu nedenle, Anayasanın 'hukuka' uygunluktan kasdının geniş anlamda yürürlükteki hukuka uygunluk teknik anlamıyla ise 'kanuna' uygunluk anlamına geldiğini belirtmek gerekir. Ancak, Anayasa'nın 125/3. maddesi 'Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır...' diyerek 'hukuka uygunluğun denetimi'ni idari yargıca vermiştir. Yasal gerçeklik, yargıcın kararını oluştururken, İdare gibi yerindelik ve dolayısıyla takdir yetkisi, toplumsal beklentilere karşılık verme gibi psikolojik etkenlerin göz ardı edilmesi sonucu, yalnız ve yalnız doğrudan doğruya pozitif hukuk kuralının göz önüne alınmasını dolayısıyla ortaya çıkmış sayılır. Bu demektir ki, yargıç, kararını oluştururken pozitif hukukun dışına taşamaz. Ancak, yargıç, hukuk kurallarını yorumlarken daha geniş bir kaynaktan, daha önce ulaşılan yorumlardan, doktrinden de yararlanır ve genç ve ülkemizde henüz genel olarak bile bir kodifikasyona tabi tutulmamış İdare Hukukunun gelişimine de katkı sağlar." YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının ..., syf.105. Kalın yazılı kısımlar eser metninde normal şekilde yazılmıştır.

gelecekti. Ancak 2575 sayılı Kanun'un 39. ve 40. maddeleri Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'na, "Danıştay dava daireleri ile İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü takdirde bu içtihatları belli bir yönde birleştirme" yani "bir mevzuat hükmünün anlamı ve uygulanma şekli konusunda var olan farklı yargısal yorum tarzlarını ortadan kaldırarak, mevzuat hükmünün anlamını kesin ve bağlayıcı olarak tespit etme" yetkisi vermiştir. Bu bağlamda Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu da idarenin kuruluşu, görev ve yetkileri konusunda sadece var olan kanunlar ile bu kanunların sınırları çerçevesinde ihdas edilen diğer mevzuat hükümlerini yorumlama ve anlamlarını saptama faaliyeti yapacak; ancak diğer yargı kararlarından farklı olarak içtihadı birleştirme kararları yürütme ve yargı organları açısından bağlayıcı olacaktır. Dolayısıyla Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararlarının da kanunî idare ilkesinden sapma olarak nitelendirilmesini gerektiren bir neden bulunmadığı söylenebilecektir.

Bununla birlikte eğer Danıştay daire ve kurulları ile İçtihatları Birleştirme Kurulu tarafından, idarenin kuruluşu, görevleri ve yetkileri ile ilgili uyuşmazlıklarda, hiç bir kanunda düzenlenmemiş ya da kanunda düzenlenenden farklı bir ilke/kural geliştirilerek bu ilke doğrultusunda karar verilirse, şüphesiz bu durumun kanunî idare ilkesinden sapma olarak değerlendirilmesi gerekecektir.⁶⁵³ Nitekim uygulamada Danıştay, bazen "yerleşmiş Danıştay kararları"na atıfla, bazen de böyle bir yollamaya ihtiyaç duymaksızın bu tür kararlar verebilmektedir.

Örneğin Danıştay 10. Dairesi idarenin sağlık kamu hizmetinin yürütümündeki hizmet kusuru nedeniyle uğranılan zararların tazmini istemiyle açılan davada uyuşmazlığı “... *Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananların zarara uğramaları halinde, bu zararın tazmininin ancak idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması halinde mümkün olduğu ...*”nu belirterek çözümlemiş; Danıştay’ın bu çözüm şeklini benimsemeyerek verdiği kararında ısrar eden ilk derece mahkemesi kararı da Danıştay İdari Dava

⁶⁵³ Eğer Danıştay’ın geliştirdiği bu yeni ilkeler kaynağını bir yasa kuralından alıyor ise; ortada yasa kuralının yorumlanması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu halde Danıştay’ın yaptığı, belli bir yorum türünü benimseyerek **yasadan kaynaklandığı kabul edilen** bir ilke doğrultusunda karar vermek olacak ve bu durum da kanunî idare ilkesinden sapma olarak değerlendirilemeyecektir.

Daireleri Kurulu tarafından, Danıştay 10. Dairesi'nin görüşü doğrultusunda bozulmuştur.⁶⁵⁴

Bilindiği üzere Anayasa'nın 125. maddesinde “İdarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu” belirtilerek, idarenin kişilere zarar veren faaliyetlerde bulunması yasaklanmıştır. Yine yasalarda idareye, sağlık kamu hizmetini yürütürken bazı hallerde kişilere zarar verebilecek eylemlerde bulunma yetkisi verilmemiştir. Ancak aktardığımız kararlar Danıştay idareye, adeta “sağlık kamu hizmetinin yürütümünde bu hizmetten yararlananlara hafif kusurla zarar verebilme” yetkisi tanımaktadır ki, kanımızca bu tür bir uygulamanın kanunî idare ilkesiyle bağdaştırılabilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Yine Danıştay bir kararında, konuyla ilgili kanun hükümleri ile kanunun uygulanması amacıyla çıkarılan (ve idarenin konu hakkında kendi takdir yetkisini sınırlandırdığı) düzenleyici işlemlerde “mülâkat yapılış usulü” hakkında bir kural bulunmamasına karşın, idarenin personel alımı konusunda kullandığı yetkiyi şu gerekçeyle hukuka aykırı bulmuştur: “... davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde, **sınav öncesinde soruların ve yanıtlarının hazırlanmamış olması, sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilmemesi**, ayrıca komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmaması nedenleriyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁶⁵⁵

Dikkat edileceği üzere Danıştay'ın bu kararında dava konusu işlem, gerekçesinin ortaya konulamaması yani sebep unsurundaki sakatlığın yanı sıra; herhangi bir yasal dayanağa sahip olmayan “sınav öncesinde soruların ve yanıtlarının hazırlanmamış olması, sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilmemesi” şeklindeki şekil kurallarına aykırılık nedeniyle de hukuka aykırı bulunmuştur. Bu kararında Danıştay, bir idari işlem (düzenleyici işlem) niteliğinde yargı kararı ve hatta bir bakıma idareye yargısal emir⁶⁵⁶ vererek, 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesine aykırı davranmış; buna ek olarak, yasal dayanağı olmayan yeni bir hukuk

⁶⁵⁴ Danıştay İDDK., 18.10.2007, E:2004/721 K:2007/2030, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:12.01.2013.

⁶⁵⁵ Danıştay İDDK., 13.11.2008, YD İtiraz No:2008/774, www.danistay.gov.tr/e2008_774.htm, erişim tarihi:12.01.2013. Kalın yazılı kısımlar kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

⁶⁵⁶ Yargısal emir kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının ..., syf.135 vd.

normu yaratıp bazı şekil kuralları öngörerek idarenin belli bir konudaki yetkisini düzenlemiştir. Bu çerçevede idarenin bir yetkisinin Danıştay kararıyla düzenlendiği söz konusu içtihadın kanunî idare ilkesine aykırı olduğu ileri sürülebilecektir.

Sonuç olarak idare hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi kanunî idare ilkesi kapsamındaki kuruluş, görevler ve yetkiler konularında da yargı kararları önemli bir kaynaktır. Çünkü idare hukukunun diğer konularında olduğu gibi idarenin kuruluşu, görevleri ve yetkileri konusunda da kanun koyucunun her hususu ayrıntılı, açık, anlaşılır ve yorum gerektirmeyecek şekilde düzenlemesi mümkün değildir. Bu çerçevede kanun, idarenin kuruluşu, görevleri ve yetkileri kapsamındaki bir konuyu temel ilkeler belirleyip çerçevesini çizerek düzenledikten sonra, konuyla ilgili uyuşmazlıkların bu çerçevede dahilinde, kanunla öngörülen temel esaslara uygun şekilde çözümlenmeye çalışılması kanunun yorumlanması (anlamının tespit edilmesi) olarak nitelendirilecek ve kanımızca kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Bununla birlikte idare hukuku ile idari yargılama usulü hukukunda, Anayasa'yla veya kanunla mahkemelere boşluk doldurma, yeni bir hukuk normu oluşturma yetkisinin tanınmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle gerek Danıştay ve idare mahkemesi kararları gerekse Danıştay'ın aynı konudaki farklı içtihatlarını belli yönde birleştirmeye yönelik içtihadı birleştirme kararları, mevcut kanun hükümlerinin yorumlandığı ve anlamlarının tespit edildiği kararlar olmak durumundadır. Bu kararlar ile daha önce var olmayan yeni bir hukuk kuralının oluşturulamayacağı ve idarenin kuruluşunun, görevlerinin ve yetkilerinin ilk elden düzenlenmesi anlamına gelecek şekilde uygulama yapılamayacağı açıktır. Bu nedenle söz konusu kararlar, kanunî idare ilkesi bakımından bir sapma oluşturmamaktadır. Bununla birlikte bazı hallerde Danıştay'ın **hiçbir kanuna konu olmayan bir hususta** veya **mevcut kanunlara aykırı şekilde** bazı ilkeler tespit ettiği ve uyuşmazlıkları bu ilkelere göre çözümlediği görülmektedir ki, yeni bir hukuk kuralı yaratılması ya da mevcut yasa kuralının değiştirilmesi anlamına gelen bu kararların kanunî idare ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilebilecektir.

