

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ AÇISINDAN
YÜRÜTME VE İDARİ YARGI

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan
Cüneyt UYAR

Tez Danışmanı
Prof. Dr. E. Ethem ATAY

ANKARA-2011

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

**KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ AÇISINDAN
YÜRÜTME VE İDARİ YARGI**

Yüksek Lisans Tezi

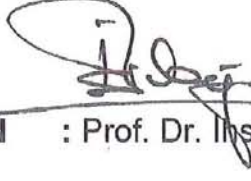
**Hazırlayan
Cüneyt UYAR**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. E. Ethem ATAY**

ANKARA-2011

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Cüneyt Uyar'a ait "*Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Açısından Yürütme ve İdari Yargı*" adlı çalışma, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.


BAŞKAN : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN


ÜYE : Prof. Dr. E. Ethem ATAY (Danışman)


ÜYE : Prof. Dr. Hasan TUNÇ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE KUVVETLER AYRILIĞI

I. HUKUK DEVLETİ	6
A. GENEL OLARAK	6
B. HUKUK DEVLETİ İLKESİ KAVRAMI	10
1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi	10
2. Danıştay Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi	14
3. Doktrinin Hukuk Devleti İlkesine İlişkin Yaklaşımı.....	16
C. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN ERKLER ÜZERİNDEKİ YANSIMASI.....	20
1. Yasama Organının Hukuka Bağlılığı	21
2. Yürütme Organının Hukuka Bağlılığı	21
3. Yargı Organının Hukuka Bağlılığı	26
D. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN GEREKLERİ.....	27
1. Genel Açıklama	27
2. İdari Faaliyetlerin Belirliliği İlkesi	28
3. Hukuki Güvenlik İlkesi ve Geçmişe Etki Yasağı	29
4. Eşitlik İlkesi	30
5. Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi	33
6. Belirlilik İlkesi.....	36
E. HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ	38
II. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ.....	41
A. GENEL OLARAK	41

B.	KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNE GÖRE HÜKÜMET SİSTEMLERİ.....	54
----	--	----

İKİNCİ BÖLÜM

YÜRÜTME VE İDARİ YARGI

I.	ANAYASALARIMIZDA YÜRÜTME VE İDARİ YARGI.....	57
A.	CUMHURİYET ÖNCESİ DURUM	57
B.	CUMHURİYET SONRASI DURUM.....	66
1.	1924 Anayasası	66
2.	1961 Anayasası	70
3.	1982 Anayasası	75
II.	YÜRÜTME ERKİ VE İDARİ İŞLEMLER.....	79
A.	GENEL OLARAK	79
B.	İDARİ İŞLEMİN TANIMI	79
C.	İDARİ İŞLEMLERİN SINIFLANDIRILMASI	83
D.	İDARİ İŞLEM TÜRLERİ	85
1.	Bireysel İdari İşlemler.....	85
2.	Düzenleyici İşlemler	86
a.	Kanun Hükmünde Kararname	86
b.	Tüzük.....	90
c.	Yönetmelik.....	93
d.	Diğer Düzenleyici İşlemler	96
III.	İDARİ YARGI VE GÖREV ALANI	97
A.	GENEL OLARAK	97
B.	TÜRKİYE'DE İDARİ YARGI SİSTEMİNİN ÖZELLİKLERİ	100
C.	İDARİ YARGI YETKİSİNİN SINIRI	101
1.	Yerindelik Denetimi ve İdari Yargı	101
2.	Yürütme Erki ve İdari Yargının Sınırı.....	117
3.	Yargısal Emir.....	123
D.	İDARİ YARGI DENETİMİ DIŞINDA KALAN İŞLEMLER.....	125

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

2010 YILINDA YAPILAN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN YÜRÜTME VE İDARİ YARGI İLİŞKİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. DİSİPLİN CEZALARINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK	132
II. YÜKSEK ASKERİ ŞURA KARARLARINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK ..	133
III. YERİNDELİK DENETİMİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK.....	133
IV. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURULARA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK	134
V. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER.....	138
A. GENEL OLARAK	138
B. MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM.....	142
C. HSYK DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN ELEŞTİRİLER.....	148
D. DEĞERLENDİRME	153
SONUÇ	158
KAYNAKÇA	164
ÖZET	181
ABSTRACT	183

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	: adı geçen tez
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
Bkz, bkz	: Bakınız
C	: Cilt
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
D.	: Dairesi
DBB	: Danıştay Bilgi Bankası
DD	: Danıştay Dergisi
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DÜHFY	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
Dn.	: Danıştay
E:	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
GÜSBE	: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HSYK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kurulu
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu

İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K:	: Karar
K.T	: Karar Tarihi
KÜSBE	: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TAA	: Türkiye Adalet Akademisi
TK	: Ticaret Kanunu
YD	: Yargıtay Dergisi
vd	: ve devamı
VDDGK	: Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu
VUK	: Vergi Usul Kanunu
Yar.	: Yargıtay
UKOME	: Ulaşım Koordinasyon Merkezi
TÜFE	: Tüketici Fiyat Endeksi
ÜFE	: Üretici Fiyat Endeksi
EGO	: Ankara Elektrik ve Havagazı İşletme Müessesesi

GİRİŞ

Hukuk devletinin temel amacı, adaleti sağlayarak kişilerin haklarını güvence altına almaktır. Kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak için ise hukuk kurallarının devlet gücünü de sınırlaması gerekmektedir. Bu amacın gerçekleşmesi için devletin insan haklarına saygılı olması tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması gerekmektedir. Şüphesiz ki, adaletin gerçekleştirilmesinin başlıca koşullarından bir tanesi de bağımsız ve tarafsız yargı organlarının varlığıdır.

Anayasamızın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.¹ Hukuk devleti ilkesini kabul eden ülkelerde idarenin yapmış olduğu işlem ve eylemlerin denetim sorunu her zaman ortaya çıkabilecek olasılıklardandır. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargısal denetime bağlı olması, yönetimin hukuka bağlılığının sağlanmasına işlerlik kazandırdığı gibi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının da en etkin güvencesini oluşturmaktadır. Bu temel hak ve özgürlüklerin içerisinde ise, tüm özgürlüklerin ve hakların sağlanmasındaki önemli katkısı itibarıyla birinci görevi 'hak arama özgürlüğü' yüklenmektedir. Bu nedenle, hak arama özgürlüğü hem bir temel hak ve özgürlüktür ve diğer temel hak ve özgürlüklerin en etkili güvencesidir². Hak arama özgürlüğü başlığı altındaki Anayasamızın 36 ncı maddesi ve yine Anayasamızın 40 ıncı maddesinin 1 inci fıkrası yargısal başvurularda hukuksal dayanak olarak gösterilebilir. Hak

¹ Anayasa Mahkemesi, 5 Mayıs 2009 Tarih ve E. 2005/40, K.2009/19 sayılı Kararı, www.anayasa.gov.tr, E.T., 12.12.2010.

² Yahya K ZABUNOĞLU:“İdari Yargıda Dava Açma Süresi”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, İdari Yargı”, Danıştay Yayını, Ankara 1990, s. 187.

arama özgürlüğünün bir parçası olduğu temel hak ve özgürlüklerin korunması hukuk devletinin zorunlu bir sonucudur.³

Hukuk devletinin kurumsallaşması, bir takım anayasal ve yasal düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılar. Bunların başında “bağımsız ve tarafsız yargı” gelir. Bir hukuk devletinde yasama ile yürütmenin ilişkileri çeşitli biçimlerde düzenlenebilir. Bu organlar birbirlerine az ya da çok bağımlı olabilirler. Buna karşılık yargı yetkisini kullanan mahkemelerin (hâkimlerin) hem yasamadan hem de yürütmeden bağımsız olmaları şarttır. Bağımsız yargı, devletin yaptığı işlemlerin hukuka uygunluğunu denetler ve hukuk devletine işlevsellik kazandırır. Bağımsızlığın sağlanmadığı ülkelerde hukuk devleti ilkesinden söz edilemez.

Mahkemelerin bağımsızlığı öteden beri tartışma götürmeyecek bir hukuk devleti ideali olarak kabul edilmektedir. Ancak bu ilkenin tam anlamıyla niteliği, muhtevası, sınırlarının ne olduğu da her zaman üzerinde en çok tartışılan konulardan birisidir. Özellikle 2010 yılında ülkemizde 1982 Anayasasında yapılan ve değişiklik içeren maddelere bakıldığında, Anayasada özünü bulan kuvvetler ayrılığı ilkesi kapsamında yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi çerçevesinde yürütme organı ile yargı organı arasında dengelerin değiştiği izlenimi ortaya çıkmaktadır. Özellikle, yargı reformu adı altında yapılan bu değişiklikler bazı kurumların yapısını tamamen değiştirmekle kalmayıp, aynı zamanda yeni kurumların ortaya çıkmasına da zemin hazırlamaktadır. Anayasa değişikliği tartışmaları bir yana kuvvetler ayrılığı ilkesi kapsamında yürütmenin ve yargının konumunun yeniden ele alınması ve bağımsız ve aynı zamanda tarafsız bir yargı erkinin hayata geçirilmesi demokrasinin henüz yeni gelişmekte olduğu ülkemizde oldukça önem arz etmektedir.

İdari rejimin benimsendiği tüm ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de kamu makamlarının devlet yetkilerini kullanırken donatılmış oldukları kamu kudreti ayrıcalıkları, kendilerine üçüncü kişilerle girmiş oldukları hukuki

³ Dilşat YILMAZ: İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara 2007, s. 75.

ilişkilerde, üçüncü kişilerin iradesinden bağımsız biçimde ve hatta onların karşıt iradelerine rağmen tek yanlı olarak hukuki sonuç ve etkiler doğurabilecek işlemler yapabilme yetkisini tanımaktadır.⁴ Bu yetki ile hareket edebilen kamu makamları karşısında bireylerin hukuk güvenliğinin pozitif normlarda da teminat altına alınması ve kamu makamlarının bu iradelerinin etkin bir yargısal denetime tabi kılınması gereği "hukukla bağlı devlet" anlayışının ana ereği olarak kabul edilmelidir. İdarenin yaptığı tüm işlem ve eylemlerin yargı yoluyla denetimi, her ülkede geçerli olan hukuk kurallarına göre farklılık arz etmekte olup, ülkemiz gibi idari rejimi kabul eden ülkelerde bu denetim idari yargı mercileri tarafından gerçekleştirilmektedir.

İdare hukukunda, idarenin bireylerle tek yanlı biçimde kurduğu hukuki ilişkilerde üstün idare sahibi olması ve çoğu zaman hukuki ilişkiyi bireyin karşıt iradesine rağmen ve hatta gerektiğinde zorla kurması, idarenin sahip olduğu kamu kudretiyle açıklanmakta ve bu kudrete bağlı eşit olmayan, imtiyazlı ve ayrıcalıklı statülere de kamu kudreti ayrıcalıkları adı verilmektedir.⁵

İdarenin üçüncü kişilerle girdiği ilişkilerde böylesine ayrıcalıklı statü içerisinde hareket edebilme yetkisine haiz olması karşısında, üçüncü kişilerin hukuk güvenliğinin en önemli teminatı etkin bir idari yargılama işlevidir. Dolayısıyla, devletin ve idarenin sahip olduğu kamu kudreti ayrıcalıkları karşısında hukuk düzeninin güven ve istikrara dayalı biçimde oluşturulması ve giderek bu amaç doğrultusunda bireylerin idarenin tasarruflarının yargısal denetimini gerçekleştirecek olan idari yargı burada önem arz etmektedir.

İdari yargı, kamu kurum ve kuruluşlarını içine alan idari mercilerin kamu hukuku alanındaki faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesi ile meşgul olan⁶ yargı kollarından birisidir. Bu yargı kolu

⁴ Celal ERKUT: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayını, Ankara 1990, s. 13.

⁵ Celal ERKUT: Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, İstanbul Yenilik Basımevi, Ankara 2004, s. 11.

⁶ Baki KURU, Ramazan ASLAN, Ejder YILMAZ: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara Ekim 2009, s. 55.

vatandaşların hukuksal güvenlik içinde bulunduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatan hukuk devleti ilkesinin bir bakıma temel taşı niteliğindedir.⁷

Ülkemizde Şuray-ı Devlet'in 1868 yılında kurulması ile birlikte ortaya çıkan idari yargı, aslında bireylerin dokunulmaz temel haklara sahip olduklarının ve kamusal yaşamın hukuk kuralları çerçevesinde yürümesi gerektiğinin kabulünün sonucudur⁸. Çünkü, Devletin, hukukla bağlı sayılmadığı döneme ait, idare eden ve idare edilen ayrımının geçerli olduğu kamu hayatında, insan, henüz iradesiyle idareyi etkileyebilen ve sorgulayabilen bir hak sujesi olarak görülmemektedir. Demokratik nitelikten uzak, otoriter yapıdaki idare, birey ile kurduğu ilişkiye bütünüyle hakimdir.⁹

İdari yargının temel işlevi, yönetimin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve sağlanmasıdır. Ancak idari işlem ve eylemlerin uzun bir süre uyuşmazlık doğurması ve bir davaya konu olması ihtimali, kamu hizmetinin işlemesi ve idarenin faaliyetleri bakımından bir huzursuzluk meydana getirerek bu faaliyetlerin kararlılık ve verimlilik içerisinde yürütülmesini engelleyebilir. Bu durumu önlemek için idare hukukunda bir uyuşmazlığın yargı merciine getirilmesi gerekir¹⁰.

Giriş, üç bölüm ve sonuçtan oluşan tezin birinci bölümünde, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde kuvvetler ayrılığı başlığı altında yürütme ve yargı erklerinin konumu ele alınarak idari yargının gelişimi anayasalarımız düzeyinde ele alınacaktır. İkinci bölümde, yürütme erki ile idari yargı arasındaki ilişki idari yargının denetiminin sınırları ve yerindelik denetimi kapsamında incelenecek; üçüncü bölümde ise 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğine ilişkin düzenlemeler mukayaseli hukukta yer alan düzenlemeler ile kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından açıklanmaya çalışılmıştır.

⁷ Mithat SANCAR: İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre, AİD, C. 23, S. 1, s. 69.

⁸ Kemal GÖZLER: İdare Hukuku, C. II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa Eylül 2009, s. 40.

⁹ Gürsel ÖZKAN: "İdari Usul", Danıştay Dergisi, Ankara, 2000, s. 101.

¹⁰ Sıddık Sami ONAR: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1961.

Tezde; kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde yürütme ve yargı organlarının fonksiyonları incelenmeye çalışılacaktır. Her devlette gördüğü işlev bakımından bireylerle sürekli karşı karşıya gelen, yürütme organıdır. Hukuk devletinin en önemli ögesi olan yargı bağımsızlığı devlet gücünün konulmuş hukuk kurallarıyla sınırlandırılmasında önemini yürütmeye karşı göstermektedir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi ile kuvvetler ayrılığı ilkesi birlikte ele alınarak, yürütme organı ve yargı organı konusuna genel olarak değinilmiş, konu Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve idare mahkemeleri kararları ile pekiştirilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE KUVVETLER AYRILIĞI

I. HUKUK DEVLETİ

A. GENEL OLARAK

Hukuk devleti düşüncesi belli tarihsel ve sosyal koşullarda ortaya çıkmış bir ideal olup ve bu tarihi yükü üzerinde barındırmaktadır. Değişen tarihi ve toplumsal koşullar hukuk devleti fikrinin yeniden ele alınması düşüncesini ön plana çıkarmaktadır. Mesela özel hukuk devleti düşüncesi, genelde de liberal anayasalcılık toplum ve devletin ayrılığı ve devletin bireyler lehine sınırlanması teorik şeması üzerine kurgulanmıştır. Oysa bugünkü demokratik gelişme ile devlet-toplum ayırımından giderek uzaklaşmış ve devlet, toplumun bir fonksiyonu olarak görülmeye başlanmıştır¹¹.

Hukuk devleti¹² düşüncesi, yönetimde keyfiliği ortadan kaldırma çabası olarak ortaya çıkmıştır. Almanya’da kamu düzenini sağlamak için polis devletinin tam zıddını ifade etmekte, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise “insanların değil, hukukun yönetimi”ni anlatmaktadır¹³.

Hukuk devleti, tanımlanması güç ve fakat başta hukukçular ve siyasetçiler olmak üzere herkes tarafından rahatlıkla telaffuz edilen anahtar bir kavramdır. Politikacıların bu kavramı kullanmasının asıl nedeni, yetkilerinin hukukiliğinin güçlendirilmesinin ötesinde kullandıkları yetki ve güçlerinin meşruiyetini sağlama çabasıdır. Hukuk devleti¹⁴ - hukukun üstünlüğü

¹¹ Ali Rıza ÇOBAN, Bilal CANATAN, Adnan KÜÇÜK: Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Hukuk Devleti, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 12.

¹² Hukuk devleti kavramı için bkz. Gürsel ÖZKAN: Hukuk Devleti -Hukukun Üstünlüğü, Uzman Der, Yıl:1, Sayı: 4, Ekim-Aralık 1998, s. 3-6.

¹³ ÇOBAN, CANATAN, KÜÇÜK, a.g.e., s. 11.

¹⁴ Hukuk devleti (der Rechtsstaat) kavramı, bir Alman hukuk deyiimi olup (Karl DOEHRING; Genel Devlet Kuramı, Çeviren: Ahmet MUMCU, İnkılap, Ankara 2002, s.

Anayasanın üstünlüğü kavramında olduğu gibi teknik anlamda yani Anayasa hükümlerinin yasalara üstünlüğü anlamında değil- Devletin, bütün organları ile hukukun ortak ve genel ilkelerine saygı göstermesi anlamında kullanılan ideali, hedefi ifade etmektedir¹⁵. Diğer bir ifadeyle, hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü Anayasanın üstünlüğü gibi bir pozitif hukuk kuralı değildir. Toplum ve devlet hayatında hukuk ilkelerine bağlılığı, ideal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki mesafeyi kapatma dileğini ve hedefini anlatır¹⁶.

Hukuk devleti; Devletin tüm vatandaşlarının hukuki güvenliğini sağladığı ve devletin yaptığı bütün faaliyetlerin hukuka bağlı olduğu devlettir¹⁷.

Hukuk devleti en genel anlamda, yönetenlerin ya da siyasal iktidar sahiplerinin keyfi eylem ve işlemlerine karşı yönetilenlere hukuki güvenceler sağlayan bir devlet tipi olarak tanımlanabilir. Hukuk devletinde aslolan hukukun üstünlüğü, bir başka deyişle yönetenlerin eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olmasıdır¹⁸.

Hukuk devleti kavramı, ülkemizde önce doktrinde, sonra yargı kararlarında ve en son olarak anayasa metinlerinde yer almıştır¹⁹. Bu süreçte ilişkin olarak kurucu iktidarların gösterdiği çekingenlik ve kıskançlık yargının içtihatlarına tesir etmemiş; kavram geniş bir boyutta, evrensel değerleri de gözetir bir şekilde tanımlanılmaya çalışılmıştır.

1-208), İngiliz hukukunda “hukukun egemenliği” anlamına gelen “rule of law”, Fransız hukukunda “anayasal devlet” anlamına gelen “etat constitutionnel”, ABD’de “hukuk kurallarına bağlılık” anlamına gelen “due process” deyimlerinin karşılığıdır. Mehmet Tefik ÖZCAN: Modern Toplum ve Hukuk Devleti, XII Levha Yay., İstanbul 2008, s. 200; Hayrettin ÖKÇESİZ: Hukuk Devleti, Afa, İstanbul 1998, s. 17., Bütün özgürlükçü batı demokrasilerinde bulunan bu kavram “insanların değil, hukukun hükümeti (government of law and not men)” sözcükleriyle anlatılmaya çalışılır (ABD’de Federal Yüksek Mahkeme’nin Marbury&Madison Davasındaki kararında bu ifade kullanılmıştır. Aktaran: K. DOEHRING: Genel Devlet Kuramı, s. 209.)

¹⁵ Yaşar KARAYALÇIN: Hukukun Üstünlüğü (Kavram-Bazı Problemler), Hukuk Devleti (Hazırlayan: Hayrettin ÖKÇESİZ), Afa Yayınları, İstanbul 1988, s. 131.

¹⁶ KARAYALÇIN, a.g.e., s. 144.

¹⁷ Fevzi DEMİR: Anayasa Hukukuna Giriş, 5. B., İzmir, 1997, s. 270.

¹⁸ Maksut MUMCUOĞLU: Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye Gelişimi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 46, S. 2, Mart 1989, s. 15.

¹⁹ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK: Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 28. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, s. 22.

Biçimsel anlamda hukuk devleti, kanunlara bağlı olan devlettir. Kanunların kötü, haksız, keyfi, adaletsiz olması durumunda ne olacaktır? İşte hukuk devletinin ilk amacı, Devlet kuvvetini adaletli kurallar içine alarak sınırlamaktır²⁰. “Kanun devleti” anlayışında da, pozitif olarak konmuş ve devletin yaptırım gücü ile donatılmış kurallar sistemi anlamında *hukuk* (pozitif hukuk) bulunmaktadır. Ancak bu hukuk, yetkilerin düzenlenerek belirgin hale getirilmesi ve bu şekilde keyfiliklerin önlenmesi yoluyla devleti sınırlama yerine, sadece mevcut iktidara kanunilik kazandırma amacını taşıyan, hak, özgürlük ve adalet gibi evrensel ideallerle doğrudan ilgisi bulunmayan bir kanunlar bütünü niteliğinde de olabilir²¹.

Bu noktada, hükümet edenlerin uymak zorunda oldukları önceden belirlenmiş kuralların varlığı önem taşımaktadır. Kamu gücü kullananların, yapacakları düzenlemelerde kanundan başlayıp, diğer düzenleyici işlemlere ve hatta bireysel işlemlere kadar bu kurallarla bağlı olmaları gerekmektedir. Bu husus, “**normlar hiyerarşisi**” nin varlığını zorunlu kılmaktadır. Normlar hiyerarşisi ise, hukukun evrensel ilkeleri ile insan hak ve özgürlükleri başta olmak üzere anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici kuralların aşamalı olarak alt normun üst norma uygun olmasını gerekli kılmaktadır. Bu anlamda hukuk devleti, aynı zamanda kamu gücünün sınırlandırılmasını sağlayan hukuki normların kendi arasında hiyerarşisinin sağlandığı devlettir. Bu modelde, her kuralın geçerlilik koşulu, kendi üstünde yer alan norma uygunluğudur. Böyle bir sistem hukuk normları karşısında **herkesin eşitliği ve bağımsız bir yargının varlığını** zorunlu kılar.

Hukuk devleti, kısaca “**hukukla sınırlanmış devlet**” anlamına gelmekte, hukuk, devletin hem temelini ve meşruluk kaynağını, hem de sınırını oluşturmaktadır²². Bu sınırlama ile, devlet organlarının her türlü faaliyetlerinin hukuk normlarına uygunluğunun sağlanması, yani, hukukun

²⁰ Turhan Tufan YÜCE: Türk ve Alman Anayasaları Açısından Hukuk Devleti Kavramı ve Sorunlar, İzmir 1997, s. 23.

²¹ Mustafa ERDOĞAN: Anayasal Demokrasi, 8.Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2010, s. 114.

²² Adnan KÜÇÜK: Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 352.

devletin bütün faaliyetlerine tamamen egemen kılınması²³, devletin her türlü keyfililiğinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Kamusal otoritelerin yetkilerinden kaynaklanan işlem ve kararlarının sınırlandırılmasını sağlayan hukuk devleti kavramı, kamusal güçlerin keyfi davranmalarının önleendiği devlettir²⁴. Bu da yargıya başvurulabilme olanağının sağlanması, yargılamanın makul sürede tamamlanması ve yargılama sırasında önceden belirlenmiş bir takım usul kurallarının uygulanması yöntemleri aracılığıyla etkili hukuki yolların varlığını gerekli kılmaktadır.

Devletin varlık sebebi toplumsal ihtiyaçların karşılanması, güvenliğin sağlanması ve hayat standardının artırılması olmasına karşın, devlet iktidarını kullananlar yetkilerinin sınırlarının belirgin olarak tespit edilmediği, bir başka organ veya güç tarafından denetlenmediği ve yaptırımı olmadığı durumlarda; devlet ve onun adına yetki kullananların uygulamaları baskı ve zulmün bir aracına da dönüşebilir. Dolayısıyla hukuk devleti en sade ve net anlatımla; devlet yönetiminin ve devlet gücünün bireylerin temel hak ve özgürlükleri doğrultusunda ve bunlar adına sınırlandırılmasıdır. Sınırlama ise, devlet gücünün bir anayasal çerçeve içine alınması ile mümkündür. Bu anayasal çerçevede, devlet gücünün kullanımında, gücün kötüye kullanımının engellenmesi ve kendi kendini dengelemesi amacıyla değişik yol ve yöntemler oluşturulur. Gücün farklı işlevler olarak ayrıştırılıp farklı devlet organları arasında dağıtılması, yasama, yürütme ve yargı olarak isimlendirilen bu işlevleri üstlenen organların birbirlerine karşı konumlanması ve birbirlerine karşı sorumluluğuna ilişkin olarak getirilen anayasal kurallar, kurumlar ve ilkeler; yasalar çerçevesinde devlet gücünün kullanım tarzını belirler. Bu husus **“kuvvetler ayrılığı”** sistemini karşımıza çıkarır.

²³ Mithat SANCAR: Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti, Doğu-Batı Dergisi, Yıl:4, S: 13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-01, s. 36.

²⁴ Ender Ethem ATAY: İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti, Polis Dergisi, S: 36. http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eski_sayilar/index/htm., E.T.,12.12.2010.

Bu anlamda, hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde iki temel gereklilik önem taşımaktadır. İlk olarak hukukun ve özellikle de anayasanın üstünlüğü ile adaletin ve güvenliğin güvencesini zorunlu kılan bireylerin hak ve özgürlüklerinin sağlanması, ikincisi ise; iktidar yetkilerinin kullanılmasında devlet organlarının ve işlevlerinin düzenlenmesi²⁵ ve normlar hiyerarşisinin kabul edilmesi zorunluluğudur.

B. HUKUK DEVLETİ İLKESİ KAVRAMI

1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi

Anayasa Mahkemesinin 1962 tarihli bir kararında; Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun 9/3/1961 tarihli raporunun (Genel gerekçe) bölümünün (Yargı) kısmında belirtildiği gibi, "Hukuk Devletinin temel unsuru bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlayacak makamlar yargı organlarıdır. Anayasa bütün devlet faaliyetlerini kazaî murakabeye tabi tutmuş bulunmaktadır"²⁶.

Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti, mefhumunun neyi anlatmakta olduğunu araştırırken hukuk devletini şöyle tarif ediyor : Hukuk Devleti, "İnsan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeğe kendini zorunlu sayan ve bütün

²⁵ Bu düşünce Anayasanın Başlangıç kısmında "Kuvvetler ayırımının, 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;" ve 6. maddedeki "Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." ile 11. maddenin "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." hükümleriyle yansımıştır.

²⁶ AYM, E: 1962/221, K:1962/86, KT: 14.11.1962 sayılı kararı, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=14&content=hukuk%20devleti, E.T., 14.12.2010.

faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan bir devlet" dir²⁷. (11.10.1963 - 63/124/243). Bu tarif yerindedir. Evvelâ prensibi tesbit etmektedir. Prensip, insan haklarına saygıdır. Sonra, müesseselere işaret etmektedir. Prensibi yaşatmak için gerekli müesseseler, insan haklarını korumaya matuf adil bir daimî hukuk düzeni içindeki müesseselerdir. Nihayet tutulacak yolu da göstermektedir. Bu yol hukuka ve Anayasa'ya tabi olma yoludur²⁸.

Anayasa Mahkemesi'ne göre hukuk devleti bütün işlem, ve eylemleri yargı denetimine bağlı bulunan devlet demektir²⁹. Hukuk devleti, bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu devlette hukuk güvenliğini sağlayan bir düzen kurulması asıldır.

Hukuk devleti ilkesi, genel anlamda anayasa ile kurulan düzene, hukukun temel kurallarına saygı, bağlılık ve uygunluğu anlatır³⁰. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kurmak ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında Anayasaya ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir³¹. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk

²⁷ AYM. E:1963/124; K:1963/243 sayılı kararı, bkz, Bülent .Nuri ESEN: Anayasa Hukuku, Genel Esaslar, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1963, s. 160.

²⁸ Bülent Nuri ESEN: Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1966, s. 40.

²⁹ AYM, E. 1990/25, K. 1991/11, KT: 10.01.1991; AYM, E. 2003/10, K. 2006/106, KT: 23.11.2006. Gürsel ÖZKAN: "Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletin Anlamı ve Yargının Konumu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan, Ankara 2010, S: 1, s. 81-134.

³⁰ AYM, E. 1990/19, K. 1991/15, KT: 21.06.1991. ÖZKAN, Anayasa Mahkemesine Göre, s. 81.

³¹ AYM; E. 2003/48, K. 2003/76, KT: 23.07.2003; AYM; E. 1996/59, K. 1997/70, KT: 09.12.1997; AYM; E. 1998/48, K. 1998/85, KT: 22.12.1998; ÖZKAN, Anayasa Mahkemesine Göre, s. 82.

ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinden uzaklaştığında niteliğinin geçersiz kalacağını bilen devlettir³².

Anayasa Mahkemesi, 1963 yılında CHP'nin Haksız İktisapların İadesi Hakkındaki 14.12.1953 tarih ve 6195 sayılı Kanunun Anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü iptal davasına ilişkin olarak verdiği kararında ilk defa 'hukuk devleti' kavramının tanımına değinmiş ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre: "Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan bir devlettir." şeklinde tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi aynı kararında, "Hukukun ana prensiplerine dayanmayan; devletin amacı ve varlığı sebebiyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda hâsıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar, toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir kanun hukukun yüceliğini temsil etmez. Böyle bir kanunun kabulünü ve uygulanmasını hukuk devleti tasarrufu niteliğinde saymak da mümkün değildir. Bu bakımdan 6195 sayılı Kanun, her şeyden önce Anayasamızın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu ilkesine aykırılık gösterir." şeklinde bir değerlendirmede de bulunmuştur³³.

Anayasa Mahkemesi bir kararında³⁴; "hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü kılan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır" şeklinde hukuk devletinin içeriğini belirlemiş, Mahkeme başka bir

³² AYM; E. 1992/8, K. 1992/39, KT: 16.06.1992; AYM; E. 2000/21, K. 2000/16, KT: 06.07.2000; AYM; E. 2001/3, K. 2005/4, KT: 06.01.2005; AYM; E. 2001/282, K. 2004/34, KT: 17.03.2004; AYM; E. 2001/323, K. 2015/31, KT: 01.06.2005; AYM; E. 2001/349, K. 2004/14, KT: 12.02.2004, ÖZKAN: a.g.m.,s. 82.
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=search&id=24, E.T., 22.5.2010.

³³ AYM; E. 1963/124, K. 1963/243, KT: 11.10.1963, ESEN; Anayasa Mahkemesine Göre, s. 41.

³⁴ AYM; 1 Temmuz 1998 tarih ve K.1998/45 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr., E.T., 18.12.2010.

kararında da³⁵: “temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir düzenin gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez.” demiştir.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da, hangi hallerin hukuk devleti ile bağdaşmadığını belirterek, bu ilkeye açıklık getirmiştir. Buna göre: “Hukukun üstünlüğünü, toplumsal barışı ve ulusal dayanışmayı amaçlamayan, anayasanın öncelik ve bağlayıcılığını gözetmeyen, hukukun evrensel kurallarına saygılı olmayan, adaletli bir düzeni gerçekleştirmeyen, kişilere değer vermeyen, çağdaş kurum ve kurallarla uyum sağlamayan devletin hukuk devleti olduğundan söz edilemez³⁶”.

Yine, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında; “Anayasanın 2 nci maddesi, Türkiye Cumhuriyeti’nin nitelikleri arasında "hukuk devleti"ne yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bir çok kararında belirtildiği gibi hukuk devleti; her işlem ve eylemin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan. Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri güçlendiren; anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleriyle Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlettir. Devlet işlemlerinin hukuka uygun olması, kazanılmış haklara saygı duymayı gerektirir. Her kesin hüküm, bir kazanılmış hakka yol açabileceğine göre, kesin hükme saygı, kazanılmış hakka saygı demektir.”³⁷ şeklinde tanımlanmıştır.

Ülkemizde, anayasal ve idari yargıda yargıçların hukukun genel ilkelerine atıf yaparak kararlar verdikleri görülmektedir. Hatta, hukukun genel

³⁵ AYM;12 Kasım 1991 tarihli ve K.1991/43 sayılı kararı. ÖZKAN, a.g.m., s. 82.

³⁶ AYM; E. 1989/6, K. 1989/42, KT: 07.11.1989; E. 1992/29, K. 1993/23, KT: 24.06.1993. ÖZKAN, Anayasa Mahkemesine Göre, s. 82.

³⁷ AMKD, 02.06.1989 günlü, E:1988/36, K: 1989/24 sayılı kararı, S. 25, s. 262. Anayasa Mahkemesi’nin hukuk devleti anlayışı için bkz. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU: “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Hukuk Devleti Anlayışı” Hukuk Devleti (Hazırlayan: Hayrettin ÖKÇESİZ), Afa Yayınları, İstanbul 1988. s. 147-167.

ilkelerinin bu şekilde kullanımının hukuk devletinde bu ilkelerin diktatörlüğünü yarattığı yolunda görüşler dahi ileri sürülmüştür. Bunun dayanağı olarak Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararları örnek gösterilmiş ve mahkemenin her şeyin üstünde ve öncesinde hukukun genel esaslarına yer vermekle devletin yapacağı yasadan önce hukukun mevcut olamayacağını savunan *Droit regalien kuramını* açık ve kesin olarak reddettiği belirtilmiştir³⁸.

2. Danıştay Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi

Danıştay kararlarına bakıldığında, doğrudan hukuk devleti ilkesinin tanımına yer verilmeksizin konu ile ilgili uyumsuzluk ele alınmış ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde sonuca gidilmiştir. Öte yandan; Danıştay kararlarında hukuk devleti kavramının ele alınışı Anayasa Mahkemesi söylemine benzer yorum ve tanımları çağrıştırmaktadır.

İdarenin sorumluluğunun temelinde hukuk devleti ilkesinin yer aldığı ve bunun için ayrı bir yasal düzenlemeye gerek bulunmadığı, Danıştay kararlarında en sık vurgulanan hususlardan biridir³⁹.

Cumhuriyet'in ilk anayasası olan 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu lafzında, hukuk devleti deyimine yer verilmiş olmasa da, 1924 Anayasasının yürürlükte olduğu bir dönemde Danıştay, Anayasa metni içerisinde öngörülmemiş olan Hukuk Devleti ilkesini zikrettiği ve hatta bu surette "Anayasaya Uygun Yorum" tekniğini kullandığı ünlü 1950/128 sayılı kararıyla, "İdari tasarrufların kazai mürakabeye tabi tutulması hukuka bağlı devlet

³⁸ ESEN, Anayasa Mahkemesi'ne Göre, s. 40-41.

³⁹ Ali ULUSOY: "Hukuk Devleti Kavramı ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti" Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 351-454; Danıştay'ın hukuk devleti ilkesini yorumlaması ve bu ilkeye dayanarak verdiği kararlar hakkında bkz. Gürsel ÖZKAN: Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi, Matser Basım Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi, Ankara 1995, s. 1-15.

prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabından (dır)”⁴⁰ şekilde hükmedebilmiştir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun E:1992/299, K:1993/63 sayılı ve 9.4.1993 günlü kararında; ihracat istisnası oranının Bakanlar Kurulu kararıyla %12 olarak saptanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle Danıştay’da dava açılmış; dava sonunda söz konusu işlem iptal edilmiştir. Bu karar üzerine temyiz isteminde bulunulmuş; Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu:“.....vergi yasalarının geriye yürür şekilde yapılamayacağı ilkesi hukuk devleti ilkesinin en doğal ve zorunlu sonucudur.....” diyerek temyiz isteminin reddine karar verilmiştir. Yine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun E:1997/417, K:1999/81 sayılı ve 15.1.1999 tarihli kararında; fon paylarına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada; davayı reddeden Danıştay 10 uncu Dairesi’nin kararı temyiz edilmiş, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, yaptığı inceleme sonucunda Danıştay 10 uncu Dairesi’nin kararını bozmuş ve bozma gerekçeleri arasında hukuk devleti ilkesine de değinilerek; “....Bakanlar Kurulu’na yasayla tanınan düzenleme yetkisinin geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesine uygun kullanılması hukuk devleti olmanın doğal ve zorunlu gereğidir.....” denilmiştir.

“Anayasanın 125 ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddelerine göre, idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olup, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlem, hukuka aykırı bulunarak yargı organınca iptal edildiğine göre bu işlem nedeniyle uğranılan gerçek maddi zararın idarece karşılanması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir”⁴¹.

Bir başka Danıştay kararında; Nato’dan askeri kuvvet istenilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali davasında, menfaat kriterini hukuk devleti prensibi çerçevesinde ele alan Danıştay, “Hukuk devleti esasının tüm

⁴⁰ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, E:1940/320, K: 1950/128 sayılı kararı, Danıştay Kararları Dergisi, Yıl. 14-15, S. 50-53, s. 118.

⁴¹ Danıştay 5. Dairesinin 6.12.1988 günlü, E:1988/3291, K: 1988/2865 sayılı kararı, Danıştay Dergisi S. 74- 75, s. 312.

kurum ve kuralları ile yerleştirilmesi, ülkede yaşayan herkesin menfaati gereği olduğundan, toplumun ve dolayısıyla bireyin menfaatini zedeleyen, hukuk devleti esaslarına aykırı uygulamalara ilişkin işlemlere karşı bireylerin dava açmakta menfaat ilişkisinin bulunmadığını söylemek mümkün değildir⁴².” şeklinde karar vermiştir.

Danıştay Beşinci Dairesinin bir kararında; "Hukuk devleti", bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir⁴³ şeklinde tanımlanmıştır.

Sonuç olarak, Hukuk devleti konusunda Danıştay ile Anayasa Mahkemesi arasında bir içtihat farkı olduğu söylenemez. Ne var ki Danıştay kararlarında hukuk devletinden daha teknik seviyede söz edildiğini söyleyebiliriz⁴⁴.

3. Doktrinin Hukuk Devleti İlkesine İlişkin Yaklaşımı

Hukuk devleti (der Rechtsstaat) kavramı, bir Alman hukuk deyimini olup⁴⁵, aslında, “hukuk devleti” teriminin ortaya çıkışı çok eski bir geçmişe dayanmasa da, terimin 19 uncu yüzyıl başında, Alman hukuk çevresinde ortaya çıktığını söyleyebiliriz. “Hukuk devleti” terimi ilk kez muhtemelen K.Th.Welcker (1790-1869) tarafından ve “Die Letzten Gründe Von Recht,

⁴² Danıştay 10. Dairesinin 13.10.1992 günlü, E: 1990/4944,K: 1992/3569 sayılı kararı, ,Danıştay Dergisi, S. 87, s. 479.

⁴³ Danıştay 5. Dairesinin, 24.01.2007 t. 2005/5627 E. 2007/72 K. sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, E.T., 14.12.2010.

⁴⁴ Pertev BİLGİN: İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş, Filiz Kitapevi, İstanbul 1999, s. 24.

⁴⁵ Aktaran: DOEHRING; Genel Devlet Kuramı, s. 1-208.