III. KANUNÎ İDARE İLKESİNİN İSTİSNASI

Kanunî idare ilkesi Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen pozitif bir idare hukuku ilkesidir. Yani kanunî idare ilkesi, bizzat Anayasa koyucu tarafından konulan bir ilkedir. Kurulu hukuk düzeninde Anayasa koyucudan daha üstün bir otorite bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanunî idare ilkesinin istisnasının bulunabilmesi, ancak Anayasa koyucu tarafından ilkeye yönelik bir istisnanın öngörülmesi halinde mümkündür. Diğer bir ifadeyle kanunî idare ilkesi Anayasal bir ilke olduğundan, bu ilkeye ancak bir başka Anayasa kuralıyla istisna getirilebilecektir. Bu nedenle “kanunî idare ilkesinin istisnasının olup olmadığı” sorunu ancak Anayasa hükümlerinin irdelenmesi suretiyle çözümlenebilecektir.

Bu başlık altında öncelikle 1982 Anayasası'nda yürütmeye yetki olma gücü veren esaslar hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan tespitlere yer verilmesi faydalı olacaktır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile vergilendirme ve dış ticaretin düzenlenmesi konularında Bakanlar Kurulu'na verilen yetkileri, yürütmenin 1982 Anayasası'nda “görev ve yetki” şeklinde tanımlanmasının gerekçeleri olarak değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre: *“Yürütmeye bir yetki olma gücünü veren esaslar Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasanın getirdikleri olağanüstü haller ve sıkıyönetim sürecince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun sözü edilen hallerin gerekli kıldığı durumlara hasren kanun hükmünde kararname çıkarmak, Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisi yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır. Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada ifadesini bulan yukarıdaki ayrık haller dışında, yasalarla*

*düzenlenmemiş bir alanda, yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da sonuca etkili değildir.”*⁶⁵⁷

Çalışmanın önceki kısımlarında da belirttiğimiz üzere kanunî idare ilkesinin “kanun” unsuru, şekli anlamda kanunun yanı sıra Anayasa gereği kanunla eş değer kabul edilen diğer normları da kapsamına almaktadır. Başka bir deyişle, Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan “İdare kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenir” ilkesi, idarenin kuruluşunun, görevlerinin ve yetkilerinin kanunlarla ya da hiyerarşik olarak kanunla aynı düzeydeki hukuk kurallarıyla düzenlenmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile uluslararası antlaşmaların yanı sıra olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemi kanun hükmünde kararnamelerinin de kanun kuvvetinde olduğunun bizzat kurucu iktidar tarafından Anayasa’da belirtilmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda; söz konusu tasarrufların kanunî idare ilkesi kapsamında olduğu ve bu tasarruflarla da idarenin kuruluşunun, görevlerinin ve yetkilerinin düzenlenebileceği açıktır. Dolayısıyla, her ne kadar 1982 Anayasası’nda olağanüstü hallerde ve sıkıyönetim dönemlerinde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’na sözü edilen hallerin gerekli kıldığı durumlarla sınırlı olacak şekilde ilk elden düzenleme yetkisi tanınmış ise de; kanun gücünde olan bu tasarruflara ilişkin Anayasa’nın 121. ve 122. maddelerinin, 123. maddede öngörülen kanunî idare ilkesine “istisna” getirdiğinin kabulü mümkün bulunmamaktadır.

Bakanlar Kurulu’nun, kararda belirtilen “*vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde değişiklik yapma*” yetkisini kullanabilmesi için; Anayasa’nın 73. maddesi uyarınca muaflık, istisna veya indirim konusunu önce kanunun düzenlemesi, yukarı ve aşağı sınırların kanunla belirlenmesi ve bu sınırlar içinde değişiklik yapabilmesi için Bakanlar Kurulu’nun yasayla yetkilendirilmesi gerektiğinden, Anayasa’nın 73. maddesinde yürütmeye tanınan bu yetki de kanımızca kanunî idare ilkesinin istisnası olarak değerlendirilemeyecektir.

⁶⁵⁷ AYM, 13.06.1985 E:1984/14 K:1985/7, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:09.12.2012 . Kalın yazılı kısım kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 167. maddesinin 2. fıkrası uyarınca 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 verilebilecektir. Görüleceği üzere maddede, kanunla Bakanlar Kuruluna özel bir düzenleme yetkisinin verilebileceği öngörülmektedir. Anayasa'da bu özel düzenleme yetkisinin konusu "dış ticaret işlemleri üzerine ek malî yükümlülükler koymak ve kaldırmak" şeklinde son derece geniş tutulmuş ve böylelikle idareye önemli bir yetki tanınmıştır.

Kanunî idare ilkesi gereğince idarenin, ancak kanunun genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizmesi ve düzenleme açısından nesnel kriterler belirlemesi halinde, kanunun belirlediği temel kurallara uygun, konunun teknik boyutunun sınırları dahilinde ve konunun esası hakkında yeni ilkeler öngörmeyecek şekilde düzenlemeler yapabileceğini ifade etmiştik. Ancak Anayasa'nın 167. maddesinin 2. fıkrası belli bir konu tespit ederek, bu konuda idarenin söz konusu sınırlar olmadan da düzenleme yapabilmesine izin vermiştir. Bu bağlamda Bakanlar Kurulu, kanunun sadece bu konularda kendisine izin verdiğini belirtmesi halinde, ihracat ve ithalat gibi tüm dış ticaret işlemlerinde vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koyabilecek ve bunları kaldıracaktır. Yani kanun düzenleme yetkisinin kullanılması açısından nesnel kriterler belirlemese, konunun çerçevesini çizmese dahi Bakanlar Kurulu dış ticaret işlemleri üzerine ek malî yükümlülükler koymak ve kaldırmak hususunda düzenleyici işlem ihdas edebilecektir. Ayrıca bu düzenleyici işlemler "konunun teknik boyutunun sınırları dahilinde olma" ve "konunun esası hakkında yeni ilkeler öngörmeme" gibi kısıtlamalara da tâbi olmayacaktır.

Anayasa'nın 167. maddesinde yer alan bu hükümle kanunî idare ilkesinin gerekliliklerine aykırı bir esas getirildiği açıktır. Bununla birlikte Bakanlar Kurulu dış ticaret işlemleri üzerine kendiliğinden malî yükümlülük koyamayacak, bunun gerçekleşebilmesi için öncelikle kanunun kendisine yetki vermesi gerekecektir. Yine maddede Bakanlar Kurulu'nun yapacağı düzenlemenin kanunlara uygun olması zorunluluğunu ortadan kaldıran bir ifade de bulunmamaktadır. Bu çerçevede söz konusu

madde “*dış ticarete ilişkin malî yükümlülükler*” konusunun kanun tarafından hiç bir ilke belirlenmeden doğrudan Bakanlar Kurulu’nca düzenlenebilmesine olanak tanıdığı için yasama yetkisinin devredilmezliği prensibine aykırı olmakla birlikte,⁶⁵⁸ Bakanlar Kurulu bu maddeden aldığı yetkiyi ancak kanunda öngörülmesi halinde ve yürürlükteki kanunlara uygun şekilde kullanabilecektir. Bu nedenle Anayasa’nın 167. maddesinin 2. fıkrası idarenin düzenleme yetkisi açısından kanunî idare ilkesinin gereklerini *düzenleme yetkisinin sınırlarının belirlenmesi* noktasında yumuşatmakta ise de; anılan maddeyle Bakanlar Kurulu’na tanınan yetkiyi kanunî idare ilkesi açısından bir istisna olarak değerlendirmemek kanımızca daha uygun olacaktır.

Hukukumuzda Anayasa’nın 123. maddesi ve kanunî idare ilkesi açısından gerçek anlamda istisna olarak kabul edilebilecek düzenleme ise kanımızca Anayasa’nın 107. maddesinde bulunmaktadır. “*Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliği*” başlığını taşıyan madde, “*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilât ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.*” hükmünü içermektedir. Madde, idarenin merkez teşkilâtı içinde ve dolayısıyla organik anlamda idare kapsamında yer alan bir kurumun kuruluşunun, teşkilâtının, çalışma esaslarının ve personel atama işlemlerinin düzenlenmesini kanun yerine bir idari işleme bırakarak, “*idarenin kuruluşunun kanunla düzenlenmesini*” öngören kanunî idare ilkesine ve dolayısıyla Anayasa’nın 123. maddesine istisna getirmiş olmaktadır.