Stat und Strafe” başlıklı monografide (1813) kullanılmıştır. Bu kavramın, mutlakıyetçi siyasi düşüncelere karşı bir kavram olarak ilk kez Almanya’ da ve Alman hukuk düşüncesine özgü bir kavram olarak ortaya çıktığında ittifak vardır.⁴⁶

Hukuk devleti, İngiliz hukukunda “hukukun egemenliği” anlamına gelen “rule of law”, Fransız hukukunda bir vechesi itibarıyla “anayasal devlet” anlamına gelen “etat constitutionel”, ABD’de “hukuk kurallarına bağlılık” anlamına gelen “due process” deyimlerinin karşılığıdır⁴⁷. Bütün özgürlükçü Batı demokrasilerinde bulunan bu kavram “insanların değil, hukukun hükümeti (government of law and not men) sözcükleriyle anlatılmaya çalışılır. Nitekim, ABD’de Federal Yüksek Mahkeme’nin Marbury&Madison Davasındaki kararında da bu ifade kullanılmıştır⁴⁸.

Hukuk devleti⁴⁹ düşüncesi, yönetimde keyfiliği ortadan kaldırma çabası olarak ortaya çıkmıştır. Almanya’da kamu düzenini sağlamak için polis devletinin tam zıddını ifade etmekte, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise “insanların değil, hukukun yönetimi”ni anlatmaktadır⁵⁰.

Türkiye’de ise hukuk devleti kavramı ilk kez idare hukuku bilgini Ord.Prof.Dr.Sıddık Sami ONAR’ın İdare Hukuku (1938) adlı yapıtında yer almış ve “hukuk devleti; devletinde fertler gibi faaliyetlerini önceden konulmuş objektif bir takım kurallara uydurmak zorunda olduğu bir düzeni” ifade etmektedir⁵¹.

Bir başka tanıma göre hukuk devleti;⁵² “Devleti yöneten iktidar sahiplerinin egemenliği karşısında kişilere bağımsız bir haklar ve özgürlükler çerçevesi tanıyan ve iktidar sahiplerince bu haklar çerçevesinde yapılacak

⁴⁶ Hüseyin HATEMİ: Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul, İşaret Yayınları, 1989, s. 7.

⁴⁷ Mehmet Tevfik ÖZCAN: Modern Toplum ve Hukuk Devleti, XII Levha Yay., İstanbul 2008, s. 200; ÖKÇESİZ, a.g.e., s. 17.

⁴⁸ Aktaran: DOEHRING; Genel Devlet Kuramı, s. 209.

⁴⁹ ÖZKAN, Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi, s. 12; ÖZKAN, Hukukun Üstünlüğü, s. 3-6.

⁵⁰ ÇOBAN, a.g.e., s. 11.

⁵¹ Sıddık Sami ONAR: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 139.

⁵² Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU: “Türk Anayasası Açısında Hukuk Devleti Kavramı”, Danıştay Dergisi, C.3, S.11, s. 14.

müdahale ve tecavüzlere karşı yargı garantisi koyarak iktidar sahibi kurum ve kişilerin bu iktidarı anayasaya, yasalara ve hukukun temel ilkelerine uygun biçimde kullanılmasını sağlayan devlettir”

Bütün uygar demokratik rejimlerin en temel özelliklerinden biri olan hukuk devleti ilkesi, Anayasamızın 2 nci maddesinde; “cumhuriyetin nitelikleri” arasında sayılmış ve Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Cumhuriyetin her şeyden önce Atatürk Milliyetçiliğine bağlı olduğunu belirtilen⁵³ Anayasanın 2 inci maddesini başka bir açıdan değerlendiren Özay’a göre demokratik ve sosyal olma durumuna dayanan ve büyük ölçüde de “düşünce ve kanaat özgürlüğü”nü içeren, lâiklikle tamamlanan bir bileşke olan Hukuk Devleti⁵⁴ aslında Türkiye Cumhuriyetinin, Anayasanın 2 nci maddesinde sayılması gereken tek niteliği olmalıdır⁵⁵.

Hukuk devleti ne demektir? Bu sorunun cevabı hukuku olan devlet ise bu anlamda her devlet hukuk devletidir. Çünkü her devletin bir hukuku vardır. Devlette hukuk çok özel bir anlam taşımadıkça, çok özel bir rol oynamadıkça, hukuk devletinin varlığından bahsedilemez.⁵⁶ Hukuk devleti - hukukun üstünlüğü anayasanın üstünlüğü kavramında olduğu gibi teknik anlamda yani Anayasa hükümlerinin yasalara üstünlüğü anlamında değil- Devletin, bütün organları ile hukukun ortak ve genel ilkelerine saygı göstermesi anlamında kullanılan ideali, hedefi ifade etmektedir⁵⁷. Bir başka ifadeyle; hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü, Anayasanın üstünlüğü gibi bir pozitif hukuk kuralı değildir. Toplum ve devlet hayatında hukuk ilkelerine bağlılığı, ideal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki mesafeyi kapatma dileğini ve hedefini anlatır⁵⁸.

Bıçimsel anlamda hukuk devleti, kanunlara bağlı olan devlettir. Kanunların kötü, haksız, keyfi, adaletsiz olması durumunda ne olacaktır? İşte

⁵³ Türkiye Cumhuriyeti Danışma Meclisi Anayasa Tasarısı Gerekçesi, Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C.VII, S. 450, s. 2.

⁵⁴ İl Han ÖZAY: Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul 2002, s. 100.

⁵⁵ İl Han ÖZAY: “Hukuk Devleti”, Hukuk Kurultayı Ankara 2004, s. 23.

⁵⁶ HATEMİ, a.g.e., s. 10.

⁵⁷ KARAYALÇIN, a.g.m., 131.

⁵⁸ KARAYALÇIN, a.g.m., s. 144, ÖZKAN, Anayasa Mahkemesine Göre, s. 81-134.

hukuk devletinin ilk amacı, devlet kuvvetini adaletli kurallar içine alarak sınırlamaktır⁵⁹. “Kanun devleti” anlayışında da, pozitif olarak konmuş ve devletin yaptırım gücü ile donatılmış kurallar sistemi anlamında *hukuk* (pozitif hukuk) bulunmaktadır⁶⁰. Ancak bu hukuk, yetkilerin düzenlenerek belirgin hale getirilmesi ve bu şekilde keyfiliklerin önlenmesi yoluyla devleti sınırlama yerine, sadece mevcut iktidara kanunilik kazandırma amacını taşıyan, hak, özgürlük ve adalet gibi evrensel ideallerle doğrudan ilgisi bulunmayan bir kanunlar bütünü niteliğinde de olabilir⁶¹.

Hukuk devleti, “hukukla sınırlanmış devlet” anlamına gelmekte, hukuk, devletin hem temelini ve meşruluk kaynağını, hem de sınırını oluşturmaktadır⁶². Bu sınırlama ile, devlet organlarının her türlü faaliyetlerinin hukuk normlarına uygunluğunun sağlanması, yani, hukukun devletin bütün faaliyetlerine tamamen egemen kılınması⁶³, devletin her türlü keyfiliğinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Kamusal otoritelerin yetkilerinden kaynaklanan işlem ve kararlarının sınırlandırılmasını sağlayan hukuk devleti kavramı, kamusal güçlerin keyfi davranmalarının önlendiği devlettir⁶⁴. Bu da yargıya başvurulabilme olanağının sağlanması, yargılamanın makul sürede tamamlanması ve yargılama sırasında önceden belirlenmiş bir takım usul kurallarının uygulanması yöntemleri aracılığıyla etkili hukuki yolların varlığını gerekli kılmaktadır.

Sonuç olarak; hukuk devleti, hem doktrinde hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında tanımlanmış olmakla birlikte uzlaşılan tek bir tanıımı yoktur⁶⁵. Bunun sebebi ise; kavramın gerek ele alınış biçimi gerekse olaylar karşısında kavramın yeniden yorumlanması olabileceği gibi, tanıımı yapan

⁵⁹ YÜCE, Türk ve Alman Anayasaları, s. 23.

⁶⁰ ÖZKAN, a.g.m., s. 82.

⁶¹ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 114.

⁶² KÜÇÜK, a.g.m., s. 352.

⁶³ Mithat SANCAR: Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti, Doğu-Batı Dergisi, Yıl:4, Sayı: 13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-01, s. 36.

⁶⁴ E. Ethem ATAY: İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti, Polis Dergisi, S: 36. http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eski_sayilar/index/htm.,E.T., 18.12.2010.

⁶⁵ Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA: Türk İdare Hukuku, 1. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 36; E.Ethem ATAY: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 68.

yazarın zamana, ülkeye ve kendi dünya görüşüne göre bu kavramı tanımlamaya çalışması olabilir. Böylece yazarlar farklı hukuki kurumların varlığı halinde hukuk devletinin gerçekleşebileceğini ileri sürmektedirler⁶⁶.

Öte yandan yapılan tanımlara bakıldığında genelde birbiriyle aynı yönde ve birbirini tamamlar niteliktedir. Tanımların ortak niteliği ve hareket noktası, üstün devlet kudretinin zorlayıcılığına karşı bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasıdır. Diğer bir ifadeyle hukuk devletinin nihai amacı, kamu kudretinin sınırlandırılmasıdır.

Gelinen bu noktada, hukuk devleti; bütün eylem ve işlemlerinde adalet amacına bağlı, düzeni halkın katkısı ile kurulan ve işleyen, insanın, onurlu ve sorumlu bir varlık ve insanlığından gelen temel hak ve özgürlüklere sahip bulunduğu inanan, insanın temel hak ve özgürlüklerini, nereden gelirse gelsin, her türlü saldırıya karşı koruyan, insanın temel hakları ile toplum düzeninin zorlayıcı gerekleri arasında, birini ötekine feda etmeden kalıcı bir denge kurabilen, tek elde toplanmasını önlemek üzere Devlet kuvvetini, yetkileri önceden belirlenmiş ayrı organlar aracılığı ile kullanan, bütün işlemlerini yargı denetimi altında tutan, mahkemeleri bağımsız ve tarafsız olan, yoksulu varlıklıya, güçsüzü güçlüye ezdirmeyen ve soydurmeyen devlettir⁶⁷.

C. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN ERKLER ÜZERİNDEKİ YANSIMASI

Hukuk devleti ilkesinin yukarıda yer verilen tanımlarında olduğu gibi hangi unsurları içerdiği konusunda da görüş birliği bulunmamaktadır. Bununla

⁶⁶ ATAY, İdare Hukuku, s. 95.

⁶⁷ Hasan TUNÇ, Faruk BİLİR, Bülent YAVUZ: Anayasa Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2009, s. 48; Metin GÜNDAY: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ankara 2004, s. 38; Kemal GÖZLER: İdare Hukuku, C.I, Ekin Kitabevi, Bursa 2009, s. 96; Ergun ÖZBUDUN: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 113; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK: Anayasa Hukuku, 17. Bası Turhan Kitabevi, Ankara Mart 2010, s. 163; GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 21; a.g.e., s. 3; Fevzi DEMİR: Anayasa Hukukuna Giriş, Barış Yayınları, İzmir 1998, s. 270; Yavuz SABUNCU: Anayasaya Giriş, 14. Bası İmaj Yayınevi, Ankara 2009, s. 34.

birlikte hukuk devletinin genel kabul gören birtakım unsurları da vardır. Hukuk devleti, hukuka bağlı devlet demek olduğuna ve devlet de, yasama, yürütme ve yargı organlarından oluştuğuna göre, hukuk devletinin üç temel unsuru vardır.

1. Yasama Organının Hukuka Bağlılığı

Yasama organının hukuka bağlı olmasından, kanun yapma yetkisini kullanırken anayasayla ve hukukun genel ilkeleriyle bağlı olması anlaşılır. Anayasamızın 11 inci maddesine göre, yasama organı da Anayasaya bağlıdır ve kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Türkiye’de bu ilke Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenir. Yasama Organının yaptığı bir kanun Anayasaya aykırı ise, bu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilir.

2. Yürütme Organının Hukuka Bağlılığı

Türk hukuk düzeninde yürütme organının Anayasa ile bağlı olduğu esası kabul edilmiştir. Anayasamızın 11 inci maddesine göre, Anayasa hükümleri, yürütme organını ve idare makamlarını bağlayan temel hukuk kurallarıdır. O halde idare, Anayasaya aykırı eylem ve işlem yapmamak zorundadır. Diğer yandan, yürütme organı kanunlarla da bağlıdır. İdarenin ”kanuna bağlılığı ilkesi” veya ”kanuna saygı ilkesi”, Anayasamızın 8 inci maddesinde, yürütme görevi ve yetkisi kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” denilerek kabul edilmiştir. Buna göre idare, sahip olduğu yetkileri kullanırken veya üstlendiği görevleri yerine getirirken kanunlara uygun davranmak zorundadır. Aynı şekilde idare, tüzük ve yönetmeliklere de uymak zorundadır.

Devletin bütün organları kanunlara ve diğer hukuk kurallarına tümünden tam bir bağlılık göstermeli, kendini bağlı görmeli, uyulmadığında da yapılan

işlem geçersiz olmalıdır. Vatandaşından kurallara uymasını bekleyen devlet, eğer hukuk devletiyse öncelikle ve kesinlikle kendisi buna uymalıdır. Devletin varlık sebebi toplumsal ihtiyaçların karşılanması, güvenliğin sağlanması ve hayat standardının artırılması olmasına karşın, devlet iktidarını kullananlar yetkilerinin sınırlarının belirgin olarak tespit edilmediği, bir başka organ veya güç tarafından denetlenmediği ve yaptırımı olmadığı durumlarda; devlet ve onun adına yetki kullananların uygulamaları baskı ve zulmün bir aracına da dönüşebilir. Dolayısıyla hukuk devleti, en sade ve net anlatımla; devlet yönetiminin ve devlet gücünün bireylerin temel hak ve özgürlükleri doğrultusunda ve bunlar adına sınırlandırılmasıdır. Sınırlama ise, devlet gücünün bir anayasal çerçeve içine alınması ile mümkündür. Bu anayasal çerçevede, devlet gücünün kullanımında, gücün kötüye kullanımının engellenmesi ve kendi kendini dengelemesi amacıyla değişik yol ve yöntemler oluşturulur. Gücün farklı işlevler olarak ayrıştırılıp farklı devlet organları arasında dağıtılması, yasama, yürütme ve yargı olarak isimlendirilen bu işlevleri üstlenen organların birbirlerine karşı konumlanışı ve birbirlerine karşı sorumluluğuna ilişkin olarak getirilen anayasal kurallar, kurumlar ve ilkeler; yasalar çerçevesinde devlet gücünün kullanım tarzını belirler. Bu husus “kuvvetler ayrılığı” sistemini karşımıza çıkarır.

Bu anlamda, hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde iki temel gereklilik önem taşımaktadır. İlk olarak hukukun ve özellikle de anayasanın üstünlüğü ile adaletin ve güvenliğin güvencesini zorunlu kılan bireylerin hak ve özgürlüklerinin sağlanması, ikincisi ise; iktidar yetkilerinin kullanılmasında devlet organlarının ve işlevlerinin düzenlenmesi ve normlar hiyerarşisinin kabul edilmesi zorunluluğudur.

Nitekim, Anayasanın Başlangıç kısmında “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;” ve 6 ncı maddedeki “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle

kullanılır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” ile 11 inci maddenin “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” hükümleriyle yansımıştır.

İdarenin Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmeliklere uymak zorunda olmasının müeyyidesi Anayasamızda öngörülmüştür. Anayasamızın 125 inci maddesine göre; “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”. Yani idarenin yaptığı işlemler uyması gereken üst kurallara uymuyorlarsa, bunlara karşı dava açılabilir. Mahkemeler de bu işlemleri iptal edebilir.

Hukuk devletinin idaresinin eylemleriyle kişilere verdiği zararları parasal olarak da ödemesi gerekir. Anayasamız bu ilkeyi kabul etmiş olup, 125 inci maddenin son fıkrasına göre “idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

İdare bu yükümlülüğü kendiliğinden yerine getirmiyorsa, mahkemeler idareyi verdiği zararları tazmin etmeye mahkum ederler. Dolayısıyla, Türkiye’de hukuk devletinin bir gereği olan, idarenin mali sorumluluğu ilkesi gerçekleşmiş olur.

Hukuk devletinin gereklerinden biri belki de en önemlisi olan, idarenin kuruluşunun ve faaliyetlerinin hukuk kurallarına bağlı olması⁶⁸, bu kuralların dışına çıktığında da bağımsız yargı mercilerin denetimine tabi olmasıdır. Yani idarenin yargısal denetimi hukuk devletini gerçekleştirmede çok önemli bir rol oynamaktadır⁶⁹. İdarenin bağımsız mahkemeler tarafından yapılan yargısal

⁶⁸ Münci KAPANİ: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 290; Tahsin Bekir BALTA: İdare Hukukuna Giriş, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.62-63; İsmet GİRİTLİ- Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER: İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 50- 52; ONAR, a.g.e., C.I, s. 230; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK- Turgut TAN, İdare Hukuku, Cilt: I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7.bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 39; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 40; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 114-118; GÖZLER, İdare Hukuku, s. 101.

⁶⁹ TUNÇ- BİLİR – YAVUZ, a.g.e., s. 49.

denetimi sayesinde hukuka bağıllığı etkili bir biçimde sağlanmış olur ve idare edilenler idarenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuş olur⁷⁰.

İdarenin yargısal denetimi dayanağını anayasadan almaktadır. Anayasanın 125/1 inci maddesinde, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır*” hükmü ile idarenin yargısal denetiminin yolu açılmıştır. Anayasa da böyle bir hükme yer verilmesinin amacı idarenin yargısal denetiminin dolayısıyla hukuk devletinin en üst normla sağlanmasıdır. İdare işlem yaparken veya eylemde bulunurken üstün yetki ve ayrıcalıklara (kamu gücüne) sahiptir. İdari işlemlerin hukuki sonuç doğurabilmesi için idarenin iradesini açıklaması yeterli⁷¹ olup, işlemin ilgilisinin rıza ve muvafakati aranmaz. Yani idare tek yanlı iradesi ile ilgililerin hukuki durumlarına doğrudan etkide bulunabilmektedir.

Gerek maddi idare hukukunun, gerekse idari yargılama usulü hukukunun en önemli kavramlarından olan “idari işlem” için, bilimsel ve yargısal içtihatla tek ve herkesçe kabul edilen bir tanımlama bulunmamaktadır. İşlemle ilgili olarak, “tasarruf”, “muamele”, “karar”, “kural”, “norm”, “düzenleme”, gibi çeşitli terimlerin kullanıldığı düşünülecek olursa, çeşitliliğin sadece tanımlamada değil; kavram konusunda da yaşandığı kolayca görülecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki sürekli yeni anlamlar kazanan, yeni fonksiyonlar yüklenen ve bu şekilde değişen ve gelişen bir hukuk dalı olan idare hukuk için bu çeşitlilik, bir eksiklik olmadığı gibi, adeta zorunluluktur.

İdari işlemler, her şeyden önce bir hukuki işlemdir. Fransız hukukunda hukuki işlemler, bir yandan açıklanan iradenin ortaya koyduğu “kural”, (norm), diğer taraftan da bu iradenin ortaya konuluş faaliyetini yani “işlem”i (acte) ifade eder.⁷²

Kanun koyucu belli şartlarda idarenin susmasına, hareketsiz kalmasına hukuki sonuç bağlamış; idareye yapılan başvuru üzerine ya da belli

⁷⁰ BALTA, a.g.e., s. 222.

⁷¹ GÖZLER, İdare Hukuku, s. 594.

⁷² AKYILMAZ, a.g.e., s. 24.

durumlarda idarenin belli bir süre cevap vermemesi idari işlem olarak varsayılmıştır. Yani idari işlem, idarenin “açık” bir irade açıklamasıyla değil; salt belli bir zamanın geçmesiyle ve idarenin, bu süre içerisinde hukuk, durumları etkileyecek bir irade açıklamasında bulunmamış olması ile ortaya çıkmaktadır. Mevzuatta idarenin susması, genellikle olumsuz işlem olarak varsayılmış ve bu durum “zımni red kararı” olarak adlandırılmıştır.

İdari işlemler, yapıldıkları andan itibaren hukuka uygun oldukları kabul edilir. Bu işlemler iptal edilmediği sürece, ilgililerin uymaları zorunludur. Buna karşın idari işlemde etkilenenlerin, işlem tesis edilirken işlemin yapılmasında herhangi bir rolü bulunmadığı gibi, tesis edilen bu işlemlere uyma zorunluluğu da vardır.

Hukuk devletinde, “İdarenin böyle bir işlemi yapmakta mutlaka bir nedeni vardır” düşüncesinden hareket edilemez. Hukuk devleti düşüncesi idari makamlara, objektif ve hukuka uygun işlemlerde dahi idareyi işlem yapmaya sevk eden temel düşünce ve mülahazaları açıklama yükümlülüğü yükler.⁷³

Açık ve özel bir düzenlemeye gerek olmaksızın, idari işlemler kanunlara uygun olmalıdır. Hukuk devleti ilkesine dayanan bu gereklilik, münferit kamusal müdahalelerin ve düzenlemelerin büyük ölçüde “öngörülebilir”, “tanımlanabilir” ve “kontrol edilebilir” ve savunulabilir olması sonucunu doğurur. Kanunların bağlayıcılığı, idari makamı, kanuni yetkilerini kullanmaya; bunu yaparken de var olan maddi ve hukuki şartları kapsamlı ve tatmin edici bir şekilde değerlendirmeye zorlar. Hukuk devletinde bu şekilde karşımıza çıkan kanuna tabi olma, kanuna uygun davranma yükümlülüğü, idareyi idari işlemlerde karar öncesi yapılan araştırma ve soruşturma sonuçlarını ilgililere bildirmeye zorlar. İşte özellikle kanunilik ilkesinin idari işlemlerin “denetlenebilir” olması sonucunu beraberinde getirmesi, idarenin almış olduğu kararların gerekçeli olmasını ve bunun yazılı olarak tespit edilmesini zorunlu kılmaktadır.

⁷³ AKYILMAZ, a.g.e., s. 202.

İşte bu noktada hukuka aykırı olan ancak yapıldığı andan itibaren kişilerin hukuki durumlarında değişiklik meydana getiren ve hukukilik karinesinden yararlanan idari işlemler aleyhine ilgililerin, haklarını koruyabilmelerine imkan sağlamak için idarenin yargısal denetimine ihtiyaç duyulmuştur. İdarenin yargısal denetimi ile kamu gücünü kullanarak icrai işlemler yapan idare karşısında, ilgililere bağımsız mahkemeler önünde haklarını savunabilme imkanı sağlanarak, onları hukuki güvenliğe kavuşturmak, idare karşısında ezilmemelerini sağlamak amacı güdülmektedir.

3. Yargı Organının Hukuka Bağlılığı

Yargısı hukuka bağlı olmayan bir devletin vatandaşının kendilerini hukuki güvenlik içinde hissetmeleri mümkün değildir. Anayasamızın 11 inci maddesinde, “Anayasa hükümleri, yargı organlarını bağlayan temel hukuk kurallarıdır” ve 138 inci maddesinde “hakimler Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” hükümleri mevcuttur. Mahkemeler baktıkları davaları, “yerindelik (opportunité)” açısından değil, “hukukilik (legalite)” açısından değerlendirirler. Mahkemelerin baktıkları davalarda siyasal yerindelik açısından karar vermeleri durumunda, hukuk değil, başka bir şey gerçekleşeceğinden hukuk devleti ilkesi zedelenir.

Burada yeri gelmişken bu konu ile ilgili olarak 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğine ilişkin ile 7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporunda 125 inci maddenin 4 üncü fıkrasının birinci cümlesi “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.” şeklinde değiştirilmek için teklif verilmiş ve teklif yasalaşmıştır. Öte yandan, bu maddenin değiştirilmesinin gerekçesi olarak şu ifadeler yer verilmiştir. “125 inci maddenin dördüncü fıkrasında, yargı

yetkisinin, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu; yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hükme bağlanmış ve maddenin gerekçesinde yargı organının idarî işlemin yerindeliğini denetlemeyeceği...” belirtilmiş olmasına rağmen, uygulamada bu hükme uymayacak şekilde yargı kararlarının verildiği görüldüğünden, bu tür uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla, fıkra da yargı yetkisinin, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Bu ilkenin Anayasada yer almasının yargı pratiğimizden kaynaklandığı ve önleyici işlevi olacağı açıktır. Yerindelik denetimi, yürütme iktidarının negatif kullanımı anlamına gelir.”⁷⁴ şeklindedir.

D. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN GEREKLERİ

1. Genel Açıklama

Genel olarak hukuk adaletin tesisi idesine bağlı kalarak toplumda birçok işlevi yerine getirme yükümlülüğünü üstlenmiştir. Hukuk toplumsal düzeni ve barışı kurup sürekliliğini temin eder, adaleti gerçekleştirir, erklerin meşruiyeti ile hukukiliğini sağlar ve bunları denetler⁷⁵.

Hukuk devleti ilkesi Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin niteliklerinden biri olarak belirtilmiştir. Hukuk devleti anlayışında ilk olarak yapısal, kurucu ve kuvvetli bir şekilde hukuku devlet kavramıyla birleştirmenin uygunluğu arayışı söz konusudur. Nitekim Atay’a göre⁷⁶; hukuk devletten kaynaklanmakta, diğer yandan da devlet hukukun belirlediği sınırlar içerisinde varlığını ve işlevini sürdürecektir.

⁷⁴ Anayasa Değişikliği Komisyon Raporu ve Tutanağı, s. 13, www.tbmm.gov.tr., E.T. 2.5.2010.

⁷⁵ ATAY, İdare Hukuku, s. 93.

⁷⁶ ATAY, a.g.e., s. 95.

Hukuk devleti öncelikle idarenin hukuka bağımlı kılınmasını gerekli kılar. İdarenin işlemlerinin sınırlarını, çerçevesini çizmektedir. Hukuk devleti yargı denetimine açık olan devlettir⁷⁷. Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu “bağımsız yargı”dır. Hukuk devleti ilkesi, devletin cezalandırma yetkisi bakımından “suç ve ceza arasında adil bir dengenin bulunması” gereğini esas alır⁷⁸. Yine, hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran ve “hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran” devlettir.

Hukuk devleti kavramının uygulanmasıyla amaçlanan nihai hedef, geniş anlamda kamu kudretinin, dar anlamda ise iktidarın hukuk kuralları ile sınırlandırılmasıdır. Hukuk devleti ilkesi ile hukukun ve özellikle de anayasanın üstünlüğü ile adaletin ve güvenliğin güvencesini zorunlu kılan kişilerin temel hak ve hürriyetleri sağlanır.

Bu bölümde hukuk devleti ilkesinin gerekleri sayılırken tez konumuzla doğrudan ilgili olan ilkeler sayılmış bunun dışında hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan diğer bölümlerde yeterli değerlendirme yapılan temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alınması ve idarenin mali sorumluluğu ilkeleri açıklanmamıştır.

2. İdari Faaliyetlerin Belirliliği İlkesi

Hukuk devleti ilkesinin idare tarafından bir gereği de, “idari faaliyetlerin belirliliği ilkesi”dir. Hukuk devletinde idarenin eylem ve işlemlerinin idare edilenler tarafından önceden tahmin edilebilir olması gerekir. İdare takdir

⁷⁷ AYM; E. 2005/13, K. 2009/141, K.T.8.10.2009, ÖZKAN, Anayasa Mahkemesine Göre, s. 82. www.anayasa.gov.tr, E.T.25.5.2010.

⁷⁸ AYM; E. 2008/94, K.2010/13, K.T. 21.1.2010, ÖZKAN, Anayasa Mahkemesine Göre, s. 82.

yetkisine sahip olduğu alanlarda dahi tam bir serbestiye sahip değildir. İdare bu yetkisini tüzük ve yönetmelik gibi genel kurallarla düzenlemek ve bu düzenlemelere uymak zorundadır. Buna “düzenli idare ilkesi” denir. Keza, yine idari faaliyetlerin belirliliği ilkesi nedeniyle idarenin, istikrar kazanmış uygulamalarından vazgeçmemesi gerekir.

3. Hukuki Güvenlik İlkesi ve Geçmişe Etki Yasağı

Önceki kuralların, yeni yasayla değiştirilmesi ya da tümüyle yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşıladığı, genel ilkelere uygun bulunduğu bir düzenleme biçimidir. Yeni kural, eski kuralı yürürlükten kaldırabilir. Hukuk devleti aynı zamanda, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı **“temel hukuk ilkeleri”** ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir. **“Hukuk güvenliği ilkesi”** de, hukuk devletinde uyulması zorunlu temel ilkelerden birini oluşturmaktadır. Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının koşullarından biri olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının **öngörülebilir** olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar⁷⁹. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütölmemesini gerekli kılar. **“Yasaların geriye yürümezliği ilkesi”** uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıkşı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe

⁷⁹ AYM; E. 2007/115, K. 2009/80, K.T.11.6.2009, www.anayasa.gov.tr, E.T., 28.05.2010.

giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir⁸⁰.

Bir hukuk devletinde, bireyler kendilerine uygulanacak hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilme ve kendi davranışlarını onlara göre ayarlayabilme imkanına sahip olmalıdır. Aksi takdirde, bireyler kendilerini hukuk güvenliği içinde hissetmezler. Bugün hukuka uygun olarak yaptıkları bir faaliyet, yarın kabul edilen bir kanun veya düzenleyici işlem nedeniyle hukuka aykırı hale gelebiliyorsa, bireylerin hukuk güvenliği sarsılır. O nedenle, idare hukukunda, kural olarak idari işlemlerin “geriye yürümezliği ilkesi” geçerlidir.

Örneğin, bireyler belli bir dönemde faaliyetleri için belli bir oranda vergi ödeyeceklerini önceden bilirler ve ona göre bu faaliyeti yapıp yapmamaya karar verirler. Bu faaliyeti yaptıktan sonra, bu faaliyet dolayısıyla ödeyecekleri vergi oranı geçmişe etkili olarak artırılırsa, bireylerin hukuk güvenliği sarsılır. Neticede idarenin geçmişe etkili işlemler yapabilme ihtimali, bireylerin hukuki güvenliğini sarsar.

4. Eşitlik İlkesi

En genel anlamı ile eşitlik, birden fazla durumun nesnel koşulları bakımından aynı ya da benzer iseler aynı kurallara bağlı olmasını ifade eder⁸¹. Eşitlik devlet organları ile idare makamları açısından uyulması zorunlu olan ve devlet yönetiminde egemen temel bir ilkedir. Eşitlik ilkesi anayasa yargısı ve idari yargı denetiminde mahkemelerce kullanılan çok önemli bir hukuka uygunluk ölçütüdür. Öte yandan, eşitlik ilkesinin hukukî niteliğine ilişkin üç soru sorulabilir: (1) Eşitlik ilkesi, “hukuk devletinin bir

⁸⁰ AYM; E. 2007/31, K. 2009/109, K.T. 9.7.2009, www.anayasa.gov.tr, E.T., 28.05.2010.

⁸¹ ATAY, İdare Hukuku, s. 134.

parçası” mıdır? (2) Eşitlik ilkesi bir “temel hak” mıdır? (3) Eşitlik ilkesi, devlet yönetimine egemen olan bağımsız bir “temel ilke” midir⁸²?

Eşitlik ilkesinin hukukî niteliği tartışmalıdır. Bir kere, eşitlik ilkesinin hukuk devleti ilkesinin içinde mevcut olduğu düşünülebilir. Diğer yandan eşitlik ilkesinin bir temel hak olduğu da düşünülebilir. Zira, bu ilkeden yararlananlar bakımından eşitlik ilkesi, eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurur. Nihayet eşitlik ilkesi, devlet yönetimine hâkim olan bir temel ilke olarak da kabul edilebilir. Çünkü, eşitlik ilkesi devlet organları ve idare makamlarına eşit işlem yapmaları konusunda verilmiş bir emir niteliğindedir⁸³.

Bu üç yorumdan sonuncusunun 1982 Anayasası sisteminde daha doğru olduğu düşünülebilir. Çünkü, 1961 Anayasası eşitlik ilkesine “temel haklar ve ödevler” kısmında (m.12) düzenlemiş olmasına rağmen, 1982 Anayasası eşitlik ilkesini, “temel haklar ve ödevler” kısmına değil, “genel esaslar” kısmına yerleştirmiştir. Anayasanın bu sistematikinden, Anayasanın eşitlik ilkesini devlet yönetimine egemen olan bir “temel ilke” bir “genel esas” olarak düşündüğü sonucu çıkmaktadır. Bu şu anlama gelmektedir ki, eşitlik ilkesi de, cumhuriyetçilik ilkesi, laiklik ilkesi, Atatürk milliyetçiliği ilkesi, sosyal devlet ilkesi, hukuk devleti ilkesi gibi anayasal sistemin temel yapısını belirleyen ilkelere biridir.

Anayasa Mahkemesinin bir çok kararında belirtildiği üzere "Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine, Anayasa'nın 10 uncu maddesinde yer verilmiş olup buna göre, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

⁸² GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 180-189.

⁸³ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 113.

Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektedir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da toplumlar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Belirtilen durumda Anayasa Mahkemesi, öğretiyeye göre iki durumda eşitlik ilkesinin aşılabileceğini kabul etmektedir. Bunlardan ilki "haklı bir sebep", ikincisi ise "meşru kamu yararadır". Nitekim, maddi ve hukuki eşitlik anlamında, genel eşitlik ilkesinin, aynı veya benzer durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranılmasını gerektirdiği, maddi ve hukuki eşitlik ilkesinin kişilere mutlak değil nisbi olarak eşit davranılmasını öngördüğü hususları teoride de kabul edilmiştir⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, "**eşitlik ilkesi**" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da toplumlar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı

⁸⁴ E. Ethem ATAY, Hasan TUNÇ: Kamu Hukukunda Eşitlik İlkesi", Türk Hukuk Dünyası, Mayıs 2000, Yıl:1, S:1; Merih ÖDEN: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 189.

tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz⁸⁵. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz⁸⁶.

“Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi” hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde “adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleri”ni göz önünde tutarak kullanması gerekir⁸⁷.

5. Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi

İdare hukukunda kazanılmış haklarla ilgili yazılanlara kronolojik olarak bakıldığında, önceleri idare hukukunda sübjektif hak bulunmadığı görüşü doğrultusunda kazanılmış hak kavramı yerine başka kavramlar önerildiği, 1970'lerin ortalarından sonraki eserlerde ise kazanılmış hak kavramının benimsendiği⁸⁸, ancak yakın tarihli eserlerde dahi kazanılmış hakların sübjektif hak niteliğinde olmadığı yönünde görüşler öne sürüldüğü görülmektedir⁸⁹.

Öğretide, kazanılmış hakkın kavramsal değil, fonksiyonel niteliğe sahip olduğu⁹⁰ belirtilmiş; bu niteliği nedeniyle de tanımlanamayacağı savunulmuştur⁹¹. Bu görüşe göre, kazanılmış hakların varlığına ancak her olayın nitelikleri göz önünde bulundurularak, yani ampirik yöntemle karar verilebilecektir ve bu nedenle de kavramın içeriği ancak mahkemeler

⁸⁵ AYM; E. 2007/36, K. 2010/6, K.T. 14.1.2010, www.anayasa.gov.tr., E.T., 28.05.2010.

⁸⁶ AYM; E. 2007/31, K. 2009/102, K.T.2.7.2009. www.anayasa.gov.tr., E.T., 28.05.2010.

⁸⁷ AYM; E. 2006/65, K.2009/114, K.T. 23.7.2009. www.anayasa.gov.tr., E.T., 28.05.2010.

⁸⁸ Turgut TAN: İdari İşlemin Geri Alınması, AÜSBF Yayını no.298, Ankara, 1970, s. 49-70; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 44; 158-163; ATAY, İdare Hukuku, s. 518-548.

⁸⁹ D. Çiğdem SEVER: Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), AÜSBE, Ankara, 2006, s. 34.

⁹⁰ TAN, İdari İşlemin, s. 65.

⁹¹ Kemal Doğu TOLON: “İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İncelemeleri III, Danıştay Yayını, s. 172; Tan, İdari İşlemin, s. 70.

tarafından uygulanarak oluşturulabilir. Hatta, kamu hizmeti veya kamu yararı gibi içeriği çok geniş olan bu kavramın uygulanması bakımından verilen kararlar emsal dahi oluşturamaz⁹².

Objektif hukuki durumların ‘düzenleyici işlemlerle değiştirilebilme’ özelliğinin kazanılmış haklarla doğrudan ilişkili olduğunu belirten Onar⁹³, “idare hukukunun statülere dayanan, objektif, tanzimi tasarruflarla dokunan nesçinde” kazanılmış hak doğmayacağını belirtmiştir.

Duran’a göre “bireyler, idare karşısında bir hak sahibi sayılmayıp, sadece yararlanan kimliğini taşır”⁹⁴

Balta ise, “Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi”ni hukuk devleti anlayışının gerektirdiği ilkeler arasında saymış⁹⁵, ancak hak niteliği olup olmadığı konusundaki tartışmalara ya da kavramın kendisinin tanımlanması gibi konulara değinmemiştir.

Kazanılmış haklar konusunda çalışma yapan Tolon’a göre, idare hukukunda sübjektif haklar vardır ve aksinin kabulü halinde idare hukukunun anlamı ve bilimselliği kalmayacaktır⁹⁶.

Gözler, terminolojik olarak “hak yaratıcı işlemler” terimi varken ayrıca kazanılmış haklar kavramını kullanmaya gerek olmadığını belirtmiştir⁹⁷. Bu doğrultuda kazanılmış hak yerine *hak yaratıcı işlem* terimini kullanan Gözler’e göre de burada ifade edilen ‘hak’ kelimesi, sübjektif hakları ifade etmemektedir. Ona göre, bu durumlarda haklardan değil, “avantaj”lardan söz edilebilecektir. Kitabında konu ile ilgili çeşitli Danıştay kararlarına yer verilmişse de, kazanılmış hakların oluşma koşulları ve nitelikleri konusunda açıklama yapılmamıştır.

⁹² TOLON, a.g.e., s. 171.

⁹³ Onar, İdare Hukukunun Umumi..., s. 476- 484.

⁹⁴ Lütfi Duran: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 11.

⁹⁵ Tahsin Bekir BALTA: İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, Ankara, 1968/1970, s.145 - 150.

⁹⁶ TOLON, a.g.e., s. 171.

⁹⁷ GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s. 993.

Kazanılmış hak konusunu inceleyen Oğurlu da, kazanılmış hakların varlığını ve hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu kabul etmekle birlikte, kazanılmış hakların hukuk kuramlarının incelediği biçimiyle sübjektif hak olmadığını savunmuş, ancak neden sübjektif hak olmadığı konusunda açıklama yapmamıştır⁹⁸.

Hukukî güvenliğin bir sonucu da **“kazanılmış haklara saygı gösterilmesi”** ilkesidir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Kişilerin hukuk düzenine güvenerek elde ettikleri hakların sonradan çıkarılacak yasal düzenlemelerle ihlal edilmemesi bu ilkenin gereğidir⁹⁹.

Gerçekten Anayasa Mahkemesi de bir kararında bunu şu şekilde ifade etmiştir: “Kanun koyucu görevini yerine getirirken sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı, bütün yasama tasarruflarında olduğu gibi burada da, genel hukuk esasları ve özellikle Anayasanın ilkeleri ile bağlıdır. Emeklilik hakkında yoksun bırakmayı öngören söz konusu hüküm, genel hukuk esaslarından ve hatta hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan kazanılmış hak kavramını zedelemektedir¹⁰⁰.”

Bu bağlamda, kapsamı bu şekilde genişleyen hukuk devleti kavramı, kazanılmış hakların korunması gibi hukukun genel ilkelerini de içerir hale gelmiştir ve hukukun genel ilkelerinin kullanılması aşamasında yargıçlar tarafından dayanak olarak kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında bu durum açık olarak ifade edilmektedir.

Örneğin Anayasa Mahkemesi, bir kararında bunu şöyle ifade etmiştir: “Kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Anayasada bu ilkeyi ortadan kaldıracak hiçbir kural

⁹⁸ Yücel OĞURLU: Türk İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 41.

⁹⁹ AYM; E. 2007/31, K. 2009/102, K.T.2.7.2009, www.anayasa.gov.tr, E.T., 28.05.2010.