Öğretide DURAN’ın da belirttiği gibi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, 1982 Anayasası’nda idare için özerk düzenleme yetkisi öngörülen tek alandır.⁶⁵⁹ Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği’nin kuruluşu, teşkilâtı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri konusunda kanunda hiç bir hüküm yer almadan Cumhurbaşkanı, “kararname” ismini taşıyan düzenleyici işlemlerle bu alanı ilk elden düzenleyecektir. Bu yönüyle Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, yürütmenin *secundum legem* nitelik taşıdığı bir alan olmaktan çıkmaktadır. Zira burada

⁶⁵⁸ YILDIRIM, Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat, syf.43

⁶⁵⁹ DURAN, Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?, syf.40, Ancak DURAN’a göre “... bu kararname, Cumhurbaşkanlığının ancak iç yapısı ve işleyişi ile ilgili kuralları ve usulleri içerebileceğinden, bireyler ve toplulukları üzerinde etkili ve geçerli olamaz. Bu bakımdan, Cumhurbaşkanlığı Genel sekreterliği kararnamesi de, tam ve gerçek anlamı ile özerk düzenleme işlemi sayılamaz.” syf.40.

idarenin kuruluşunun yine idare tarafından tesis edilen işlemlerle düzenlenmesi söz konusudur.

Anayasa'nın 107. maddesinde yer alan ve kanunî idare ilkesi yönünden gerçek anlamda bir istisna niteliğinde olan bu düzenleme, kanımızca Anayasa koyucunun Devletin başı sıfatıyla Cumhurbaşkanlığı makamına verdiği özel önemi ve duyduğu güveni göstermektedir. Bu bağlamda Anayasa koyucu, yürüttüğü görevde kendisine yardımcı olacak idari birimin kuruluşunu bizzat Devletin başı, Türkiye Cumhuriyeti'nin ve Türk Milleti'nin birliğinin temsilcisi olan Cumhurbaşkanının düzenlemesini, yasama organının dahi bu hususta Cumhurbaşkanına müdahale edememesini istemiştir. Ne var ki Anayasa koyucu, Cumhurbaşkanlığı makamına gösterdiği saygıdan kaynaklanan bu istisnayı sadece kuruluş, teşkilât, personel atama işlemleri ve çalışma esasları yani Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin Anayasa ve kanunlarla kendisine verilen görev ve yetkileri yerine getirirken uyacağı usul ve ilkelerle sınırlı tutmuş; Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin görev ve yetkilerinin belirlenmesini Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecek hususlar arasında saymamıştır. Dolayısıyla 107. maddenin kanunî idare ilkesi açısından getirdiği istisna sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği yönünden ve sadece ilkenin kuruluşla ilişkin kısmı bakımından geçerlidir. Dolayısıyla anılan kurumun görev ve yetkileri ile bu kurum dışındaki diğer tüm yürütme ve idare birimlerinin kuruluşları kanunî idare ilkesinin kapsamı içinde bulunmaktadır. Nitekim Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ne ilişkin olarak Anayasa'nın 107. maddesinde sınırlı sayıda belirtilen “kuruluş, teşkilât, çalışma esasları ve personel atama işlemleri” dışında kalan konular,⁶⁶⁰ kanunî idare ilkesine uygun olarak 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu çerçevede 1982 Anayasası, 123. maddesinde düzenlediği ve diğer bir çok maddesinde yer verdiği düzenlemelerle anlamını pekiştirdiği kanunî idare ilkesine sadece bir maddesiyle istisna getirmiştir. Anayasa'nın 107. maddesinde yer alan ve Devletin başı olan makama duyulan saygıdan kaynaklanan bu istisna, istisna olma özelliği gereği geniş tutulmamış ve sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin

⁶⁶⁰ 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu'nun 1. maddesi: “*Bu Kanun; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenler.*”

“kuruluş, teşkilât, çalışma esasları ve personel atama işlemleri” konularıyla sınırlandırılmıştır.

SONUÇ

Diğer tüm hukuk dallarının olduğu gibi idare hukunun da temel varlık sebebi, belli bir alanda geçerli olacak kurallar rejimini belirgin hale getirmek, kapsamına aldığı olay ve durumları önceden öngörülebilir kılarak konusunu oluşturan hususlarda bireyler açısından hukukî güvenliği tesis etmektir. Bu çerçevede idare hukukunun sujesini oluşturan kamu otoritelerinin teşekküllerinin ve bunların gerçekleştirdikleri idarî faaliyetlerin belirgin ve öngörülebilir kılınmasını sağlayacak ölçütlerin geliştirilmesi, idare hukukunun öncelikli uğraş alanlarından birini oluşturmaktadır.

Bir hukukî alanın belirgin ve öngörülebilir kılınması, böylece kişilerin bu alanı ilgilendiren tutum ve davranışlarını önceden ayarlayabilmelerinin temini şüphesiz bu alanla ilgili bazı ilkelerin varlığını gerektirmektedir. Zira ilkesizlik keyfilik anlamına geldiğinden, ilkenin olmadığı yerde öngörülebilirlikten de söz edilemeyecektir. Bu kapsamda idare hukukunda, dayanağını çeşitli kaynaklarda bulan çok sayıda ilke geçerli bulunmaktadır. Anayasa koyucunun, yasama organının, Danıştay'ın ve/veya öğretinin kaynaklık ettiği bu ilkeler hem idarelere, hem de hukuk uygulayıcılarına yön vermekte; bireylere de idarenin muhtemel tutum ve davranışları konusunda öngörü sağlayarak, onlar açısından güvence oluşturmaktadır.

İdare hukukunda geçerli olan en önemli ilkelerden biri, diğer kamu hukuku disiplinlerinde olduğu gibi, kanunîlik (yasallık) ilkesidir. Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen ve “*İdarenin kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenleneceğini*” öngören bu ilke, idarenin hukuk dünyasında varlık kazanmasını, organize edilmesini, görevlerini, yetkilerini ve bu çerçevede tüm faaliyetlerini yasallık kaydına tâbi tutmaktadır. Anılan madde kanunîlik ilkesinin sınırlarını idare hukuku açısından son derece geniş tutarak, idareyle ilgili neredeyse tüm konuların yasayla düzenlenmesi esasını getirmiş ve böylece idareyi adetâ “kanunî idareye” dönüştürmüştür.

Kanunî idare ilkesinin ne anlama geldiği şüphesiz kolay çözümlenebilecek bir sorun değildir. Bununla birlikte ilkenin uygulanabilirliği, anlamının ve kapsamının bilinmesine bağlıdır. Bu çalışmada, ilkenin anlamının ve kapsamının belirgin kılınmasına, bu sayede ilkenin idare hukukuyla ilgili somut uyumsuzluklarda

uygulanabilirliğinin arttırılmasına katkı sağlayabilecek bir takım öneriler sunulmaya çalışılmıştır. Ne var ki konunun aydınlatılması açısından son derece önemi bulunan Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında kanunî idare ilkesinin yeknesak bir uygulanma şekline rastlanılmaması ve kanunî idare ilkesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olan bir çok uyuşmazlığın yargı kararlarında Anayasa Hukukuna ve İdare Hukukuna ait başka ilke ve kurallarla çözümlenmesi, kanunî idare ilkesinin anlam ve kapsamının belirlenmesi amacıyla yapılan bu çalışmayı zorlaştırmış ve bu zorluk, çalışmanın içeriğinde konunun teorik boyutunun ağırlık kazanmasına neden olmuştur.

Hukuk ilkelerine maddi varlık kazandıran şey, elbette onları oluşturan kelimelerdir. Dolayısıyla kanunî idare ilkesinin anlamının tespit edilebilmesi açısından yapılması gereken ilk ameliye, ilkenin gramatik unsurlarının ne anlama geldiğinin tespit edilmeye çalışılmasıdır. Bu bağlamda kanunî idare ilkesinin iki gramatik unsurundan birincisini oluşturan “kanun” kelimesi, Anayasa’daki kullanımına uygun şekilde şekli anlamda kanun olarak anlaşılmalı; ayrıca Anayasa gereği hiyerarşik açıdan kanunla eş değer nitelikte olan kanun hükmünde kararnameler ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler de ilkede geçen “kanun” kelimesinin kapsamında değerlendirilmelidir. İlkenin diğer gramatik unsuru olan idare kavramı ise kanımızca hem organik hem de fonksiyonel anlamda idareyi kapsamına alacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bu bağlamda kanunî idare ilkesinin, organik anlamda idare kabul edilen kurumların kuruluşlarının, ayrıca organik anlamda idare kabul edilen kurumlar ile hükümetin, yasama ve yargı organlarının fonksiyonel açıdan idare kavramına dahil olan görevlerinin kanunla düzenlenmesini öngördüğü kabul edilmelidir.