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesinin 11.12.1964günlü, E:1963/138, K: 1964/71 sayılı kararı, Aktaran: Hasan İsmet BIYIKLI: “Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi”, Danıştay Dergisi, Ankara 1973, s. 11.

yoktur; olabilmesi de düşünülemez¹⁰¹”.

Kazanılmış hakların dayanağı olmanın yanı sıra hukuk devleti ile kazanılmış haklar arasındaki bir başka ilişki ise, kazanılmış hakların ihlal edilmesi halinde bunların tazmini gerekliliğidir. Hukukla bağlı devletin önemli bir unsuru olan ve Anayasa'nın 125 inci maddesinin son fıkrasında ifadesini bulan idarenin neden olduğu zararları tazmin edeceği yönündeki ilke kazanılmış hakların korunması bakımından da geçerli ve önemlidir. Sadece tazmin gerekliliği bile, yukarıda değinildiği üzere kişilerin devlet karşısında subjektif haklara sahip olduğunu göstermektedir.

Genel olarak hukukun genel ilkeleri, özel olarak kazanılmış hakların pozitif hukuktaki dayanağı olan hukuk devleti, bir yandan kişilerin idareye karşı var olan haklarının ileri sürülebilmesi ve korunmasını, diğer yandan da hukuka aykırı olarak haklarına müdahale edilmesi halinde haklarının tazmin edilmesini garanti altına almaktadır. Ancak, hukuk devletinin kazanılmış haklarla ilişkisi, kimi uyumsuzluklarda oldukça karmaşık bir yapıya sahip olabilmektedir. İçeriğinin ve anlamının gelişmesiyle beraber hukuk devleti ilkesi, pek çok ilkeyi barındırır hale gelmiştir. Hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan ilkelerin bazen birbiriyle çelişir ya da çatışır nitelikte olabilmesi, kazanılmış hakların uygulanması bakımından da önem taşımaktadır.

6. Belirlilik İlkesi

Hukuk devletinin temel ilkelerinden bir diğeri de, “**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

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi, 11.11.1963, E. 1963/106, K. 1963/270, AMKD S.1, 1964, s.383'den aktaran: Tekin AKILLIOĞLU: “Ekonomik Alanda İdari İşlemlerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları”, Aziz Köklü Armağanı, Ankara, 1984.

karşı koruyucu önlem içermesi zorunludur. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup yasal bir düzenlemede hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bireyin, belirli bir kesinlik içinde bilmesi gerekmektedir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir.

İnsanın maddî ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak Devletin temel amaç ve görevleri arasında bulunmaktadır¹⁰². “Sosyal hukuk devleti”, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözetten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti ve millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlettir¹⁰³. Sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlettir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa’nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar¹⁰⁴.

¹⁰² AYM; E. 2006/42, K. 2009/73, K.T. 11.6.2009. www.anayasa.gov.tr, E.T., 21.05.2010.

¹⁰³ AYM; E. 2006/119, 2009/145, K.T.15.10.2009. www.anayasa.gov.tr, E.T., 21.05.2010.

¹⁰⁴ AYM; E.2006/95, K.2009/144 K.T. 15.10.2009. www.anayasa.gov.tr, E.T., 21.05.2010.

E. HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Hak arama özgürlüğü¹⁰⁵, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte, aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Hak arama özgürlüğü ve “adil yargılanma hakkı”, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır¹⁰⁶.

Anayasa’nın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.¹⁰⁷ Hukuk devleti ilkesini kabul eden ülkelerde idarenin yapmış olduğu işlem ve eylemlerin denetim sorunu her zaman ortaya çıkabilecek olasılıklardandır. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargısal denetime bağlı olması, yönetimin hukuka bağlılığının sağlanmasına işlerlik sağlanmasına işlerlik kazandırdığı gibi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin de en etkin güvencesini oluşturmaktadır. Bu temel hak ve özgürlüklerin içerisinde ise, tüm özgürlüklerin ve hakların sağlanmasındaki önemli katkısı itibarıyla birinci görevi ‘hak arama özgürlüğü’ yüklenmektedir. Bu nedenle,

¹⁰⁵ Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında “herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” kuralı yer almaktadır.

¹⁰⁶ AYM; E. 2009/27, K. 2010/9, K.T. 14.1.2010, ÖZKAN, Anayasa Mahkemesine Göre, s. 82., www.anayasa.gov.tr., E.T., 25.5.2010.

¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, 5 Mayıs 2009 Tarih ve E. 2005/40, K.2009/19 sayılı Kararı, www.anayasa.gov.tr., E.T., 25.5.2010.

hak arama özgürlüğü hem bir temel hak ve özgürlüktür ve diğer temel hak ve özgürlüklerin en etkili güvencesidir.¹⁰⁸

Hak arama özgürlüğü başlığı altındaki Anayasamızın 36 ' ncı maddesi¹⁰⁹ ve yine Anayasamızın 40 ıncı maddesinin 1 inci fıkrası yargısal başvurulara hukuksal dayanak olarak gösterilebilir. Fakat burada, 36 ' ncı madde ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir durum bulunmaktadır: Benzer bir hüküm 1961 Anayasasının 31 inci maddesinde de bulunmakta idi. Komisyon tutanakları incelendiğinde görülmektedir ki, aslında 31 inci madde kapsamında yönetim önünde savunma hakları da düşünülmüştür. İstanbul Tasarısı'nın 30 uncu maddesine bakıldığında, bu maddenin hem yargı organları önünde hem de idari makamlar önünde savunma haklarını düzenlediği görülmektedir¹¹⁰. Bu maddeye göre *“herkes yargı mercileri, icra ve idare makamları önünde davasını veya dileğini dinletme ve kendini kanuna uygun bütün yollardan faydalanarak savunma ve iddialarını dinletme hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılması güçleştirilemez”*. Ancak nihai düzenleme farklı olmuş ve yönetim önünde savunma haklarına ilişkin durum, maddeden çıkarılmıştır. Yönetim önünde savunma haklarına metinde yer verilmemesi durumu 1982 Anayasasında da aynen devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin yargısal başvuruya ilişkin düzenlemeyi, yönetim önünde savunma haklarını da kapsayacak şekilde yorumladığı da olmuştur¹¹¹. Bu değerlendirme açısından esas alınanın hak arama olması sebebiyle daha sonra değinilecek olan siyasal başvurular da bu bağlamda değerlendirilmelidir. Danıştay'ın da savunma hakkını hem yargı organları

¹⁰⁸ ZABUNOĞLU, a.g.m., s. 187.

¹⁰⁹ Anayasamızın 36. maddesi uyarınca “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”. Anayasamızın 40. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir”.

¹¹⁰ Tekin AKILLIOĞLU: “Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, AİD, C: 14, S: 3, Eylül 1981, s. 42–43.

¹¹¹ AYM 21.01.1971, E 1970/19, K 1971/9, AYMKD, S: 9, s. 249; AYM 11.03.1963, E 1963/124, K 1963/243, AYMKD, S: 1, s. 429; AYM 22.12.1964, E 1963/166, K 1964/76, AYMKD, S: 2, s. 291; AYM 29.01.1980, E 1979/38, K 1980/11, AYMKD, S: 18, s. 99–100.

hem de idari makamlar önünde kullanılabilecek bir hak olarak gördüğü bilinmektedir ¹¹².

Anayasa'nın 40 ıncı maddesine eklenen fıkra ile "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. İdari işlemde başvuru yollarının gösterilmesine ilişkin Anayasamızdaki bu düzenleme 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesiyle hukuk sistemimize getirilmiştir.¹¹³ Bu anayasal hükmün uygulanması için ayrı bir yasal düzenlemeye de gerek olmayıp, anılan hüküm doğrudan uygulanabilir mahiyet arz etmektedir.¹¹⁴ Çünkü ilkenin amacı hak arama özgürlüğünü korumaktır. Hak arama özgürlüğünün bir parçası olduğu temel hak ve özgürlüklerin korunması da hukuk devletinin zorunlu bir sonucudur. Dolayısıyla mevzuatta bir dayanak olmasa da idari işlemde başvuru yollarının gösterilmesi hukuk devletinin bir gereğidir¹¹⁵. Hak arama özgürlüğü bir Anayasa Mahkemesi kararıyla¹¹⁶ şu şekilde tanımlanmaktadır: "Hak arama özgürlüğü, insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda, tüm yollardan yararlanma hakkını içerir" ¹¹⁷ Hak arama özgürlüğüne ilişkin hususlar ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Burada, hak arama özgürlüğü kapsamında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13 üncü maddesinde de söz etmek gerekir. **Etkili başvuru hakkı**, başlıklı 13 üncü maddesinde; "Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir."¹¹⁸ hükmü bulunmaktadır.

¹¹² D .5D, 06.06.1991, E 1990/ 4297, K 1991/1099, DD, S: 84–85, s. 343–345.

¹¹³ AKILLIOĞLU, a.g.m., s. 53.

¹¹⁴ www.ayim.gov.tr.

¹¹⁵ YILMAZ, a.g.t., s. 75.

¹¹⁶ "Hak arama özgürlüğü, hem bir temel hak ve özgürlüktür ve hem diğer temel hak ve özgürlüklerin en etkili güvencesidir", ZABUNOĞLU, s. 189.

¹¹⁷ AYM 19.09.1991, E 1991/2, K 1991/30, AYMKD, S: 28, C: 1, s. 116–117.

¹¹⁸ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihs.htm>, E.T., 31.03.2010.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye hakkında verdiği adil yargılanma hakkı ve 13 üncü maddenin ihlal edilebilmesi, Sözleşme bağlamında tartışılabilir bir şikâyetin varlığına bağlı olup Mahkeme'nin 13 üncü maddeden bir ihlal kararı verebilmesi ilke olarak Sözleşme gereğince tartışılabilir olan bir şikâyetin esası hakkında uygun çözüm sunan etkili bir iç hukuk yolunun bulunmaması durumunda söz konusu olacaktır¹¹⁹.

Bu manada, Sözleşme bağlamında hakları ihlal edilen kişilerin, bu ihlal eylemlerine itiraz edebilecekleri, karşı koyabilecekleri veya tazminat talep edebilecekleri etkili bir iç hukuk yolunun bulunması gerekir. Sözleşmenin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin esası ulusal düzeyde ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, bu hak ve özgürlüklerin sağlanan kanun yolları ile etkili bir biçimde elde edilebilir olması gerekmektedir.

II. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ

F. GENEL OLARAK

Kuvvetler ayrılığı teorisinin hukuk devleti açısından önemi, hukuk devleti savaşımlarından insanlığın elde ettiği kazanımlarda da bu teorisinin etkisi açıkça görülerek anlaşılmıştır. Kuvvetler ayrılığı, Amerikan Haklar Bildirileri'ne, Amerikan Anayasası'na, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisine esin kaynağı olmuştur.¹²⁰

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, başlangıcı itibariyle İngiliz daha sonrada ABD siyasi sistemi ve uygulamasından kaynaklanan¹²¹ "ilke veya teori"¹²² Locke ve

¹¹⁹ Dulaş v. Türkiye, 9 Ocak 2001, başvuru no. 25801/94, www. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihs.htm>, E.T, 31.03.2010.

¹²⁰ Maksut MUMCUOĞLU: Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye'de Gelişimi, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 1989, Sayı 2, s. 265.

¹²¹ Ender Ethem ATAY: Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği, Sempozyum Ankara 12 Mayıs 2008, Danıştay Yayını, No:77, Ankara 2009 s. 125. (7 nolu dipnottan) ayrıca bkz, www.danistay.gov.tr. E.T. 23.06.2 010.

Montesquieu¹²³ tarafından ortaya konulmuş olup egemenlik yetkisinden kaynaklanan uygulamalara bağlı kötüye kullanmaları engellemek ve keyfiliği sınırlamak için devletin içinde bulunan farklı işlevlerin biri birinden ayrılmasını amaçlamaktadır¹²⁴. Bu teori XVII. ve XVIII.¹²⁵ Yüzyıl siyasi felsefesine bağlı olarak geliştiğinden¹²⁶ hukuki olmaktan ziyade siyasi bir hüviyet taşır. Fikir babalarının teoriyi hürriyetin güvencesi gibi görmesi¹²⁷ dolayısıyla teori genellikle demokratik rejimlerde ileri sürülmekte ve az çok katı bir şekilde uygulamaya aktarılmaktadır¹²⁸.

Kuvvetler ayrımı ilkesinin altında yatan temel düşünce, kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktır. Devlet görevlerinin ifası, bu şekilde birbirinden ayrı ve bağımsız kişi ve gruplara bırakıldığı taktirde, temel hak ve özgürlüklerin en iyi şekilde korunmuş olacağı varsayılmaktadır.¹²⁹ Yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki Aristo'dan beri gelen bu ayrım, devlet fonksiyonlarının (işlevlerinin) devlet adına bir takım organlar tarafından yapılmasını hedef alır.¹³⁰ Ne var ki, kuvvetler ayrılığı bir kuram ciddiyet ve bütünlüğüne modern çağlarda, özellikle 18' inci yüzyılda İngiliz filozof Locke ile kavuşur.¹³¹

¹²² Mustafa KUTLU: Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletin Kökenleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s.18.; ATAY, a.g.m., s. 125.

¹²³ MONTESQUIEU: De l'esprit des lois, GF-Flammarion, 2 Cilt, Paris 1979; ATAY, a.g.m., s. 125.

¹²⁴ ATAY: Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 125.

¹²⁵ XVIII. Yüzyıl hukukçularına göre erki elinde bulunduran herkes veya her kuruluş bunu kötüye kullanma eğilimindedir. Bundan çıkan neticede erki elinde bulunduranlar yetkilerini kendi kendilerince sınırlandırmayacaklardır. Bu nedenle erki elinde bulunduranlara bir sınırlandırmanın empoze edilmesi gerekir. Aksi takdirde rejim despotizmin pençesine düşer. Dönemin hukukçuların göre gerçekte sadece kuvveti kuvvet durdurabilir (le pouvoir arrête le pouvoir). Kuvvetler ayrılığı ilk anayasaları oluşturanların da hedefi ve amacı olan hak ve hürriyetler için en iyi güvence yöntemidir. (COUDEVYLLE Andrée: Précis de droit public, elipses, Paris 2005, s. 39, ATAY, a.g.m., s. 125.

¹²⁶ Erdoğan TEZİÇ: Anayasa Hukuku, Beta, İstanbul 2007, s. 393.

¹²⁷ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 169.

¹²⁸ ATAY, a.g.m., s. 125.

¹²⁹ Şeref ÜNAL: Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 274.

¹³⁰ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, a.g.e., s. 31.

¹³¹ Server TANİLLİ: Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş, 2. Basım, Say Yayınları, İstanbul, 1981, s. 375-376.

Locke, devlet yönetiminde yasama, yürütme ve konfederatif olarak üç kuvvet öngörür. Locke, yargılamayı ayrı bir kuvvet düşünmemekte, onu da yasaya bağlı bir faaliyet olarak görmektedir.¹³²

Kuvvetler ayrılığı, en açık seçik olarak ortaya, Fransız siyaset bilimci Montesquieu tarafından, 1748 yılında çıkan "Kanunların Ruhu" adlı eserinde ortaya konmuştur. Montesquieu'e göre kanunları yapan değiştiren ve kaldıran yasama kuvveti, devletler hukukuna göre işlevi yürüten, barışa ve savaşa karar veren, güvenliği sağlayan yürütme kuvveti, suçluları cezalandıran, bireyler arası uyuşmazlıkları çözen yargı kuvveti, devleti oluşturur.¹³³ Montesquieu devletin üç ana iktidarının tek elde toplanması halinde koyu bir istibdadın doğacağını, kişi güvenliği ve hürriyetlerin sağlanabilmesi için bu üç iktidarın birbirinden ayrı ve bağımsız üç organ arasında bölünmesi gerektiğini, iktidarın kötüye kullanılmasını ancak iktidarın başka bir güç tarafından durdurulması halinde önlenebileceğini söylemiştir.¹³⁴ Kuvvetler ayrılığı, devletin üstün otoritesine karşı bireyin korunmasının temel aracı olarak düşünülür.¹³⁵

Kuvvetler ayrılığı, kamu hukuku ve siyaset bilim dalında en fazla tartışılan konuların başında gelirken, artık gelişmiş toplumlarda bu konu çekiciliğini yitirmişse de, gelişmekte olan ülkelerde siyaset kurum ve örgütlenmeler kararlılığını kazanmamış olduğundan hala tartışılmaktadır.¹³⁶ Modern devlet idaresi yasama ve yürütme organları arasında gittikçe artan ve sıkılaştıran bir işbirliğini gerekli kılmaktadır. Çağdaş parlâmentarizm, genel olarak yürütme organının gitgide yasama alanında daha aktif bir role sahip olması ve inisiyatifini tamamen ele alması yönünde gelişmiştir.¹³⁷

Kuvvetler ayrımı ilkesi, tam anlamıyla sadece Amerika'da uygulanmaktadır. Bu ülkede, yürütme organı devlet politikalarını uygulayan

¹³² TEZİÇ, a.g.e., s. 403.

¹³³ TEZİÇ, a.g.e., s. 404.

¹³⁴ Münici KAPANİ: Kamu Hürriyetleri, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1964, s. 198.

¹³⁵ İbrahim KABOĞLU: Türkiye'de Hukuk Devletin Gelişimi ve İnsan Hakları Yılı, C-12, İstanbul, 1990, s. 143.

¹³⁶ Mehmet TURHAN: Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, DÜHFY, Diyarbakır, 1989, s. 3.

¹³⁷ KAPANİ, a.g.e., s. 198-199.

aktif organ, yasama ise bu politikaların uygulanması açısından onay makamıdır. Özgürlük ve düzen için varlığı şart olan her iki organın birbirini denetlemesi ve sınırlaması zorunlu kabul edilmektedir. Bunlardan birisi diğerinin yetkilerine tecavüz ettiği veya görevlerini yapmasını engellediği takdirde, bu husus Amerika'da ağır bir anayasa ihlali olarak değerlendirilir.¹³⁸

Kuvvetler ayrılığı tartışmasına katılan yazarlar hangi eğilimde olursa olsunlar, sorunun temelinde hukuk devletini yaratma endişesinin bulunduğu farkındadırlar.¹³⁹

“Yargı için genel olarak erk niteliği ile işlevi/rolü arasındaki ilişkide, yargının siyasal ve sosyal yönleri üzerine vurgu yapılır. *Yargının siyasal işlevi*, bu erkin örgütlenmesi ve devletin hükümet etmesi anlamındaki yeri ile açıklanabilir. Yargı sadece egemenliğin sembollerinden biri değil; aynı zamanda ve özellikle devlet erkinin asli, temel araçlarındandır. Tarihsel anlamda monark veya devletin bütün erkleri elinde bulunduranlar aynı zamanda yargı erkini de kullanmış, onun sahibi sıfatını taşımışlardır. Söz konusu kişiler orduya hükmetmeleri gibi yargı aracılığıyla siyasal gücün mihenk taşlarından birisine sahip olmuşlardır. Bu tarihsel süreçte bahse konu kişiler her zaman iyi bir rolü üstlenmedikleri gibi devlet erkinin kullanarak üstün ahlaki değerleri hiçe saymış, kişileri köleleştirmişler veya onlara gayri insani bir tarzda davranmışlar özetle egemenliği ve dolayısıyla da erkleri kötüye kullanmışlardır. Ancak daha sonra bu irade modernleşerek demokratik toplumun değerleri ve özlemleri ile siyasal işleve doğru yönelmiştir. Bu yönelim sonucunda günümüzde hukuk devleti kavramına ulaşılmıştır”¹⁴⁰. İşte bu sebeptendir ki, kuvvetler ayrılığı ilkesi hukuk devletinin gereklerinden birisi olarak kabul edilmektedir¹⁴¹. Bunun sonucunda kamu kudretinden kaynaklanan ayrıcalıklar ve egemenlik kavramlarının günümüzdeki anlamlarına ulaşılmıştır.

¹³⁸ ÜNAL, a.g.e., s. 76.

¹³⁹ Cemil OKTAY: “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, Anayasa Yargısı, C.1, Ankara 1984, s. 222.

¹⁴⁰ ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 123.

¹⁴¹ ATAY, İdare Hukuku, s. 97-98.

“Ülkemizde teori yürütme ve daha sonra da yasamanın yetkisinin sınırlandırılması ve yargının yetkisinin bu iki erke karşı güçlendirilmesi şeklinde gelişme göstermiştir. Ancak bu gelişim trendinde zaman zaman yargının yetkisinin de çerçevesinin çizilmesi gerekliliği söz konusu edilmiştir.¹⁴²

Atay’a göre; **kuvvetler ayrılığı meşru erkin bulunmadığı bir dönemde vatandaşların haklarının korunduğu siyasi bir teori olduğu ve** kuvvetler ayrılığı doktrininin zaman içinde uygulanan bir hiyerarşiyi gerekli kıldığı, kuvvetler ayrılığında normların alanının hiyerarşisi, zaman bakımından normlar hiyerarşisi uygulamasından kaynaklandığı, Anayasanın ise daha önceden var olduğu için uygulama anlamında en üst norm olduğu ifade edilmektedir¹⁴³.

Hukuk devletinde, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle kamu gücünden kaynaklanan yetkiler bölünmüş ve dağıtılmış olduğu için, devletin gücü dizginlenmiş ve sınırlandırılmıştır. Kuvvetler ayrılığı, hukuk devletinde siyasal gücün sınırlandırılmasını sağlayan en etkili yollardan biridir. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri arasında organik ve fonksiyonel ayrılık esasına dayanan bu ilke¹⁴⁴, egemenliğin sınırlandırılmasında zorunlu olduğu kabul edilen bir sistemdir.

Teziç’e göre; kuvvetler ayrılığı ilkesini ortaya koyanlar, nereden gelirse gelsin, yönetimde baskıyı (istibdatı) önleyecek bir yol aramaktadırlar. Bunun çözümünü de, kuvvetlerin tek bir elde toplanmamasında bulurlar¹⁴⁵. Kuvvetler ayrılığı ilkesi hükümetin olası keyfiliklerine karşı idare edilenlerin haklarını savunarak hürriyetlerin güvence altına alınmasını amaçlar. Montesquieu

¹⁴² Ender Ethem ATAY: “Normlar Hiyerarşisi, Erkler Hiyerarşisi İkilemi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VI, 4-5 Nisan 2008, Kayseri.

¹⁴³ ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 129.

¹⁴⁴ Devlet iktidarının bölüşülmesi, paylaşılması ve sınırlandırılması ilkesi, sadece yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin ayrı organlara verilmesini değil, bazen tek bir kuvvetin çeşitli organlar arasında bölüşülmesini de içerebilir. Parlamenter rejimde yürütme kuvvetinin, sorumsuz devlet başkanı ile sorumlu başbakan ve bakanlar kurulu arasında bölüşülmesi, bunun bir örneğidir. Başka bir örnek, yasama yetkisinin iki ayrı meclis arasında bölüşülmesi anlamına gelen iki meclis sistemidir.

¹⁴⁵ TEZİÇ, a.g.e., s. 394.

1748 tarihli Kanunların Ruhu (*l'Esprit des lois*) adlı eserinde bireylerin haklarının erki elinde bulunduran herkes veya her organın bunu kötüye kullanma eğilimi dolayısıyla çiğnendiğini ifade etmektedir. Hürriyetin erkin kötüye kullanılmasına karşı korunması için bu kötüye kullanmayı frenleyecek bir çözüm bulunmalıdır. Egemenlik erki tanımı dolayısıyla her şeyin üzerindedir. Bu nedenle hiçbir şey söz konusu erki durdurmada yeterli olamaz. Kuvveti kuvvetle durdurmak mümkün olabileceğinden kuvvetlerin paylaşılması ve yetkilerin farklı erklerle dağıtılması gerekir. Böylelikle erklerin karşılıklı olarak biri birlerini dengelemesi mümkün olabilir¹⁴⁶.

Erdoğan'a göre ise; kuvvetler ayrılığı teorisi; devletin yasama, yürütme ve yargı şeklinde üç branşa veya bölüme ayrılması siyasi özgürlüğün tesis ve idamesinin esasını oluşturur. Bu üç organın her birine kendi niteliklerine uygun birer devlet işlevi karşılık gelir: Yasama, yürütme, yargı. Bu nedenle her bir organ sadece kendi işlevini yerine getirmeli ve diğer organların işlevlerine karışmasına izin verilmemelidir. Bu şekilde organların her biri diğerini frenleyecek ve tek başına hiçbir organ devlet mekanizmasını kontrol edemeyecektir. Yani, kısaca, hem organlar hem işlevler hem de bunları yerine getirecek kişiler ayrı olacaktır. Aslına bakılırsa, bugün “kuvvetler ayrılığı” diye andığımız şey bu doktrinin “saf” halinden veya “ideal tipi”nden farklıdır. Yukarıdaki kısa açıklamanın da gösterdiği gibi, başlangıçta, kuvvetler ayrılığı devlet organlarının yetkisinin frenlenmesine “negatif” bir yaklaşımı ifade ediyordu. Buna göre, belirli işlevleri olan farklı, özerk karar-verici organların varlığı, kendi başına, iktidarın bir yerde toplanmasını ve kötüye kullanılmasını önlemeye yeterdi. Fakat, teori zamanla pozitif bir unsur, “frenler ve dengeler” anlayışını da içine alacak şekilde değişikliğe uğradı. Bu şu demek: Orijinal “kuvvetler ayrılığı” yasama, yürütme ve yargı işlevinin her birini yerine getirecek organları -kimsenin diğerlerinin işine karışamayacağı şekilde- birbirinden bağımsızlaştırmanın yeterli bir fren olacağını varsayar. Montesquieu'nun dediği gibi, “kuvveti kuvvetle

¹⁴⁶ Philippe GEORGES, Guy SIAT: Droit public, 12ème édition, Dalloz-Sirey Edition, Paris 2001, s.28-29; ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 125(12 nolu dipnottan).

durdurmak” gerekiyordu. “Fren ve denge” anlayışı ise, buna ek olarak, her bir kuvvetin diğer kuvvetin işlevine bir ölçüde katılmasını sağlamanın da aynı amaca hizmet edeceğini söyler.¹⁴⁷

Herhangi bir devletin örgütlenmesinde, siyasal sistem ne olursa olsun, mevcut kuvvetlerin denetimi kuraldır. Kuvvetler ayrılığı düzenlenmesinde, değişik usuller içinde yasama, yürütme ve yargının birbirini denetleyici yetki ve görevlerle sistemleştirilmesi, bu üç ayrı kuvvetin uyumlu ve bütünlükleyici bir çalışmayı gerçekleştirebilmeleri için zorunludur.

Kuvvetler ayrılığı, erklerin birbirinden kopukluğu ve tümünden bağımsızlığı anlamına gelmeyip, devletin varlığı ve bu varlığın gerektirdiği işlerlik, fonksiyonların yerine getirilmesi yönünden fonksiyonların birbirinden ayrılmış olması, fakat bu üç kuvvetin fonksiyonlarının bir bütün oluşturması demektir. Kuvvetler arasındaki ayırım, demokratik düzenlerde, tüm yetki ve iktidarın bir elde toplanıp, otoriter ve despotik bir yönetimi engellemek amacıyla kabul edilmiş ve bu amaca erişebilmesi için de kuvvetlerin birbirlerini denetlemeleri kuralı benimsenmiştir.¹⁴⁸

Kuvvetler ayrılığı ilkesi teorik anlamda, yasama ve yürütme kuvvetleri ile yargı kuvveti arasında mutlak bir ayrılığı gerektirir. Yargı kuvvetinin yürütme ile yasama organı karşısında tam bağımsızlığını sağlayan bu mutlak ayrılık yargının-adaletin ilk ve temel güvencesidir. Anayasada yer alan yargının bağımsızlığına ilişkin kurallar bu anlamda yaşamsal önem taşımaktadır.

Yasama ve yürütme kuvvetleri (organları) arasındaki ayrılık uygulamada değişik derece ve şekillerde gerçekleşmekte ve buna göre çeşitli hükümet şekilleri ortaya çıkmaktadır. “Kanunları yapma”-Yasama, “kanunları uygulama”-Yürütme ve “uyuşmazlıkları çözme”-Yargı olarak bu üç işlevden her birinin ayrı bir devlet organına verilmesi halinde, her organın kendi

¹⁴⁷ Mustafa ERDOĞAN: Kuvvetler Ayrılığı Nedir?, 1.4.2010 Star Gazetesi, www.stargazete.com, E.T., 1.4.2010.

¹⁴⁸ Çetin ÖZEK: “Yargının İdarî Denetimi”, İÜHFM, C.14 – 15, S . 1- 4, 1982, s. 915.

alanında kalması ve kuvvetin kuvveti durdurması sağlanarak hak ve özgürlükler de güvence altına alınmış olmaktadır.

Kuvvetler, milli egemenliğin parçalarıdır. Millet, temsilcilerini seçerken, bunlara kendi sahip olduğu kudretlerden birer parçasını vermiştir. Bir kısmına, kanun koyma; bir kısmına yürütme, bir kısmına da (seçilmiş olmasalar bile) yargılama kudretlerini devretmiştir¹⁴⁹.

Belirtmek gerekir ki, kuvvetler ayrılığının çağdaş anlamı, yasama ve yürütme arasındaki ayrılıktan çok yargı organının bu iki siyasal nitelikli organ karşısındaki bağımsızlığının sağlanmasıdır. Özellikle hükümetin ancak parlâmentonun güveni ile görevde kalabildiği parlâmenter sistemde çoğunluk partisi (veya partileri) bu iki organ arasında kuvvetler ayrılığı teorisinin öngörmediği ölçüde sıkı bir siyasal bağ yaratmıştır. Bu durumda, yasama-yürütme ayrılığının eski önemini korumadığı gerçek olmakla birlikte, yargı organının bağımsızlığı, benimsenen hükümet sistemi ne olursa olsun, hukuk devleti ilkesinin ve bütün özgürlükçü demokrasilerin vazgeçilmez bir unsurudur.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi her zaman için gündemde olan ve fakat doğası gereğince hukuk bilimini ilgilendirmesine rağmen; genellikle hukukçular tarafından değil de, siyaset bilimcilerince inceleme konusu edilmiştir¹⁵⁰. Bununla birlikte, yargıya intikal eden hassasiyet taşıyan bir konuya ilişkin yargı kararı verildiği anda yargının yürütmenin, idarenin veya yasamanın işlerine karıştığı, onların yerini alarak karar verdiği iddiaları ve yakınmaları söz konusu edilmektedir. Bu gibi durumlarda yargının iyi işlemediği, siyasallaştığı yetkilerinin sınırlarını aştığı veya yasama ya da idarenin yerine geçtiği söylenmektedir. Bu husus sadece Türkiye için geçerli bir durum olmayıp, Fransa¹⁵¹ gibi Batılı demokrasilerin uygulandığı ülkelerde de

¹⁴⁹ Nitekim, 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmında, şu satırlar yer almaktadır : “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında bir üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir iş bölümü ve işbirliği olduğu..”.

¹⁵⁰ ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 124.

¹⁵¹ Alain PARIENTE: “Introduction” in La séparation des pouvoirs, Théorie contestée et pratique renouvelée, Dalloz, Paris 2007, s. 3-5. Ayrıca bkz, ATAY, a.g.m., s. 124(4 nolu dipnottan)

gözlemlenmektedir. İleri sürülen iddianın hipotetik anlamda veya gerçekleşerek uygulanması hiçbir suretle kabul edilemez. Kuvvetler devlet egemenliğinin bir parçasıdır ve fakat hiçbir zaman tek başına egemenliğin tamamı anlamını taşımaz.¹⁵²

Klasik kuvvetler ayrılığı ilkesine göre bütün kuvvetlerin aynı kişi veya grubun elinde toplanması despotizmin oluşması riski taşır. Bu anlamda Montesquieu'ya göre erki elinde bulunduran herkes bunu kötüye kullanma potansiyelini taşır. Onun içindir ki, kuvvetin bir sınırının çizilmesi, belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla kuvvetin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi için yapılacak düzenlemelerle kuvvetin kuvvetle durdurulması sağlanmalıdır. Bu görüşten hareketle yazar, devletin erklerinin işlevlerinin analizine yönelmiştir. Montesquieu'ya göre¹⁵³; her devlette yasama, yürütme ve yargı erki olarak adlandırılan üç tür erk bulunmaktadır. Söz konusu bu erkler yani kanunları yapma, kanunların uygulanması suretiyle toplumsal çözüm tarzlarının bulunması ve uygulanması ve suçluların yargılanması veya kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesi eğer tek bir kişi, soylular topluluğu, grup veya halk tarafından tek başına kullanılırsa hürriyetler ortadan kalkacak, yok olacaktır.

“Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere kuvvetler ayrılığı liberal demokrasinin temel sütunlarından birisidir¹⁵⁴”. Bu sütunun işlevini layıki veçhile ifası için yargının bir erk olarak kabulü ve ilanı ile bu erkin bağımsızlığının kabulü gerekir. Buradan devletin içinde üçüncü bir erkin bulunduğu sonucuna ulaşılmakta ve fakat bu anlayış birçok yazar tarafından eleştirilmekte ve hatta reddedilmektedir¹⁵⁵.

Eleştiri sahiplerine göre; her modern toplumda yasama ve yürütme olmak üzere iki erk bulunmaktadır. Yasama erki kanun yapar, yürütme ise bunları uygular. İkinci erk siyasi olayların üst uygulamalarına karar verir,

¹⁵² ATAY, a.g.m., s. 124.

¹⁵³ ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 124.

¹⁵⁴ ATAY, a.g.m., s. 126.

¹⁵⁵ Turan GÜNEŞ: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s. 7(4 nolu dipnottan).

kamusal hayatın ayrıntılarına ilişkin düzenlemelerde bulunur veya anlaşmazlıkları yargılar. Bu işlevleri “**hükümet etmek**”, “**idare etmek**” ve “**yargılamak**” olarak adlandırılır. Bu yeni yaklaşım kuşkusuz demokrasinin gelişim sürecine bağlıdır. Gerçekten de demokratik bir devlette yasama ve yürütme meşruiyetlerini doğrudan doğruya halk egemenliğinden almaktadır. Seçimin söz konusu olmadığı yargıda bu doğrudan ilişki bulunmamaktadır.

Bu anlayışın bir sonucu olarak “**yargıçlar hükümeti**”¹⁵⁶ olgusundan duyulan endişe ve korku, seçimler sonucunda ya mükâfatlandırılma ya da cezalandırma tehdidine maruz kalmayan yargının bu tür bir olguyla karşı karşıya bulunan erkleri doğrudan denetleyebilme yetkisiyle donatılamaz. Bu eleştiri karşısında kimin hâkim olacağı, yargılama erkinin nasıl sistem dışında bırakılacağı sorusu akla gelmektedir.

Böylece varlığı ve saygınlığıyla devlet içinde gözlemlenen yargı erki sürekli bir biçimde değer kaybetmekte, degrade olmaktadır. Söz konusu durum Roma’da yargılama erki sahiplerine tahsis edilen korumaların zamanla sayısal azalması ve zaman içinde yargı mensuplarının protokolde işgal ettikleri yerlerindeki gerileme olgusuyla gözlemlenmektedir. Aynı şekilde Fransa’da Yargıtay üyelerinin 1875 yılında protokolde 4. sırayı işgal ederken, 1907 yılında 9. sıra, 1958’de 13. ve 1989 yılında 15. sırada yer alması şeklinde gerçekleşmiş ve 1995 tarihinde tekrar 13. sıraya yükseltilmiştir. Fransa’da 1791, 1815 ve 1848 tarihli Anayasalarda yargıdan bir erk olarak bahsedilirken daha sonra ve özellikle de 1958 Anayasası ile “**yargı otoritesi**” terimi kullanılması tercih edilmeye başlanmıştır¹⁵⁷ Ancak V. Cumhuriyet

¹⁵⁶ “Gouvernement des juges” ifadesi için bkz, Ender Ethem ATAY: “Fransa’da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı”, Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 1, Ekim 1998, s. 101-146.

¹⁵⁷ 1958 tarihli Fransız Anayasası’nın 64-66 maddelerinin yer aldığı VIII. Kısımın başlığı “De l’*autorité judiciaire*” (yargı otoritesi)dir. Söz konusu Anayasanın 66. maddesine göre: “Hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz. Kişisel hürriyetlerin koruyucusu yargı otoritesi kanunla öngörülen şartlarla bu ilkeye saygıyı güvence altına alır.” ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 127.(17 nolu Dipnottan).

Anayasasında hükümet ve parlamento içinde otorite kavramının kullanıldığını belirtmek yerinde olacaktır¹⁵⁸.

Erk (kuvvet, güç) terimi maddi anlamda devletin bir işlevine yapılan yollamayı açıklamak ve şekli anlamda da bu işlevi yerine getiren organ için kullanılmaktadır. Dolayısıyla katı anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandırılan ayrılık günümüzde artık hükümet ile parlamento arasında paylaşılan yasama yetkisinin kullanılması örneğinde olduğu gibi uygulanmamaktadır. Bir başka deyişle, organların farklılaşması artık işlevlerin ayrılması olarak algılanmamakta ve anlaşılmamaktadır. İşte bu noktadan hareketle yargı erki diğer iki erkten ayrılmakta, farklılaşmaktadır. Artık günümüzde siyasal tartışmalar doğrudan yasama ve yürütme erkleri tarafından söz konusu edilmektedir. Yargılama erkinin diğer bir özelliği de; **“yargının tarafsızlığı ilkesi”**dir. Yargı erki tarafsızlık ve soğukkanlılığını koruyarak siyasal tartışmaların dışında kalmaktadır. Yargıcın işlevi diğer organların işlevlerine benzemez ve sadece yargılama işleviyle izah edilebilir. Yargılama yetkisi kendine özgülüğünden kaynaklanmakta ve işlev ile organ arasında kurulan her türlü esnek ilişkiyi reddetmektedir. Yasama ve yürütmenin her biri diğerinin işlevinin yerine getirilmesi sırasında işbirliği içinde bulunabilir. Ancak yargı bu anlamda ayrı, farklı olma özelliğini korumalıdır. Yargılama işlevi tamamıyla farklılık arz eden bir işlevdir ve katı bir şekilde diğer erklerle olan ayrılığını koruması gerekir.

Günümüz siyasal rejimlerinde yargıcın ister kamusal isterse özel nitelikte olsun her alanda mevcudiyeti ve müdahalesi ölçüleri farklılık göstermekle birlikte tartışılmaz bir gerçeklik şeklinde belirlemektedir. Bu anlamda XX. Yüzyılın başından itibaren **“yargının siyasallaştığı”**ndan söz edilmekte ve yakınılmaktadır. Bu olgunun arkasında günümüz yargıcının basit anlamda uyuşmazlıkların çözülmesi işlevinin ötesinde müdahale alanının genişleyip genişlemediği sorunu yatmaktadır. Sorunun çözümünde demokratik meşruiyet açısından yapılan yaklaşım ve eleştirinin öncelikli

¹⁵⁸ Francis KERNALEGUEN: Institutions judiciaires, 3ème édition, Litec, Paris 2003, s. 6-7.; ATAY, a.g.m., s. 127.(18 nolu Dipnottan).

olduğu kuşkusuzdur. Seçimle belirlenmemiş bir yargıcın hangi ölçüye kadar siyasi erkin iradesi ve istemlerine müdahalede bulunabileceği kabul edilebilir? Bu sorun anlamında dikkati çeken husus söz konusu argümanın eleştiride bulunanların yanı sıra yargının lehinde olanlarca da kullanılmasıdır. Hiç kuşkusuz anayasa yargıcının söz konusu olduğu durumlarda yargıç doğrudan halkın iradesi ile belirlenmiş temsilcilerin iradesini denetleyebilmektedir. Bilindiği üzere halkın bu anlamdaki temsilcileri halkın adına kamu erkini kullanmaktadır. Anayasa yargıcı yaptığı denetime bağlı olarak neredeyse Anayasa Hukukunda teknik anlamda kullanılan “**kurucu güç**¹⁵⁹” işlevini belli ölçüde üstlenmektedir. Burada halk iradesi ile hukuka ve anayasaya uygunluk kavramlarının karşı karşıyalığı söz konusudur. Bu çerçevede hangi kavrama daha fazla bir önem atfedilmeli, hangisi daha üstün olarak değerlendirilmelidir sorusu büyük önem taşımaktadır.