Kanunî idare ilkesinin Anayasa’daki karşılığını “*İdare kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenir*” hükmü oluşturduğundan; kanunî idare ilkesinin ne anlama geldiğinin belirlenmesinde “kanun” ve “idare” kavramlarının yanı sıra “düzenleme” kelimesinin anlamının tespiti de büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede ilkenin anlamının ve kapsamının belirlenmesi, Anayasa’nın 123. maddesinde geçen ve kanunî idare ilkesi kapsamında bulunan “kanunla düzenleme”nin içeriği üzerinde durulmasını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan “kanunla düzenleme” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği Anayasa’nın sadece 123. maddesi bakımından değil, kanunîlik prensibini

benimseyen diğer Anayasa hükümleri ile 7. maddede yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi açısından da büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle konu çeşitli vesilelerle Anayasa Mahkemesi tarafından ele alınmış ve Yüksek Mahkeme, özellikle yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin Anayasa'nın 7. maddesinden hareketle, konu hakkında bir takım kriterler geliştirmiştir. Bu kriterler doğrultusunda denilebilir ki; herhangi bir konunun kanunla düzenlenmiş sayılabilmesi için “*kanunun genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizmesi, yapılacak düzenlemenin amacını belirlemesi ve düzenleme açısından nesnel kriterler belirlemesi*” gerekecek, bu gereklilikler yerine getirildikten sonra “*kanunun belirlediği temel kurallara uygun, konunun teknik boyutunun sınırları dahilinde, kanunun uygulanmasının sağlanması amacını aşmayacak ve konunun esası hakkında yeni ilkeler öngörmeyecek şekilde*” düzenlemeler yapma konusunda kanunun yürütmeye ve bu kapsamda idareye yetki vermesi, o konunun “kanunla düzenlenmediği” anlamına gelmeyecektir. Şüphesiz bu kriterlerin de soyut nitelik taşıdığı ve her olayda geçerli olacak genel bir çözümleme sunmadığı ileri sürülebilecektir. Ancak bu kriterlerin varlığı kişiler açısından, konu hakkında hiç bir kriter bulunmamasına nazaran daha güvenceli bir hukuki ortam sağlamaktadır.

Şüphesiz ilkenin anlamının ve kapsamının tespit edilebilmesi açısından, ilkeyle bağlantılı olan ve ona kaynaklık eden diğer pozitif hukuk kurallarının bilinmesi büyük fayda sağlayacaktır. Çünkü Anayasa'da düzenlenen pozitif bir idare hukuku ilkesi olarak kanunî idare ilkesi, Anayasa'nın diğer maddeleriyle ve özellikle Anayasa'da Devletin kuruluşuna ve egemenliğin kullanılmasına yönelik olarak getirilen kurallarla yakın ilişki halindedir. Bu kapsamda her şeyden önce Anayasa'nın 2. maddesinde Devletin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi ile kanunî idare ilkesi birbirleriyle bağlantılı ilkeler olup; idarenin kanunlara aykırı faaliyet gösterememesini gerektiren, dolayısıyla idarenin *intra legem* niteliğine atıf yapan hukuk devleti ilkesi ile kanunî idare ilkesinin gereklilikleri benzeşmekte ve hatta bazı hallerde örtüşmektedir. Bununla birlikte kanunî idare ilkesi, idarenin hem kuruluşunun hem de tüm faaliyetlerinin bir yasama tasarrufu olarak şekli anlamda kanuna dayanmasını zorunlu kılmakta; böylece hukuk devleti ilkesinin amacı olan hukuk güvenliği açısından ek bir güvence daha oluşturmaktadır.

Yine 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde demokrasinin Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmasıyla da kanunî idare ilkesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Zira madem Türkiye Cumhuriyeti demokratik bir Devlettir, o halde bu Devlette yönetim doğrudan veya dolaylı olarak halk (ulus) tarafından gerçekleştirilmeli, egemenlik halk (ulus) tarafından kullanılmalıdır. Egemenliğin halk tarafından kullanılabilmesinin ve böylece yönetimin halkın katılımıyla gerçekleştirilebilmesinin günümüzdeki yolu, egemenliğin halkın iradesini ortaya koyan yasalar aracılığıyla kullanılmasıdır. O halde halkın iradesini ortaya koyan bir yasa olmadan egemenliğin kullanılması, bu kapsamda idarenin kamu gücü kullanarak herhangi bir faaliyet gerçekleştirebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Demokrasinin gereği olarak idare, ancak kanun varsa kamu gücü kullanabilmelidir. Esasen kanunî idare ilkesinin öngördüğü şey de bundan farklı değildir.

Diğer taraftan Anayasa'nın devamında egemenliğin kullanılması ile yasamaya ve yürütmeye ilişkin olarak yer alan kurallar da kanunî idare ilkesiyle ilintili bulunmaktadır. Bu çerçevede Anayasa'nın 6. maddesine göre hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacaktır. Dolayısıyla idare de ancak Anayasa ile kendisine tanınan yetkileri kullanabilecektir. Anayasa'da idareye ilk elden ve her konuda düzenleme yapma, kendi görev ve yetkilerini belirleme, gerekli gördüğü hallerde kendi takdiri doğrultusunda işlem ve eylemlerde bulunma gibi yetkiler verilmemiştir. Oysa yasama organı Anayasa gereği, Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla her konuyu düzenleyebilecek, her konuda kişi ve kurumlarca ve bu kapsamda idarece uyulması zorunlu ilke ve esaslar belirleyebilecektir. O halde idare ancak kendisine Anayasa ile veya Anayasa'nın verdiği izin gereği yasalarla yetki tanınan/görev yüklenen konularda faaliyet gösterebilecektir. Bu durumun, kanunî idare ilkesinin gereği olan "idarenin görevlerinin kanunla düzenlenmesi" zorunluluğunu teyit ettiği açıktır. Ayrıca Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca yürütme, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılmak ve yerine getirilmek durumunda olan bir yetki/görev olarak tanımlanmıştır. İdarenin de yürütme kapsamında bulunduğu dikkate alındığında, kanuna uygun olma mecburiyetinin yani *intra legem* niteliğin idare ve idarî faaliyetler açısından da geçerli olduğu açıktır. Bunun yanı sıra yürütme kanunların uygulanması faaliyeti olduğundan ve kanunun olmadığı yerde kanunun

uygulanmasından da söz edilemeyeceğinden, yürütmenin ve idarenin kanuna bağlı oldukları, kanuna dayanmaları gerektiği söylenebilecektir. Böylece yürütmenin ve idarenin *secundum legem* niteliğinin de vurgulandığı Anayasa'nın 8. maddesi, idarenin kuruluşuyla görevlerinin kanuna dayanmasını gerektiren kanunî idare ilkesi yönünden, Anayasa'nın hemen başlangıcında kuvvetli bir Anayasal dayanak daha oluşturmaktadır.

Kanunî idare ilkesiyle ilgili bulunan ve ona kaynaklık eden Anayasal kurallar, demokrasiye, egemenliğe, yasamaya ve yürütmeye ilişkin maddelerden ibaret değildir. Anayasa'nın bir çok maddesinde yer alan ve yukarıda aktarılan hükümlere nazaran daha somut içeriği bulunan bir çok hüküm kanunî idare ilkesiyle bağlantılı sonuçlar doğurmaktadır. Bu sonuçlar çoğu kez Anayasa'nın 123. maddesinin gerekliliklerini teyit ederek, bu gereklilikler açısından ikinci bir Anayasal dayanak oluşturmaktadır. Bu kapsamda Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılacağını belirten 13. maddesi, suç ve cezaların yasallığına ilişkin 38. maddesi, vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kanunla konulup kaldırılabilmesini öngören 73. maddesi, çeşitli idarelerin kuruluşları yönünden kanunîlik prensibini benimseyen 113., 126., 127., 130., 131. ve 135. maddeleri, kamu personelinin özlük haklarının kanunla düzenleneceğine ilişkin 128. maddesi ile bütçe yani kamu kaynaklarının kullanılması açısından kanunîlik esasını düzenleyen 161. ve 163. maddeleri, kanunî idare ilkesiyle bağlantılı bulunan diğer Anayasal kuralları oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu hükümlerin tamamı kanunî idare ilkesinin gereklilikleriyle paralel sonuçlar doğurmakta ve bu hükümler ile Anayasa'nın 123. maddesi, birbirlerini destekleyen normlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesini öngören 13. maddesi ile idarenin (bir çoğu temel hak ve özgürlükler açısından sınırlama oluşturan) görevlerinin/yetkilerinin kanunla düzenlenmesini gerektiren 123. maddesi, somut uyuşmazlıklarda aynı çözüm yoluna, kanunîlik ilkesine işaret etmektedir.

Kanunî idare ilkesinin biri idarenin kuruluşuna diğeri ise idarenin görevlerine ilişkin olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. İlkenin kuruluşla ilişkin yönünün Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan diğer bir kuralla birlikte okunması gerekmektedir. Buna göre maddenin 3. fıkrasında “*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla*

veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur” hükmü yer almakta olup, bu hüküm idarenin kuruluşu açısından aynı maddenin 1. fıkrasında öngörülen kanunîlik ilkesini kuvvetlendirmekte ancak kanunun yanı sıra kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak başka işlemlerle de idarenin kuruluşuna olanak sağlamaktadır.

Kanunî idare ilkesinin kuruluşla ilişkin boyutu, idarenin kurulmasının yani hukukî varlık kazanmasının ve düzenlenmesinin (organize edilmesinin) yasayla yapılmasını gerektirmektedir. Bu doğrultuda Devlet tüzel kişiliği bünyesinde yeni bir merkezi idare birimi kurulması, bir idarenin Devlet tüzel kişiliği dışında kamu tüzel kişiliği kazanması veya bir kamu tüzel kişiliği bünyesinde, o kamu tüzel kişiliği adına işlem ve eylem yapma ehliyetine sahip yeni bir idari birim oluşturulması ancak yasayla olabilecek; yine bir idarenin adı, amacı, faaliyet alanı, niteliği, görev süresi, organları, işleyişi ve çalışma usulleri, gelir ve giderleri gibi unsurları ancak yasayla düzenlenebilecektir.

Kanunî idare ilkesinin idarenin görevlerine ilişkin boyutu ise idarenin görevlerinin ve bu görevlerin ifa aracı olup, onlardan ayrı düşünülebilmesi mümkün olmayan yetkilerinin kanunla belirlenmesini gerekli kılmaktadır. İdarenin görevlerini yerine getirmek ve yetkilerini kullanmak amacıyla yaptığı tasarruflar idarenin faaliyetlerini oluşturmakta ve bu faaliyet şekilleri hukuk dünyasına düzenleyici işlemler, birel işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmeler şeklinde yansımaktadır. Dolayısıyla idarenin görevleri ile yetkilerinin kanunla düzenleneceğini belirten kanunî idare ilkesi, etkilerini somut olarak anılan faaliyet türleri üzerinde göstermektedir.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve böylece idarelere ait görevlerin yerine getirilebilmesi amacıyla idarelerce yapılan tasarruflardan önemli bir kısmını; kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla ihdas edilen genel, soyut, objektif ve kişilik dışı kurallar yani düzenleyici işlemler oluşturmaktadır. İdarenin düzenleme yetkisinin kaynağı, bu yetkiyi kullanacak olan makamın (idarenin) Anayasa tarafından kanunların uygulanmasını sağlamakla görevlendirilmesi ve uygulanması gereken yani ihdas edilmiş bulunan bir kanunun varlığıdır. Dolayısıyla uygulanması gereken bir kanun bulunmadan düzenleme yetkisinin kullanılması da söz konusu olamayacaktır. Bu bağlamda kanun, düzenleme yetkisinin kullanılmasının ön koşulunu oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra

idarenin düzenleme yetkisinin kanunla düzenlenmesini gerektiren Anayasa'nın 123. maddesi gereğince, düzenleme yetkisinin kullanılması suretiyle vücuda getirilecek işlemlerin unsurları da yine kanun tarafından belirlenmek durumundadır. Böylece kanun, düzenleme yetkisinin kullanılabilmesinin ön koşulunu oluşturarak ve düzenleyici işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarını belirleyerek, idarenin düzenleme yetkisini -Anayasa'nın 123. maddesindeki deyişiyle- düzenlemiş olmaktadır.

Kanunî idare ilkesiyle bağlantılı olarak düzenleyici işlemler bakımından gündeme gelen bir sorun, idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarının belirlenmesi meselesidir. İdare görev ve yetkileriyle kanunla düzenleneceğine ve bu kapsamda idarenin düzenleme yetkisinin de kanunla düzenlenmesi gerektiğine göre, bu yetkinin sınırlarının idare tarafından değil kanun tarafından çizilmesi zorunludur. Ancak söz konusu sınırların belirlenmesi, konunun soyutluğundan kaynaklanan bir takım zorluklar taşımaktadır. Öte yandan düzenleme yetkisinin sınırlarının tespiti ihtiyacı, sadece Anayasa'nın 123. maddesinin uygulanmasında değil, yasayla düzenleme zorunluluğu öngören bütün Anayasa maddelerinin uygulanmasında kendini göstermektedir. Bu çerçevede kanımızca, “kanunla düzenlenmenin ne anlama geldiğinin belirlenmesi” bakımından Anayasa Mahkemesi kararları ile ortaya konulan ve yukarıda aktarılan ölçütlerden hareketle “*kanunun hiç bir hüküm sevketmediği bir konu hakkında düzenleyici işlem tesis edilememesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gibi Anayasa’da mutlak yasallık kaydına tâbi tutulan tasarrufların hiç bir şekilde idarenin düzenleyici işlemlerine konu edilememesi, kişilere ya da kurumlara hak-yetki tanıyan veya görev-mükellefiyet yükleyen kanunların uygulanması açısından, ‘yetkinin, hakkın, görevin veya mükellefiyetin kime ait olduğu’, ‘yetkinin, hakkın, görevin veya mükellefiyetin kapsamının (içeriğinin) ne olduğu’, ‘hakkın ya da yetkinin hangi hallerde kullanılabileceği’ ve ‘göreve yahut mükellefiyete uyulmaması halinde bunun yaptırımının ne olacağı’ hususlarının temel unsur sayılarak kanunun münhasır alanında sayılması ve dolayısıyla düzenleyici işlemlere konu edilememesi*” gibi nispeten somut bir takım kriterlere ulaşılabilmesi mümkün bulunmaktadır.

Kanunî idare ilkesinin, idarenin birel işlemlerini de kapsamına aldığı kuşkusuzdur. Bu kapsamda idarenin birel işlemlerinin kanunla düzenlenmesi zorunluluğu, kendisini yine işlemin unsurlarında göstermektedir. Diğer bir ifadeyle kanun, birel işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarını belirleyerek idarenin birel işlem tesis etme yetkisini düzenlemiş olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki kanunîlik esası, birel işlemin tüm unsurlarının kanunda teker teker açıkça belirtilmesini zorunlu kılmamaktadır. Kimi zaman kanun, birel işlemin şekil, sebep, konu gibi unsurları yönünden sessiz kalarak ya da bu unsurlar hakkında anlamı yoruma açık kavramlara yer vererek, söz konusu unsurların belirlenmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanıyabilmektedir. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, egemenliğin kullanımına ilişkin Anayasal ilkelerle yakın ilişki içinde bulunan yetki unsurunda, işlemi tesis edecek ve eylemi yapacak idarenin belirlenmesi bakımından yasallık ilkesi mutlak şekilde geçerli bulunmaktadır. Yasa koyucunun bir idari işlem veya eylem açısından yetkili idareyi açık hükümlerle belirlememesi durumunda, birel işlemin tesisi için yorum yoluyla herhangi bir idarenin yetkili kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte kanun, işlemi tesis edecek yahut eylemi yapacak idareyi belirledikten sonra bu yetkiyi anılan idarenin hangi organının ya da personelinin kullanacağını belirleme noktasında idareye takdir yetkisi de tanıyabilecektir.

Öte yandan birel işlemlerin sebep ve konu unsurları konusunda kanun koyucunun sessiz kalması ya da anlamı açık olmayan kavramlar kullanması, bu unsurları tespit hususunda idarenin keyfî davranabileceği anlamına gelmemektedir. Bu gibi hallerde, örneğin kanunun birel işlemin sebep unsurunu kamu yararı, kamu düzeni, genel sağlık gibi soyut kavramlar kullanarak belirlemesi halinde birel işlemin ancak yasada gösterilen sebep unsurunun anlamı kapsamında kabul edilebilecek maddi veya hukuki bir olguya istinaden tesis edilebileceği söylenebilecektir. Kanunun birel işlemin sebep veya konu unsuru bakımından tamamen sessiz kaldığı, gerekli görülen hallerde gerekli görülen tasarrufun yapılabilmesi için idareye izin verdiği hallerde ise “elverişlilik” kriteri devreye girecek ve kanunun idareye o konuda yetki vermekle güttüğü özel amaç belirlenerek, ancak bu özel amacın gerçekleşmesini sağlamaya elverişli bulunan sebepler ve konular birel işlem açısından hukuka uygun kabul edilebilecektir. Kişilerin hak ve özgürlükleriyle ilgili olarak idareye birel işlem tesis

etme yetkisi tanınan hallerde, meselâ kolluk tedbirlerine ilişkin yasal hükümlerin uygulanmasında ise “elverişlilik” kriterinin yanı sıra “zorunluluk” kriterinin de dikkate alınması gerekecektir. Bu doğrultuda kanunun özel amacını gerçekleştirmek açısından zorunlu olmayan hukuki neticelerin kanun tarafından belirlenmediği, dolayısıyla zorunlu olmayan neticeyi doğuracak şekilde tesis edilen birel işlemin kanunî idare ilkesine aykırılık taşıdığı söylenebilecektir.

Kanunî idare ilkesi, idarenin idarî nitelik taşıyan eylemlerinin de kanun tarafından düzenlenmesini gerektirmektedir. Bu noktada idari eylemlerin, bir idari işleme bağlı olarak, onun uygulanması amacıyla icra edilip edilmemelerine göre bir ayrıma tâbi tutulması gerekmektedir. İdari eylemin bir idari işleme bağlı olarak icra edildiği durumlarda idari eylemin kanunî idare ilkesinin gereklerine uygunluğu, idari işlemin kanunî idare ilkesine ve idari eylemin de idari işleme uygunluğuna bağlı olacaktır. Eğer idari işlem kanunî idare ilkesine aykırı ise onun uygulanması için tesis edilen idari eylem de kanunî idare ilkesine aykırı sayılacak; eğer idari işlem kanunî idare ilkesine uygun ise, bu işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili olan diğer bir ifadeyle işlemin uygulanabilmesi için elverişli ve zorunlu olan eylemler de kanunî idare ilkesiyle uyumlu kabul edilecektir. Herhangi bir idari işleme dayalı olmaksızın icra edilen idari eylemler ise kanunî idare ilkesi gereğince, ancak eylemin yapılması konusunda idareye izin (yetki) ya da emir (görev) veren bir kanun hükmünün varlığı halinde ve eylemin, kanunun uygulanmasını sağlamaya elverişli olması durumunda hukuka uygun sayılabilecektir. Ayrıca kişilerin hak ve özgürlükleri açısından sınırlama oluşturabilecek idari eylemlerin kanunî idare ilkesine uygunluğu hususunda, aynı nitelikteki birel işlemlerde olduğu gibi, elverişlilik kriterinin yanı sıra zorunluluk kriterine uygunluğun da dikkate alınması gerekecektir.