Gerçek bir yargı düzeninin varlığı için uygulanacak kuralın uyuşmazlıktan önce varlığı yeterli değildir. Buna ilaveten devlet içinde hiçbir organın kendi kendini yetkilendirmeye ilişkin bir yetkisinin bulunmaması gerekir. Çünkü bir yandan yetkileri belirleyen kurucu güç yani halk yetkilerini hiçbir zaman bizzat kullanamaz. Diğer yandan kamu kudretini gerçek anlamda kullanan kurulu güçler kendilerine ilişkin yetkinin alanının genişliğiyle ilgili olarak doğrudan karar verebilme yetkisine sahip değillerdir. Bu anlamda olmak üzere kurucu güç üstün güç ve fakat gerçek anlamda egemen olmayan bir güçtür. Çünkü kurucu gücün rolü diğer gücün yetkisini belirlemektir; yoksa kendisine ilişkin gücün sınırlarını belirlemeye ilişkin bir yetkisi söz konusu değildir.

Siyasal geleneğimizde hukuk devleti, bağımsız yargı, tarafsız yönetim ve demokrasi sözcüleriyle ifade edilen sorunlar, biraz mesafeye bakıldığında

¹⁵⁹ “Yazılı anayasa anlayışı anayasanın devlet yönetimi organlarından ayrı bir kurum tarafından yapılmasını gerektirir. Buna kurucu iktidar denir.” Bülent Nuri ESEN: Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ankara 1970, s. 73; Ethem Ender ATAY: Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması Ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 525; TEZİÇ, a.g.e., s. 149; Kemal GÖZLER: Kurucu İktidar, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 1998, s. 110-111; Asli-Tali Kurucu İktidar” ayrımı için bkz. Kemal GÖZLER: Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2010, s. 29-40.

görülür ki, çağdaşlaşma çabalarının başından beri hep ‘önemli’ ve üstesinden fedakarlık gösterilerek gelinebilecek sorunlar olarak düşünülmüştür.

Her şeyden önce bu işler devlet işleridir. Örneğin ‘hukuk devleti’, devlet hayatında önemlidir. ‘Demokrasi’ devlet hayatı için gerekli bir düzendir. ‘Bağımsız Yargı’ devletin iyi yürütülmesinde zorunludur¹⁶⁰. Özetle Batı siyasal kültürünün ‘birey’i merkez alarak geliştirdiği kavramlar, Türk siyasal hayatında ‘devlet’ odağı etrafında ele alınır¹⁶¹.

Hukuk devleti açısından kuvvetler ayrılığı çok önemlidir. Hukuk devletinin diğer ilkeleri tek tek düşünüldüğünde, bunların yapısal zemininin kuvvetler ayrılığının yaşama geçirilmesi ile mümkün olacağı anlaşılabacaktır. Devlet güçleri birbirinden ayrılmazsa, o zaman mutlak bir rejim ortaya çıkacak ve hukukun üstünlüğü söz konusu olmayacaktır. Güçler ayrılığı, siyasal rejim içerisinde düzenli bir yapıya kavuşturulursa, ancak o zaman yönetimin frenlenmesi ve yargı denetimi altına alınması sağlanacaktır.¹⁶²

Yasama ve yürütme organı arasındaki ayrım “kanuni idare” anlayışının, yürütme ve yargı organı arasındaki ayrım da “yargı denetimi” ilkesinin doğmasına neden olmuştur.¹⁶³

Kuvvetler ayrılığının çağdaş ayrımı, yasama ve yürütme arasındaki ayrılıktan çok, yargı organının bu iki nitelikli organ karşısındaki bağımsızlığını ön plana çıkarmaktadır. Yargıyı eşitler arasında birinci yaparak, diğer kuvvetlerin bir adım önüne çıkarmıştır.¹⁶⁴

Gerçekten yargı organının, yani mahkemelerin siyasi organların her türlü etkisinden uzak bulunması ve onlara karşı tam bir bağımsızlığa sahip olması, demokratik rejimin temel şartlarından birini teşkil eder. Mahkemelerin, yasama ve yürütme organlarından ayrılmadığı ve hakim teminatının

¹⁶⁰ Cüneyt OZANSOY: “İdare Hukukunun Arka Bahçesi Olarak İdare Kültürü”, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 140.Yıl, Sempozyum Ankara 12 Mayıs 2008, Danıştay Yayını, No:77, Ankara 2009, s. 37.

¹⁶¹ Cemil OKTAY: “Hum” Zamirinin Serencamı, İstanbul 1991, s. 26.

¹⁶² Anıl ÇEÇEN: “Hukuk Devleti ve Yönetim”, Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan, A.Ü.H.F.M. Ankara 1977, s. 121.

¹⁶³ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, a.g.e., s. 31.

¹⁶⁴ ÖZBUDUN, a.g.e., s. 21.

gerçekleştirilemediği yerlerde, hürriyetlerin teminat altında olduğundan bahsetmek imkansızdır. Devlet kudretinin sınırlanmasını ve kamu hürriyetlerinin etkili olarak korunmasını sağlamak için mahkemelerin özellikle, yürütme organı karşısında bağımsızlığının sağlanması gerekir. Kuvvetler ayrılığını prensibinin bu gün için bütün önem ve ağırlığı bu noktada toplanmaktadır.

G. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNE GÖRE HÜKÜMET SİSTEMLERİ

Hukuki açıdan erkler arasındaki ilişkiler klasik erkler ayrılığına göre sınıflandırılır. Ortaçağda özellikle 15. yüzyıldan sonra siyasal yapı kral lehine bozulmaya başlamış, yetkiler tek bir elde toplanmıştı. Öyle ki, iktidarın mutlak monarkın elinde tekelleşmesinin en yüksek olduğu dönemde Güneş Kral 14. Louis “Devlet benim” demiştir.¹⁶⁵ Kuvvetler ayrılığı ilkesi Batıda 17. ve 18. yüzyıl siyasi felsefesine bağlı olarak gelişmiş olup, temelde kişi hak ve hürriyetlerini korumayı amaçlamaktadır¹⁶⁶. Liberal anlayış, bu hakların güvencesini erkler ayrılığında aramıştır. Buna göre elinde erk bulunan kişi yada makam bunu kötüye kullanabilir. Bu nedenle erkler ayrı ellerde bulundurulmalıdır.

Hükümet sistemleri sınıflandırılırken yasama ve yürütmenin birbiriyle ilişkisi temel alınmaktadır. Bu ilişkilerin niteliğine göre yapılan sınıflandırmada başkanlık sistemi, parlamenter sistem ve meclis hükümeti sistemi ortaya çıkmaktadır.¹⁶⁷

Kuvvetler ayrılığı sistemi de bu ayrılığın derecesine göre ikiye ayrılmaktadır¹⁶⁸:

¹⁶⁵ Bülent BAL: İstikrarsız Parlamentarizme Karşı Başkanlık Sistemi, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s. 11.

¹⁶⁶ TEZİÇ, a.g.e., s. 386.

¹⁶⁷ Mehmet TURHAN: Hükümet Sistemleri, Gündoğan Yayınları, Ankara 1993, s. 21.

¹⁶⁸ ÖZBUDUN, a.g.e., s. 301.

1-Yasama ve yürütme kuvvetlerinin kesin ve sert biçimde ayrıldığı başkanlık rejimi,

2-Yasama ve yürütme kuvvetlerinin daha yumuşak ve dengeli şekilde ayrıldığı parlamenter rejim.

Kuvvetler birliği sistemi bu iki kuvvetin birleştiği yere göre ikiye ayrılmaktadır.

1-Yasama ve yürütme kuvvetleri seçilmiş olmayan bir kişi veya kurulda birleşmişse mutlak bir monarşi veya diktatörlük rejimi,

2-Yasama ve yürütme kuvvetleri halk tarafından demokratik usuller içinde seçilmiş bir mecliste birleşmişse meclis hükümeti sistemi ile karşılaşmaktayız.

Montesquieu' "Yasaların Ruhu"nda İngiltere'de kamu özgürlüklerinin diğer Avrupa ülkelerine oranla daha gelişmiş olmasını yasama yürütme ve yargı kuvvetlerinin birbirinden ayrı olmasına ve birbirlerini denetlemelerine bağlamaktadır¹⁶⁹. Kuvvetler ayrılığı kavramını hiçbir zaman kullanmamakla birlikte devletin temelini erkler ayrılığında görmüş ve şu şekilde ifade etmiştir:

Ezeli bir tecrübe ile sabittir ki kuvvet sahibi herkes, bunun kötüye kullanılmasına meyleder. Kuvvetine bir sınır buluncaya kadar da gider. Fazilet bile sınırlanmak ister. Kuvvet, kötüye kullanılmamak için o surette düzenlenilmelidir ki kuvvet kuvveti durdursun. O halde devlette siyasal iktidar tek elde toplanmamalıdır. Devlet egemenliğini kullanan yürütme, yasama ve yargı otoriteleri birbirinden ayrılmalıdır.

Kuvvetler ayrılığının en sert biçimde uygulandığı sistem başkanlık sistemi¹⁷⁰ olarak görülmektedir. Bu rejiminin temeli "kuvvetler ayrılığı"dır¹⁷¹ Amerikalılar bu düşünce sisteminden etkilenecek anayasalarını yaparken üç kuvvetin birbirinden ayrılmasına özen göstermişlerdir.

¹⁶⁹ TURHAN, a.g.e., s. 32.

¹⁷⁰ Serap YAZICI: "Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri", İstanbul: Bilgi Üniversitesi Y., 2002, s. 92., Erdal ONAR: "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmesi Midir?," Başkanlık Sistemi, Ankara: Barolar Birliği Y., Ankara 2005, s. 91. TEZİÇ, a.g.e., s. 401; Mehmet TURHAN: Hükümet Sistemleri, Gündoğan Yayınları, Ankara 1993, s. 43; Ender Ethem ATAY: <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/ybr.htm>.s.17, E.T.12.12.2010, Günsev EVCİMEN: Başkanlık Hükümeti Sistemi "Ratio Politikası" ve Türkiye, Ankara Üniv. SBF Dergisi, Ocak – 1992, Ankara, s. :317-318.; Cem EROĞUL: Cumhurbaşkanının Denetim İşlevi, Ankara Üniv. SBF. Dergisi. Ocak – 1978, Ankara, s. 37.

¹⁷¹ TURHAN, a.g.e., s. 33.

Başkanlık rejimi deyimi ilk kez gazeteciler tarafından kullanılmıştır. Woodrow Wilson kongre hükümeti deyimini kullanarak kitabının adını “Kongre Hükümeti” koymuştur.¹⁷²

Başkanlık sisteminin bu güne kadar hemen hemen tek uygulama alanı ABD (Amerika Birleşik Devletleri) olmuştur. Latin Amerika ülkeleri ABD başkanlık sisteminden etkilenecek bu rejimi uygulamak istemişlerse de başarılı olamamışlardır. Rejim bu ülkelerde uzun süreli uygulanamayarak diktatörlüklere dönüşmüştür.

Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme kuvvetleri birbirinden sert bir şekilde ayrılır; ikisi arasındaki ilişkiler asgari düzeydedir; kuvvetler birbirinden bağımsızdır ve sistem, kuvvetler arasındaki çeşitli fren ve denge mekanizmaları sayesinde çalışır. Parlamenter sistemde(rejimde) ise kuvvetler ayrılığı daha yumuşaktır; yasama ve yürütme kuvvetleri birbirinden ayrı olmakla birlikte sistem, aralarındaki ilişkiyi artıran ve kolaylaştıran mekanizmalar içerir; burada iki kuvvetin işbirliğinden ve “bağımlılığından”¹⁷³ sözedilebilir. Parlamenter sistemde iki kuvvetin işbirliği, organik ve işlevsel açıdan gerçekleşir. Organik açıdan yürütme yasama üyeliği iç içe geçebildiği gibi, işlevsel açıdan yürütme yasa tasarıları hazırlayıp bunların yasalaşmasında etkili olabilir.

"Parlamenter rejimler, adlarını kurucu ilkelerine, yani parlamentonun egemen oluşuna borçludurlar. Dolayısıyla parlamenter rejimler parlamento ile hükümet arasında bir güçler ayırımına izin vermezler; bunların tümü, yasama yürütme arasında güçler paylaşımına dayanır”¹⁷⁴.

Parlamenter rejim katılımcı demokrasiyi daha iyi gerçekleştirebilecek bir rejimdir¹⁷⁵.

¹⁷² TURHAN, a.g.e., s. 32.

¹⁷³ Erdoğan TEZİÇ: Anayasa Hukuku, Beta, İstanbul 1991, s. 401; TURHAN, a.g.e., s. 43.

¹⁷⁴ Mehmet TURHAN: “Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası”, Diyarbakır: Dicle Üniv. Hukuk Fakültesi Y., 1989, s. 55; Hasan TUNÇ: Parlamenter Rejimlerde Yasama Faaliyetleri Açısından İktidar-Muhalefet İlişkileri Ve Türkiye’, Konya Ticaret Odası Dergisi, Yıl:4, S: 40, Haziran 1991, s. 12. Giovanni SARTORI: “Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği. Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme”,(Çev. Ergun ÖZBUDUN), Yetkin Yayınları. Ankara,1997, s. 137, Nur ULUŞAHİN: “Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi”, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 84-92.

¹⁷⁵ Taha PARLA: Demokrasi, Anayasalar, Partiler ve Türkiye’nin Siyasal Rejimi, Onur Yayınları, İstanbul 1986, s. 99-100. “Elitçi demokrasi” ve “katılımcı demokrasi” anlayışları için bkz. Münici KAPANİ: “Demokratik Teori Alanında Bazı Yeni Görüş ve Tartışmalar”, Prof. Dr. Bülent Nuri Esen’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Y., Ankara, 1977, s.205-219.

İKİNCİ BÖLÜM

YÜRÜTME VE İDARİ YARGI

I. ANAYASALARIMIZDA YÜRÜTME VE İDARİ YARGI

H. CUMHURİYET ÖNCESİ DURUM

Ülkemizde idari yargı yetkisinin tarihsel gelişimden söz edebilmek için Osmanlı Devleti'ndeki duruma bakılması gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, idari yargı denetimi kavramının günümüze ait modern bir kavram oluşu, günümüz saflığı veya tipikliğiyle tarihin her döneminde görülemeyeceğidir.

Zira, bir kurumun tüm kurucu unsurlarını kurumun tarihi boyu takip edebilmek imkansızdır¹⁷⁶. Bu nedenle konumuz idari yargının Osmanlı Devleti'nde “kuruluşu” ile Cumhuriyet dönemi sonrası gelişen durumlardan ibarettir¹⁷⁷.

Osmanlı Devleti'nin teokratik devlet¹⁷⁸ düzeni içerisinde olması ve egemenlik kaynağını da Tanrı'dan alması ve uygulanan hukukun din kaynaklı (İslam hukuku) oluşu¹⁷⁹ Osmanlı Devleti'nin yönetim şekline etki etmiştir. İslami devlet felsefesinin temeli, tek egemen kişi olan Sultanın sorumsuzluğu ilkesine dayanır. Hükümdar her fonksiyonu (yasama, yargı, yürütme) kendi

¹⁷⁶ Onur KARAHANOGULLARI: Türkiye'de İdari Yargı Tarihi, 1.Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2005, s. 2 (Kitabın İnternet Paylaşımı: [Http://80.251.40.59/Politics.Ankara.Edu.Tr/Karahan/Makaleler/Turkiyede idariyargi Tarihi.Pdf](http://80.251.40.59/Politics.Ankara.Edu.Tr/Karahan/Makaleler/Turkiyede%20idariyargi%20Tarihi.Pdf)).E.T. 25.06.2010.

¹⁷⁷ KARAHANOGULLARI, a.g.e., s. 2-3.

¹⁷⁸ Mümtaz SOYSAL: Anayasaya Giriş, Ankara, 1969, s. 18; Orhan ALDIKAÇTI: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, Genişletilmiş 3.Baskı, İstanbul 1978, s. 31.; Tahsin Bekir BALTA: İdare Hukukuna Giriş, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 35.; GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, s. 100.; Rüştü ARAL: Yargı Organı Olarak Danıştay, Yüzyıl Boyunca Danıştay, İkinci Baskı, Ankara, 1986, s. 228.; İlhan ARSEL: Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına (Şeriat Devletinden Laik Cumhuriyet'e), Ankara, 1975, s. 15.

¹⁷⁹ Coşkun ÜÇÖK, Ahmet MUMCU: Türk Hukuk Tarihi, 2.Baskı, Ankara 1981, s. 194.; Halil İNALCIK: “Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları”, SBFD, CXIII, S.2, 1958, s. 102.

kişisel ve şahsî hakkı gibi kullanma yetkisine sahiptir. Yetkileri şahsına sıkı sıkıya bağlı bulunduğundan, bütün tasarrufları kendinden sonra gelen hükümdarlar tarafından onaylanması gerekir.¹⁸⁰ Sultana vekil olarak (vekaleten) devlet işlerini yürüten memurlar, yaptıkları işlem veya eylemlerden ötürü yönetilenlere (kullara) hesap vermek durumunda değildirler. Vekaletin çerçevesi içinde kalan işlerde memuru dava etmek, sultanı sorumlu tutmak demektir ki, buna izin yoktur. Egemen devlet düzeninde olduğu gibi, memur, yalnızca vekaletin dışında kalan işlerden sorumlu olabilir. O da kişisel sorumluluktur, Devleti ve Sultanı ilgilendirmez.¹⁸¹

Osmanlı Devleti'nde, merkezi idarenin yürüttüğü faaliyetler (kamu hizmetleri) sınırlı sayıda idi. Bunlar genel olarak savunma, asayiş ve adalet hizmetlerinden oluşmakta idi¹⁸². Bunlar dışındaki kamu hizmetleri¹⁸³, bu günkü anlamda mahalli yönetimler bulunmadığından, çoğunlukla vakıflar¹⁸⁴ aracılığıyla yerine getirilirdi¹⁸⁵

Osmanlı Devleti'nde kamu hizmetlerini yerine getirme açısından farklı görev birimlerinin olduğu görülür. Padişah'tan "berat" alarak herhangi bir devlet hizmetine atanan kişilerden oluşan "askerî sınıf"ın, gerçek anlamı olan "savaşçılar" ile sınırlı kalmayıp, tüm kamu hizmetlerini kapsamaktadır. Bu sınıftakiler "reaya"dan, yani vatandaşlardan, özellikle vergi konusunda, farklılık gösterirler ve ayrıcalıklı bir konuma sahiptirler¹⁸⁶.

Askerî sınıf, zaman içinde, "ulema" ve ulema dışında kalıp "fiilen yönetim görevine katılanlar" olmak üzere iki kategoriye ayrılmıştır. Şeriatın düzenlemediği alanlarda kurallar koymak padişahın yetkisinde olduğundan,

¹⁸⁰ ONAR, a.g.e. C.I, s. 113.; AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, İdare, s. 47.

¹⁸¹ Esin YÜKSEL: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap: Esas, Ankara, 1976, s. 18.

¹⁸² BALTA, a.g.e., s. 41.

¹⁸³ İ. Erol KOZAK: Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf, İstanbul, 1985, s.20.

¹⁸⁴ ONAR, a.g.e., C.I, s. 536-537-538.; ÖZAY: Günişığında Yönetim, s. 271.

¹⁸⁵ ONAR, a.g.e., C.I, s. 536.; Sıddık Sami ONAR: "İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye'nin İdarî ve Hukukî Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durumu", Tahir Taner'e Armağan, İstanbul, 1956, s. 279.; BALTA, a.g.e., s. 38.; ÖZAY, Günişığında Yönetim, s. 267.

¹⁸⁶ ÜÇÖK, MUMCU, a.g.e., s. 198-199.

padişahın hukuka uygun hareket etmesinin güvencesi olan “ulema” sınıfı, devletin en ayrıcalıklı ve güçlü kesimini oluşturmuştur. Bunlar, padişah karşısında güvenceye sahiptiler¹⁸⁷.

Yönetim görevine fiilen katılan ve ulema dışında kalanlar ise “kul” olarak adlandırılırlar. Nitekim, vezir-i âzamlar dahi devşirmelerden atanmaya başlamış ve ulema dışındaki tüm askeri sınıf “kul” sayılmıştır¹⁸⁸. Devşirme kökenli bu kişiler, kamu görevlisi olarak vatandaşları yönetmekte idiler.

“Kamu hizmetlileri” olarak belirtilen askeri sınıf ile padişah arasındaki ilişkiye hukuki sorumluluk açısından baktığımızda, “padişahla memurun arasındaki ilişkinin hukuki nitelendirmesi netlik göstermez ve bu yüzden bir hukuki akit tipine sokulması da kolay değildir. Bu ilişki her bakımdan özeldir”¹⁸⁹. Bu özel ilişkiye paralel olarak, Osmanlı hukukunda memurun göreve ilişkin bir davranışından dolayı devletin sorumlu olacağı esası kabul edilmemiştir. Sorun, salt özel hukuk içinde değerlendirilmiş, memur ile devlet arasındaki ilişki vekalet benzeri görülerek, onun ilkeleri geçerli olmuştur¹⁹⁰. Bunun sonucu olarak, memur vekalet dahilinde veya hizmet haricindeki şahsi fiillerinden meydana gelen zararlardan devletin bir sorumluluğunun doğmayacağı esası kabul edilmiştir.

Başgil’in ifadesiyle, “Amme işlerinden dolayı gayri mesul olan halife-sultan gibi memur da, vekâletin şümulü dairesinde kaldığı müddetçe, gayri mesul idi. Hizmet fiilinden dolayı eşhas hakkında vukua getirdiği zararları tazmin ile mükellef değildi”¹⁹¹.

Osmanlı devlet ve egemenlik anlayışında “devletin sorumlu olabileceği” savı kabul görmediği için, padişahın “icra ve infaza vekili ve ‘naibi’” olan memurların fiillerinden doğan zararlar söz konusu olduğunda, görevle

¹⁸⁷ ÜÇÖK, MUMCU, a.g.e., s. 204-205.

¹⁸⁸ ÜÇÖK, MUMCU, a.g.e., s. 201.

¹⁸⁹ OZANSOY, a.g.e., s. 117.

¹⁹⁰ OZANSOY, a.g.e., s. 119.

¹⁹¹ BAŞGİL, a.g.e., s. 598.

herhangi bir ilgi ve bağ kurulabildiği anda, devlet için bir sorumluluk doğmayacaktır¹⁹².

Kuruluşu ilk dönemlere kadar uzanan "Beytülmal" (Devlet Hazinesi) de, devlet içinde tüzel kişiliğe sahip bir kurum olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir. *Beytülmal*'in bu durumundan yola çıkarak, Batıdaki *fiscus* kuramına benzetilerek, memurların sebep olduğu zararlardan devletin sorumlu olması imkanının olduğu öğretiler ileri sürülmüştür¹⁹³. Özellikle Onar tarafından ileri sürülen bu görüşe göre, devletin patrimuanı niteliği taşıyan ve özel hukuka tabi olan Beytülmal, özel hukuk çerçevesinde sorumluluk sahibi olacaktır¹⁹⁴. Bu görüşü destekleyen uygulama örneklerinin bulunduğu da belirtilmektedir. Örneğin hakimlerin yanlış karar vermesi sonucunda kişilerin zarar görmesi durumunda, kişilerin uğradığı bu zararların devlet tarafından tazmin edilmesinin kabul edildiği ifade edilmektedir¹⁹⁵.

Modernleşme ve Devleti çöküşten kurtarma çabaları arayışında Danıştay bir kurum olarak ortaya çıkıncaya değin değişik adlar altında bir çok kurumlar oluşturulmuş, edinilen tecrübeler ışığında bunlar ya tamamen kaldırılmış ya da yeniden düzenlenmiş, bir bakıma denem yanılma yoluyla en ideal işleyiş bulunmaya çalışılmıştır.

Osmanlı Devletinde hukuk devletine geçişin ilk adımı 1808 tarihi "Sened-i ittifak"¹⁹⁶ olarak kabul edilir¹⁹⁷. İlk defa hükümdarın yetkilerinin "ayanlar" lehine sınırlandırılması söz konusudur. Ancak bu anlaşmanın uygulanmasını sağlayacak her hangi bir mekanizma bulunmadığı için pek de uzun ömürlü olmamıştır¹⁹⁸.

¹⁹² OZANSOY, a.g.e., s. 125.

¹⁹³ OZANSOY, a.g.e., s. 124.

¹⁹⁴ ONAR, a.g.e., C. I, s. 127.

¹⁹⁵ KARAMAN, a.g.e., C.I, s. 208-209.

¹⁹⁶ Burhan KUZU: Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1995, s. 240.

¹⁹⁷ ONAR, a.g.e., C.I, s. 133; GÖZÜBÜYÜK, Anayasa, s. 103.; ÖZBUDUN, a.g.e., s. 3 ; TEZİÇ, a.g.e., s. 138.; ALDIKAÇTI, a.g.e., s.35; GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, İdare Hukuku Dersleri, s. 33.

¹⁹⁸ ALDIKAÇTI, a.g.e., s. 38. ; ÖZBUDUN, a.g.e., s. 3. ; TEZİÇ, a.g.e., s. 135.

Gelişen yeni dönemde I. Mahmut devrine bakıldığında, bugünkü Danıştay'ın temeli olarak kabul edilebilecek olan; kanun ve nizamnameleri hazırlama ve murakabe etme, yönetim işlerinde danışma ve memurları yargılama, devlet ile kişiler arasındaki anlaşmazlıkları çözme gibi amaçlarla kurulan (1809) "Meclis-i Vâlây-ı Ahkâmı Adliye"nin varlığı görülür. 1837'de ise Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye ve Dar-ı Şura-yı Bab-ı Ali ismiyle iki meclis oluşturulmasına karar verilmiştir. Söz konusu meclisleri kuran Nizamnameye göre, devleti ve milleti ilgilendiren konular ancak, bu meclislerde konuşulup tartışıldıktan sonra uygulanabilecektir.

1854 yılına gelindiğinde ise bu kez Devletin ıslahat işlerini düzenlemek ve tartışmak üzere Meclis-i Ali-i Tanzimat kurulmuştur. 1855 yılında devletin en yüksek danışma organı olarak sadrazamı başkanlığında toplanan heyeti vükelayı teşkil eden şahıslar ile Meclis-i Tanzimat ve Meclis-i Vala ve Bab-ı Alinin yüksek ricalinden teşekkül eden ve Tanzimat Meclisinin müzekkere ve tanzim edeceği nizamname lahiyalarını yeniden tetkik ederek tasdik etmek üzere Meclis-i Ali-i Umumi oluşturulmuştur.

Ard arda ihdas edilen bu kurumların arkasında yatan dinamiğe bakıldığında, modern merkezîyetçi yapı kurulması gayesi dikkat çeker¹⁹⁹.

1861 yılına gelindiğinde "Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye" ile Meclis-i Ali-i Tanzimat'ın birleştirilmesine karar verilmiş ve ortaya çıkan yeni meclise "Meclis-i Ahkam-ı Adliye" denilmiştir.²⁰⁰

Şura-yı Devlet kurulduğunda 28'i Müslim, 13'ü gayrimüslim 41 üyeden oluşmaktaydı. Nitekim Şura-yı Devlete kendi eseri gözüyle bakan Sultan Abdülaziz'e göre, "Kim olursa olsun, hangi millete mensup bulunursa bulunsun bütün erbabı iktidarın Şura-yı Devlete dahil olmasını isterim, Şura-yı Devlet, Suriyeliler, Bulgarlar, Boşnaklar, velhasıl kaffei akvamın erbabı iktidarı için bir merkezi müşterek olmalı ve bu erbabı iktidar vükelaya

¹⁹⁹ ÖZAY, Günışığında Yönetim, a.g.e., s. 9.

²⁰⁰ Orhan ÖZDEŞ: "Danıştayın Tarihçesi", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968, s. 53.

muavenet etmelidir”²⁰¹.

Hususi hukuk sahasındaki ihtilafları idari makam ve heyetlerinin elinden alarak ayrı bir mahkemeye vermek suretiyle adliye teşkilatının temeli atılırken, idari tasarruflardan çıkacak ihtilaflar da göz önünde tutulmuştu. İlk adliye mahkemesi olan Divan-ı Ahkam-ı Adliyenin vazife ve salahiyetlerinin tayin eden ikinci maddede “Divan-ı Ahkam-ı Adliye şahsı ile hükûmet beyninde bir iddiaya taalluk ederse ol davayı Şura-i Devlete naklettirecektir” denilmiştir²⁰².

Bu surette Şura-i Devletin üç türlü kazai fonksiyonu bulunuyordu:

1. Hükumetle fert arasındaki davaları görme
2. Adliye ile idare arasında çıkacak vazife ve salahiyet ihtilaflarını halletmek yani uyuşmazlık mahkemesi vazifesini ifa eylemek
3. Memurların muhakemelerine bakmak²⁰³.

Doktrinde Onar ve Özdemir’e göre, Şuray-ı Devlet’in kurulması Osmanlı Devletinde idari rejimin kabul edildiği anlamına gelmektedir.²⁰⁴. Onar’a göre Osmanlı Devleti’nin Tanzimattan sonra idari rejimi kabul etmesinin ilk nedeni belki de idari ıslahatta Fransa’nın numune tutulmuş olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim Tazimat bir çok müessese gibi yeni yeni adli ve idari müesseseleri de Fransa’dan almış, Fransız mevzuatını hemen aynen nakletmişlerdir. Bizde idari rejimin kabul ve tercihi şeklen Fransa’daki mucip sebeplere isnat ettirilemese de, esasta iki memleketin şartları arasında çok benzerlikler bulunmaktaydı; Osmanlı İmparatorluğunda da Tanzimattan sonra idareyi adliyenin murakabesi altına koymak yenilik hareketlerini geri bırakabilirdi. Çünkü, Tanzimat ve onu takip eden hareketler idareyi ve idari tasarrufları fıkıhın esaslarından tamamen ayırmış ve Batı hukuk prensiplerine istinat ettirmişti. Fıkıh dairesinde faaliyette bulunan şer’iye mahkemeleri tamamen başka bir yoldan yürüyen idareyi murakabe

²⁰¹ ONAR, C. I, a.g.e.,s. 85-86.

²⁰² ONAR, C. I, a.g.e., s. 86.

²⁰³ ONAR, C.I, a.g.e., s. 86.

²⁰⁴ Necdet ÖZDEMİR: Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara 1963, s. 17-18.

edemezlerdi. Bunların dışında Osmanlı'daki eski hakimiyet telakkisi ve an'aneleri idarenin kazai murakabesini, idari makamların mahalli mahkemeler huzurunda muhakeme edilmesini ve idari tasarrufların iptalini kabul edemezdi. Bu şekilde tutuk adalet anlayışına bağlanmış, merkezde bir Şura-yı Devletin muhakemesi, onu diğer merciler arasından tercih edilirliliğini öne çıkarmıştır²⁰⁵.

Şura-yı Devlet 1868 'de kurulduğunda beş daireye ayrılmıştır.

1. Umuru mülkiye ve zabıta ve harbiye dairesi
2. Umuru maliye ve evkaf dairesi
3. Umuru adliye dairesi
4. Umuru nafia ve ticaret ve ziraat dairesi
5. Umuru maarif dairesi

Bu daireler arasında dava dairesi şeklinde ayrı bir daire yoktu, fakat idari davalar konusuna göre bu dairelerden birinde görülüyordu. Daireler hem görüş açıklama hem de yargısal yetkilere sahip bulunuyorlardı. Adliye dairesi aynı zamanda bir uyuşmazlık mahkemesi fonksiyonu da icra ediyordu. Şura-yı Devlet kararlarının icrası, sadaret makamının onayına ve Padişah tasvibine bağlı idi. Bu suretle yargısal kararlar, tutuk adalet sistemine bağlanmıştır. Aynı yıl yapılan değişiklikle bağımsız ayrı bir dava dairesi mevcut değil iken, bağımsız bir Muhakemat Dairesi kurulmuştur.

Birinci Meşrutiyetin ilanına kadar ve Kanuni Esasinin yürürlüğe girmesinden önce ülkede bir yasama organı bulunmadığından, Şura-yı Devlet'e verilen görevlerin başında kanun ve nizamname lahiyelerinin incelenmesi ve en önemlisi hükümetle şahıslar arasındaki uyuşmazlıklardan doğan davalar gelmekteydi.

Bütün bu gelişmelerle birlikte, 1876 yılında kabul edilen "Kanun-u Esas-ı", Şuray-ı Devleti muhafaza etmiş, ancak "Her dava ait olduğu

²⁰⁵ ONAR, C.I., a.g.e., s. 87-88.

mahkemede rüyet olunur. Eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mehakimi umumiye aittir.” (m. 87)²⁰⁶ hükmü ile yargısal görevini sona erdirmiştir.

Böylece, Türk idari yargısının gelişimi bir süre durmuş ve Danıştay’ın yargı işlevi sadece memurların yargılanmasıyla sınırlı kalmıştır²⁰⁷. Bu bir anlamda Danıştay’ın görev yetkilerinin kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bu konuda farklı düşünceler de vardır. Nitekim Derbil’e göre, 1876 Anayasasında yer alan bu hüküm idari yargıya tamamen son vermemekle beraber, kazai denetimin adliye mahkemelerinde daha etkin mahiyette yapılması amacını gütmektedir, çünkü adalet mahkemelerinde tutuk adalet usulü cari değildi.²⁰⁸

1868 tarihinde Ali Paşa tarafından kurulan Şura-i Devlet, 54 sene görevini yerine getirdikten sonra, İstanbul’un Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne devri sırasında, Cumhuriyet devrinde 669 sayılı Kanunla yeniden kuruluncaya dek, 4 Teşrinisani 1338 (1922) tarihinde İstanbul’daki bütün merkez dairelerinin Büyük Millet Meclisi Hükümetinin idaresine geçtiği sırada teşkilat olarak lağvedilmiştir²⁰⁹.

Danıştay’ın devletin sorumluluğunu tayin ve tespit için kurulmuş bir kaza mercii olduğu sanılarak büyük ümitler beslendiyse de bu ümitler hiçbir zaman gerçekleşmemiştir. Bizde idarenin hukuki ve mali sorumluluğunu kamu hukuku esaslarına göre tesise imkân verecek idari rejimin 1868’de Şuray-ı Devlet’in kurulması ile başladığını savunmak²¹⁰, “güçler ayrılığı ilkesinden uzak, hesap vermeyen bir otorite gerçeği karşısında” pek kolay görünmemektedir²¹¹.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 3 Kasım 1839 tarihinde devlet erkanının, yabancı diplomatların, kalabalık bir halk kitlesinin, Osmanlı tebaası

²⁰⁶ 1986 Anayasası, Md 87.

²⁰⁷ Ragıp SARICA: İdari Kaza, İstanbul 1942, s. 283; İsmet GİRİTLİ, Pertev BİLGEN: İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 120.

²⁰⁸ Süheyp DERBİL: İdare Hukuku, 3. Bası, Ankara 1950, C. I, s. 185.

²⁰⁹ İl Han ÖZAY: Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, 3. Basım, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 12.

²¹⁰ ONAR, a.g.e., C.I, s. 87.; ÖZDEMİR, a.g.e., s. 17-18.

²¹¹ OZANSOY, a.g.e., s. 134.

içerisinde yer alan farklı dinden toplulukların ruhanî temsilcilerinin huzurunda okunarak ilan edilen Hatt-ı Hümayun, toplum yapısında olduğu kadar devletin idare sisteminde önemli değişikliklerin oluşmasına, bu arada idare hukuku, kamu tüzel kişiliği ve giderek idarenin sorumluluğu gibi hususların hukuk dünyamıza girişine vesile olmuştur²¹².

Şura-yı Devlet'in lağvedilmesinden sonra mevcut kanunların Şura-i Devlet'e verdiği görev ve yetkilerin mercisiz kalışı bir takım sorunlar ortaya çıkmaya başlamıştır. Şura-yı Devlet'in lağvedilmesinin ancak geçici bir tedbir olarak düşünülebileceğini belirten Büyük Millet Meclisi Dahiliye Encümeni'ne göre Şura-yı Devlet'in nizamnameleri çok karışmış, anlaşılmaz hale gelmiş bulunduğundan, esasen bu vazaifi sureti sarihada tayin ve tahdid edecek yeni bir kanuna ihtiyaç duyulurken Büyük Millet Meclisi'nin teşkiliyle başlayan idare-i milliye, istihlası vatan gayesine matuf mesaisinde bütün kuvvetleri teksif mecburiyetiyle bazı teşkilatı devlet arasında bidayeten Şura-yı Devleti ihmal zarureti hissetmiştir²¹³.

Yüksek bir idare mahkemesinin zorunlu olarak öngörülemediği 1921 Teşkilatı Esasiye Kanununda, hiç değilse bu mahkemeye duyulan gereksinimi karşılayacak uygulamaya girilmiştir. Nitekim Büyük Millet Meclisi döneminde özellikle memurların yargılanması konusunda görülen eksiklik nedeniyle, Meclis üyelerinden teşkil olan Memurin Tetkik Heyeti ile Memurin Muhakemat Encümenine ihdas edilmişse de Şurayı Devletin bıraktığı boşluk doldurulamamıştır²¹⁴.

²¹² Ramazan ÇAĞLAYAN: İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Seçkin Yayınları, 2.Baskı 2001. s. 92.; ALDIKAÇTI, a.g.e., s.35.; GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, .a.g.e., s.33.; Bülent TANÖR: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul, 1996, s. 24. ; ONAR, .a.g.e., C.I. s.133.; Versan VAKUR: Kamu Yönetimi, Siyasî ve İdari Teşkilat, Dokuzuncu Basım, İstanbul, 1986, s. 146.

²¹³ Sadık ARTUKMAÇ: Bizde İdarenin Murakabesi, İstanbul 1950, s. 64.

²¹⁴ ÖZAY, Yargısal Korunma, s. 13.

İ. CUMHURİYET SONRASI DURUM

1. 1924 Anayasası

Cumhuriyetin ilan edilmesi ve organlarının oluşturulmaya başlanmasına rağmen, olağanüstü bir dönemin eseri olan ve 1876 tarihli Kanun-u Esasiyi ilga etmeyen 20.01.1337 (1921) tarihli, 85 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu, yeni kurulan devletin Anayasadan beklentilerine cevap verecek ve toplumu yönlendirecek bir metin özelliğinden mahrum olması nedeniyle yeni bir Anayasanın yapılması zorunluluğu doğurmuştur.

Bilindiği üzere, 1921 Anayasası kuvvetler birliği ve meclis hükümeti sistemine dayalı bir yapıya sahipti. Öte yandan, 20.04.1340 tarihli ve 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu olarak yürürlüğe giren 1924 Anayasası, içerdiği hükümleri itibariyle tam anlamıyla kuvvetler birliği anlayışının etkisinden kopamayarak meclis hükümeti ile parlamenter rejim arasında karma bir sistem kurmakta; 1921 Anayasası'nın "temel hak ve özgürlükler" ile "yargı" ya ilişkin eksikliklerini de tamamlamaktadır.

Kısa, basit ve en önemlisi kendi içinde tutarlı²¹⁵ bir Anayasa olarak değerlendirebilecek olan 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu 8 inci maddesi yargı hakkının, "...millet namına, usuli ve kanunu dairesinde müstakil mehakim tarafından istimal olunur." şeklinde bağımsız mahkemeler tarafından millet adına kullanılacağını belirtmiş; söz konusu maddede bir "hak" olarak bu şekilde nitelendirilen yargı fonksiyonu, Anayasanın İkinci fasıl "Vazifei Teşriye", Üçüncü fasıl "Vazifei İcraiye"den sonra Dördüncü fasıl "kuvvei kazaiye" başlığında bu kez bir hak olarak değil kuvvet olarak nitelendirilmiştir.