Kanunî idare ilkesi gereğince idarenin kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir diğer tasarrufu, idari sözleşmelerdir. Kanunî idare ilkesi uyarınca tüm idari sözleşmelerin yasal bir dayanağı bulunmak durumundadır. Ayrıca yine bu ilkeye göre idarenin hangi kamu hizmetiyle ilgili olarak, hangi hallerde ve hangi koşullarda ne tür bir idari sözleşme yapabileceği mutlaka kanunda öngörülmesi ve idare tarafından ancak bundan sonra, kanunda yer alan koşullara uygun şekilde idari sözleşme imzalanmalıdır.

Bu nitelikleri taşımayan bir idari sözleşme kanunî idare ilkesine ve dolayısıyla hukuka uygun kabul edilemeyecektir.

Bu kapsamda kanunî idare ilkesi, idarenin hukuk alanında varlık kazanmasından başlayarak, organize edilmesine ve icra ettiği her türlü idarî faaliyete kadar çok geniş bir sahayı kanunîlik kaydına tâbi tutmaktadır. Böylece idare hukukunun neredeyse tüm konularında kanunîlik ilkesi geçerli hale getirilmiş olmaktadır. Bununla birlikte idarenin takdir yetkisi ve yerleşik yargısal içtihatlar gibi, kanunî idare ilkesinden sapma olarak nitelendirilebilecek idare hukuku müesseseleri bulunmaktadır. Ayrıca ilkenin, idarenin kuruluşu konusunda Anayasa'dan kaynaklanan bir istisnası da vardır. Bu kapsamda Anayasa'nın 107. maddesi gereğince Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilâtı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri kanunla değil Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenecektir.

Öz olarak; yürütme ve idare yetkisinin hiç bir şekilde kanuna aykırı olarak kullanılamayacağı açıktır. Bu, hem yürütme yetkisi ve görevinin kanunlara uygun şekilde kullanılacağını ve yerine getirileceğini öngören Anayasa'nın, hem de normlar arasındaki kademelenmenin gereğidir. Buna göre kanun koyucunun öngörülebilir yani yorum metodlarıyla kanunun lâfzından çıkarsanabilir iradesine aykırı şekilde tesis edilen birel ve düzenleyici işlemlerin, icra edilen idari eylemlerin ve imzalanan idari sözleşmelerin hukuka aykırı sayılmaları ve hukuk alanında kaldırılmaları gerekmektedir. Esasen bu, idarî işlemlerin *intra legem* niteliğinin doğal sonucudur. Buna ek olarak idare ve onun tasarrufları aynı zamanda *secundum legem* nitelik taşımakta, yani kanunu izlemekte ve ondan kaynaklanmaktadır. Zira kanun olmazsa kanunun yürütülmesi yetki ve görevi ve dolayısıyla yürütme ve idare fonksiyonu da söz konusu olmayacaktır. Bu çerçevede kanun, idareye ve onun faaliyetlerine kaynaklık etmekte; bu kapsamda neyin kamu hizmeti sayılacağına, hangi kamu hizmetini yürütmek için hangi idarenin kurulacağına, bu idarenin ne şekilde örgütleneceğine, bu idarenin ne gibi görevlerinin ve yetkilerinin olacağına karar vermekte, ayrıca söz konusu yetkilerin sınırlarını da çizmektedir. Dolayısıyla her ne kadar Anayasa'nın 8. maddesinde yürütmenin ve dolayısıyla idarenin *intra legem* niteliğine atıf yapılsa da, idarenin ve idari tasarrufların tanımlanması ve mahiyetlerinin anlaşılabilmesi açısından

intra legem olma yeterli değildir. İdare ile onun işlem ve eylemleri kanuna bağlı, ondan doğan, yani *secundum legem* olarak nitelendirilmek durumundadır ki, Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan kanunî idare ilkesi ile öngörülen de tam olarak budur. Bu durumda Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen kanunî idare ilkesi, idarenin *intra legem* niteliğini pekiştiren ama daha önemlisi onun *secundum legem* niteliğine pozitif dayanak oluşturan bir Anayasal ilke konumundadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 123. maddesi (kanunî idare ilkesi) gereğince idarenin ve idarenin idarî nitelik taşıyan her türlü tasarrufunun tüm öğeleriyle kaynağını kanunda bulması, tüm unsurlarıyla kanun tarafından düzenlenmesi gerekmektedir.

Son olarak belirtilmelidir ki; bu çalışma, kanunî idare ilkesi gibi son derece geniş kapsamlı bir ilkenin anlamını tüm yönleriyle belirleme ve ilkenin uygulanmasından doğan ya da doğması muhtemel olan tüm uyumsuzluklarda uygulanabilecek genel geçer çözümler sunma iddiasında değildir. Dolayısıyla çalışmada kanunî idare ilkesiyle ilgili olarak ileri sürülen tezlerin mutlak doğruluğu elbette ki iddia edilmemektedir. Çalışmayla yapılmak istenilen sadece, soyut ilkelere ibaret olarak algılanan bir alanın somut ve öngörülebilir hale getirilebilmesi için, başta yazarın kendisi olmak üzere hukuk uygulayıcılarına bir takım öneriler sunabilmektir. Umulan ve arzu edilen; Anayasa tarafından öngörülen pozitif bir idare hukuku ilkesi olarak kanunî idare ilkesine idari yargı kararlarında daha çok yer verilmesi ve ilkenin anlamıyla gerekliliklerinin bu sayede, hukuki öngörülebilirliği temin edecek şekilde belirgin kılınmasıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

AKAD Mehmet, VURAL DİNÇKOL Bihterin. **Genel Kamu Hukuku**. İstanbul: Der Yayınevi, 2004.

AKBULUT Emre. **Yurt Dışına Çıkış Yasağı**. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2007.

AKYILMAZ Bahtiyar. **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**. 1. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil. **Türk İdare Hukuku**. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

ARAL Vecdi. **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**. 5. Basıdan Tıpkı Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2007.

ARIKAN Cengiz. **Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi**. 1. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

ARISTOTELES. **Politika**. Çev: Mete Tunçay. 12. Bası. İstanbul: Remzi Kitabevi, 2010.

ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner. **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**. 3. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.

ATAR Yavuz. **Türk Anayasa Hukuku**. 3. Bası. Konya: Mimoza Yayınları, 2005.

ATAY Ender Ethem. **İdare Hukuku**. 2. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.

ATAY Yeliz ŞANLI. **Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler**. 1. Bası. Ankara: TODAİE Yayınları, 2011.

AYANOĞLU Taner. **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**. 1. Bası. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004.

AYDOĞDU Emine. **Teşkilâtı Esasiye'den Günümüze Anayasalar**. 1. Bası. Ankara: Palme Yayıncılık, 2005.

BALTA, Tahsin Bekir. **İdare Hukuku Genel Konular**. 1. Bası. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970.

BALTA, Tahsin Bekir. **Türkiye'de Yürütme Kudreti**. Ankara: AÜSBF Yayınları, 1960.

BECCARIA Cesare. **Suçlar ve Cezalar Hakkında**. Çev: Sami Seçluk. 1. Bası. Ankara: İmge Kitabevi, 2004.

BEREKET Zuhâl. **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**. 1. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.

CENTEL Nur, ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**. 4. Bası. İstanbul: Beta Basım, 2006.

ÇAĞAN Nami. **Vergilendirme Yetkisi**. 1. Bası. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.

DEMİRBAŞ Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 5. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

DEMİRKOL Ferman. **Anayasa Hukuku I-II Ders Notları**. 2. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003.

DENİZHAN Hüseyin. **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**. 1. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

DERBİL Süheyp. **İdare Hukuku**. 5. Bası. Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1959.

DOEHRING Karl. **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**. Çev: Ahmet Mumcu. 2. Bası. İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 2002.

DOĞAN İlyas. **Devletler Hukuku**., 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.

DUGUIT Leon. **Kamu Hukuku Dersleri**. Çev: Süheyp Derbil. Ankara: AÜHF Yayınları, 1954.

ERCAN ASLANTAŞ Gül Filiz, ŞİMŞEK Özlem, BERBEROĞLU Ahmet. **Danıştay 6. Daire Kararları Işığında İmar Hukukunda Arazi ve Arsa Düzenlemesi (Parselasyon)**. 1. Bası, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2006.

ERDOĞAN Mustafa. **Anayasa Hukuku**. 3. Bası. Ankara: Orion Yayınevi, 2005.

ERKUT Celal. **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**. 1. Bası. Ankara: Danıştay Yayınları, 1990.