Yargıyı bağımsız mahkemelerce yerine getirilecek bir kuvvet olarak düzenlemesine rağmen mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı konularında gerekli düzenlemeleri "kanun dairesinde" geçerli ve yeterli kılan böylece yargının yasamaya karşı duruşunu menfi yönde etkileyen 1924

²¹⁵ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK: Açıklamalı Türk Anayasaları, 6.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s. 61.

Anayasası'nın, yargıya ilişkin bir başka olumsuz düzenlemesi idari yargıya ilişkin olmuştur. Nitekim Şura-yı Devlet'in kuruluşunu öngören 51 inci madde, Dördüncü fasıl olan "kuvvei kazaiye" maddeleri arasında değil, Üçüncü fasıl olan "vazifei icraiye" yani yürütme içinde düzenlenmiştir²¹⁶.

1924 Anayasası'nın 51 inci maddesi ile " idarî dava ve ihtilafları rüyet ve hal, Hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun lahiyaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalaa, gerek kendi kanunu mahsus ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere" bir Şura-yı Devletin kurulması ve başkan ve üyelerinin ise "...vazaifi mühimmede bulunmuş ilim, ihtisas ve tecrübeleri ile mütemeyyiz zevat meyanından" Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilmesi usulünü getirmiştir.

Cumhuriyet'in ilk anayasası olan 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu lafzında, hukuk devleti deyimine yer verilmiş olmasa da, bir çok maddesinde hukuk devletinin gereklerine ilişkin düzenlemelerde bulunduğu görülebilir. Nitekim, ülkemizde önce doktrinde, sonra yargı kararlarında ve anayasa metinlerinde yer alan hukuk devleti kavramı²¹⁷ anayasalarımıza ilk kez 1961 Anayasasıyla girmiştir. Ancak bu durum 1924 Anayasası döneminde hukuk devleti olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu bir dönemde Danıştay, Anayasa metni içerisinde öngörülmemiş olan hukuk devleti ilkesini zikrettiği ve hatta bu surette "Anayasaya uygun Yorum" tekniğini kullandığı ünlü 1950/128 sayılı kararıyla, "İdari tasarrufların kazai mürakabeye tabi tutulması hukuka bağlı devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabından (dır)..."²¹⁸ şeklinde hükmedebilmiştir.

1924 Anayasasıyla, kuvvetler ayrılığı prensibi çerçevesinde yasama ve yürütme ilişkisi açısından meclis hükümeti ile parlamenter rejim arasında karma bir sistem kurulduğu söylenebilir²¹⁹. 54 ve 55 inci maddeleriyle yargı bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ile yargıçlık güvencesinin sağlandığı

²¹⁶ TANÖR, a.g.e., s. 110, KABOĞLU, a.g.m., s. 150.

²¹⁷ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 22.

²¹⁸ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 1940/320 Esas.-1950/128 Karar, Danıştay Kararları Dergisi, Yıl. 14-15, Sayı:50-53, s. 118.

²¹⁹ ÖZBUDUN, a.g.e., s. 9, KABOĞLU, a.g.m., s. 156.

Anayasanın 51 inci maddesiyle Danıştay'ın kurulması ve yargısal denetimle görevlendirilmesi, bu surette yönetimin yargısal denetiminin Anayasal bir ilke haline getirilmiş olması, yine 103 üncü maddeyle anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına yer verilmiş olması Anayasanın hukuk devleti bahsinde attığı önemli adımlardır.

Öte yandan, Anayasanın geneline egemen olan özgürlükçü ruha rağmen, özgürlüklerin geniş ve ayrıntılarla düzenlenmemesi, sınırların yalnızca “kanun”la çizilebileceğine dair hükmün biricik güvence olarak kalması, Anayasa yargısının ihmal edilmesi, yasamanın özgürlükleri dilediği gibi sınırlandırabileceği bir hukuk düzeni yaratmasına imkan ve sebebiyet vermiştir.

1924 Anayasası dördüncü fasıl “kuvvei kazaiye” içerisinde, 1961 ve 1982 Anayasasında olduğu gibi Yüksek Mahkemeler bölümü yer almamıştır. Nitekim, Kuvvei Kazai ye faslında, Şurayı Devlet zikredilmediği gibi Yargıtay (Mahkemei Temyiz) da yer almamakta; yalnızca Divani Ali (Yüce Divan) kuruluş ve görevleriyle düzenlenmiştir²²⁰

Şurayı Devlet'in kuruluşuna duyulan gereksinim lağvedildiği tarih itibariyle yine 1921 Anayasası döneminde fark edilerek, ihdası niçin gerekli yasama süreci başlatılmış, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu 51 inci maddesi ile kuruluşu öngörülmüş, nihayet 23 Teşrinisani 1341 (1925) tarihli, 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu çıkarılmış ve fiilen 6 Temmuz 1927 tarihinde çalışmaya başlamıştır.

Şurayı Devlet Kanunu maddeleri incelendiğinde idari davaların iki grupta ele alındığı görülür. Bunlardan ilki, ilk derecede olmak üzere Şurayı Devlet'te doğrudan doğruya ve kesin olarak karara bağlanacak davalar 19 uncu madde ile düzenlenmişken, ikinci grup 20 nci maddede belirtilmiş olan temyiz yoluyla nihai ve kesin olarak çözümlenen davalardır.

669 sayılı Kanunda zamanla kanuni değişiklikler yapılmasına rağmen, “ Şurayı Devlet Kanunun daha esaslı ve faydalı bir değişiklik ile yeni baştan

²²⁰ 1924 Anayasası 61.madde ve devamı.

yapılması; Şurayı Devletin teşkilatı, vazife ve idari kaza usullerini derpiş eden ve amme hukukuna karşı devletin adil kudretini daha ziyade temin edici neticeler” elde edilmesi gerekçesiyle²²¹ 669 sayılı Kanunu ilga eden 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu²²² yürürlüğe sokulmuştur. İdari kararların manasını tayin amacıyla 669 sayılı Kanunun 19 uncu madde c bendiyle kabul edilen tefsir davaları, 3546 sayılı Devlet Şurası Kanununda isabetsiz²²³ bir şekilde idari yargı yetkisinden çıkarılmıştır.

Bunların dışında 3546 sayılı kanunla, içtihatların birleştirilmesi (m.29), dava açma süresi doksan güne çıkarılması(m.32), idari makamların sükûtu(m.33), üst makamlara başvurma (m.34), kararların düzeltilmesi müessesesi(m.50), yanlışlıkların düzeltilmesi ve tenakuzun kaldırılması(m. 52), tehiri icra kararlarının verililişinin teminat şartına bağlanması(m.55) gibi başlıca önemli düzenlemeler öngörölmüştür.

Son olarak, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununu dili 10.1.1945 tarihli, 4695 sayılı Kanunla baştan aşağı sadeleştirildiğinden Şurayı Devlet, Danıştay ismini almıştır.

Genel olarak 1924 Anayasasına bakıldığında, kuvvetler ayrılığı prensibi çerçevesinde yasama ve yürütme ilişkisi açısından meclis hükümeti ile parlamenter rejim arasında karma bir sistem kurulduğu söylenebilir. 54 ve 55 inci maddeleriyle yargı bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ile yargıçlık güvencesinin sağlandığı Anayasanın 51 inci maddesiyle Danıştay’ın kurulması ve yargısal denetimle görevlendirilmesi, bu surette yönetimin yargısal denetiminin anayasal bir ilke haline getirilmiş olması, yine 103 üncü maddeyle Anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına yer verilmesi Anayasanın hukuk devleti bahsinde attığı önemli adımlardır.

²²¹ 3546 sayılı Devlet Şurası Kanununun gerekçesi için bkz. ARAL, a.g.m., s. 92-93.

²²² Düstur Tertip III, C.20, 117-129.

²²³ ARAL, a.g.e., s. 99.

2. 1961 Anayasası

1961 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar Türk siyasi ve hukuk tarihinde yer alan 1921 ve 1924 Anayasaları hükümlerinde anayasa geleneğimiz açısından dikkat çeken bir özellik vardır: Anayasaların yapılışı sırasında, iktidarı sınırlamak kaygısı yerine bütüncül bir egemenlik anlayışından hareketle tek bir organın, yani Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ulus egemenlinin “yegane ve hakiki mümessili” kabul edilmesi esas alınmıştır. 1961 Anayasası ise böylesine bir bütüncü egemenlik anlayışına tepki olarak karşımıza çıkar²²⁴.

Bu tepkisellikle “yumuşak bir kuvvetler ayrılığı”nın tesis edildiği²²⁵; Anayasanın öncelikli amacı, yöneticilerin yetkilerini suistimal etme riskine karşı güvenceler geliştirmek, sınırlamalar getirmek ve karşı iktidarlar yaratmak olmuştur²²⁶.

Karşı iktidarlar arayışında “yargı”ya 1961 Anayasasında özel bir önem atfedilmiştir. 1961 Anayasası'nın 114 üncü maddesi 1 inci fıkrası “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimine bırakılmaz.”²²⁷ hükmüyle idarenin yargısal denetimine ilişkin, yargıcın, idare ile birey arasındaki uyuşmazlıkta, “yasallık ilkesinin bekçisi” olarak ifa ettiği vazifede denetimin yaygınlığı ilkesini²²⁸, başka hiçbir pozitif metinde karşılaşılamayacağımız bir mükemmellikte temin etmiştir.

Özbudun'a göre, 1961 Anayasası, idari yargı yolunu kapatacak, kanunların çıkarılmasını yasaklıyor; idari yargıya hitap eden yönüyle, bu mahkemelerin bir kısım yürütme işlemlerinden doğan uyuşmazlıkları kendi

²²⁴ Mümtaz SOYSAL: “Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)”, Anayasa Yargısı, 1984 Ankara, s. 13.

²²⁵ 1961 Anayasası Anayasa Komisyonu Raporu, Genel Gerekçe, Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C.II, 1961, S: 35, s. 6.

²²⁶ İbrahim KABOĞLU: “Türkiye’de Anayasal Reformlar Üzerine”, Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası, Türkiye Barolar Birliği, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, s. 54.

²²⁷ 114 üncü maddenin yargı denetimi başlığında getirdiği diğer iki düzenleme ise, idarenin işlemlerin dolayı açılacak davalarda süre aşımının yazılı bildirim tarihinden başlaması ile idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olması şeklindedir.

²²⁸ İbrahim KABOĞLU: Özgürlükler Hukuku, 6.Baskı, İmge Kitapevi, 2002, s. 22.

görev alanları dışında görmek suretiyle açılan davaları reddetmeleri şeklindeki önceki uygulamanın tekrar görülme olasılığını ortadan kaldırmıştır²²⁹.

Akıllıoğlu'na göre ise; kurucu iktidar 114 üncü madde ile yargısal denetimin belli yönlerini Anayasal güvence altına almak istemiştir²³⁰.

Yine Anayasanın 118 inci maddesi 3 üncü fıkrası ile Anayasal güvence şemsiyesi genişletilerek, “disiplin kararları(nın), yargı mercilerinin denetimi dışında bırakıl(mayacağı)” belirtilmiştir. 114 üncü maddeye ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin yorumu, Anayasanın bu kuralla açık tuttuğu yargı yolunun kamu hukuku alanında idari yargı, özel hukuk alanında ise adli yargıya delalet ettiği yönündedir²³¹.

1961 Anayasası'nın idari yargı yetkisine ilişkin bir diğer önemli maddesi ise, 1924 Anayasasından farklı olarak bu kez Yargı Bölümü içerisinde, Yüksek Mahkemeler arasında 140 ıncı madde ile düzenlediği Danıştay'dır. Maddeye göre Danıştay, “kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesi” olarak, “ idarî uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlmek ”dışında Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer görevleri yapmakla görevlendirilmiştir.

Bu hükümlerle Danıştay'ın yeni kimliği “idare mahkemesi”²³² olarak saptanmış; 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununda aslen danışma ve inceleme mercii, bunun yanı sıra yargı mercii olan Danıştay, 1961 Anayasasıyla asıl

²²⁹ ÖZBUDUN, a.g.e., s. 91-92.

²³⁰ Tekin AKILLIOĞLU: “ Anayasa Mahkemesine göre Anayasa 114 Yorumu ”, Seha L. Meray’a Armağan C.I.,1981, s. 14.

²³¹ Anayasa Mahkemesi, E.1976/1, K.1976/28, Karar Tarihi:25/5/1976, AMKD, S: 14, s. 185.

²³² ONAR, C.I, a.g.e., s. 205-206.

görevi yargılama olan ve bunun yanında da istişari görüş bildiren bir yüksek mahkeme olmuştur²³³.

1961 Anayasası döneminde yargı yolunu kapayan yalnızca dört kanun çıkarılmış olup, bunlar da Anayasaya aykırı görülerek iptal edilmiştir. 1961 Anayasası döneminde çıkartılmış olanlar da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş veya Yasama organı tarafından değiştirilmiş²³⁴ veya Anayasa Mahkemesi tarafından “kararların kesin olduğu” yönündeki ifadelerin idari yargı yolunu kapayan bir hüküm değil, üst idari mercie itirazı öngörmeyen hükümler olduğu şeklinde yorumlanarak iptal edilmemiştir²³⁵.

1961 Anayasası’nın idari yargı yetkisine ilişkin doğrudan düzenlemeler içeren maddeleri, 20.09.1971 tarihli 1488 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanunla²³⁶ değişikliğe uğramıştır. 1488 sayılı Kanunla, her şeyden önce Anayasanın 156 ncı maddesi nedeniyle Anayasa metnine dahil sayılmayan madde başlığı, “Yargı denetimi”nden “Yargı yolu”na dönüştürülmüştür. Maddenin birinci fıkrası, “hiçbir eylem ve işlem ”, ve “hiçbir halde ” ibarelerinin hükme kattığı kesinlikten uzak bir şekilde, “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.” şeklinde içinde istisnaları da barındırabilecek hukuki bir formüle çevrilmiştir. 1488 sayılı Kanunla 114 üncü maddeye eklenen fıkrayla, “Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlandıracak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.” hükmü getirilmiştir.

1961 Anayasası’na genel olarak bakıldığında; Danıştay’a yüksek mahkemeler arasında yer vererek, idareye şeklen olsun bağlı olmaktan kurtarmış ve Anayasanın 132 nci maddesi ile yetki bakımından

²³³ Sait GÜRAN: Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, İstanbul, s. 351.

²³⁴ İl İdare Kanununun yargı yolunu kapayan 13 üncü maddesi, 12.05.1964 tarihli, 469 sayılı Kanunla değiştirilmiştir.

²³⁵ 5917 sayılı Gayrimenkule Tecavüzün Def’i Hakkında Kanun hakkında Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 1962/274E, 1963/40K, Karar Tarihi 21.02.1963, AMKD, S:1, s. 104.

²³⁶ Resmi Gazete, 22 Eylül 1971, S:13964.

güçlendirmiştir²³⁷. 1961 Anayasası ile idari yargı üst derece mahkemesi açıkça yargılama yanında idari olarak da görevlendirilmiş, yani kuruluş bakımından açıkça Danıştay biçiminde örgütlenmiştir. Bu dönemde ilk derece idari yargı yerleri olan İl ve İlçe İdare Kurulları, Vergi İtiraz ve Temyiz Komisyonu ve Gümrük Hakem Heyeti mahkeme niteliğinde olmayan idari makamlardır²³⁸.

1961 Anayasası döneminde, idari yargı sistemimizin ileri bir düzeye ulaşamamış ilk derece idari yargı yerleri mahkeme niteliğine kavuşturulamamıştır. Bunların yeniden düzenlenmesi, idari mahkeme durumuna getirilmesi zorunlu görülmüş ve çalışmalar Bölge İdare Mahkemeleri adı altında Milli Güvenlik Konseyi dönemine kadar sürdürülmüştür. Milli Güvenlik Konseyi döneminde, idari yargı bir bütün olarak ele alınmış ve yeniden düzenlenmiştir²³⁹.

1961 Anayasasının 140 ıncı madde 5 inci fıkrası delaletiyle Danıştay'ın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri ve üyelerinin özlük işlerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre düzenlenmesi amacıyla 24.12.1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu²⁴⁰ çıkarılmıştır.

Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla göreceği davalar 30 uncu maddede; idari işlemler hakkında kanun aykırılıktan dolayı menfaati ihlal edilenlerce açılacak iptal davalarında, yetki, şekil, maksat unsurunun yanında, 521 sayılı Kanunu önceleyen düzenlemelerde yer alan “esas” ibaresi yerine “sebeup ve konu” unsurları metne dahil edilerek, özellikle takdir yetkisine ilişkin sorunlu bir öge olan “sebeup” unsurunun yargısal denetime tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. 30 uncu madde, hakları muhtel olanlarca açılan tam yargı davalarına, idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalara ve idari yargı yetkisine haiz merciler

²³⁷ A.Şeref GÖZÜBÜYÜK: Yönetmel Yargı, 30. Bası Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 16.

²³⁸ Ahmet NOHUTÇU: İdari Yargı, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010, s. 27.

²³⁹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmel Yargı, s. 17.

²⁴⁰ Resmi Gazete, 13 Aralık 1964, S:11896, s. 1-14.

arasındaki görev ve yetkileri uyuşmazlıklarına yer verdiği gibi, 3546 sayılı Kanunla idari yargı yetkisinden çıkarılan yorum davaları da, maddenin E bendi olarak “Adalet mahkemelerinde bakılmakta olan bir davada bu dava ile ilgili bir idari işlemin manası veya şümülünün tayini hususunda çıkan uyuşmazlıkların halli için mahkeme kararı üzerine açılacak davalar” şeklinde tanınmıştır. Bunun dışında idari yargı mercilerinden özel kanunlarına göre kesin olarak verilmiş ve üst idari yargı mercii bulunmayan yargı kararlarının temyizen inceleneceği belirtilmiştir. (m.31)

3546 sayılı Kanun’da, imtiyaz şartname ve mukaveleleri ile ilgili olarak mütalaa verme olarak yüklenen vazife, 521 sayılı Danıştay Kanunuyla, “inceleme” yetki ve görevine yükseltilmiş (m.29/B); 1924 Anayasası 52 inci maddesi ile tüzüklerin kanuna aykırılığının incelenmesi görevi Türkiye Büyük Millet Meclisinden, 521 sayılı Kanunun 44 üncü maddesi ile tüzüklerin iptali davasını görme göreviyle Dava Daireleri Kurulu’na verilmiştir. Dava açma süresinin doksan gün olarak korunduğu (m.67) Kanunda, yürütmenin durdurulması teminat şartına bağlanmışsa da, teminatın aranmayacağı haller de düzenlenmiştir.(m.94)

521 sayılı Danıştay Kanunu, 20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunun öngördüğü düzenlemeler yönünde,13 Haziran 1973 tarihli 1740 sayılı Kanunla²⁴¹ bazı değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikler arasında özellikle 521 sayılı Kanuna eklenen hükümler idari yargı yetkisinin kapsamı açısından önem taşımaktadır. Ek 1 inci madde birinci fıkrayla Anayasanın 114 üncü maddesine eklenen iki fıkra aynen tekrarlanarak teyit edilmiş; ikinci fıkra ile yürütmeyi durdurma kararının verilebilmesi “telafisi güç durumların ortaya çıkışı” “veya” dilekçede ileri sürülen hususların “ciddi” ve “idari veya yargı kararının iptalini haklı gösterecek nitelikte” olması şartlarına bağlanmıştır.

²⁴¹ Resmi Gazete, 30 Haziran 1973, S: 14580.

3. 1982 Anayasası

1982 Anayasasında “idari yargı yetkisine” ilişkin sağlıklı bir değerlendirmede bulunabilmek için öncelikle Anayasaya egemen olan fikriyatın aktarılması ancak, bunun sonrasında bu sistematikteki idari yargı tezahürünün değerlendirilmesiyle mümkündür.

Bir tepki anayasası olarak karşımıza çıkan 1982 Anayasası, 1961 Anayasası’nın meclis çoğunluğunun kendini ulus iradesiyle örtüştürmesi şizofrenisi karşısında bir kurtarıcıya duyulan beklentinin tepkisinden farklı bir etki-tepki zemininde inşa edilmiştir.

1982 Anayasası’nın en belirgin özelliği “otorite”yi vurgulayan bir Anayasa olmasında yatmaktadır ki bu husus, 1982 Anayasası’nın bir başka özelliğini gerektirir: Yürütmenin güçlendirilmesi²⁴².

Yürütmenin güçlülüğü kavramı, biri içe dönük, yani devlet organları arasında “yasama” ve “yargı” karşısındaki konumu; diğeri dışa dönük yani sivil toplum ve bireyler üzerindeki etkinlikleri ve etkinliği açılarından göz önüne alınabilir. Gerçekten, 1982 Anayasası’nın öngördüğü anayasal sistemde, ülkenin yönetiminde, bir yandan Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne karşı sorumlu Bakanlar Kuruluna, öte yandan her türlü sorumluktan bağışık, geniş yetkili Cumhurbaşkanı’na rastlamak mümkündür. Siyasal İktidarın yanında bir de “Devlet İktidarı” yaratılmak istenmesi parlamenter rejime dayalı siyasi geleneğimizde yeni karşılaşılan bir durum olmuştur²⁴³.

1982 Anayasası yürütmeyi güçlendirirken bir başka şeyi de mutlaka yapılması gereken bir değişiklik ya da mutlaka düşünülmesi gereken bir

²⁴² SOYSAL, a.g.m., s. 16. Benzer yönde Metin GÜNDAY: “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, s. 139.

²⁴³ Lütfi DURAN: “İdari İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur”, İnsan Hakları Yıllığı, C.19-20, 1997-1998, S:199, s. 97.

zorunluluk olarak görmüştür: Özgürlüklerin sınırlandırılması ve bu alandaki yetkinin yasamadan yürütmeye kaydırılması²⁴⁴.

Cumhuriyetin temel organlarının “güçlendirilmiş yürütme, rasyonelleştirilmiş yasama ve sınırlı bir bağımsızlığa sahip yargı”²⁴⁵ olarak öngörüldüğü 1982 Anayasası’nın, devlet-birey ilişkilerinde genellikle devletin bireye karşı güçlendirilmesine yönelik düzenlemelerine idarenin hukuka bağlılığının sağlanması işleviyle dikkat çeken idari yargı yetkisi de menfi yönde konu olmuştur²⁴⁶.

İdarenin her türlü işleminin yargısal denetime tabi olması esasının hukuk devleti olma vasfı ve hedefinde arz ettiği gereklilik Anayasanın 125 inci maddesi birinci fıkrasında ifadesini bulmaktadır: “İdarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır”. hükümde, idarenin tasarruflarına karşı yargı yolunun “açık” olduğu belirtilmişse de, bu yolun “herhalde denetime tâbi tutulacağı”²⁴⁷ vaad edilmemekte, yüklenilmemektedir. Bu şekilde 1961 Anayasası’nın 114 üncü maddesi birinci fıkrası ile 125 inci maddenin ilk fıkrası arasında “anlam farkı” bulunmadığı iddiasına²⁴⁸ katılmak zordur²⁴⁹.

1982 Anayasası, daha önceleri bazı idari işlemleri yargı denetimi dışında tutmak suretiyle idari yargı denetiminin kapsamını daraltan yasa hükümlerine oranla boyutları önceden kestirilemeyecek kadar belirsiz kısıtlamalara yer vermiştir. 1982 Anayasası ile “belli bir makam veya organın” tüm işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulduğu söylenebilir²⁵⁰. “Yargı yolu”²⁵¹ başlıklı 125 inci maddede, “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler” ile “Yüksek Askeri Şura kararlarının” yargı denetimi dışında olduğu belirtilmiştir.

²⁴⁴ SOYSAL, a.g.m., s. 18.

²⁴⁵ KABOĞLU, “Türkiye’de Anayasal Reformlar ...”, s. 73.

²⁴⁶ GÜNDAY, “1982 Anayasasına Göre...”, s. 139.

²⁴⁷ DURAN, “İdari İptal Davası...” s.101.

²⁴⁸ ÖZBUDUN, a.g.e., s. 91.

²⁴⁹ Bülent TANÖR: Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş Yenilenmiş 3.Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994, s. 142.

²⁵⁰ GÜNDAY, “1982 Anayasasına Göre, s. 140.

²⁵¹ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.IX,B:144, 9.9.1982, O:4, s. 654-657.

Yargı denetiminin derinliğine yönelik olarak 1971 tarihli 1488 sayılı Yasayla getirilen düzenlemelere ek olarak yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin “hukuka uygunluğu denetimi”yle sınırlı olduğu hükmü dışında, 1488 sayılı Kanunla yürürlüğe giren “idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemez” yasağı, “...veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez” hükmü getirilerek genişletilmiştir²⁵².

Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılmış bulunan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 27 inci maddedeki yukarıda izah olunan hükümler Anayasal hüküm mertebesine eriştirilerek, yürütmenin durdurulması kurumu vasıtasıyla, idari yargının en etkili cihazı “iptal davaları” etkisizleştirilmek istenmiştir²⁵³.

Anayasanın 129 uncu maddesi 3 üncü fıkrası ile 1961 Anayasası 118 inci maddesiyle sağlanmış olan yargı denetiminin istisnasızlığından vazgeçilerek, kanun koyucuya uyarma ve kınama cezaları için yargı yolunu kapayan düzenlemeler yapabilme takdiri sağlanmıştır.

1961 Anayasası 140 inci madde uyarınca çıkarılan 521 sayılı Kanunun idari yargılamanın özelliğinden kaynaklanan nedenlerle adli yargıdan farklıca öngördüğü sistemle sağlanan özlük işleri ve disiplin uygulamaları 1982 Anayasası’nın yargı birliğine eğilimli anlayışı sonrası, başında HSYK’nın bulunduğu adli yargı düzeniyle aynı rejime bağlanmış (madde140/3 ve 159) Anayasanın 159 uncu madde 4 üncü fıkrasıyla, HSYK kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulmayacağı belirtilmiştir²⁵⁴. 2010 yılında, 1982 Anayasasında yer alan bazı maddelerin değiştirilmesi amacıyla 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla düzenleme yapılmış ve Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı hükmü getirilmiştir.

²⁵² Lûtfî DURAN:“ Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, Anayasa Yargısı 1984, s.76.

²⁵³ ÖZAY, “Kendine Özgü Hukuk Devleti...”, s. 183.

²⁵⁴ Resmi Gazete, 14.08.1999, S: 23768.

Anayasanın 155 inci maddesine göre Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii ve Kanunla gösterilen belli davalarda da ilk ve son derece mahkemesi olarak öngörülmüştür.

14.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanunla²⁵⁵, 155 inci maddede yer alan Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme görevi, "iki ay içinde düşüncesini bildirme" görevine indirgenmiş; yine aynı düzenlemeyle 125 inci maddeye eklenen cümlelerle Kamu hizmetiyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için milletler arası tahkim yoluyla çözümünün öngörülebileceği belirtilmiştir. Anayasanın 47 inci maddesine aynı Kanunla eklenen hükümlerle, devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilikleri tarafından yürütülen hizmet ve yatırımların, idari yargı denetimine tâbi olan idari sözleşmeler haricinde, özel hukuk sözleşmesi ile yaptırılabilmesi olanağı sağlanmış, bu konuda herhangi bir kistas getirilmeksizin kanun koyucu yetkili kılınmıştır.

1982 Anayasası idari yargı denetimini doğrudan doğruya kısıtlayan hükümleri ve kanun koyucunun takdirine bıraktığı düzenleme alanları ile öngördüğü dolaylı kısıtlamalar kategorisi haricinde, bazı hükümleri ile idari yargı denetiminin kapsamını kısıtlayan hükümlerin varlık kazanmalarını ve varlıklarını sürdürmelerini sağlamaktadır. Bu konuyla ilgili olarak 1982 Anayasasında yapılan değişiklikler ilerleyen bölümde ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

²⁵⁵ Resmi Gazete, 14.08.1999, S: 23768.

II. YÜRÜTME ERKİ VE İDARİ İŞLEMLER

J. GENEL OLARAK

İdari işlem, idari makamın; yani, kamu idareleri, kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile idare nam ve hesabına hareket eden özel hukuk kişilerinin kamusal nitelikli, etkili, tek yanlı irade açıklamalarıdır. Başka bir ifadeyle, kamu gücü kullanımı çerçevesinde ortaya çıkan; bir hukuki durumun yaratılması, kaldırılması, değiştirilmesi ya da bir talebin reddedilmesi niteliğindeki irade açıklamalarıdır.

Devletin yetkisinden değil, pratik zorunluluktan kaynaklanan bir anlayışla bütün idari işlemler, hukuka ve usule aykırı olarak yapılsalar bile “geçici etki”ye sahiptirler.²⁵⁶ İdari işlemlerin, önceden belirlenmiş ve kişilerin hukuki güvenliğini sağlayacak haklarla güçlendirilmiş bir idari usule tabi kılınması bazı sakıncaların giderilmesinde önemli bir aşamadır.

K. İDARİ İŞLEMİN TANIMI

Gerek maddi idare hukukunun, gerekse idari yargılama usulü hukukunun en önemli kavramlarından olan “idari işlem” için, bilimsel ve yargısal içtihatla tek ve herkesçe kabul edilen bir tanımlama bulunmamaktadır. İşlemle ilgili olarak, “tasarruf”, “muamele”, “karar”, “kural”, “norm”, “düzenleme”, gibi çeşitli terimlerin kullanıldığı düşünülecek olursa, çeşitliliğin sadece tanımlamada değil; kavram konusunda da yaşandığı kolayca görülecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki sürekli yeni anlamlar kazanan, yeni fonksiyonlar yüklenen ve bu şekilde değişen ve gelişen bir hukuk dalı olan idare hukuku için bu çeşitlilik, bir eksiklik olmadığı gibi, adeta zorunluluktur.

²⁵⁶ ÖZAY, Günışığında Yönetim, s. 307-308.

İdari işlemler de her şeyden önce bir hukuki işlemdir. Fransız hukukunda hukuki işlemler, bir yandan açıklanan iradenin ortaya koyduğu “kural”, (norm), diğer taraftan da bu iradenin ortaya konuluş faaliyetini yani “işlem”i (acte) ifade eder.²⁵⁷

Kanun koyucu belli şartlarda idarenin susmasına, hareketsiz kalmasına hukuki sonuç bağlamış; idareye yapılan başvuru üzerine ya da belli durumlarda idarenin belli bir süre cevap vermemesi idari işlem olarak varsayılmıştır. Bir başka ifadeyle idari işlem, idarenin “açık” bir irade açıklamasıyla değil; salt belli bir zamanın geçmesiyle ve idarenin, bu süre içerisinde hukuk, durumları etkileyecek bir irade açıklamasında bulunmamış olması ile ortaya çıkmaktadır. Mevzuatta idarenin susması, genellikle olumsuz işlem sayılmış ve bu durum “zımni red kararı” olarak adlandırılmıştır.

İdari işlemler ancak kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılabilirler. Kamu hukuku işlemlerinin özünü teşkil eden irade kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla kayıt altına alınmıştır²⁵⁸.

Kamu hukukunda işlemler çeşitli şekillerde sınıflandırılabilir. Bunlardan en basit ve en temel ayırım organik sınıflandırmadır. Buna göre kamu hukuku alanında işlemleri yasama işlemi, yargı işlemi ve idari işlemler şeklinde sınıflandırabiliriz²⁵⁹. Hukuki işlemleri organik açıdan ayırmak, bu işlemleri yapan organlara göre değerlendirmek, bu organa bakarak işlemi nitelendirmektir. Devlet fonksiyonlarını yasama, yürütme ve yargı organlarının yaptığı işlemler vasıtasıyla yerine getirir. Yasama görevi yasama işlemleriyle, yargı görevi yargısal işlemlerle yerine getirilir. Yürütme organı tarafından yerine getirilen, yasama ve yargı işlemleri dışında kalan işlemlerse idari işlemlerdir²⁶⁰.

Kamu hukuku alanında işlemlerin organik ayrımı bunların Anayasada öngörülmüş olan üç organdan hangisi tarafından yapıldığına bakılarak

²⁵⁷ AKYILMAZ, a.g.e., s. 24.

²⁵⁸ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 109

²⁵⁹ ÖZAY, Günışığında Yönetim, s. 317.

²⁶⁰ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, a.g.e., s. 800.

yapılan ayrımdır. Bir işlem yasama organı tarafında yapılmışsa (kanun gibi) yasama işlemi, yürütme organı tarafından yapılmışsa yürütme işlemi, yargı organı tarafından yapılmışsa yargısal bir işlemdir.

Hukuki işlemlerin organik ayrıma tabi tutulmasının büyük önemi vardır. Yasama, yürütme ve yargı organlarının faaliyetleri yapılış biçimleri, icra edilmeleri ve hukuka uygunluklarının denetimi bakımından farklı şekillerde düzenlenmişlerdir. İdarenin düzenleyici işlemleri maddi bakımdan kanun oldukları halde, kanunların yapılmasındaki usulden farklı bir yöntem izlenerek, idari usul kurallarına uygun olarak yapılır ve idari yargı denetimine tabidirler. Buna karşılık yasama organının bireysel işlemleri maddi anlamda kanun olmadıkları halde kanunların yargısal denetimine tabidir. Bu nedenlerle hukuki işlemlerin organik ayrımı önem arz eder²⁶¹.

Ancak bu sınıflandırma çok basit olmasına rağmen yetersiz bir sınıflandırmadır²⁶². Yasama ve yargı organlarının idari işlem niteliğinde işlemleri olduğu gibi idarenin yaptığı her işlem de idari nitelik taşımamaktadır. Örneğin idare maddi açıdan kanun niteliği arz eden, genel, soyut, objektif kurallar koyan, tüzük, yönetmelik gibi genel işlemler yapmaktadır. İdari işlemler yalnızca idare organlarının işlemlerinden ibaret değildir. Yasama ve yargı organlarının idari işlem niteliğinde olan işlemleri vardır. Örneğin TBMM Başkan ve Başkanlık Divanı'nın meclisin ve meclis çalışanlarının idaresine ilişkin işlemleri idari nitelikli işlemlerdir. Yine yargı organlarının yargıçların özlük işleri, kalem memurlarının idaresi gibi işlemleri de yargısal değil idari nitelikli işlemlerdir²⁶³.

İdari işlemler idari fonksiyonun yerine getirilmesi için yapılan işlemlerdir. İdari fonksiyon kamunun günlük ihtiyaçlarının belirlenmesi ve giderilmesine, mal ve değerlerinin korunmasına yönelik sürekli faaliyetlerin ifa edilmesi olarak nitelendirilmektedir. Buna göre yasama ve yargı organlarının

²⁶¹ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, a.g.e., s. 801.

²⁶² ÖZAY, a.g.e., s. 317.

²⁶³ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, a.g.e., s. 803.

ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik sürekli faaliyetler idari fonksiyon içine girmektedir. Bu amaçla yapılan işlemler de idari işlem olmaktadır²⁶⁴.

Kamu hukuku işlemlerinin büyük bir kısmını oluşturan idari işlemler idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan işlemlerdir. Öte yandan idarenin yaptığı her işlem idari işlem olarak nitelendirilemez. İdare kamu hizmetlerini yürütürken bir takım hukuki işlemler yapar, ancak bu işlemlerin bir kısmı taraflar arası eşitliğe dayalı özel hukuk işlemleridir. Diğer bir kısmı ise kamu hukukuna yönelik idarenin üstün kamu gücünü kullanarak yapmış olduğu idari ilemlerdir²⁶⁵.

Buradan hareketle idarenin her türlü işlemini idari işlem olarak nitelemek mümkün değildir. İdarenin yle bir takım işlemleri vardır ki idare bu işlemleri yaparken üstün kamu gücünü kullanmaz. Özel hukuk kurallarına göre taraflar arası eşitliğe uygun olarak işlemler yapar. İdarenin zel hukuk sözleşmeleri bu tür işlemdir ve bu işlemler idari işlem niteliği taşımazlar. Bunlar idarenin tzelkişiliğinden kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak yapmış olduğu özel hukuk ilemleridir²⁶⁶. Bu tür işlemler daha çok idarenin araç-gereç satın alma, ihtiyacı olmayan malları satma, kiralama, taşıma ve her çeşit yaptırma konularındaki sözleşmeleri ve hatta bayındırlık işlerinde yoğunlaşmakta olup, bu sözleşmeler, idari uygulamada ve yerleşik mahkeme içtihatlarında idari sözleşme sayılmamaktadır. Daha öncede değindiğimiz gibi bu sözleşmeler, idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir.²⁶⁷

²⁶⁴ ÖZAY, Gnişiğinde Yönetim, s. 318.

²⁶⁵ Hikmet KAVRUK: "İptal Davasında Hukuki Tasarrufların Konu Unsuru Yönünden İptale Esas Olan Hukuka Aykırılık Halleri", Türk İdare Dergisi, Yıl:64, S.397, Aralık 1992, s. 145.

²⁶⁶ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 110.

²⁶⁷ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 145.

L. İDARİ İŞLEMLERİN SINIFLANDIRILMASI

İdari işlemlerin sınıflandırılması çeşitli şekillerde yapılmaktadır. Burada doğrudan konuyu ilgilendiren bir sınıflandırma yapmak suretiyle ilerleyen bölümlerde bu sınıflandırma içerisinde bulunan kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi genel düzenleyici işlemleri ele alınacaktır.

Hukuki işlemlerin maddi açıdan sınıflandırılması, bir işlemin içeriği, meydana getireceği hukuki durum göz önüne alınarak yapılan sınıflandırmadır. Bu bakımdan hukuki işlemler genel ve bireysel olarak ikiye ayrılır. Genel işlemler, herkesi kapsayan, kişisel olmayan, soyut, nesnel hukuki durumlar oluştururlar. Kanunlar, tüzükler, yönetmelikler genel işlemlerdir. Genel işlemler doktrinde, genel düzenleyici işlem, kaide tasarruf, kural işlem olarak çeşitli adlarla adlandırılmaktadır.

Bireysel işlemler ise kişisel sonuçlar doğuran, belli kişi veya durumlara ilişkin olarak yapılan işlemlerdir. Bu işlemlerde hem işlemin konusu, hem de işlemde etkilenecek kişi, işlemin öznesi işlem yapılmadan bellidir. Bu işlemlerle belirli bir kişi ya da olay için yeni bir hukuki durum oluşturulur. Bireysel işlemler de bireysel işlem, kişisel işlem gibi çeşitli şekillerde ifade edilirler. Bireysel işlemlere örnek olarak, vergi tarhi, ruhsat, atama, emekliye sevk, disiplin işlemi gibi işlemler gösterilebilir²⁶⁸.

Tek başına maddi ayırım da işlemlerin sınıflandırılmasında yeterli değildir. Maddi açıdan kanun genel, nesnel, soyut olan ve kişisel olmayan tüm düzenlemeleri içerir. İdari işlemler ise bu genel, soyut, objektif işlemlerin uygulaması niteliğinde olan bireysel işlemler olmak gerekir. Bu durumda tüzük, yönetmelik gibi genel, soyut, objektif düzenlemeleri kanun saymak gerekir ki bu işlemler organik açıdan da idari işlemlerdir. Yasama organı

²⁶⁸ ÖZAY, Güneşinde Yönetim, s. 336; GÖZLER, İdare Hukuku, s. 576, ONAR, a.g.e., C. I, s. 338-370,; Mukbil ÖZYÖRÜK: İdare Hukuku Dersleri, 1973, İstanbul, s. 76-77; GÜNDAY, a.g.e., s. 116; GÖZÜBÜYÜK- TAN, a.g.e., s. 362; ÖZAY, a.g.e., s. 358; Hamza EROĞLU: İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1985, s. 75; ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 21-27; Bahtiyar AKYILMAZ: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 55; GİRİTLİ-BİLGEN - AKGÜNER, a.g.e., s. 811; DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 391.

tarafından yapılan ve bu nedenle organik açıdan kanun sayılan somut, kişisel hükümler ihtiva eden şekli anlamda kanunlar da maddi ayırım açısından idari işlem sayılmak durumundadır. Pozitif hukuk açısından düşünülürse yasama organının bireysel işlemleri olduğu gibi idarenin de genel düzenleyici işlemleri mevcuttur. Bu durum karşısında maddi ayırımın da tek başına yeterli olmadığı ortadadır²⁶⁹.