ERKUT Celal. **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**. 1. Bası. İstanbul: Yenilik Basımevi, 2004.

EROĞLU Hamza. **İdare Hukuku**. 3. Bası. Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1978.

ESENER Turhan. **Hukuk Başlangıcı Genel Hukuk Bilgisi**. 8. Bası. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2008.

GEMALMAZ H.Burak. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**. 1. Bası. İstanbul: Beta Basım, 2009.

GEMALMAZ Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**. 5. Bası. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.

GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun. **İdare Hukuku**. 1. Bası. İstanbul: Der Yayınevi, 2001.

GÖREN Zafer. **Anayasa Hukuku**. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

GÖZE Ayferi. **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**. 12. Bası. İstanbul: Beta Basım, 2009.

GÖZLER Kemal. **Devletin Genel Teorisi**. 1. Bası. Bursa: Ekin Kitabevi, 2007.

GÖZLER Kemal. **Hukuka Giriş**. 3. Bası. Bursa: Ekin Kitabevi, 2006.

GÖZLER Kemal. **İdare Hukuku**. 1. Bası. Bursa: Ekin Kitabevi, 2003.

GÖZLER Kemal. **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**. 1. Bası. Bursa: Ekin Kitabevi, 2000.

GÖZLER Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**. 1. Bası. Bursa: Ekin Kitabevi, 2000.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**. 5. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut. **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**. 5. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref. **Yönetsel Yargı**. 15. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

GÜLAN Aydın. **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri**. 1. Bası. İstanbul: Lamure Kitap, 2008.

GÜNDAY Metin. **İdare Hukuku**. 9. Bası. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2004.

GÜNEŞ Gülsen. **Verginin Yasallığı İlkesi**. 2. Bası. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2008.

GÜNEŞ Turan. **Parlemanter Rejimini Bugünkü Manası ve İşleyişi**. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1956.

GÜNEŞ Turan. **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri.** Ankara: AÜSBF Yayınları, 1965.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki. **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı.** 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

IŞIKTAÇ Yasemin, METİN Sevtap. **Hukuk Metodolojisi.** 1. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003.

İÇEL Kayıhan, EVİK A. Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler II – Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri.** 4. Bası. İstanbul: Beta Basım, 2007.

İNCEOĞLU Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı.** 2. Bası. İstanbul: Beta Basım, 2005.

KABOĞLU İbrahim. **Anayasa Hukuku Dersleri.** 2. Bası. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.

KALABALIK Halil. **İmar Hukuku Dersleri.** 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

KANETİ Selim. **Vergi Hukuku.** 1. Bası. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1986-1987.

KAMAN KARAN Nur. **Devlet Memurluğunun Sona Ermesi.** 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

KAPANİ Münci. **Kamu Hürriyetleri.** 7. Bası. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1993.

KAPANİ Münci. **Politika Bilimine Giriş.** Ankara: AÜHF Yayınları, 1975.

KARABULUT Mustafa. **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi.** 1. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

KARAHANOĞULLARI Onur. **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme).** 1. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

KARAHANOĞULLARI Onur. **Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim).** 2. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

KAYA Cemil. **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi.** 1. Bası. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011.

KUBALI Hüseyin Nail. **Anayasa Hukuku Dersleri.** İstanbul: İÜHF Yayınları, 1971.

KUZU Burhan. **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi.** İstanbul: Kazancı Yayınları, 1993.

KUZU Burhan. **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler.** İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1985.

MERKL Adolf. **Umumî İdare Hukuku.** Çev: Bedri Tahir Şaman. Ankara: Titaş Basımevi, 1942.

MONTESQUIEU. **Kanunların Ruhu Üzerine.** Çev: Fehmi Baldaş. 1. Bası. İstanbul: Seç Yayın Dağıtım, 2004.

MUTLUER M. Kâmil, ÖNER Erdoğan, KESİK Ahmet. **Bütçe Hukuku.** 2. Bası. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.

OĞURLU Yücel. **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu.** 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

OĞURLU Yücel. **İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma.** 2. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.

OĞURLU Yücel. **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi.** 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.

OĞUZMAN M. Kemal, BARLAS Nami. **Medenî Hukuk.** 14. Bası. İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2007.

OĞUZMAN M. Kemal, SELİÇİ Özer, OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler).** 8. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005.

OKANDAN Recai Galip. **Umumî Âme Hukuku.** İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1966.

OKUR Nurdan. **4709 Sayılı Yasa İle Getirilen Düzenlemeler Işığında 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması.** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2002.

ONAR Sıddık Sami. **İdare Hukukunun Umumî Esasları.** 3. Bası. İstanbul: Hak Matbaa, 1966.

ÖNCEL Muallâ, KUMRULU Ahmet, ÇAĞAN Nami. **Vergi Hukuku.** 11. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.

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

ÖZAY İl Han. **İdarî Yaptırımlar.** 1. Bası. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1985.

ÖZBUDUN Ergun. **Türk Anayasa Hukuku.** 8. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

ÖZGENÇ İzzet. **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**. 2. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan. **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**. 8. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

ÖZTÜRK K. Burak. **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**. 1. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

ÖZYÖRÜK Mukbil. **İdare Hukuku Dersleri**. Ankara: 1972-1973. (<http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/>, 26.08.2010.)

ROUSSEAU Jean Jacques. **Toplum Sözleşmesi**. Çev: Vedat Günyol. 3. Bası, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2008.

RUMPF Christian. **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**. Çev: Burak Oder. 1. Bası. Ankara, 1995.

SAĞLAM Fazıl. **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**. 1. Bası. Ankara: AÜSBF Yayınları, 1982.

SANCAKDAR Oğuz. **Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi**. 1. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.

SANCAKDAR Oğuz. **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**. 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.

SARICA Ragıp. **Türkiyede İcra Uzununun Tanzim Salâhiyeti**. İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, 1943.

SELÇUK Sami. **Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi**. 1. Bası. Ankara: İmge Kitabevi, 2004.

SEZGİNER Murat. **Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasası'nda Sorunlar**. 2. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.

SOYASLAN Doğan. **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**. 1. Bası. Ankara: Kazancı Yayınları, 1990.

SOYSAL Mümtaz. **100 Soruda Anayasanın Anlamı**. 11. Bası. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997.

SUNAY Reyhan. **Tartışılan Egemenlik**. 1. Bası. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2007.

TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi. **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**. 7. Bası. İstanbul: Beta Basım, 2005.

TEKİNSOY Özge Okay. **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**. 1. Bası. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011.

TEZİÇ Erdoğan. **Anayasa Hukuku**. 13. Bası. İstanbul: Beta Basım, 2009.

TEZİÇ Erdoğan. **Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1980.

TUNÇ Hasan. **Türkiye'ye Komşu Devletlerin Anayasaları**. 1. Bası. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2008.

TÜRK İsmail. **Kamu Maliyesi**. 4. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

ULUATAM Özhan, METHİBAY Yaşar. **Vergi Hukuku**. 5. Bası. Ankara: İmaj Yayınevi, 2001.

UYGUN Oktay. **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**. 1. Bası. İstanbul: Kazancı Yayınları, 1992.

YASİN Melikşah. **İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları**. 1. Bası. İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2009.

YASİN Melikşah. **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**. 1. Bası. İstanbul: Beta Basım, 2006.

YAŞAR Hasan Nuri. **İmar Hukuku**. 1. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.

YAŞAR Hasan Nuri. **İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir**. 1. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002.

YAYLA Yıldızhan. **İdare Hukuku**. 1. Bası. İstanbul: Beta Basım, 2009.

YILDIRIM Turan. **İdari Yargı**. 1. Bası. İstanbul: Beta Basım, 2008.

YILDIRIM Turan. **Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat**. 1. Bası. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.

YILDIRIM Turan. **Türkiye'nin İdari Teşkilatı**. 5. Bası. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2007.

YILDIRIM Turan, KARAN Nur. **İdare Hukuku**. 1. Bası. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2009.

YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, OKAY Özge. **İdare Hukuku II**. 1. Bası. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010.

YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KARAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, OKAY TEKİNSOY Özge. **İdare Hukuku**. 4. Bası. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012.

YILMAZ Halil. **Türk Hukuk Uygulamasında Yetkili Mercilerin Kararlarına Uymama**. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi. **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**. 1. Bası. İstanbul: Beta Basım, 1996.

ZANOBINI Guido. **İdare Hukuku Birinci Cilt Umumiyet İtibariyle İdari Nizam**. Çev: Atıf AKGÜÇ, Sahir ERMAN. 1. Bası. İstanbul: İÜ Yayınları, 1945.

Makaleler

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali. **Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil**. AÜSBF Dergisi, Cilt XLVI, No:1-2, Ocak Haziran 1991, syf.21 vd.

AKBULUT Emre. **İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi**. TBB Dergisi, S:81, 2009, syf.1 vd.

AKBULUT Emre. **Yargılamanın Yasallığı ve Danıştay’ca Verilen ‘Değişik Gerekçe ile Onama’ Kararları**. İHİD, Cilt 15, S:1, 2012, syf.233 vd.