Bir işleme idare hukuku kuralları uygulayıp, onu idari işlem sayabilmemiz için onun idare organı tarafından yapılmasının yetmeyeceğini organik açıdan sınıflandırma yaparken görmüştük. Gerçekten idare tarafından yapılmakla birlikte idari sayılmayan, özel hukuk niteliği gösteren işlemler mevcuttur. Bu işlemler kamu hizmeti niteliği taşımayan ve bu nedenle özel hukuk kurallarına tabi olan işlemlerdir. Buradan hareketle bir işleme idari işlem diyebilmek için bu işlemin idare organları tarafından yapılmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda kamu hizmetinin görülmesi amacıyla yapılmasının lazım geldiğini söylemek gerekir. Bir başka deyişle bir işlemin idari işlem sayılması için idari makamlar tarafından ve idari fonksiyonun yerine getirilmesi amacıyla yapılması gerekir²⁷⁰. Özel mülklerin yönetimi ile ilgili işlemler, özel hukuk sözleşmeleri gibi kamu gücünün kullanılmadığı, taraflar arası eşitliğe dayalı olarak yapılan işlemler idari makamlar tarafından yapılmakla birlikte idari nitelikli değildir.

Kural idari işlemlerin idari makamlarca yapılmasına rağmen yasama ve yargı organları tarafından yapılmakla birlikte idare fonksiyonunun yerine getirilmesi niteliğinde olan işlemler de idari işlem sayılırlar. Bu nedenle Meclis Başkanlık Divanınca meclis ve meclis personelinin idaresi, hakimlerin özlük işlemleri, adliye personelinin idaresi ile ilgili işlemler idari işlem niteliğindedir, idari işlemin hukuki rejimine tabidir²⁷¹.

²⁶⁹ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, a.g.e., s. 807.

²⁷⁰ İdari fonksiyon, kamunun günlük ihtiyaçlarının belirlenmesi ve giderilmesi, kamu mallarının ve bu malların değerinin korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik faaliyetler ifa edilmesi olarak tanımlanabilir. Bkz. ÖZAY, Günışığında Yönetim, s. 318.

²⁷¹ DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 385.

M. İDARİ İŞLEM TÜRLERİ

İdari işlemlerin bir ayrıma tabi tutulması, sınıflandırılması ve aralarında bir hiyerarşinin oluşturulması zorunludur. İdari işlem türler pek çok ayrıma tutulmakla birlikte bu bölümde idari işlemlerin içeriğine göre birbirinden gayet net bir şekilde ayıran ve uygulamada daha çok karşımıza çıkan düzenleyici işlemler ve bireysel işlemler ayrımı incelenecektir.

1. Bireysel İdari İşlemler

Bireysel idari işlemler, belirli kişi veya nesneyi hedef alan ve onların hukuki durumu üzerinde etki doğuran bir defa uygulanmakla sona eren işlemlerdir²⁷². Bu tür işlemlerle yeni bir hak veya hukuki durum yaratılabileceği gibi mevcut hukuki durumda değişiklik veya sona erme de gerçekleştirilebilir.

Bireysel işlemler belirli bir şeyi veya kişiyi daha önceden belirlenmiş kurallara yani bir statüye sokması söz konusu olduğunda tesis edilen işlemlere ise şart işlem denilmektedir. Bu tür işlemler için verilen klasik örnek askere alınma, devlet memurluğuna giriş ve emekliye sevk edilme işlemidir. Subjektif öznel işlemler ise; belli bir kişi veya nesne kapsamını kendilerinin belirlediği hukuki durumun içine sokulur. Böylece, kişisel nitelikli hukuki durumlar yaratılır veya mevcut hukuki durumda değişiklik gerçekleştirilir. Bir başka ifadeyle; subjektif işlem kişiye göre değişik durumlar yaratır²⁷³.

Bu tür işlemlerin kişiden kişiye değişmesi esastır. Bu tür işlemlerde kişinin subjektif durumunun göz önünde bulundurulması gerekir. Bu yolla kişisel çıkar ile kamu yararı arasında denge kurulmaya çalışılır.

²⁷² ATAY, İdare Hukuku, s. 433.

²⁷³ ATAY, a.g.e., s. 433; DURAN, a.g.e., 391; GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, a.g.e., s. 807-808.

2. Düzenleyici İşlemler

İşlemin genel bir niteliğe sahip olması, kamu hizmetlerinin örgütlenmesine ilişkin olarak önlemler getirmesi, belirli kamu görevlileri veya belirli bir çalışan kadrosunun karakteristikleri ilgili statü kuralları veya kolluk alanında düzenlemelerin yapıldığı durumlarda düzenleyici işlemlerden söz edilir²⁷⁴.

Düzenleyici işlemler kural olarak kazanılmış hak yaratmaz ve kaldırılmaları her zaman mümkündür. Düzenleyici işlemler yapmaya yetkili makamlar belli ve sayıca azdır. Düzenleyici işlemler arasında normlar hiyerarşisinden kaynaklanan bir hiyerarşi söz konusu olup, altta yer alan düzenleyici işlem üstünde yer alan diğer düzenleyici işlemlere, kanuna ve anayasaya uygun olmak zorundadır.

Genel düzenleyici idari işlemlerin başlıcaları kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik olarak öngörülmüş ve Anayasada düzenlenmiştir. Şimdi sırasıyla bu tür genel düzenleyici işlemleri kısaca ele alalım.

a. Kanun Hükmünde Kararname

Kanun hükmünde kararnameler yasama organı tarafından verilen bir yetki kanununa dayanılarak ve olağanüstü hallerde böyle bir yetki kanununa gerek kalmaksızın Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan ve yürürlükteki kanunları değiştirebilme ve yürürlükten kaldırabilme gücüne sahip olan idari işlemlerdir²⁷⁵.

²⁷⁴ ATAY, a.g.e., s. 431.

²⁷⁵ Lütfi DURAN: “Kanun Hükmünde Kararname”, AİD, Cilt 8, Haziran 1975, S. 2, s. 3; Muammer OYTAN: Fransa, Almanya ve Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi, Onar Armağanı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 541; Misket YILMAZ: Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname, Prof Dr. Bülent Nuri Esen’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, s. 505; Fazıl

Kanun hükmünde kararnamenin hukuki niteliğine gelince, kanun hükmünde kararname meclis tarafından aynen kabul edilinceye kadar idari bir işlemdir. Bakanlar Kurulu tarafından çıkarıldığı için organik açıdan idari bir işlemdir. Maddi açıdan ise genel düzenleyici bir işlemdir. Ancak kanun hükmünde kararnamelerin meclis tarafından kabulünden sonraki niteliği tartışmalıdır. Baskın görüş meclis tarafından aynen kabul edilen kanun hükmünde kararnamenin artık bir kanun niteliği taşıyacağıdır²⁷⁶. Bu konuda Oytan'a göre²⁷⁷ kanun hükmünde kararnamelerin fonksiyonel açıdan yasama işlemi oldukları ileri sürülmekte iken, Duran tam aksi yönde görüş belirtmekte ve kanun hükmünde kararnamelerin idari işlem niteliğinde olduğu ve bu nedenle Danıştay nezdinde incelenmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır. Gözler' de ²⁷⁸ kanun hükmünde kararnamelerin, organik açıdan bir idari işlem olduğu ve sırf teorik olarak Danıştay'ın denetimine tabi olması gerektiğini savunmaktadır.

Kanun hükmünde kararnameler 1924 Anayasası ile 1961 Anayasası'nın ilk şeklinde düzenlenmemişken 1961 Anayasası'na 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile girmiştir. Gerek 1961 Anayasası gerek 1982 Anayasası'na göre kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi Bakanlar Kurulundur. 1982 Anayasası'na göre (m.91) Türkiye Büyük Millet Meclisi Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname

SAĞLAM: Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları:Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1984, Cilt 1, s. 261;Turgut TAN: Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 17, Eylül 1984, S. 4, s. 33, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/50/1/31_turgut_tan, E.T., 16.12.2010; Burhan KUZU: Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s. 2; Ergun ÖZBUDUN: Anayasal Açıdan Kanun Hükmünde Kararname, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1986, Cilt 2, s. 225; Necmi YÜZBAŞIOĞLU: 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 1; Pertev BİLGİN: İdare Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 172; Kemal GÖZLER: Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 1; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 651; GÖZLER, İdare Hukuku, s. 1040.

²⁷⁶ TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 29, Selçuk HONDU: " Kanun Hükmünde Kararnameler ve Uygulanması ", DD, S. 68 - 71, 1988, s. 37 - 38, DURAN, Kanun Hükmünde Kararname, s. 1-19.

²⁷⁷ OYTAN: Fransa, Almanya ve Türkiye'de, s. 593; aksi görüş için bknz; DURAN, Kanun Hükmünde Kararname, s. 1-19.

²⁷⁸ GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s. 1054.

çıkarma yetkisi verebilir. Meclis Bakanlar Kurulu'na yetki verirken yetki kanununda çıkarılacak kararnamenin amacını, kapsamını, ilkelerini, birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını ve yetki kanununun kullanma süresini gösterir.

Kanun hükmünde kararnamenin konusu genel çerçevesi itibariyle yetki kanununda belirlenir. İdareye ilişkin ve kanunla düzenlenecek olan konuların kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi mümkündür. Ancak temel haklar, kişi hak ve ödevleri ile siyasal haklar ve ödevlerle ilgili düzenlemeler kanun hükmünde kararname ile yapılamaz. Ayrıca bütçede değişiklik yapmaya yönelik düzenlemeler de yapılamaz.

Anayasa Mahkemesi kararlarında kanun hükmünde kararnamelerin konusuna yönelik bazı kıstaslar geliştirmiştir. Buna göre kısa süreli olmak, önemlilik, ivedilik ve zorunluluk gibi Anayasada olmayan bir takım şartlar eklemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre kanun hükmünde kararnameler ancak yerine getirilmesinde zorunluluk bulunan, belli usullerle yasa çıkarmaya zamanın el vermemesi gibi ivedi durumlarda çıkarılmalıdır²⁷⁹.

Anayasanın 91'inci maddesine göre Bakanlar Kurulunun belli bir konuda kanun hükmünde kararname çıkarabilmesi için Meclisin bu konuda kendisine bir yetki kanunu ile izin vermesi gerekir. Bakanlar Kurulunun bir konuda kanun hükmünde kararname çıkarabilmek için öncelikle bir yetki kanununa ihtiyacı vardır. Yetki kanunu ile çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacı, kapsamı, ilkeleri, yetkiyi kullanma süresi ve bu süre içinde birden fazla kanun hükmünde kararname çıkarılıp çıkarılamayacağı belirtilir. (AY m.91/2) Anayasanın 87'nci maddesine göre yetki kanununda çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin konusu da belirtilmelidir²⁸⁰.

²⁷⁹ BİLGİN, a.g.e., s. 174; AYMK, T. 16.9.1993, E. 1993/26, K: 1993/28; Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 9, Birleşim 137-146, Yasama yılı: 1, s. 152, 153; AYMK; T.16.9.1993, E.1993/26, K.1993/28; AYMK, T:12.12.1991, E.1991/127, K:1991/50; Anayasa Mahkemesinin 1.2.1990 tarih ve E.1988/64, K:1990/12 sayılı kararı, RG: 21.4.1990. S: 20499. s. 1; Anayasa Mahkemesinin 6.2.1990 tarih ve E. 988 / 62 - K. 990 / 3 sayılı kararı, RG: 12.10.1990. S: 20663, s. 15; Anayasa Mahkemesinin 1990/2 sayılı kararı RG: 21.4.1990 S: 20499. s. 15; Anayasa Mahkemesinin 1990/3 sayılı kararı RG: 12.10.1990, S: 20663, s. 16.

²⁸⁰ HONDU, a.g.m., s. 40.

Kanun hükmünde kararname Bakanlar Kurulunun diğer kararnameleri ile aynı usul ve şekilde çıkarılır. Bunlar da Bakanlar Kurulunun diğer kararnameleri gibi Cumhurbaşkanınca imzalanır. Kanun hükmünde kararnameler Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir. Anayasa göre kanun hükmünde kararnameler Resmi Gazetede yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulur. Yayımlandıkları gün meclisin onayına sunulmayan kararnameler o gün yürürlükten kalkarlar. Yetki kanunu ve buna bağlı olarak çıkarılan kanun hükmünde kararnameler meclis komisyonlarında ve genel kurulunda öncelik ve ivedilikle görüşülür²⁸¹.

Meclis kendisine sunulan kanun hükmünde kararnameyi aynen kabul ederse kararname artık bir yasama işlemine dönüşür. Kabul etmeyip reddederse, red kararının Resmi Gazetede yayımlandığı gün ortadan kalkar. Meclis kararnameyi reddetmeyip değiştirerek kabul edebilir. Bu takdirde değiştirilen hükümler Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler²⁸².

Kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesince yapılır. Anayasaya göre Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnamelerin anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler. Kanun hükmünde kararnamelerin denetlenmesinde kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesine ilişkin kural ve usuller uygulanır. Anayasa Mahkemesi kararnamenin hükümlerinin Anayasaya uygunluğunu denetlediği gibi aynı zamanda dayandığı yetki kanununa uygunluğunu da denetler. Çünkü Bakanlar Kurulu ancak yetki kanununun çizdiği sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisine sahiptir. Kanun hükmünde kararnamenin yargısal denetimi bu bakımdan üç yönlüdür. Anayasa Mahkemesi hem yetki kanunun anayasaya uygunluğunu

²⁸¹ ÖZBUDUN, Anayasal Açıdan, s. 237.

²⁸² HONDU, a.g.m., s. 42.

denetleyecek, hem de kanun hükmünde kararnamenin Anayasaya ve dayandığı yetki kanununa uygunluğunu denetleyecektir²⁸³.

1982 Anayasası olağan kanun hükmünde kararnamelerden birçok noktada ayrılan yeni bir kararname çeşidine yer vermiştir. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ancak sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde çıkarılabilen kararnamelerdir. Bu kararnameleri Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu çıkarmaya yetkili (AY. m.91/5) olup çıkarması için bir yetki kanununa gerek yoktur.

Ayrıca bu kararnameler konu bakımından da olağan kanun hükmünde kararnameler gibi sınırlandırılmamıştır. Yani kişi hak ve ödevleri, temel haklar ve siyasi hak ve ödevler ile ilgili düzenlemeler yapılabilir (Ay. m.91/1).

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi de değildirler. Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları iddiası ile Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz (AY. m. 148/1).

b. Tüzük

Tüzükler Anayasanın 115'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre " Bakanlar Kurulu kanunun uygulamasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay 'in incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarılabilir. Tüzükler Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır."

Anayasa tüzük çıkarma yetkisini Bakanlar Kuruluna vermiştir. Bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin ise tüzük çıkarma yetkisi yoktur. Tüzükler Cumhurbaşkanınca imzalanır ve Resmi Gazetede yayımlanır.

²⁸³ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 97.

Tüzükler sürekli, soyut, genel ve objektif nitelikte kurallar içeren genel düzenleyici idari işlemler olup ya kanunların uygulamasını göstermek üzere veya kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarılırlar. Kanunun uygulamasını göstermek üzere kanun çıkarmak idarenin takdirine bırakılmıştır ancak kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere tüzük çıkarmak noktasında idarenin takdiri söz konusu olamaz, konu ile ilgili olarak tüzük çıkarmak zorundadır²⁸⁴.

Tüzükler Danıştay'ın incelemesinden geçirilerek çıkarılır. Bakanlar Kurulu Danıştay'ın incelemesinden geçmeyen bir metni tüzük olarak çıkartamaz. Bakanlar Kurulu ya Danıştay'a sunduğu tüzük tasarısını aynen çıkarır ya da Danıştay'ın yaptığı değişiklikleri benimseyerek tüzük çıkarır. Ancak Bakanlar Kurulu bu ikisinden de farklı bir tüzük çıkaramaz. Bunun için yeni metnin de Danıştay incelemesinden geçirilmesi gerekir²⁸⁵. Danıştay'ın incelemesinden geçirilme koşulu Anayasada belirtilmiş bir koşul olup, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 48. maddesine göre: *"Danıştay, kanun tasarı ve teklifleri ile tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi, geliş tarihinden itibaren iki ay içinde sonuçlandırmak zorundadır."* **Danıştay'ın incelemesinden kasıt**, sadece önüne gelen tüzük tasarısı üzerinde düşünce ve değerlendirmesini yani kanaatini bildirmesi değil, tasarının bir bütün olarak üzerinde durulması, getirdiği hükümlerin bağlantılı, karşılaştırmalı, bütüncül anlamda değerlendirilmesi şeklinde anlaşılır. Bu anlamda ilk olarak yürütme organının (idarenin) düzenleme yetkisi bakımından sonra söz konusu düzenlemelerde üst hukuk normlarına aykırılık ve genel olarak mevzuatla ilgisi açısından, tüzük tasarılarında getirilen müessese ve konulan hükümlerin hizmetin icaplarına uygunluğu ve nihayet tüzük taşanlarının tanzim tekniğine uydurulması bakımından incelemesi yapılır²⁸⁶. Yukarıda belirtilen görüşün yer aldığı Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere; Danıştay'ın önüne gelen tüzük tasarısı üzerindeki incelemesi Danıştay uygulamalarından da

²⁸⁴ BALTA, a.g.e., s. 124.

²⁸⁵ ÖZBUDUN, a.g.e., s. 247.

²⁸⁶ ATAY, İdare Hukuku, s. 82.

hareketle kanuna uygunluğun yanında yerindeliğe ilişkin hususları da içermektedir²⁸⁷.

Günday'a göre²⁸⁸; "öğretide, Danıştay'ın tüzükleri incelemesinin şekil ögesine ilişkin olduğu ve bu nedenle Danıştay incelemesinin Bakanlar Kurulu'nu kısmen bağladığı yolunda görüşler savunulmuştur. Bu görüşlere göre, Bakanlar Kurulu ya kendi tasarısındaki metni, ya da Danıştay incelemesinden çıkan metni kabul edebilir. Ancak bu görüşe Atay katılmamaktadır. Atay'a göre; tüzük çıkarma yetkisi Bakanlar Kurulu'na ait olmakla birlikte, Bakanlar Kurulu bu yetkisini hazırlanan tüzük tasarılarını Danıştay'ın incelenmesinden geçirmek suretiyle kullanabilir. Dolayısıyla, gerçekte tüzük çıkarma yetkisi Bakanlar Kurulu ile Danıştay arasında paylaştırılmıştır. Şöyle ki, Bakanlar Kurulu hazırlanan tüzük tasarısını Danıştay'ın incelemesine sunacak ve Danıştay da tüzük tasarısını inceleyerek bu tasarıya son biçimini verecektir. Bakanlar Kurulu ise, ancak Danıştay incelemesinden geçerek son biçimini almış bulunan tüzük tasarısını tüzük adı altında yürürlüğe sokabilecektir. Bu nedenle Danıştay'ın inceleme kararları, uygun görüş bildirme işlemlerine benzemektedir. Öte yandan; Atay; Danıştay'ın belirlediği hukuka aykırılıkların düzeltilmeden tasarının yayınlanmasının mümkün olamayacağı kanaatindedir²⁸⁹. Balta'ya göre²⁹⁰ ise; Bakanlar Kurulu'nun Danıştay'ın belirttiği metin veya kurallar ile bağlı olmadığı ileri sürülmektedir. Bakanlar Kurulu Danıştay'ın incelemesi sonucunda belirlediği hukuka aykırılığın aksini, yani tüzük tasarısının hükümlerinin kanuna uygun olduğunu hukuken ortaya koyabildiği durumda Danıştay'ın görüşüyle bağlı olmaz. Bunun dışında Danıştay'ın görüşüne uygun hareket etme zorunluluğu söz konusudur. Danıştay incelemesinde belirlediği eksiklik veya düzeltilmesi yönündeki değerlendirmesinde yerindelik hususu ön plana çıkmış ise, Bakanlar Kurulunun bu değerlendirmeyi göz ardı ederek

²⁸⁷ AYMK, 21.06.1991, E.1990/19, K.1991/15, AMKD, S. 28, C.1, s. 22-23.

²⁸⁸ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 379.

²⁸⁹ ATAY, İdare Hukuku, s. 82.

²⁹⁰ BALTA, a.g.e., s. 124.

Danıştay'a gönderdiği ilk metni yayınlayabileceğinin kabulü gerekir²⁹¹. Burada Danıştay ile Bakanlar Kurulu arasında bir yetki paylaşımının varlığından söz edilemez²⁹².

Tüzükler daha önce çıkarılmış bir kanuna dayanarak yapılırlar. Kanunun henüz düzenlemediği bir alanda tüzük çıkarılmaz. Ancak tüzük çıkarılması için dayanılan kanunda açıkça tüzük çıkarılmasına ilişkin bir düzenlemenin olmasına da ihtiyaç yoktur. Kanun bir tüzük çıkarılmasını öngörmüşse bu takdirde Bakanlar Kurulu tüzük çıkarmak zorundadır²⁹³.

Tüzükler dayandıkları kanunun ilgilendirdiği alanlarda ve çerçevede düzenleme yapabilirler. Kanunda düzenlenmemiş veya dayanılan kanunla ilgisi olmayan konularda hükümler ihtiva etmesi düşünülemez. Ancak bu ayrıntıların düzenlemesi amacıyla bir takım kuralların konulamayacağı anlamına gelemmez. Bu kuralların genel olarak kanunlara ve özelde de tüzüğün dayandığı kanuna aykırı olmaması gerekir²⁹⁴.

Tüzükler birer idari işlemdirler bu sebeple tüzüklerin denetimi idari yargı tarafından yapılır. Danıştay ilk derece mahkemesi olarak tüzükleri denetler. (Danıştay K. m.24/I-a).

c. Yönetmelik

Anayasanın 124'üncü maddesine göre "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliklerin resmi gazetede yayımlanacağı kanunla belirtilir."

²⁹¹ ATAY, a.g.e., s. 83.

²⁹² Aksi görüş Duran tarafından ileri sürülmüş ve Günday tarafından da benimsenmiştir. DURAN, a.g.e., s. 453.

²⁹³ GÜNDAY, a.g.e., s. 101.

²⁹⁴ YAYLA, a.g.e., s. 112.

Anayasanın 124 üncü maddesi Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarabileceğini hüküm altına almıştır. Ancak yönetmelik çıkarma yetkisi anayasada sayılan makamlar ve konularla sınırlı değildir. Her idari makam kendi çalışma alanını yönetmelikle düzenleyebilir²⁹⁵. Anayasada öngörülen yönetmelikler kanun ve tüzüklerin uygulanmasına yönelik uygulama yönetmelikleridir. Bunun dışında idare organları kendi iç işleyişlerini ilgilendiren yönetmelikler çıkarabilirler²⁹⁶.

Uygulamada görülen tüzel kişiliği olmayan kuruluşların yönetmelik çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde ilgili kuruluşun idari teşkilattaki yerine bakılması gerekir. Atay'ın da belirttiği üzere; eğer söz konusu kuruluş idari teşkilatta Başbakanlık veya bakanlıklardan birinin bünyesinde yer alıyor ve icrai nitelikte işlem tesis edebiliyorsa, yönetmelik çıkarabileceğinin kabulü gerekir²⁹⁷. Zira söz konusu kuruluş devlet tüzel kişiliğini temsil eden organlardan birinin bir birimidir. Ayrıca hukuk devletinin bir gereği olan "hukuki güven ve istikrar ilkesi" söz konusu kuruluşların yapacağı işlemlerinin nesnelliğini sağlamada bu tür bir yetki ile donatılmasını zorunlu kılar.

Yönetmelikler için tüzükler gibi şekil şartları öngörülmemiştir. Cumhurbaşkanının imzasına da gerek yoktur. Her yönetmelik Resmi Gazetede yayımlanmaz. Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı 3011 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanacak Yönetmelikler Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Kanunun 1 inci maddesinde; "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin; a) İşbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen, b) Kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan, c) Kamuyu ilgilendiren, Yönetmelikler Resmi Gazete'de yayımlanır. Ancak, milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler yayımlanmaz." hükmü, 2 inci maddesinde ise; "Mahalli idarelerce düzenlenen

²⁹⁵ BALTA, a.g.e., s. 125.

²⁹⁶ GÜNDAY, a.g.e., s. 104.

²⁹⁷ ATAY, İdare Hukuku, s. 91; aksi yönde görüş için bkz, DURAN ,a.g.e., s. 458.

ve bu idarelerin yetki ve görev alanlarına giren yönetmelikler, mahallinde çıkan gazete veya diğer yayın yolları ile ilan olunur.” hükmü yer almaktadır.

Resmi Gazetede yayımlanan yönetmelikler yayım tarihinde başka şekillerde yayımlanan veya ilgililere duyurulan yönetmelikler bu tarihte yürürlüğe girerler. Yayımlanmadıkları veya ilan edilmedikleri sürece yönetmelikler kişilere uygulanamazlar²⁹⁸.

Yönetmelikler de birer idari işlem olmaları nedeniyle idari yargı denetimine tabidirler. Bakanlıkların yönetmelikleri ile kamu tüzel kişilerinin ülke çapında uygulanacak yönetmeliklerinin yargısal denetimi Danıştay’da, kamu tüzel kişilerinin belirli bir bölgede uygulanacak yönetmeliklerinin denetimi ise idare mahkemesinde yapılır²⁹⁹.

Genel düzenleyici işlemlerden olan yönetmeliğin iptali istemiyle açılan davalarda yetki ve görev konusu gündeme gelmektedir. Eğer iptali istenilen yönetmelik hükmü ülke düzeyinde uygulanan bir madde ise Danıştay tarafından incelenmektedir. Bunu bir örnek ile açıklamak gerekirse, Ankara’da herhangi bir üniversite tarafından hazırlanan yönetmelik hükümlerinin iptali istemiyle dava İdare mahkemelerinde açılmakta iken ülke çapında uygulanacak olan Yükseköğretim Kurulu tarafından hazırlanan yönetmelik hükümlerinin iptali istemiyle dava Danıştay’da açılır. Nitekim, Ankara 13 üncü İdare Mahkemesinde açılan bir davada³⁰⁰; davacı tarafından, trafik kontrolünde 0,66 promil alkollü olarak araç kullandığının tespit edildiğinden bahisle 2918 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin 5 inci fıkrası uyarınca sürücü belgesinin 6 ay süreyle geri alınmasına ilişkin işlem ile işlemin dayanağı olan Karayolları Trafik Yönetmeliği’nin 97-b-1 ve 97-b-2 nci maddelerinin iptali istenildiği, Mahkemece iptali istenilen yönetmelik maddelerinin ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlem olması nedeniyle bakılan davanın görüm ve çözümünün 2577 sayılı Kanunun 24/1-c maddesi uyarınca Danıştay’ın görevinde bulunduğu gerekçesiyle 2577 sayılı İdari

²⁹⁸ GÜNDAY, a.g.e., s. 105.

²⁹⁹ ÖZAY, Günışığında Yönetim, s. 329.

³⁰⁰ Ankara 13.İdare Mahkemesinin E:2010/868,K:2010/777 sayılı kararı,(yayımlanmamıştır).

Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-a maddesi uyarınca davanın **görev yönünden reddine**, dava dosyasının görevli Danıştay'a gönderilmesine, 17.06.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verilmiştir.

d. Diğer Düzenleyici İşlemler

Anayasada sayılan bu işlemlerden başka genel düzenleyici işlemler de vardır. Bunlar tebliğ, karar, sirküler, yönerge gibi isimler alırlar ve "yönetmelik benzeri işlemler" olarak adlandırılırlar. Bu işlemler herhangi bir usul şartına bağlı olmaksızın yapılır. İlan edilerek yürürlüğe girerler³⁰¹.

Diğer düzenleyici işlem yapma yetkisi, idare içerisinde kamu kudreti kullanabilen ve icrai nitelikte işlem tesis edebilen her makama tanınmıştır. Bu tür düzenlemeler maddi anlamda kanun niteliğinde olacağından genel, soyut, kişilik dışı ve süreklilik unsurlarını taşımaktadır³⁰². Genel düzenleyici işlemler uygulanmakla tükenmeyen, sürekli bir niteliğe sahiptir³⁰³.

Tüzük ve yönetmelik dışında idarenin düzenleyici işlem tesisi yetkisinin kaynağı idarenin takdir yetkisidir. Bu tür düzenleyici işlemlerin bir kısmı üst ve amir durumunda olan makamların kendi astlarına gönderdikleri emir ve direktiflerden oluşmaktadır. Dolayısıyla bu emir ve direktif verme yetkisi hiyerarşik yetkinin kullanılmasından başka bir şey değildir³⁰⁴.

³⁰¹ ÖZAY, Günışığında Yönetim, s. 329.

³⁰² ATAY, İdare Hukuku, s. 92.

³⁰³ ÖZAY, a.g.e., s. 328.

³⁰⁴ ATAY, a.g.e., s. 91.

III. İDARİ YARGI VE GÖREV ALANI

N. GENEL OLARAK

Türkiye’de her geçen gün yargı biraz daha ön plana çıkmakta, yargı ve yargısal kararlar kamuoyunda uzun süre tartışılmakta, alınan bu kararlar toplumda büyük etkiler ortaya çıkarabilmektedir³⁰⁵. Hemen hemen her kesim tarafından gerek idare mahkemelerinde gerekse Danıştay tarafından verilen kararlar ciddi biçimde siyasal iktidarlar tarafından eleştirilmektedir³⁰⁶.

Geniş anlamda yargı kavramı hukuk düzeninin bozulmamasına, o düzeni tutmağa yönelmiş devlet faaliyetidir. Dar anlamda yargı kavramı ise iddia üzerine ve hasım karşısında hukuki düzene etki eden bir eylem, durum ve benzeri bir iddianın olup olmadığının belirlenmesi ve gerekli hukuki yaptırımın uygulanması ve ihlal edilen hakkın yerine getirilmesinin sağlandığı devletin mahkemelerine ait faaliyettir³⁰⁷. Anayasamızın 9 uncu maddesine göre yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Ayrıca mahkemelerin her türlü faaliyeti yargısal faaliyettir³⁰⁸.

İdare – yönetilen ilişkisinden kaynaklan uyuşmazlıkların (hukuka aykırılıkların) ortak mahkemelerde görüldüğü sistemin yanında, bunların genel mahkemelerin dışında ayrı bir yargı düzeni oluşturan idari yargı

³⁰⁵ Murat AYZ: İdari Yargıda Savcılık Kurumu, (yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), KÜSBE, 2010, s. i.

³⁰⁶ Nitekim, son olarak üyeleri hakim ve savcılardan oluşan bir dernek olan YARSAV tarafından 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun bazı maddelerinde yer alan bazı ifadelerin kısmen iptal edilmesine ilişkin 7.7.2010 günlü, E:2010/49,K:2010/87 sayılı kararı ile ilgili yayınlanan 9.07.2010 tarihli basın açıklamasında; Anayasa Mahkemesi kararına herkes uymakla yükümlü olduğu, ancak yanlış kararların hukuk çerçevesinde eleştirilmesi sonraki yanlışları bertaraf etmesi bakımından da gerekli olduğu ifade edilmiştir. www.yarsav.org.tr., E.T., 9.7.2010.

³⁰⁷ S.Şakir ANSAY: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 30; İ.Hakkı KARAFAKİH: Hukuk Muhakemeleri Usulu Esasları, Ankara 1952, s. 14; Ejder YILMAZ: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005, s. 873-874.

³⁰⁸ Baki KURU: Hukuk Muhakemeleri Usulu, C. I, Yetkin Yayınları, İstanbul 2001, s. 2; Baki KURU, Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 20. Baskı Yetkin Yayınları Ankara 2010, s. 58; Baki KURU: Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet-Kaza Yolu-(ABD, 1962/2, s. 27-32) s. 27; Baki KURU: Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 8-9; Niyazi ACAR: Uyuşmazlık Mahkemesinin Kararlarına Göre İdari Yargının Görev Alanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 5; GÖZLER, İdare Hukuku, s. 31.

düzenin de görüldüğü sistem mevcuttur³⁰⁹. İdari yargı, idarenin yargısal denetimindeki sistemlerden biridir. İdareyi, idari nitelikte tasarrufları, idare hukukunu, ortak mahkemeler dışındaki mahkemeleri gerektirir³¹⁰.

İdarî yargı, idarenin, idare hukukunca düzenlenen kurallara aykırılıktan doğan uyuşmazlıklara bakan, kendine özgü kuralları ve yargılama şekilleri olan bir yargı düzenidir³¹¹. İdarî yargı, idari makamların idare hukuku alanındaki faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözülmesi ile görevlidir³¹². Yani idarî yargının konusu, idarenin idarî nitelikteki işlem, eylem ve sözleşmelerinin yargısal denetimi ile ilgilidir.

İdare üzerinde, hemen her ülke, kendi hukuk yapısına uygun bir yargı denetimi geliştirmiştir. Kimi ülkelerde, idarenin yargı yolu ile denetimi adli yargıya, kimi ülkelerde de, adli yargının dışında, idari yargı denen ayrı bir yargı düzenine verilmiştir³¹³. Yargısal denetim ile, idarenin tutum ve davranışlarından dolayı haksızlığa uğrayan kimse, yetkili yargı yerine başvurarak, idari işlemin iptalini, kendisine yapılan haksızlığın giderilmesini isteyebilir. Ülkemizde bu denetim, başta Danıştay olmak üzere, diğer idari yargı yerlerince, örneğin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerince yapılır. Adalet mahkemeleri de sınırlı olarak bu denetime katılırlar³¹⁴.

İdare hukukunun en önemli özelliği, medeni hukuka oranla daha yeni ve yasalaştırılmamış, sürekli gelişme halinde, fakat aynı oran ve yoğunlukta değişmesi gereken bir hukuk dalı olması yanında, asıl kaynakları arasında içtihatların, yani süreklilik kazanmış yargısal kararların da yasal düzenlemelerle eşdeğer kabul edilmesidir³¹⁵. Nitekim Atay'a göre; idari anlamdaki hukuki bir sorunun çözümünde mevzuatta açık bir hüküm

³⁰⁹ AYAZ, a.g.t., s. 7.

³¹⁰ KARAHANOGULLARI, a.g.e., s. 12.

³¹¹ F.Kerim ANADOLU: İdari Yargıda Görev ve Yetki, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 4.

³¹² KURU, Usul s. 4-5; KURU, ARSLAN, YILMAZ, s. 59; KURU, Nizasız s. 15.

³¹³ AYAZ, a.g.t., s. 7.

³¹⁴ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 2.

³¹⁵ ÖZAY, Günışığında Yönetim, s. 298; Aynı yöndeki görüş için bkz. ATAY, İdare Hukuku, s. 92; GÖZÜBÜYÜK, TAN, C.I., a.g.e., s. 135; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 32. Aksi yöndeki görüş için bkz. GÖZLER, a.g.e., C.I, s.59-60.

bulunmaması halinde benzer olaylara ilişkin mahkemelerin vermiş olduğu kararların söz konusu sorunun çözümünde yol gösterici olduğu belirtildikten sonra; içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olduğu ve maddi anlamda kanun hükmünde olduğu ifade edilmiştir³¹⁶.

İdari yargı, ilke olarak yönetimin, idare hukukunca düzenlenen etkinliklerinden doğan uyuşmazlıklarına bakan, adli yargının dışında, kendine özgü kuralları ve yargılama yöntemleri olan ayrı bir yargı düzenidir. İdari yargı, idari rejim sisteminin belirgin öğelerinden birisidir. Bilindiği gibi, idari rejim sisteminde, yönetime uygulanan yönetim hukuku denen, yönetime özgü bir hukuk dalı, idari yargı denen, ayrı bir yargı düzeni vardır. Yine bu sistemde, yönetim, tek yanlı olarak bağlayıcı kararlar alabileceği gibi, aldığı kararları da, belli koşullar altında, yine kendisi uygulayabilir. İdari yargı düzeninde, çeşitli yargı yerleri ve bunların üstünde de Danıştay adıyla yüksek yargı yeri bulunur. İdarenin tüm tutum ve davranışlarından doğan uyuşmazlıklar idari yargı yerlerinde karara bağlanmaz. Yönetimin, idari yargının görev alanı dışında tutulan, adli yargının görev alanına giren etkinlikleri de vardır. İdari yargı, yönetim hukukunun özel bir bölümüdür³¹⁷.

Ülkemizde; idari yargı alanında kapsamlı düzenleme, 1982 yılında üç temel kanun çıkarılarak gerçekleştirilmiştir: Bunlar, 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'dur. Bu arada 1981 yılında 2568 sayılı Yasa ile 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda bazı değişiklikler yapılmıştır.

İdari yargı alanında yapılan yeniden düzenleme ile, bölge idare mahkemeleri içinde yer alan ve ilk derece mahkemesi olarak görev yapan idare mahkemeleri ile vergi mahkemeleri kurulması ve idare mahkemelerinin, idari yargı alanında genel görevli mahkeme olması yolu benimsenmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da, Danıştay, idari yargı alanında genel görevli

³¹⁶ ATAY, a.g.e., s. 92.

³¹⁷ AYZ, a.g.t., s. 10.

bir temyiz yeri ve belli konularda da ilk derece mahkemesi olarak görev yapmak üzere yeniden düzenlenmiştir. Bölge idare mahkemelerinin kurulması ile de, vergi ve idare mahkemelerinin bazı kararlarına karşı temyiz yolu ile Danıştay'a başvurma yerine, itiraz yolu ile bölge idare mahkemelerine gidilmesi, idare ve vergi mahkemelerinin bazı kararlarının Danıştay yerine, bölge idare mahkemelerinde sonuçlandırılması yolu getirilmiştir. Böylece, Fransa'da idari yargı alanında 1953 yılında yapılmış olan yeniden düzenleme, yaklaşık otuz yıllık bir gecikme ile ülkemizde de gerçekleştirilmiştir³¹⁸.

Son olarak, 8.6.2000 gün ve 4577 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7 nci maddesi ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45 inci maddesinde yapılan değişiklikle, idare ve vergi mahkemelerinin tek hakimle verdikleri nihai kararlar yanında, 5 bent halinde sayılan uyuşmazlıklar hakkında kurul olarak verdikleri nihai kararlara karşı da temyiz yolu ile Danıştay yerine, itiraz yolu ile bölge idare mahkemesine başvurma yolu getirilmiştir. İdari yargı alanında doldurulması gereken bir boşluk daha vardır: O da, idari istinaf mahkemelerinin kurulmasıdır. Fransa, idari istinaf mahkemelerini kurmuştur. Türkiye'nin de, Fransız deneyiminden yararlanması, bu yola gitmesi, idari yargının gelişmesi bakımından önemli bir katkı olacaktır³¹⁹.

O. TÜRKİYE'DE İDARİ YARGI SİSTEMİNİN ÖZELLİKLERİ

Türkiye'de idari yargı sisteminin özellikleri aşağıdaki gibi sıralanabilir³²⁰:

³¹⁸ GÖZÜBÜYÜK, TAN, C.II., a.g.e., s. 22.

³¹⁹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 17.

³²⁰ GÖZÜBÜYÜK, TAN, C.II., a.g.e., s. 23.

a) İdari yargı sistemimiz, dayanağını Anayasa'dan alır. Ülkemizde idarenin yargı denetiminin idari yargı yolu ile yapılması, Fransa ve Anglo-Amerikan ülkelerinden farklı olarak Anayasa'ya dayanır.

b) İdari yargı sistemimiz, Danıştay biçiminde örgütlenmiştir. Danıştay, hem yargısal, hem idari görevleri olan bir yüksek mahkemedir.

c) İdari yargı sistemimizde, genel görev ilkesi uygulanır. İdarenin, idare hukukundan doğan eylem ve işlemlerine karşı idari yargıda dava açılır. Bunun için, açık bir yasa hükmüne gerek yoktur. İdari işlemlere karşı adalet mahkemelerinde dava açılabilmesi için, açık bir yasal düzenlemeye gerek vardır.

d) İdari yargının görev alanı geniş tutulmuştur. İdari yargıda, hem idari işlemlerin iptali, hem idarenin eylem ve işlemlerinden doğan haksızlıkların giderilmesi dava edilebilir.

e) İdari yargı alanındaki ilk derece idari yargı yetkileri, mahkeme niteliğinde olan kuruluşlardır, ilk derece mahkemesi olan idare mahkemeleri genel görevli mahkemelerdir.

f) İdari yargı alanında iki yüksek mahkeme vardır. Bunlardan biri Danıştay, diğeri Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'dir. Bunların her ikisi de özel görevli birer yüksek mahkemedir.

P. İDARİ YARGI YETKİSİNİN SINIRI

1. Yerindelik Denetimi ve İdari Yargı

Takdir yetkisi, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek, yani bilinçli olarak bıraktığı kural-içi (intra legem) boşlukların; hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanlarca, olaylardaki özelliklerle toplumdaki ahlâkî düşünceler, hukukun birliği, takdir yetkisini tanıyan kuralın amacı, sosyal adalet gibi hususlar gözönünde tutularak ferdîleştirilip doldurulması

yetkisidir³²¹. Öte yandan; İdare hukukunda belli mercilere - kanun sınırları içerisinde belirli davranışta bulunmak veya bulunmamak; belli bir davranışta bulunacak ise türlü çözümlerden birini seçmek veya nasıl davranışta bulunabileceğine ilişkin olmak üzere bir «idarî takdir yetkisi» (Pouvoir discretionnaire) tanınmış bulunmaktadır³²².

İlke olarak, hukuk kurallarını idarenin kendisi olarak görmenin mümkün olmadığı bilinmektedir. Hukuk aslında bir sınır ve çerçeve çizmektedir. İdare takdir yetkisini kullanarak uygulayabileceği en uygun teknik usullerini bulmak, faaliyetin teknik yapısının gerektirdiği eylemleri yapmak ve amaca ulaşmak için en doğruyu seçme yetkisine sahip olmalıdır³²³. Dolayısıyla idareye hukuk kuralları içerisinde kamu yararını gerçekleştirme amacıyla takdir yetkisinin tanınması gerekir³²⁴. Çünkü; hukuk idare için düzenleyici değil çerçeveleyici bir rol oynamaktadır. Ayrıca idarenin takdir yetkisi; idari davranışların idarenin yapacağı işlemlerin ve alacağı kararların en ince ayrıntısına kadar yasa koyucu tarafından düzenlenmesinin olanaksızlığından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bu görüşte olanlar için idarenin geniş ölçüde takdir yetkisine sahip olması gerekmektedir³²⁵.

İdari anlamdaki bir düzenleyici işlemin veya siyasi bir tercihin yapıldığı ve dolayısıyla da siyasi yönü de bulunan bireysel bir idari kararın idari yargı tarafından iptali durumunda sorunun yoğunluğu daha da büyük bir ehemmiyet kazanmaktadır. İdare Hukuku açısından bu anlamda sorun yargının “**idarenin yerine geçmesi**” ve/veya “**yerindelik denetimi**”³²⁶ yapıldığı şeklinde formüle edilmektedir. Konunun medyaya aksetmesi halinde medya yazarlarıyla birlikte vatandaşlar da sorunun temelleri hakkında tam,

³²¹ Seyfullah İDRİS: Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, s. 172, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/313/3024.pdf>, E.T.,18.12.2010.

³²² İdarî takdir yetkisi kavramı hakkında bkz. BALTA, İdare Hukuku, s. 133; ONAR, C.I, s. 418; DERBİL, s. 45; İsmet GİRİTLİ: İdarenin Yetkisini Saptırması, 1957, s. 69; Yıldızhan YAYLA: “İdarenin Takdir Yetkisi,” İHFM, XXX, 1964, Sayı 1-2, s. 201; Sıddık Sami ONAR: “İdarenin Takdir Hakkı”, SBFM. c. IV, s. 37; Recep BAŞPINAR: “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, Danıştay Dergisi, C. 1, S. 3, 1971, s. 59-85.

³²³ ONAR, 1966:s. 413-432.

³²⁴ GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s. 825.

³²⁵ ONAR, C.I, a.g.e., s. 413-432, BALTA, İdare Hukuku, s. 135; GÜNDAY; İdare Hukuku, s. 250.

³²⁶ Bkz, Anayasa, madde 125/4; 2577 sayılı İYUK, madde 2/2.

gerektiği gibi bilgi sahibi olmadıklarından; hukuki anlamda kuvvetler arasında bir karşıtlık, zıtlaşmanın var olduğu yönünde bir imaj yaratılır ve bu durum kamuoyunu işgal eder. Ancak bu anlayış yanlıştır. “ Çünkü kuvvetler ayrılığı ilkesi sonucunda kuvvetlerin işlevlerinde çakışmanın olması bazen zorunludur. Bu çakışmada çözümlenmesi gereken temel sorun; kuvvetlerin işlevlerinin hepsinin varlık sebebi olan hukuki güven ve istikrarın ve bireyin hak ve özgürlüklerin korunması anlamında işlevlerini yerine getirip getirmediğidir³²⁷.”

“Takdir yetkisi üzerinde yapılan denetleme doğal olarak bu yetkiyi kullanan erkin yıkılması, ortadan kaldırılması en azından işlevlerini işin doğasına uygun bir tarzda ifa edememesi anlamındaki riskleri ve tartışmaları bünyesinde taşıyacaktır. Bu anlamda olmak üzere idari yargıcın yetkilendirilmiş yargı sıfatıyla yürütmenin, hükümetin işlemleri üzerinde kapsamını kendisinin belirlediği yapacağı denetimin sonunda denetlenen işlem artık yürütmenin, hükümetin işlemi değil; bir tür yargıcın yürütmeye, hükümete tanıdığı işlem hüviyeti kazanacaktır. Bu gibi durumlarda takdir yetkisinin el değiştirmesinden yani söz konusu yetkinin yürütmenin, hükümetin elinden yargının eline geçmesinden söz edilmektedir. Böyle bir durumda sorunların ortaya çıkması doğaldır ve takdir yetkisinin el değiştirmesine bağlı olarak takdir yetkisinin doğasında bir değişimin gerçekleştiği de söylenmektedir. Böyle bir durumda zorunlu olarak yetkilendirilmiş bir erkten bahsedilmektedir”³²⁸.

“Hiçbir yargıç yerindelik hususunda hüküm tesis edemez. Aynı şekilde değerlendirme marjının kullanılması ancak denetlenen organın yetkilerinin sınırının aşılmasında veya kötüye kullanılmasında, idare etme işlevinin bütünlüğüne tam anlamıyla riayet edilerek gerçekleştirilmesi yerinde olacaktır. Yargıcın müdahalelerinin tamamında zorunlu olarak genel hatlarıyla siyasi organın yetkisinin sınırları üzerinde bir ilke tartışmasını harekete geçirecektir. Yargıç işlemin niteliği ne olursa olsun idarenin şu veya

³²⁷ ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, a.g.m., s. 124.

³²⁸ ATAY, a.g.m., s. 131.

bu belirli bir işleminin hukuka uygunluğu hakkında hükmünü diğer bütün işlemlerini söz konusu etmeksizin vermelidir. Bu yolun izlendiği durumda idarenin takdir yetkisi yargıcın tanıdığı anlamda bir işlem niteliğine dönüşmez. Aksi takdirde denetlenen işlemi tesis eden erkin varlığının tehlikeye düşürülmesi, ortadan kaldırılması gibi bir sonuçla karşı karşıya kalınmış olunur. Yargıcın kullanacağı denetleme yetkisinin sınırını kendisi belirleyerek idarenin genel anlamda değerlendirme marjının varlığını kabullenerek, buna saygı gösterip kararını vermesi gerekir³²⁹.

Özellikle idari işlemlerin esas yönünden hukuka uygunluk denetimini yapmada ve daha özelde, idari işlemlerde idarenin takdir yetkisinin denetlenmesinde idare ile idari yargı mercileri arasında çok uzun süredir devam eden mücadeleler sonucunda, Danıştay’ca yılların birikimi ile ortaya çıkmış çeşitli denetim ölçütleri geliştirildiği görülmektedir.

Hukuk devleti ilkesi bazen şekli, ama daha çok maddi içeriğiyle çoğu Danıştay kararlarına açıkça dayanak teşkil etmektedir. Bu ilkeden hareketle, hukukun gelişimine katkı sağlayabilen içtihatlarla ulaşılabilmesi, İlkenin, insan haklarının korunmasından ibaret nihai özünün (maddi anlamının) esas alınması suretiyle ancak mümkün olabilecektir. Çünkü, idare hukukunun ve bütün hukukun, bundan da önce bütün hukuk kurallarını vaz eden devlet organı konumundaki kanun koyucunun -bir hukuk devletinin organı olmak sıfatıyla- nihai amacı insan haklarının korunması olduğuna göre, yasalar ancak bu amaca uygun yorumlandığında, hukuk devletinin maddi anlamı temelinde bir karar verilmiş ve böylece belki de gerçekte bir idealden ibaret olan adalet idesine yaklaşılmış olabilecektir. Yargısal içtihatların hukukun gelişimine katkısı da, herhalde ancak bu yolla sağlanabilecektir³³⁰.

Atay’ın da belirttiği gibi³³¹; idari yargı işlevi açısından, iptal davasında yargıç somut olayı olaya ilişkin kuralların uygulamasıyla hukuka uygunluk denetimi yapacaktır. Bu denetimde idarece alınan kararın yerindeliği değil ve

³²⁹ ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, a.g.m., s. 131.

³³⁰ Ali AKYILDIZ: Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Hukuk Devleti, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 75.

³³¹ ATAY, a.g.m., s. 146.

fakat hukukiliği ile işlemi tesis eden idarenin takdir yetkisinin amacına uygun kullandığının değerlendirilmesi yapılır. Bu değerlendirmede yargıç tamamıyla serbest değildir. Yargıç, idareye tanınan takdir yetkisinin varlık sebebini ve bu sebebin uyuşmazlıkta bulunup bulunmadığı üzerinde bir değerlendirme yapmaktadır. Bu değerlendirmeyi yine uyuşmazlığın konusu olaya ilişkin kuralların varlık sebebinde aramaktadır. Yargının bu anlamdaki kararının gerekçeli olması işlemi tesis eden idareye yol gösterecek hem somut olay, hem de daha sonraki işlem tesisinde yardımcı olacaktır. Bu durum yargının idarenin yerine geçtiği ve idarenin takdir yetkisinin ortadan kaldırıldığı şeklinde yorumlanmaması gerekir.

Bu konuya ilişkin olarak Ankara İdare Mahkemelerinde verilen bir kararda³³²; Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı Ulaşım Koordinasyon Merkezinin toplu ulaşım araçlarına zam yapılmasına ilişkin olarak aldığı 24.12.2004 tarih ve 2004/35 sayılı kararının onanmasına ilişkin 28.12.2004 günlü ve 2004/212 sayılı İdare Encümen kararının; belirlenen şehir içi toplu taşıma fiyat tarifelerindeki artışın fahiş olduğu, enflasyon oranlarının dikkate alınmadığı, hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı iddialarıyla iptali istemiyle dava açıldığı,

Mahkemece yapılan inceleme sonucunda; 31.01.2006 günlü karar ile; davalı idarelerce dosyaya sunulan geçmiş dönemlere ilişkin otobüs, Ankaray ve Metro İşletmelerine ilişkin gelir-gider tahlil raporları ve diğer veriler değerlendirildiğinde anılan toplu taşıma araçlarının bilet ücretlerine, işletme maliyetlerindeki artış nedeniyle, Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak toplu taşıma araçları ücretlerine zam yapılması yönünde tesis edilen dava konusu işlemde kamu yararı hizmet gerekleri ve hakkaniyet ölçümü bağlamında hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, anılan kararın davacılar tarafından temyiz edilmesi üzerine bu kez Danıştay 8.Dairesince konuya bambaşka bir açıdan yaklaşmış ve bu tür fiyat artışlarında idarelerce yapılması gereken ortaya konulmuş ve anılan

³³² Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin E: 2005/714, K:2006 / 99 sayılı kararı(yayımlanmamıştır).

Mahkemenin 31.01.2006 tarih E:2005/714, K:2006/99 sayılı kararının Danıştay 8. Dairesi'nin 26.6.2007 tarih ve E:2006/3889, K:2007/4044 sayılı kararıyla bozulması üzerine bu kez Mahkemece bozma kararına uyularak, 15.10.2009 günlü, E:2009/900, 2009/1349 sayılı kararı ile; "Koordinasyon Merkezine şehir içi ulaşımı düzenlemek ve bağlayıcı kararlar almak yönünde yetki verilmiş ise de, bu yetki sınırsız bir yetki olmayıp kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda kullanılmak durumundadır. Ayrıca bu yetki kullanılırken, bir başka ifadeyle işlem tesis edilirken, somut olayın arz ettiği önem de dikkate alınırsa, dayandırılan gerekçenin ortaya konulması idarenin hukuka bağlılığı ilkesinin temel gerekliliklerindendir.

Ayrıca, dosya içeriğinden toplumun büyük bir kesimini ilgilendiren toplu taşıma ücretlerinin arttırılmasına ilişkin kararın gündem dışı teklifle görüşüldüğü, diğer bir deyişle bu konuda bir ön çalışmanın, derinlemesine araştırmaların yapılmadığı ve konuyla ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, kararın alındığı toplantıda bulunmadıkları anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, dava konusu işlemde yaklaşık bir yıl önce 2.12.2003 gününde de yolcu taşıma ücretlerinde bir artırım yapılmış olmasına rağmen dava konusu artırım haklı gösterecek, temellendirecek nitelikte; ekonomik veriler ışığında yapılmış değerlendirmeler, maliyet analizleri, enflasyon oranları gibi bilimsel tespitlerin bulunmaması gibi hususlar göz önüne alındığında; somut bir gerekçeye dayanılmadan tesis edilen ve yaklaşık bir yıl bir ay gibi bir sürede toplam %50'nin üzerinde fiyat artırımına yol açan işlemde kamu yararına, hizmet gereklerine ve hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği, bu kararın davalı idarelere tebliğ edilmesi üzerine davalı idare Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nca; Ankara'daki toplu taşıma ücretlerinin yeniden belirlenmesi konusunda Ankara Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi'nin gündem dışı teklifle görüşüp 24.12.2004 günlü toplantısında karara bağladığı, Ankara içerisindeki otobüs, metro, minübüs gibi toplu taşıma araçlarının ücretlerinde artırım yapılmasına ilişkin aynı gün ve 35 sayılı kararını onayan EGO Genel Müdürlüğü İdare Encümeni'nin 28.12.2004 gün

ve 212 sayılı kararının iptali talebiyle açılan davanın Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 31.1.2006 tarih ve E:2005/714, K:2006/99 sayılı kararıyla reddedildiği, kararın temyiz edilmesi sonucu Danıştay 8.Dairesi'nin 26.06.2007 tarih ve E:2006/3889, K:2007/4044 sayılı kararıyla bozulması üzerine bozma kararına uyularak 15.10.2009 tarih ve E:2009/900, K:2009/1349 sayılı kararıyla dava konusu işlemin iptaline karar verildiği, öte yandan Ankara'daki toplu taşıma ücretlerinin artırılmasına ilişkin olarak UKOME tarafından alınan ve Belediye Başkanlığınca onaylanan 9.10.2008 tarih ve 2008/25 sayılı kararın iptali istemiyle Ankara 9. İdare Mahkemesinde açılan davada verilen 24.11.2009 tarih ve E:2008/2100, K:2009/2161 sayılı karar ile de dava konusu işlemin iptaline karar verildiği, işbu davaya konu UKOME Genel Kurulunca alınan 2.3.2010 tarih ve 2010/8 sayılı kararda ise; yukarıda yer verilen Ankara 9. İdare Mahkemesi iptal kararından bahisle, mevcut yolcu tarifelerinin iptal edilerek önceki uygulamaya dönülmesine, ayrıca Ankara 2.İdare Mahkemesinin bahsi geçen iptal kararının uygulanması kapsamında da UKOME'nin 2004/35 sayılı kararının iptal edilerek önceki 2003/44 sayılı UKOME kararına uyulmasına karar verilmesi sonrasında bu işlemin iptali talebiyle bakılan davanın açıldığı, Ankara 2.İdare Mahkemesinin 7.5.2010 günlü; E:2010/330 sayılı yürütmenin durdurulması kararında; "olayda, işbu davaya konu işlem tesis edilirken, anılan Ankara 2. İdare Mahkemesince ve Ankara 9. İdare Mahkemesince verilen bahsi geçen kararlar gerekçe olarak alınmış ise de; Ankara 2.İdare Mahkemesince verilen kararda³³³ gerekçe olarak; toplu taşıma ücretlerinin artırılmaması değil, artırımlar yapılırken ekonomik veriler ışığında yapılmış değerlendirmeler, maliyet analizleri, enflasyon oranları gibi bilimsel çalışma ve tespitlerin yapılmamış olmasının gösterildiği, Ankara 9. İdare Mahkemesinde verilen kararda gerekçe olarak ise; idarenin toplu taşıma ücretlerinde yeniden bir fiyat artışına gidilebilmesi için, toplu taşıma hizmetindeki maliyetin, önceden öngörülemez biçimde artışının şart olduğu, ara kararına verilen cevapta,

³³³ Ankara 2.İdare Mahkemesi'nin E:2010/330 sayılı yürütmenin durdurulması kararı(yayımlanmamıştır).

bu anlamda önceden öngörülemez düzeyde bir yükselişin olmadığı, yine en son artışın yapıldığı 01.01.2008 tarihi ile dava konusu işlemin tesis edildiği 09.10.2008 tarihleri arasındaki TÜFE ve ÜFE oranlarındaki artış miktarı, yakıt ve işçilik ücretlerindeki artış ve EGO Genel Müdürlüğü İdare Encümeninin 24.09.2008 gün ve 2008/50 sayılı kararı ile getirdiği %10'luk artış teklifi dikkate alınacak olursa, en son zammın yapıldığı 01.01.2008 tarihinden itibaren gerçekleşen fiyat artış oranlarını da aşar şekilde zam yapıldığı ve çok binişli kartlarda %16,6 özel halk otobüsü ve minibüslerde ise %13,3'lük artışa gidildiği ve toplu taşıma hizmetinin, kamu hizmeti özelliği de göz önünde bulundurulmaksızın işlem tesis edildiğinin gösterildiği, bahse onu iptal kararlarının uygulanmasının amaç edinilmesi durumunda, yukarıda sözü edilen bilimsel verilerle desteklenmiş bir çalışmanın yapılması gerekeceği kuşkusuzdur. Söz konusu bilimsel çalışmalar yapılmadan toplu taşıma ücretlerinin artırılmasına ilişkin 2004/35 sayılı UKOME kararı, işbu davaya konu UKOME kararıyla geri alınarak, 2003/44 sayılı UKOME kararına uyulmasına karar verilmesiyle, Mahkeme kararlarının gerekçesi gözardı edilerek şekli bir uygulama yapıldığı görülmekte olup, bu haliyle yukarıda yer verilen Anayasa ve Yasa kurallarının özüne uygun tesis edilmeyen dava konusu işlemin, hukuka aykırı olduğu sonucuna varıldığına karar verildiği görülmektedir.

Yukarıda yer verilen kararlar sırasıyla incelendiğinde; ilk başta Ankara 2.İdare Mahkemesi'nin 2005/714;2006/ 99 sayılı kararında idari yargı yerince; Kanunda yer alan yetki çerçevesinde davalı idarenin fiyat artışı yapabileceğine hükmedilirken, Danıştay 8.Dairesince olay farklı değerlendirilmiş ve bir yıl öncesinde taşıma ücretlerinde bir artırım yapılmasına rağmen dava konusu artırımı haklı gösterecek, temellendirecek nitelikte; ekonomik veriler ışığında yapılmış değerlendirmeler, maliyet analizleri, enflasyon oranları gibi bilimsel tespitlerin bulunmaması gibi hususları ön plana çıkarmış böylece idarelere özellikle yerel yönetimlere bu konuda yapacakları artışlarda hangi hususlara dikkat etmeleri gerektiği işaret edilerek bir anlamda yürütme erki olan belediyelere yol göstererek öncülük

etmiştir. Nitekim Ankara 2. İdare Mahkemesince de Danıştay kararı doğrultusunda karar verilmiştir.

Öte yandan, burada yeri gelmişken belirtmek gerekir ki; yargı kararı üzerine tesis edilen bir işlemin yargısal denetiminde yargı organlarının hareket noktasını da, kararların tam ve gereğince uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi oluşturur. Buradaki denetimin amacı yine hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Kararın uygulanması konusunda farklı seçeneklerin varlığı halinde idarenin kullanacağı takdir hakkı ile tercih edilen bu seçeneğin de yargı kararının gereğinden hareketle hukuksal denetimi yapılacaktır. Bir başka anlatımla; idarenin iptal kararının uygulanması bakımından bağlı yetki içinde bulunmasına karşın, zorunlu tek seçeneği olmaması halinde sahip olacağı takdir yetkisinin denetlenmesi de hukuksal bir denetimdir. Bu açıklamalar ışığında anılan Mahkeme kararının uygulanmasına bakıldığında; idarece tekrar 2003 yılındaki fiyatlara dönülmesi kararı verilmesi ise; idarelerin mahkeme kararlarını doğru okuyamadıklarını ve yanlış uyguladıklarını göstermektedir. İdarece yapılması gereken, toplu taşıma hizmetindeki maliyetin, önceden öngörülemez bir biçimde artış olup olmadığının tespit edilmesi; bunun içinde en son fiyat artışı ile yapılması istenilen tarih arasındaki TÜFE ve ÜFE oranlarındaki artış miktarı, yakıt ve işçilik ücretlerindeki artışın tespit edilmesi için bir komisyon kurularak bu konuda uzman kişilerin araştırmaları sonucunda elde edilecek verilerin değerlendirilerek bir fiyat artışına gidilmesi gerektiğidir. Oysa medyaya da yansıdığı itibarıyla mahkemelerin idareleri çalışma yapamayacak şekilde kararlar verdiği, hatta yerindelik denetimi yaptığı eleştirilerine maruz bırakıldığı görülmektedir.

Yine Ankara İdare Mahkemelerinde verilen bir başka kararda³³⁴ ise; 1998 yılından itibaren TCDD Genel Müdürlüğü Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı'nda sistem çözümleyici olarak görev yapan davacı tarafından, unvan ve görevinin Teknik Şube Müdür Yardımcısı olarak değiştirilmesi

³³⁴ Ankara 13.İdare Mahkemesi'nin 28.04.2008 günlü, E:20071742,K: 2008/757 sayılı kararı(yayımlanmamıştır).

istemiyle yaptığı başvurusunun, dava konusu işlemle reddedilmesi üzerine bu işlemin iptali ile uğrayacağı hak kayıplarının başvuru tarihinden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle bakılan davanın açıldığı, olayda, davacının yürütmekte olduğu sistem çözümleyicisi görevinin, TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü ve Bağlı Ortaklıkları Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nin "Görev Grupları" başlığı altındaki 5 inci maddesine göre Bilgi İşlem Grubunun birinci alt grubunda yer aldığı, talep edilen Teknik Şube Müdür Yardımcılığı görevinin ise Yönetim Hizmetleri Grubu'nun üçüncü alt grubunda yer aldığı, farklı gruplar arasındaki geçişlerin de anılan Yönetmeliğin 22 inci maddesinin kapsamına girdiği, bu durumda, anılan Yönetmeliğin incelenmesinden, farklı görev grupları arasındaki yükselme niteliğindeki geçişler ile alt gruptan üst gruba geçişlerin görevde yükselme eğitimi ve sınavına tabi olduğu, aynı düzey veya daha alt düzeydeki görevlere atanmanın ise görevde yükselme eğitimi ve sınavına tabi tutulmaksızın yetkili idare tarafından yapılabileceğinin belirtildiği, buna göre, aynı düzey veya daha alt düzeydeki bir göreve atanma durumunda dahi idarenin bu konuda takdir yetkisinin bulunduğu açık olduğundan ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasında belirtildiği üzere idare mahkemelerinin yerindelik denetimi yapması veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar vermesi mümkün olmadığından, davalı idarenin tesis etmiş olduğu işlemde kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği görülmektedir.

Öte yandan, Danıştay 8.Dairesi'nin³³⁵ yerindelik denetimi konusunda yukarıda yer verilen örneğin tam tersi yönünde kararları da vardır. Örneğin; Danıştay 8.Dairesi'nin 2010/1 sayılı yürütmenin durdurulması kararında; *"dava; davalı idarenin 30.07.1998 gün ve 98/8-90 sayılı kararı ile 1999 yılından itibaren başlatılan uygulama ile tek aşamalı sınav ve farklı katsayı öngörülerek bu doğrultuda en son uygulanan Ağırlıklı Ortaöğretim Başarı*

³³⁵ Danıştay 8.Dairesi'nin E: 2010/1 sayılı yürütmenin durdurulması kararı, Danıştay 8.Dairesinin E: 2010/1 sayılı yürütmenin durdurulması kararı, www.danistay.gov.tr, E.T.13.07.2010.

Puanlarının (AOBP); adayların kendi lise alanlarında bir yükseköğretim programına yerleştirilirken 0,8; alanları dışında bir yükseköğretim programına yerleştirilirken 0,3; bir mesleğe yönelik program uygulayan ortaöğretim kurumlarından mezun olanların alanlarında yükseköğretim programlarına yerleştirilirken ayrıca 0,24 katsayısı ile çarpılması esası kaldırılarak, Yükseköğretim Genel Kurulunun 29.1.2009 gün ve 67 sayılı kararı ile yükseköğretime geçişte birinci aşamada Yükseköğretime Geçiş Sınavı (YGS) olarak adlandırılan ortak ve tek bir sınavdan sonra Lisans Yerleştirme Sınavları (LYS) olarak adlandırılan 5 ayrı sınav yapılacağı yolundaki karara ek 21.07.2009 gün ve 1266 sayılı kararın iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılan davada Dairemizce verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin 20.11.2009 gün ve E:2009/6890 sayılı karar ile bu karara yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen 10.12.2009 gün ve Y.D. İtiraz No:2009/1005 sayılı karar üzerine alınan 17.12.2009 gün ve 1902 sayılı kararın yürütülmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılmıştır.” Anılan Dairece “, idarenin söz konusu yargı kararları üzerine farklı katsayı uygulaması konusunda bağlı yetki içinde bulunmasına karşın, bu katsayıların belirlenmesi noktasında takdir yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Ancak bu yetkinin kullanımı da mutlak ve sınırsız değildir. Bir başka anlatımla, uygulanmakta olan ve zaman içinde birtakım sonuçlar doğurarak istikrar kazanan bir düzenlemenin değiştirilmesi ya da kaldırılması için hukuk düzeninde veya maddi olayda bir değişiklik olması gerekir. Yani önceki uygulamayı kaldıran ve yeni bir uygulama getiren düzenlemenin hukuken geçerli sebeplere dayanması gereği tartışmasıdır.

Bu nedenle, idarenin bu yargı kararları sonrası farklı katsayı belirleme konusunda sahip olduğu takdir yetkisini dayandırdığı sebeplerin hukuken geçerli olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında bu değerlendirmenin hukuki bir denetim olduğu, davalı idarenin iddia ettiği gibi bir yerindelik denetimi olmadığı açıktır.

İdarenin takdir yetkisinin hukuki denetiminin yapılabilmesi için Yükseköğretim Kurulunun 1998 yılında aldığı farklı katsayı uygulamasına

ilişkin düzenleme sonrası yargı kararları ile hukuka uygun olduğu kabul edilmiş ve uygulanmakta olan katsayının (0,8-0,3), (0,15 - 0,13) olarak değiştirilmesinin nedenleri 7.1.2010 günlü ara kararımız ile sorulmasına karşın, davalı idarenin bilimsel ve hukuken kabul edilebilir bir açıklama yapmamış olduğu görülmüştür.

Davalı idarenin katsayı farkının 10 puana tekabül ettiği ve belirlenen katsayılara göre bulunacak sonuçların 0,8 - 0,3 katsayı uygulanan bir önceki sınav sonuçlarına göre bin kişi üzerinde bir fark oluşturacağı şeklindeki açıklamalarına da bilimsel ve kabul edilebilir bir dayanak sunmadığı görülmektedir. Yargı kararları ile 0,8 - 0,3 katsayı farkı kabul görmüş olmakla bu katsayının uygulandığı sınav sonuçlarına farklı katsayılar uygulayarak bir değerlendirme yapmanın ve bunu uygulamanın geçerli sebebi olarak sunmanın kabulünün mümkün olmadığı açıktır.

Davalı idarece; üniversiteye giriş sınavında 2010 yılı itibarıyla uygulanacak sistemde değişiklik yapılarak yeni bir sistem getirildiği ve öğrencilerin öğrenimlerine uygun programları seçmelerinin sağlandığı ve bu nedenle katsayı uygulamasının bir gerekliliği kalmadığı savunulmuştur. Mevcut yargı kararları nedeniyle davalı idare farklı katsayı uygulamasının geçerliliği hususunda bir değerlendirme yapma olanağına sahip değildir. Kaldı ki davalı idarenin de iddia ettiği gibi 29.1.2009 gün ve 267 sayılı Yükseköğretim Genel Kurulu kararı ile sınav sisteminde meydana getirilen değişiklik ile sınav sorularında çeşitlilik yaratılarak eğitim müfredatının bir bütün olarak değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu uygulamanın, yasal düzenlemelerin amacını teşkil eden öğrencilerin ortaöğretimde seçtikleri ve yöneldikleri okul ve alana uygun bir yükseköğretime yönlendirilmesi ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğu açıktır. İdarenin yasal kuralları hayata geçirme görevinin bir sonucu olarak yönlendirmenin tam ve gereğince sağlanmasına yönelik olarak yapılan sınav sistemi değişikliğinin katsayı uygulamasının gerekliliğini ortadan kaldıracak bir niteliği bulunmamaktadır. Aksine bu yönlendirmenin farklı katsayı uygulaması ile desteklenmesinin yasal

kuralların amacı ve anlamına en doğru yaklaşım olduğu da yine yargı kararlarıyla belirlenmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca katsayıyı belirleyen düzenlemelerde esas alınacağı vurgulanan "ölçülülük" bir idare hukuku ilkesidir. Nitekim kararda ölçülü olmaktan ne anlaşılması gerektiği de ortaya konularak idari işlemde beklenen amaç ile kullanılan araç arasında adil bir denge olması gerektiği belirlenmiştir. Yani idare hukukunun ölçülülük ilkesine yönelik bir belirleme yapılmıştır. Bu bakımdan davalı idarece Anayasanın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesi gereği bireyin temel haklarının, Devlete karşı korunması amaçlandığı belirtilmiş olması karşısında, yargı kararlarında ayrıntılı olarak yapılan açıklamaların tekrarlanmasına gerek görülmemiştir.

Bu kararlarda; Anayasanın yukarıda aktarılan maddelerinden de bahsedilerek ortaöğretim kurumlarının niteliği ve bu kurumlardan yararlanma hakkının kullanımı için öngörülen yasal düzenlemeler ile ulaşılan sonuçta ilgililerin hukuksal statülerinin birbirinden farklı olduğu, fırsat ve imkan eşitliğinin ruhuna ve amacına uygun olarak yönlendirme suretiyle kademelerden geçerek verilen haklardan eşit olarak yararlandırılmış olan bireylerin bu eğitim kurumları içinde seçtikleri okul ve alan nedeniyle elde ettikleri hukuksal statünün farklı olmasının kaçınılmaz olduğu, öğrencilerin okul ve alan seçimi sonucu oluşturdukları birikimlerinin farklı katsayılar uygulanmak suretiyle adil bir değerlendirmeye tabi tutulmasının amaçlandığı, farklı katsayı uygulamasının kaldırılması ile farklı hukuki statüdeki öğrencilerin aynı konumda değerlendirilmesi sonucu Anayasal eşitlik kuralı ile çelişkili bir durum yaratılacağı, hukuksal statüsü farklı olanların eşit koşullara tabi kılınmasının hak kaybı ve ihlaline sebep olacağı vurgulanmıştır. Öte yandan, mesleki-teknik liseden mezun olanların üniversiteye girebilmelerinin de yasanın bir gereği olduğunun tartışmasız olduğu, değinilen lise mezunlarına genel lise mezunlarıyla girdikleri sınavda farklı katsayı uygulamasının hukuka aykırı olmadığı, bu farklılığın da ölçülü (idari işlemde beklenen amaç ile kullanılan araç arasında adil bir denge) olması gerektiği, mesleki ve teknik eğitimin amacı dikkate alındığında belirlenecek katsayının

bu amaca yönelik bir unsur taşıdığı, mesleki-teknik eğitim görenlere kendi alanlarına yönelik tercihlerde daha fazla katsayı uygulanmasının eşitliğe aykırı olmadığı gibi genel liselerde de yükseköğretime girişte farklı katsayı uygulanmasının eşitsizliğe neden olmayacağı, aksine bir yorumun mesleki-teknik öğretimi işlevsiz kılacağı, genel liselerin aleyhine bir durumun gerçekleşmesine neden olacağı belirlenmiştir. Bu değerlendirmelerin genel liseler içindeki farklı alanlara ilişkin katsayı belirlemesini de kapsadığına işaret edilmiştir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere; katsayı farkının belirlenmesinde davalı idarenin iddia ettiği gibi bireylerin Devlete karşı korunması değil, Devletin bireylere tanıdığı ve yararlandığı hakların tam ve gereğince kullanılmasının sağlanması amaçlanmalıdır. Yani bireylerin haklarının birbirlerine karşı korunması, sahip olunan hakların özüne ve ruhuna uygun kullanımının sağlanmasıdır. Maddi olayda ölçülülük ilkesinin hareket noktası da öğrencilerin mesleki eğitim, genel lise eğitimi ve genel liseler içinde alan/bölüm seçerek oluşturdukları birikimin adil bir değerlendirmeye tabi tutulmasını sağlamaktır. Bu ayrımların kaldırılması sonucunu doğuran bir düzenlemenin eğitim sisteminin örgütleniş biçimindeki bütünlüğü bozacağı ve yargı kararlarına aykırı olacağı açıktır.

Davalı idare savunmasında yargı kararları nedeniyle oluştuğunu ileri sürdüğü hukuki boşluğu gidermek için belirlediği farklı katsayı oranına ilişkin açıklama yaparken; yönlendirme amacıyla getirilen sınırlamanın bireyin yükseköğretim hakkını ortadan kaldırmaması, istediği takdirde makul seviyede bir gayretle bu sınırlamayı aşabilmesine imkan verilmesi gerektiği, aksine bir yaklaşımın bireyi katlanamayacağı bir sorumluluk altına sokarak Anayasanın 5 inci maddesine aykırılık teşkil edeceği, yasal kuralların ilgililerin farklı bir alanı tercih etmelerinin engellenmesi sonucunu doğuracak düzenlemeleri içermediği gibi meslek lisesi mezunlarına kendi alanlarından farklı bir alanda yükseköğrenim görmek istemeleri halinde de farklı katsayı uygulanacağına ilişkin bir düzenleme yer almadığı, farklı katsayı uygulamasının meslek liselerini olumsuz etkileyeceği, sınav sürenin

başladığı, kılavuzların hazırlandığı bu aşamada oluşacak değişikliklerin öğrencilerin başvurularında belirsizlik yaratacağı ileri sürülmüştür.

Davalı idarenin bu açıklamaların yer aldığı savunması, farklı katsayı uygulamasını kaldıran düzenlemeye yönelik olarak açılan davalarda verilen savunmalarını tekrar eder niteliktedir. Bu şekilde katsayı farkının olmaması ya da olacaksa da aşılabilir bir niteliğinin bulunmasına yönelik olan bir amacın, yukarıda açıklanan mevzuatta öngörülen ve Dairemizce ve İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen kararlarda da vurgulanan temel ilke ve yaklaşıma uygun olmadığı açıktır. Ayrıca uygulanacak katsayı sınavlar sonucunda yerleştirmeye esas puanın hesaplanmasında dikkate alınacağından sınavlara başvurma ve sınavları engelleyici bir husus değildir.

Bu açıklamalar karşısında; 1998 yılından itibaren uygulanan ve hukuka uygunluğu yargısal kararlarla istikrar kazanmış farklı katsayı uygulaması ile dava konusu karar alınıncaya kadar uygulanmakta olan alan içi tercihlerde 0,8, alan dışı tercihlerde 0,3 katsayısının esas alınacağına ilişkin düzenlemenin değiştirilerek alan içi 0,15, alan dışı 0,13 katsayı farkına dönüştürülmesine ilişkin dava konusu kararın hukuken geçerli bir sebebe dayanmadığı gibi yargı kararlarının gereklerine aykırı olduğu ve yargı kararlarını geçersiz kıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, dava konusu düzenlemenin 2 nci maddesinde hukuka uyarlık bulunmamıştır.” şeklinde karar verilmiştir.

Gerek Anayasanın 125 inci maddesinin idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen kuralı, gerekse 2577 sayılı Yasanın 2 nci maddesinde yer alan, idari işlemlerin yargısal denetiminin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden yapılacağı yolundaki hükmü, idarelerin takdir yetkisine dayalı olarak tesis ettiği işlemlerin de idari yargı denetimine tabi olduğunu göstermektedir. Takdir yetkisinin kullanımı idareyi yargı denetiminden bağımsız kılmaz, Hukuk Devletinde sınırsız ve mutlak bir takdir yetkisinden söz edilemez.

İdarelerin idari işlem tesis ederken, eylemde bulunurken yararlandığı serbestliğe takdir yetkisi denilir. Takdir yetkisi idareye bırakılan belli ölçüde karar alma özgürlüğüdür. Hukuken kabul edilebilir koşulların oluşumu halinde tanınmış bir serbestidir. Keyfi bir hareket yetkisi olmayıp ancak hukuka uygun olarak kullanılabilir.

Hukuk Devleti olmanın gereği, idarelerin takdir yetkisine dayalı olarak tesis ettikleri bireysel ya da düzenleyici işlemlerin hukuken geçerli ve objektif bir sebebe dayanmasıdır. Takdir yetkisine dayalı işlemlerin, hukukun belirlediği sınırlar ve eşitlik kuralı gözetilerek kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerekir.

Bu bakımdan idari işlemlere (bireysel ya da düzenleyici) yönelik yargı denetimi, bu işlemlerin Anayasa ve hukukun genel ilkelerine, yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile yargısal içtihatlarla uygun olup olmadığının denetlenmesidir.

İdari yargı yetkisinin sınırını belirleyen 2577 sayılı Yasanın 2 nci maddesinin 2 nci fıkrası, Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasının tekrarından ibaret olup, bu maddede açıkça ifade edildiği gibi idari işlemler üzerindeki yargısal denetim bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanması ile sınırlıdır. İdarenin takdir yetkisinin denetiminde yargı organlarının yalnızca hukuka uygunluk denetimi yapabilecekleri şeklinde ifade edilen kural, aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin sınırlarını da ortaya koymuştur. İdarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının somut biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisine sahip olmaları halinde yapılacak yargısal denetim, idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve saptanması ile sınırlanmıştır. İdari yargının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da belli bir yönde işlem ve eylem tesisine zorunlu kılacak biçimde yargı kararı vermeleri halinde, hukuka uygunluk denetimi aşılarak yerindelik denetimi yapılmış olacaktır.

Bir başka anlatımla, idari işlemler üzerinde yerindelik denetiminden söz edilebilmesi için, bir işlemin idarenin objektif değerlendirme olanağı bulunmayan işleyiş zorunlulukları ile ilgili ya da hukuk sınırları içerisindeki seçeneklerden birine karışılması gibi bir durumun söz konusu olması gerekir.