ALAN Nuri. **Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık**. in: İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I. 1. Bası. Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1976, syf.330 vd.

ALAN Nuri. **Türk İdarî Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi**. in: İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu. 1. Bası. Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1983, syf.31 vd.

AKILLIOĞLU Tekin. **Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler**. Amme İdaresi Dergisi, Cilt 24, S:2, Haziran 1991, syf.3 vd.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz. **Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları**. DD, Atatürk’ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı, Ankara, 1981, syf.67 vd.

AZRAK Ülkü. **İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu**. Anayasa Yargısı, Cilt 9, 1992, syf.323 vd.

BAŞGİL Ali Fuad. **Türkiye Teşkilat Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**. in: Tedris Hayatının Otuzuncu Yıl Dönümü Hatırası Olmak Üzere Üniversite Rektörü ve Hukuk Fakültesi Profesörü Cemil Bilsel’e Armağan. İstanbul: Kenan Basımevi, 1939, syf. 19 vd.

BULUT Nihat. **4709 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejiminin Birey Devlet İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi.** AÜEHF Dergisi, Cilt V, S:1-4, 2001, syf.37 vd.

CREMER Wolfram. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdarî Ceza Hukuku.** Çev: Serdar Nart. in: İdari Ceza Hukuku Sempozyumu. Editörler: İlhan Uluhan, Funda Başaran Yavaşlar. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, syf.173 vd.

ÇAĞLAR Bakır. **Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Demokrasi”.** Anayasa Yargısı, Cilt 7, 1990, syf.57 vd.

ÇATALOLUK Cuma. **Batı Toplumlarında Toplumsal Yapı Değişimleri ve Bütçe Hakkının Gelişimi.** DEÜ SBE Dergisi, Cilt 10, S:2, 2008, syf.72 vd.

ÇUBUKÇU Ziya. **Yürütme Organının ve İdarenin Düzenleme Alanındaki Yetkisi.** Ankara Barosu Dergisi, 1982, S:5, syf.4 vd.

DEMİRKOL Selami. **İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu.** Sayıştay Dergisi, Sayı 40, Ocak-Mart 2001.

DOĞRUSÖZ A. Bumin. **Vergilendirme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organları Arasında Bölüşümü.** İHİD, Yıl 6, S:1-4, Aralık 1985, syf.65 vd.

DONAY Süheyl. **İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler.** İÜHF Mecmuası, Cilt XXXVII, S:1-4, 1972, syf.411 vd.

DÖNMEZER Sulhi. **İcranın Tanzim Tasarrufları ile Suç İhdası, Anayasaya Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcabeden Karar.** İÜHF Mecmuası, Cilt XXVIII, S:1, 1962, syf.237 vd.

DURAN Lütfi. **Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?** İHİD, Yıl 4, S:1-3, 1983, syf.33 vd.

DURAN Lütfi. **İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları.** İÜHF Mecmuası, Cilt XXX, S:1-2, 1964, syf.466 vd.

DURAN Lütfi. **Kanun Hükmünde Kararname.** Amme İdaresi Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, 1975, syf.3 vd.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz. **İdarî Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki.** AÜSBF Dergisi, Cilt XVIII, S:2, Haziran 1963, syf.115 vd.

GÜLAN Aydın. **Kamu Hizmeti Kavramı.** İHİD, Yıl 9, S:1-3, 1988, syf.147 vd.

GÜRAN Sait. **Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu.** Anayasa Yargısı, Cilt 1, 1984, syf.193 vd.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki. **Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi.** AÜSBF Dergisi, Cilt LII, S:4, 2003, syf.69 vd.

IŞIKTAÇ Yasemin. **Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme.** in: Yasemin IŞIKTAÇ, Hukuk Yazıları. 1. Bası, Ankara:Yetkin Yayınları, 2004, syf.31 vd.

KALABALIK Halil. **İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi.,** GÜHF Dergisi, Cilt 1, S:1, 1997, syf.172 vd.

KANLIGÖZ Cihan. **1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı.** AÜHF Dergisi, Cilt XLIII, S:1, 1993, syf.169 vd.

KARAHANOGULLARI Onur. **İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı.** AÜHF Dergisi, Cilt XLV, S:1, 1996, syf.323 vd.

KARATEPE Şükrü. **İdarenin Takdir Yetkisi.** Türk İdare Dergisi, Yıl 63, S:392, Eylül 1991, syf.63 vd.

KELSEN Hans. **Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği.** Çev: Charles Eisenmann, in: Devlet Kuramı. Derleyen: Cemal Bâli Akal. 2. Bası. Ankara: Dost Kitabevi, 2005, syf.424 vd.

KUMRULU Ahmet G.. **Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri.** AÜHF Dergisi, Cilt XXXVI, S:1-4, 1979, syf.147 vd.

OĞURLU Yücel. **İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi.** Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 6, Cilt VI, S:1, Mart 2003, syf.59 vd.

OĞURLU Yücel. **İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı.** AÜEHF Dergisi, Cilt III, S:1, 1999, syf.143 vd.

OKANDAN Recai G.. **4 Ekim 1958 Fransız Esas Teşkilat Kanunu.** İÜHF Mecmuası, Cilt XXV, S:1-4, 1960, syf.3 vd.

ONAR Sıddık S.. **Nizamname ve Tâlimatnameler.** İzmir Barosu Dergisi, Sene 2, S:3-7, 1937, syf.259 vd.

OYTAN Muammer. **Fransa, Almanya ve Türkiye’de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi.** in: Onar Armağanı. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1977, syf.541 vd.

OYTAN Muammer. **1982 Anayasası’nda Yasama ve Yargı Erkları Karşısında Güçlendirilmiş Yürütme Organı ve Güçlendirilme Nedenleri.** Türk İdare Dergisi, Yıl 56, S:364, Eylül 1984, syf.1 vd.

ÖZBUDUN Ergun. **1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler.** Anayasa Yargısı, Cilt 2, 1985, syf.227 vd.

ÖZKOL Adil. **Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi.** AÜHF Dergisi, Cilt XXVI, S:1-2, 1969, syf.43 vd.

SAĞLAM Fazıl. **Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar.** Anayasa Yargısı, Cilt 1, 1984, syf.261 vd.

SANCAKDAR Oğuz. **İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku'ndaki Anayasal Temelleri.** in: İdari Ceza Hukuku Sempozyumu. Editörler: İlhan Ulusan, Funda Başaran Yavaşlar. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, syf.59 vd.

SEVEN Bülent. **Bütçe Yasasına Bütçe İle İlgili Hükümler Dışında Hiçbir Hüküm Konulamaması İlkesi ve Anayasanın 148. Maddesinin 2. Fıkrasının Bütçe İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi.** Sayıştay Dergisi, S:25 (Özel Sayı), Nisan-Haziran 1997, syf.124 vd.

TAN Turgut. **1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet Ya Da Güçlü Yürütme).** Anayasa Yargısı, Cilt 1, 1984, syf.31 vd.

TEZİÇ Erdoğan. **Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler.** Amme İdaresi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, Mart 1972, syf.3 vd.

TOSUN Öztekin. **Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması.** İÜHF Mecmuası, Cilt XXVIII, S:1, 1962, syf.349 vd.

UÇAR AKBULUT Seda, AKBULUT Emre. **BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. Maddesi Çerçevesinde Sağlık Hakkı ve İdarenin Sorumluluğu.** İHİD, Cilt 15, S:1, 2012, syf.261 vd.

ULUSOY Ali. **İdari Ceza Hukukunun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri.** in: İdari Ceza Hukuku Sempozyumu. Editörler: İlhan Ulusan, Funda Başaran Yavaşlar. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, syf.43 vd.

YARSUVAT Duygun. **Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası.** İÜHF Mecmuası, Cilt XXIX, S:1-2, 1963, syf.540 vd.

YAYLA Yıldızhan. **İdarenin Takdir Yetkisi.** İÜHF Mecmuası, Cilt XXX, S:1-2, 1964, syf.201 vd.

YILDIRIM Turan. **Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı,** in: Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti. Editör: Ali ULUSOY. 1. Bası, Ankara: Liberte Yayınları, 2001, syf.36 vd.

YILDIRIM Turan. **Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması.** Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:9, S:1-3, 1995, syf.73 vd.

YILDIRIM Turan. **Kanun Hükmünde Kararnameyle Bakanlık Kurulması.** “Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan” için hazırlanan yayımlanmamış makale

YILDIRIM Turan. **Olağanüstü Yönetim Usulleri.** Argumentum, Yıl 3, S:25, Ağustos 1992, syf.395 vd.

YILDIRIM Turan. **Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Sınırlamanın Sınırı.** AÜSBF Dergisi, Cilt: XLVI (Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan), Ocak-Haziran 1991, No:1-2, syf.465 vd.

YILDIRIM Turan. **Yasama Yetkisinin Sınırı - Hukuk Devleti - Kamu Yararı – Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması.** Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:2, S:2, Mayıs-Ağustos 1987, syf.80 vd.

ZANOBİNİ Guido. **İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes’elesi.** Çev: Yılmaz Günel. AÜSBF Dergisi, Cilt XVIII, S:3, 1963, syf.301 vd.