Bütün bu açıklamalardan sonra yukarıda yer verilen karar irdelendiğinde; bir taraftan idarenin katsayı belirleme konusunda takdir yetkisinin bulunduğu belirtilirken diğer taraftan bu takdir yetkisinin sınırları belirtilmiş ve idarenin aslında bağlı yetki içinde olduğu, dolayısıyla daha önce verilen Mahkeme kararları doğrultusunda işlem tesis etmek suretiyle katsayıya ilişkin düzenlemeyi yapması gerektiği, bunu belirlerken de yine Danıştay 8. Dairesi'nin istikrar kazanmış kararlarını göz önünde bulundurması gerektiği vurgulanmış, aynı zamanda anılan Dairece yerindelik denetimi yapılmak suretiyle bir anlamda katsayı oranları da belirlenmiştir. Bu son derece yanlış bir yaklaşımdır. Çünkü, idareler elbette hukuka ve mahkeme kararlarına uygun hareket etmek zorundadır. Ancak kendisine tanınan takdir yetkisi açısından sahip olduğu hak ve yetkileri de kullanmakta serbest bırakılması gerekir. Bir başka ifadeyle yürütme erki, idari yargının tahakkümü altında bırakılmamalıdır.

2. Yürütme Erki ve İdari Yargının Sınırı

Bugün için, Türk Yargısı ve yargıcı, yargısal denetim görevini, Anayasa'nın 9 uncu maddesinin ifadesiyle, Türk Ulusu adına yerine getirirken, 138 inci maddesinin yazılımı ile, "Anayasaya *uygun* olarak" hüküm verecektir. Madde 11 ile, bağlayıcı ve üstün hukuk kuralı mevkii te'yid edilen Anayasa, bu konumunu, yani üstün ve bağlayıcı hukuk normu oluşunu, madde 90'nın Avrupa Birliği'ne uyum için değiştirilen yeni metni ile, temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmalar alanında da muhafaza etmiştir. O halde, Anayasa'nın egemenliği düzenleyen 6 ncı maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, ulusal egemenliğinin devri esasını *öngören*

“ulusal üstü” bir egemenlik sistemine girmesine izin veren değişiklik yapılan kadar, idarî yargı denetiminin kapsamı ve sınırları konusu, yargı bakımından, “sadece ve ancak”, kendi Anayasası çerçevesinde düşünülebilecek bir konudur. Başta Avrupa Birliği müktesebatı gelmek üzere, Anayasa’nın dışında kalan her şey, yabancı hukuktur ve ancak bilgilenme ve “oralarda öyle, bizde de öyle olsun” önerisi için malzeme ve örnek teşkil edebilir³³⁶.

Güran’ a göre; “idarî eylem ve işlem”lerin yargısal denetimi görevi, idarî yargı yerlerinin, başka bir yargı manzumesine, hiçbir gerekçe ile devredilemeyecek olan *mutlak tekel*’ndedir. Bu, idarî yargı denetiminin kapsamı ve sınırı konusundaki ilk tespittir ve doğrudan doğruya *Anayasa tarafından* çizilmiştir³³⁷.

Yargı erki tarafsızdır ve bu durum yasama ve yürütmenin alanına müdahalede bulunmama anlamında bir dizi yasaklamanın yargıç açısından gerçekleştirilmesiyle sağlanabilir. İdari yargıda yargıç düzenlemede yani kural koyma anlamında bir işlevi yüklenmemelidir. Ayrıca; yargıç önüne gelen uyuşmazlığı çözümlemede kanunu uygulamaktan çekinmemelidir. Nitekim bu konuda; yani yargıçların kural koymaması konusu yargının örgütlenmesini düzenleyen 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun ve Fransız Medeni Kanunu’nun 5 inci maddesinde öngörülmüştür. Medeni Kanunun 5 inci maddesi hükmüne göre; “*Önüne getirilen uyuşmazlık nedenleri hakkında genel hükümler öngörmek ve düzenlemede bulunmak yoluyla hüküm tesis etmek yargıçlara yasaklanmıştır.*” Bu düzenleme ile düzenleyici karar alma uygulamasının yasaklanması amaçlanmıştır³³⁸.

Benzer bir düzenleme bizim Medeni Kanunda da bulunmaktadır. 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun “Hukukun uygulanması ve kaynakları” başlıklı 1 inci maddesine göre: “Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir

³³⁶ Prof. Dr. Sait GÜRAN:“Egemenlik Ulus’undur, Üstünlük Anayasa’dadır” Anayasa Yargısı, Sayı 17 (Ankara, 2000) ve Kemal Oğuzman’a Armağan (İstanbul, 2001), İdarî Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları, s. 57.

³³⁷ GÜRAN, İdarî Yargı Denetiminin., a.g.m., s. 58.

³³⁸ ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, a.g.m., s. 137.

hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.” Benzer nitelikte olmak üzere Fransa’da üst derece yargı yerleri olan Yargıtay ve Danıştay’ın³³⁹ içtihat yoluyla hukuk yaratabilme işlevi kabul görmeye başlamıştır.

Bundan böyle kanunun uygulamasında yeknesaklığın sağlanması için yüksek yargı yerleri içtihat yöntemini kullanarak kanunların belirsizlikleri ortadan kaldırmışlar ve onların boşluklarını doldurmuşlardır. Bu durumu tartışmalı bir nitelik taşısa da, bizzat kanun aracılığıyla yargıca tanınmıştır. Bu rolün gerektiği gibi ifa edilmesi maksadıyla yüksek yargı yerleri bünyesinde örgütlenme yine yasa yoluyla öngörülmüştür. Bu yolla yasa koyucuya danışmanlık yapma birimleri oluşturulmuştur³⁴⁰.

Atay’a göre bu gelişmelere rağmen içtihat kanuna tâbi olup kanunun eksikliğinden doğmuştur ve yargı yasamaya otoritesini ödünç olarak vermiştir. Burada söz konusu işlevin yargıcın kendi çözümünün yasama tarafından değiştirilemeyeceği şeklinde bir anlam yüklenmesine uygun olmadığının altının çizilmesi gerekir. İçtihatla öngörülenden farklı veya aksine yasamanın yapacağı bir düzenleme karşısında yargının yeni düzenlemeye uymak, uygun davranmak dışında bir hakkı veya seçimi söz konusu olamaz. Dolayısıyla yargının yeni düzenlemeyi uygulamayı reddetme gibi bir yetkisi mevcut değildir³⁴¹.

İdari yargının varlık sebebi ve amacı hukuk düzenin korunması ve adaletin gerçekleşmesidir. Hukuk düzeninin korunması yükümlülüğü çerçevesinde yargının hukukun oluşuma katkısı kabul edilebilir. Ancak bu katkı yeni hukuk kuralı ihdas etme ölçüsüne ulaşmamalıdır. Yürütme konulan kuralların uygulanması ve hukuk düzeninin kendisine tanıdığı ölçü ve sınırlar

³³⁹ 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 39. maddesinde öngörülen şart ve usullere uyularak verilen içtihadı birleştirme kararlarına aynı Kanunun 40/4. maddesine göre; “...Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır.”

³⁴⁰ ATAY, a.g.m., s. 138.

³⁴¹ ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, a.g.m., s. 136.

içinde hukukun oluşumuna katkıda bulunur. Bu anlamda yürütmenin üst normlara uygun olma ve görev alanı içinde kalmak şartıyla kural koyabilmesi yetkisinin varlığının kabulü gerekir.

Öte yandan uygulamada da görüldüğü üzere, idari yargıda yargıç yargılama işlevini önüne getirilen somut olaya uygulanacak kuralı belirlemek suretiyle çözer. Bunun bir sonucu olarak yürütme erkinin idari işlem tesis etmesinde kuruculuk özelliği ön plana çıkarken yargılama işlevinde ise belirleyici olma özelliği önemlidir. Nitekim bu özelliği dolayısıyla yargıçlara “kanunun dili, ağzı oldukları” veya “yargıçların sadece kanunlara bağlılığı”³⁴²ndan söz edilir.

İdari yargıda bir davanın açıldığı andan itibaren o dava hakkında karar verilinceye kadar bir süreç işler. İdarenin tesis etmiş olduğu işlem nedeniyle menfaati ihlal edildiğini düşünen davacı tarafından idarenin işleminin iptali istemiyle açılan davada, mahkemece yapılan yargılama sonunda verilen karar yürütme organı tarafından tesis edilen işlemin iptal edilmesi, kararın kaldırılması hatta şartların oluşması halinde işlemin geri alınması dahi mümkündür. Burada şunu da belirtmek gerekir ki; kesinleşen yargı kararının kaldırılması, değiştirilmesi ve geri alınması söz konusu değildir.

Mahkeme tarafından verilen kararın taraflara tebliğ edilmesi ile mahkeme ile uyuşmazlık arasındaki bağ kopar. Bu bağ ancak taraflardan birinin anılan kararı temyiz etmesi halinde temyiz veya itiraz merci tarafından yeniden incelenebilir. Bu anlamda; Mahkeme kararı verdikten sonra taraflara tebligat ile birlikte yargı kararını tekrar gözden geçiremez ve yeni bir hüküm veremez. Yargıcın bu anlamdaki yetkisi ancak üst dereceli yargı yerinin kararını bozması halinde söz konusu olur. Bunun yanında bu durumun tek istisnası 2577 sayılı Kanunun 29 uncu ve 30 uncu maddelerinde yanlışlığın düzeltilmesi istemi ve açıklama istemi ile sınırlıdır. Yine idari yargıda üst derece mahkemeler (Bölge İdare ve Danıştay) tarafından temyizen ve itirazen incelenerek bozma kararı verilmektedir. Bozma kararlarından sonra

³⁴² ATAY, a.g.m., s. 136.(50 nolu dipnottan).

yargıcın yetkisi her ne kadar başlangıçtaki yetkisine oranla daha dar kapsamlı olsa da bozma üzerine yargıç bozma sebeplerini göz önünde tutarak hükmünü verebilecek ve fakat ilk kararında dikkate almadığı yeni sebepleri ekleyerek aynı konuya ilişkin ikinci bir kararın vücut bulmasına yol açamayacaktır. Öte yandan, yargıç ilk kararında ısrar edebilir buna herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu ısrar kararı da taraflarca temyiz edilmesi halinde bu kez Danıştay İdari Dava Daireleri hem mahkeme kararını hem de Danıştay'ın ilgili dairesinin kararını uyuşmazlığa konu açısından inceleyerek bir karar verecektir. Bu karardan sonra mahkemenin ilk kararında ısrar etme yetkisi bulunmamaktadır.

İdari yargıda iptal davasının görülmesi sırasında hukuka aykırılık belirlenmiş olsa bile, davayı gören yargıç dava konusu idari kararı değiştiremez³⁴³ ve idarenin yerine geçerek bir işlem tesis edemez³⁴⁴ (örneğin görevinden hukuka aykırı olarak alınan bir kamu görevlisini alındığı görevine atayan bir karar alamaz, iptal ettiği not yerine kendisi bir not takdirinde bulunamaz, iptal edilen düzenleyici işlemin ilgili hükmü yerine hukuka uygun bir hüküm öngöremez, iptal ettiği tarife, disiplin veya para cezasının yerine hukuka uygun olanları koyamaz vs.). Bu yasaklamanın kaynağı kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Kamusal yetkiler dayanaklarını anayasadan alırlar³⁴⁵. Anayasa yargıya sadece hukuki uyuşmazlıkları çözümleme ve hukukun ne olduğunu söyleme yetkisi tanımıştır.

Yargı ile yürütme erki arasındaki bir başka fark ise yargı işlevini yürüten organların yürütme erki içinde yer alan organlardan farklı olarak bağımsız olmalarıdır³⁴⁶. Yürütme içinde görülen hiyerarşi ilişkisi yargıda söz konusu değildir. Aksine bir kabul yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesini zedeler.³⁴⁷

³⁴³ ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 141.(57 nolu dipnot).

³⁴⁴ ATAY, a.g.m., s. 141.(58 nolu dipnot).

³⁴⁵ ATAY, a.g.m., s. 141.(59 nolu dipnot).

³⁴⁶ Yavuz ATAR: Türk Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 5. Baskı Mimoza, Konya 2009, s. 303-304. Ayrıca bkz, KARAHANOGULLARI, a.g.e., 199-215.

³⁴⁷ ATAY, a.g.m., s. 137.

Öte yandan, yargıçların idarenin yerine geçmek suretiyle idari işlem niteliğinde yargı kararı vermesinden duyulan endişe nedeniyle Fransız Hukukunda 16–24 Ağustos 1790 tarihli Kanunun 13 uncu maddesinde aşağıdaki hüküm öngörülmüştür: “Yargı etkinlikleri idari etkinliklerden farklıdır ve her zaman ayrı bir şekilde mevcuttur. Ağır bir görev suçu işleme yaptırımını gerektirecek nitelikte, yargıçlar her ne şekilde olursa olsun idare cihazının işlevlerini bozacak, karıştıracak karar almaları ve idarecileri işlevlerini yerine getirmeleri dolayısıyla mahkemeye çağırılması yasaktır”³⁴⁸.

İdari yargı ile yürütme erki arasında mahkeme kararlarının uygulanmaması halinde bazı durumlar ortaya çıkmaktadır. İdarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamada en etkili araç olan yargı yerlerince verilen kararların idare tarafından uygulanması zorunluluğu da hukuk devleti anlayışının doğal bir gereğidir³⁴⁹. Ayrıca yargı kararlarına uyulması, hukuk devletinin olduğu kadar, uygar bir toplum olmanın da temelidir³⁵⁰.

Bir hukuk devletinde, yargı kararlarına uyulmaması diye bir sorun bulunmaması gerekir³⁵¹. Türkiye Cumhuriyeti de bir hukuk devleti olduğuna göre, aksine bir uygulamanın yani yargı kararlarına uyulmamasının söz konusu olmaması gerekir. Zira Anayasa’nın 138 inci maddesinin son fıkrası, “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” hükmünü amirdir. Buna göre idarenin, “mahkeme kararlarını ‘aynen’ ve ‘gecikmeksizin’ uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır”³⁵².

O halde, yargı kararlarının bağlayıcılığı yargı yerlerinin ve yargıçların her türlü işlemlerini kapsamına alır³⁵³. Yürütmenin durdurulması kararları da bu kapsamdadır. Danıştay’ın iptal kararları ile yürütmenin durdurulması

³⁴⁸ ATAY, a.g.m., s. 138.(51 nolu dipnot).

³⁴⁹ Danıştay 7. Dairesi, E. 1992/2106, K. 1993/ 3827, DD, Y. 25, S. 89, 1995, s. 464.

³⁵⁰ Metin KIRATLI: “Yürütmenin Durdurulması”, SBFD, C. XXI, S. 4, 1967, s. 194.

³⁵¹ Yüksel ESİN- Erol DÜNDAR: Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, I. Kitap: Usul, Ankara 1971, s. 81.

³⁵² Danıştay 5. Dairesi, E. 1995/3611, K. 1997/2485, DD, Y. 28, S. 96, 1998, s. 219.

³⁵³ ERKUT, “Kamu Kudreti Ayrıcalıkları...”, s. 220.

kararları, yerine getirilmelerindeki zorunluluk bakımından hiçbir fark göstermezler³⁵⁴.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28 inci maddesinin 1 inci fıkrası da, Anayasa'nın düzenlemesine paralel olarak, "Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, en geç otuz gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur." kuralını içermektedir.

Öte yandan, 1602 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında ise, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare altmış gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur." denilerek, İdari Yargılama Usulü Kanununun 28 inci maddesinin 1 inci fıkrası ile aynı mahiyette bir hükme yer verilmiştir.

Yargı kararları uygulanmadığı takdirde hukuka, Anayasal düzene aykırı hareket edilmiş ve hukuk devleti ilkesi zedelenmiş olur. Hukuk devleti ilkesinin doğal bir gereği olan bu zorunluluğa uyulmaması, idarenin hukuki sorumluluğuna yol açacağı gibi, idare ajanlarının da hukuki ve cezai sorumluluklarına yol açabilir.

3. Yargısal Emir

Geçici bir hukuksal koruma sağlayan önlemler, gerek yabancı ülkelerde gerekse Türkiye'de kamu ve özel hukuk dallarında değişik adlarda uygulama alanı bulmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa Hukukunda hukuksal koruma önlemlerini karşılamak üzere farklı terimlere yer verildiği görülmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, yürürlüğün durdurulması niteliğinde " injunction " (yargısal emir), Almanya'da ise geçici

³⁵⁴ ERKUT, a.g.e., s. 221.

hukuksal koruma fonksiyonunu yerine getirmek anlamına gelen “ eins tve ilige anordnung “ (geçici tedbir) kavramları kullanılmaktadır³⁵⁵.

Türkçe’ye yargısal emir³⁵⁶ diye çevrilebilen “ injuction “ kurumu; acele hallerde def’i usulünün sakıncalarını giderdiği ileri sürülen injuction, mahkemenin şahıslara veya devlet memurlarına bir şeyi yapmak veya yapmamak hususunda emir vermesi olarak tanımlanmaktadır. Belirli bir işlemin ya da kanunun Anayasa’ya aykırı olması ve telafisi imkansız zararların doğması söz konusu ise; mahkemenin yargısal emir verme yetkisi vardır.

Danıştay kararlarında kararın uygulanmasında idarenin alması gerekli önlemlerin neler olduğuna somut bir şekilde yer verilmektedir. Bu önlemler öğretide “yarı yargısal emir” ya da “örtülü yazılı emir” olarak adlandırılmaktadır. Ancak, bunlar idareyi bağlayıcı nitelikteki diğer yargısal kararlardan farklıdır, çünkü bunlar uygulama gücüne sahip hükümler olarak kabul edilmezler. Bu sınırlamanın temel nedeni, idarenin ve yargının takdir yetkisine saygıdır, bu durumdan kaynaklı olarak yargının idareye emir veremediği ülkeler arasında Mısır, Yunanistan, İtalya, Hollanda ve Türkiye sayılabilir.

Fransa’da, idari yargıda artan dava sayısına rağmen, maddi ve hukuki araçların bu artışa uygun oluşmamasının kimi zaman davalar sonunda verilen kararların etkisiz kalmasına yol açtığı gözlemlenmişti[. Bu durum bir seri reformu gündeme getirmiş, ilk planda hem yeni mahkemeler kurulmuş,

³⁵⁵ Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Derneği, VIII. Kongresi, Madrid, 26-28 Nisan 2004, http://www.danistay.gov.tr/idari_yargi_kararlarinin_uygulanmasi.htm, E.T., 18.12.2010.

³⁵⁶ Sait GÜRAN: Anayasa’nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik, Anayasa Yargısı, 1995, s. 199. İdarenin hukuka aykırı işlem ve eylemleri karşısında etkili yargısal korunma sağlayan yargısal emirler, Güran Tarafından aktarılmaktadır. Ayrıca bkz. Esin ÖRÜCÜ: Büyük Britanya’da İdarenin Yargısal Denetimi, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara, 1993, s. 254. vd. Fransa’da yargısal emir hakkında bkz., Ramazan ÇAĞLAYAN: İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması ,Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s. 292. Turan Yıldırım:Yargı Kararlarının Uygulanmama Sorunu, www.insanbilimleri.com/ojs/index.php/uiib/article/download/57/55, E.T., 19.12.2010.; Nuri YAŞAR: İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Ve Yargısal Emir, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2002, s. 135-150.

hem personel alımı öngörülmüş, hem de kararların yerine getirilebilmesi için injonction yetkisi (yargısal emir sistemi) getirilmiştir³⁵⁷.

Yargıcın kararı doğrudan uygulama yetkisinin bulunmadığı ülkeler için doğrudan uygulama şaşırtıcı bir yol olarak görülebilir. Öncelikle, güçler ayrılığı anlayışının geçerli olması (ki bu ilkeye göre yargıcın idarenin yerine geçerek karar alması ya da ona nasıl davranması gerektiğini söylemesi mümkün değildir) böyle bir düşüncenin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Adli yargı mercilerinin emir vermesi, idari işlem niteliğinde karar vermesi kabul edilirken bu yetkinin idari yargı hakiminden esirgenmesini; idari yargıda yargısal emir konusunda hassasiyet gösterilmesini anlamak mümkün değildir. Güran'ın ifadesiyle: "İster yürütmenin durdurulması, ister iptal kararında olsun, durdurma veya iptal kararı verdikten sonra, hüküm neden 'somut ve belli bir şeyi yapma veya yapmama buyruğu ile tamamlanmasın'³⁵⁸.

Q. İDARİ YARGI DENETİMİ DIŞINDA KALAN İŞLEMLER

Hukuk devleti ilkesine 2 nci maddesi ile bünyesinde yer veren 1982 Anayasasında, bu ilkenin inşası yolunda 125 inci maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir. 155 inci maddesindeki Danıştay idari yargı düzenlemesiyle de, adli yargı, idari yargı ayırımını benimsemiş ve idarenin yargısal denetiminin idari rejimde içeriğini bulduğu ihtisas mahkemeleri ile yapılacağı öngörülmüştür. Ancak bu düzenlemelerin karşısında başka Anayasanın yargısal denetim yolunu kurala bağlayan 125 inci maddesinin 2 inci fıkrası olmak üzere bir çok maddesi ile yargısal denetim yolu sınırlanmış, hatta kimi hallerde kapatılmıştır³⁵⁹.

³⁵⁷: Aydın GÜLAN – Kemal BERKARDA "İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler", s.113-135, Sempozyum, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 134. yıl, 10-11 Mayıs 2002, Ankara 2002.

³⁵⁸ GÜRAN, Anayasa'nın Kuvvetler Ayrılığı, s. 199.

³⁵⁹ Zuhale BERKET, Selami DEMİRKOL: "İdari Yargıda Savcılık Kurumu (İdarenin Yargısal Denetiminde Etkinliğin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri)", D.D, S. 90, 1996, s. 32.

İdarenin Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmeliklere uymak zorunda olmasının müeyyidesi Anayasamızda öngörülmüştür. Anayasamızın 125 inci maddesine göre; “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”. Bir başka deyişle; idarenin yaptığı işlemler uyması gereken üst kurallara uymuyorlarsa, bunlara karşı dava açılabilir. Mahkemeler de bu işlemleri iptal edebilir.

Ancak, Türkiye’de idarenin hukuka bağlılığı ilkesi bakımından beş adet incelenmesi gereken konu vardır. Aşağıdaki beş işleme karşı dava açılamaz, bunlara karşı dava yolu kapalıdır. Dolayısıyla bunlar, ülkemizde hukuk devletinin istisnalarını oluşturmaktadır.

1982 Anayasası’nın en çok eleştirilecek yönü, yargı yolunu kapayan düzenlemelere yer vermesidir. Cumhurbaşkanı’nın tek başına yaptığı işlemlerin, HSYK’nın meslekten çıkarmaya ilişkin kurul kararı dışındaki kararları ile Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma kararlarının yargı denetimi dışında tutulmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır. Kaldı ki, bu düzenlemeler, Türkiye’nin kabul ettiği uluslar arası sözleşmelerin hükümlerine de aykırıdır³⁶⁰.

Milli Güvenlik Konseyi döneminde, 1982 Anayasası’ndan önce çıkartılmış olan dört yasa, yargı yolunu kapama açısından dikkati çeker niteliktedir³⁶¹.

a) 2461 sayılı HSYK Kanunu’nun 12 nci maddesinin son fıkrasına göre, itirazları inceleme Kurulu’nca itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bu kararlar hakkında başka bir idari ya da kazai mercie başvurulamayacağına ilişkin düzenleme bulunmakta iken; bu konuda 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye istinaden hazırlanan ve 18.12.2010 günlü, 27789 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6087 sayılı HSYK Kanunu’nun “Yeniden inceleme, itiraz ve

³⁶⁰ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER a.g.e., s. 82.

³⁶¹ GÖZÜBÜYÜK, TAN, C.II., a.g.e., s. 36.

yargı yolu” başlıklı 33 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında; Genel Kurulun ilk defa aldığı kararlara karşı, Başkan veya ilgililer tarafından tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde, Genel Kuruldan yeniden inceleme talebinde bulunabilecekleri, yeniden inceleme talebi üzerine verilen kararların kesin olduğu, 2 inci fıkrasında; dairelerin kararlarına karşı, Başkan veya ilgililer tarafından tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde, kararı veren daireden yeniden inceleme talebinde bulunabileceği; 3 üncü fıkrasında ise; dairelerin yeniden inceleme talebi üzerine verdiği kararlara karşı, Başkan veya ilgililer tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde, Genel Kurula itiraz edebilecekleri ancak itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu düzenlenmiştir;³⁶² 5 inci fıkrasında ise; Genel Kurulun veya dairelerin, meslekten çıkarma cezasına ilişkin kesinleşmiş kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulabileceği; diğer kararların ise önceki düzenlemede olduğu gibi yargı denetimi dışında olduğu; meslekten çıkarma kararlarına karşı açılan iptal davalarının da ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görüleceği düzenlenmiştir³⁶².

b) 2577 sayılı İYUK’un 2 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, Devlet Başkanı’nın doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetiminin dışındadır.

Burada ayrılabilir işlem kuralı üzerinde durmak gerekir. Bilindiği üzere; ayrılabilir işlem kuralı³⁶³; dış görünüş itibarıyla idari prosedür ile bütünleşmiş bir hukuki işlemin kendi başına, bağımsız bir hukuki varlığa sahip olmasıdır. Ayrılabilir nitelikteki işlemlerin, idari prosedür içerisinde bir sonraki işlem ile ortaya konulamayacak özellikteki bir takım hukuki sonuçları meydana getirme gücü bulunmaktadır. Öyle ki, bu etkileri nedeniyle ayrı bir kişiliğe sahiptir ve prosedür ile olan hukuki bağları çözülebilir niteliktedir.

³⁶² <http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2010/12/20101218.htm>, E.T., 18.12.2010.

³⁶³ ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 129; ATAY, İdare Hukuku, s. 441; Murat SEZGİNER: Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000, s. 21; DURAN, a.g.e., s. 399; GÖZÜBÜYÜK-TAN, a.g.e., s. 377; aksi yöndeki görüş için bkz. GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s. 601-602.

Bu konuyla ilgili olarak her dönem tartışılan üniversitelere Cumhurbaşkanı tarafından yapılan rektör atamaları³⁶⁴ ile ilgili olarak Ankara 15. İdare Mahkemesinde Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlüğü'ne Prof. Dr. Mehmet FÜZÜN'ün atanmasına ilişkin 6.8.2008 gün ve 26959 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5.8.2008 gün ve 2008/32 sayılı işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada; anılan Mahkemenin 22.12.2008 günlü, E:2008/786 sayılı yürütmenin durdurulması hakkındaki kararında³⁶⁵; “ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 105 inci maddesinde, “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.” hükmü yer almış; 104/b maddesinde, Üniversite rektörlerini seçmek Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında sayılmış; 130 uncu maddesinde ise, kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörlerin Cumhurbaşkanınca, dekanların ise Yükseköğretim Kurulunca seçilip ve atanacağı vurgulanmıştır. Anılan hükümlerden, Rektörlerin atanması konusunun yasa koyucu tarafından genel atama kararnamelerinden farklı bir statüde ele alındığı, bu atama işleminin öncesinde bilim özerkliği ve kısmen demokrasiye saygının bir ifadesi olmak üzere üniversite öğretim üyeleri tarafından kullanılacak oylarla en çok oy alan adayların belirlenmesi amacıyla seçim yapılmasının öngörüldüğü, ancak seçim sonucunun tek başına yeterli olmadığı, öte yandan yasa koyucu tarafından tek başına seçimin yeterli olmasının amaçlanmış olması halinde en yüksek oy alanın atanmasının yapılacağına hükme bağlanması gerektiği, oysa en çok oy alan altı adaydan Yükseköğretim Kurulunun seçeceği 3 kişinin atanmak üzere Cumhurbaşkanına sunulacağı ve Cumhurbaşkanınca bu üç adaydan birisinin seçilerek atanacağına hükme bağlandığı, dolayısıyla yapılacak demokratik bir seçimden sonra yürütme organının hiyerarşik olarak

³⁶⁴ Danıştay 8. Dairesinin 14.10.1995 günlü, E:1994/7723, K:1995/3624 sayılı kararı, DD, S. 91, s.864,

³⁶⁵ Ankara 15.İdare Mahkemesinin 22.12.2008 günlü, E:2008/786 sayılı yürütmenin durdurulması kararı, (yayımlanmamıştır).

en üstünde yer alan Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek kişinin atanması yönünde düzenleme yapılmakla seçim ve atama yöntemlerinin birlikte uygulanacağı farklı bir sistemin öngörüldüğü, Yükseköğretim Kurulunca sunulan atama yeterliliğine sahip üç kişiden birini “seçerek atama” işleminde Cumhurbaşkanına daha geniş bir takdir yetkisinin tanındığı, ancak sözkonusu takdir hakkı kapsamında yapılan atama işleminin öncesine ilişkin olarak tesis olunan ön işlemlerdeki usul ve hukuka aykırılıkların İdari Yargı yerlerince yargısal denetime tabi olacağı sonucuna varılmaktadır. Yükseköğretim Kurulunca atama yeterliliğine sahip üç adaydan birini seçerek rektör olarak atama konusunda Cumhurbaşkanının geniş takdir yetkisi bulunmakla birlikte, zincir işlemler sonucu belirlenerek kendisine sunulan üç rektör adayından birini atama hususunda bağlı olduğu, üç adayın belirlenmesi aşamasındaki hukuka aykırılığın Cumhurbaşkanının nihai atama işlemini de sakatlayacağı ve bu anlamda hazırlayıcı zincir işlemler esnasında Kanun'un belirlediği usul ve esaslara uyulmadan tespit edilen adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilerek yapılan atama işlemini de hukuka aykırı kılacağı kuşkusuzdur. Bu durumda, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36 ncı maddesinde kısmi statüde görev yapan profesör ve doçentlerin rektör, dekan, enstitü ve yüksekokul müdürü ve bölüm başkanı olamayacakları ve bunların yardımcılıklarına seçilemeyecekleri hükmü karşısında, Dokuz Eylül Üniversitesi rektörlük görevine atandığı tarih itibariyle kısmi statüde görev yaptığı hususunda tartışma bulunmayan Prof. Dr. Mehmet FÜZÜN'un Dokuz Eylül Üniversitesi rektörlük görevine atanmasına ilişkin işlemde mevzuata uyarlık görülmemiştir.” şeklinde oyçokluğuyla karar verilmiştir. Takip eden süreçte; anılan yürütmenin durdurulması kararına karşı Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılan itiraz üzerine bu kez Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 08.01.2009 günlü kararı³⁶⁶ ile; “ Anayasanın 130 uncu maddesi ile yukarıda anılan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13/a maddesinde belirtilen kurallar doğrultusunda, Üniversite ve Yükseköğretim Genel Kurulunda yapılan oylamalar sonucu

³⁶⁶ Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 08.01.2009 günlü itiraz kabul kararı(yayımlanmamıştır).

Cumhurbaşkanlığına sunulan adayların seçilmesine yönelik işlemlerde Yasanın belirlediği usul ve esaslara aykırılık oluşturulacak bir husus tespit edilmediğinden, rektör olarak atanma yeterliğine sahip olduğu anlaşılan üç kişiden biri olan Prof. Dr. Mehmet Füzün'ün, Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlüğü'ne Cumhurbaşkanı tarafından takdir yetkisi kullanılarak seçilip atanmasına ilişkin dava konusu işlemde yukarıda anılan mevzuat hükümlerine ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; itirazın KABULÜNE Ankara 15. İdare Mahkemesi'nce verilen 22.12.2008 gün ve E.2008/876 sayılı kararın kaldırılmasına "oybirliği ile karar verilmiştir.

Yukarıda yer verilen kararda da görüldüğü üzere; Cumhurbaşkanı tarafından yapılan nihai işlem öncesinde tesis edilen işlemler zincir işlem kuralı çerçevesinde ele alınmış ve dolayısıyla yapılacak demokratik bir seçimden sonra yürütme organının hiyerarşik olarak en üstünde yer alan Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek kişinin atanması yönünde düzenleme yapılmakla seçim ve atama yöntemlerinin birlikte uygulanacağı farklı bir sistemin öngörüldüğü, Yükseköğretim Kurulunca sunulan atama yeterliliğine sahip üç kişiden birini "seçerek atama" işleminde Cumhurbaşkanı daha geniş bir takdir yetkisinin tanındığı, ancak sözkonusu takdir hakkı kapsamında yapılan atama işleminin öncesine ilişkin olarak tesis olunan ön işlemlerdeki usul ve hukuka aykırılıkların İdari Yargı yerlerince yargısal denetime tabi olacağı sonucuna varılmıştır.

c) 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda değişiklik yapan 2568 sayılı Yasanın 21 inci maddesinin son fıkrasına göre, Devlet Başkanı'nın, Yüksek Askeri Şura'nın tasarrufları ve Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır. Yine bu konu ile ilgili olarak da değişiklik yapılmıştır.

d) 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nda, 1980 yılında, 2342 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmış ve bu kanunda, "sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz.

Şahsi kusurları nedeni ile hukuki sorumlulukları ileri sürülemez” kuralı getirilmiştir.

e) Ayrıca, Anayasa'nın 129 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerine “uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.” kuralına dayanılarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135 inci maddesinde uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulmayacağı kuralı getirilmiştir.

Bu da yargı yolunu kapayan bir düzenlemedir. Bu konuda da bir değişiklik yapılmış ve gündemdedir ve memurlara verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun açılmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 13 üncü maddesi ile disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı kuralı getirilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

2010 YILINDA YAPILAN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN YÜRÜTME VE İDARİ YARGI İLİŞKİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. DİSİPLİN CEZALARINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

1982 Anayasasında yer alan bazı maddelerin değiştirilmesi amacıyla 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile getirilen değişiklikler bir anlamda yürütme organı olan ve Adalet Bakanı ve Müsteşarının da bulunduğu HSYK'nın yapısında önemli ve ciddi değişiklikler getirmesi, bazı disiplin kararlarına karşı yargı yolunun açılması çalışmamız açısından oldukça önemlidir.

Anayasanın 129 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında; “uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç diğer disiplin cezaları yargı denetimi dışında bırakılamaz” hükmü yer almakta iken uygulamada uyarma ve kınama cezalarına karşı açılan davalarda idare mahkemelerince cezanın dayanağına ilişkin belirlemeler yapılmaksızın ve dosyanın esasına geçilmeksizin davaların incelenmeksizin reddine karar verildiği görülmektedir³⁶⁷.

³⁶⁷ Ankara 4. İdare Mahkemesinin 06.02.2008 tarih ve E:2008/222,K:2008/264 sayılı kararında:” T. C. Anayasasının 129. maddesinin 3. fıkrasında, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı belirtilmiş; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 135. maddesinde de, disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın, varsa üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabileceği, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. 657 sayılı Kanunla getirilen bu düzenlemede, disiplin cezalarına karşı itiraz yolları açıkça belirtilmiş olup, uyarma ve kınama cezalarına karşı bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına itiraz edileceği yolunda özel hüküm getirilmiş ve bu cezalara karşı yargı yolu kapatılmıştır. Hukuk alanında “yasama kısıntısı” olarak adlandırılan bu duruma göre yasal düzenleme ile yargı yolu kapatılan idari işlemlere karşı dava yoluna gidebilme imkanı bulunmamaktadır. Kanun uyarınca uyarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işleme karşı açılan davanın esasını inceleme olanağı bulunmamaktadır.” hükmüne yer vermiştir.

Yapılan anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 129 uncu maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. "Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz." hükmü getirmiştir.

II. YÜKSEK ASKERİ ŞURA KARARLARINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 10 uncu maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125 inci maddesinin ikinci fıkrasına "Ancak, Yüksek Askeri Şura'nın Silahlı Kuvvetler'den her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır." cümlesi eklenmiş, ve belirtilen kararlara karşı yargı yolu açılmış, ancak halen Yüksek Askeri Şura'nın diğer kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır.

III. YERİNDELİK DENETİMİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasanın 125 inci maddesinin 4 üncü fıkrasının birinci cümlesi "Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz." şeklinde değiştirilmiştir.

Bu maddenin değiştirilmesinin gerekçesi olarak şu ifadelere yer verilmiştir. "125 inci maddenin dördüncü fıkrasında, yargı yetkisinin, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu; 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 hükme bağlanmış ve maddenin gerekçesinde "...yargı organının idarî işlemin yerindeliğini denetlemeyeceği..." belirtilmiş olmasına rağmen, uygulamada bu hükme

uymayacak şekilde yargı kararlarının verildiği görüldüğünden, bu tür uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla, fıkarda yargı yetkisinin, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Bu ilkenin Anayasada yer almasının yargı pratiğimizden kaynaklandığı ve önleyici işlevi olacağı açıktır. Yerindelik denetimi, yürütme iktidarının negatif kullanımı anlamına gelir.”³⁶⁸ şeklindedir.

Yapılan bu değişikliğin uygulamaya ne şekilde yansıtacağı ise tartışmalıdır, zira gerek Anayasamızda gerekse İdari Yargılama Usulü Kanununda bu düzenleme olmasına rağmen yargı organlarınca yerindelik denetimi yapıldığına ilişkin eleştiriler getirilmekte iken yalnızca “hiçbir surette” ifadesinin eklenmesi muğlak bir konu olan yerindelik denetimi yapıldığına ilişkin tartışmaları sona erdirmeyecektir.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURULARA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasanın 148 inci maddesinin 1 inci fıkrasına Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri bölümüne “ ve bireysel başvuruları karara bağlar” ifadesi eklendikten sonra, maddenin devamında, 3 üncü, 4 üncü ve 5 inci fıkralarına; “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.” hükmü eklenmiştir.

³⁶⁸ Anayasa Değişikliği Komisyon Raporu ve Tutanağı, s. 13, www.tbmm.gov.tr. E.T. 2.5.2010.

Bu değişikliğin gerekçesi olarak; “bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, kamu gücü tarafından, temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanmaktadır. Günümüzde, temel hakların korunması amacıyla bireysel başvuru yolu, pek çok uygar ülkede anayasa yargısının ayrılmaz bir parçası kabul edilmektedir. Bireysel başvuru yolu, kapsamı ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte, başta Federal Almanya olmak üzere Avusturya, İspanya, İsviçre, Belçika, Macaristan, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti, Meksika, Brezilya, Arjantin gibi pek çok ülkede uygulanmaktadır. Doğu Avrupa ülkelerinin çoğunda da bireysel başvuru kurumu kabul edilmiş ve işletilmektedir. Anglo-Amerikan hukukunda teknik anlamda bireysel başvuru kurumu olmasa da, bireysel başvuruyla benzer işlevlere sahip kanun yolları bulunmaktadır. Türkiye’nin konumuna baktığımızda, bireysel başvuru müessesesinin kabul edilmediği, ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkının ve bu Mahkemenin zorunlu yargılama yetkisinin tanındığı görölmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yoluyla, iç hukukta halledilemeyen temel hak ihlâllerine ilişkin şikâyetlerin, ulusalüstü düzeyde ele alınması kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde her yıl Türkiye’ye karşı çok sayıda dava açılmakta ve Türkiye pek çok davada tazminata mahkum edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlâllerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlâllerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye’de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir.

Diğer yandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004 (6) Sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiş; aynı şekilde, Venedik Komisyonu da 2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir. Türkiye’de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır. Bu amaçlarla yapılan değişiklikte, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ve teminat altına alınması için, vatandaşlara bireysel başvuru hakkı tanınmakta ve Anayasa Mahkemesine de bu başvuruları inceleme ve karara bağlama görevi verilmektedir. Buna göre herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma hakkına sahiptir. Bireysel başvuruda bulunabilmek için, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Şu kadar ki, bireysel başvuru kurumunun niteliği dikkate alındığında, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların bu kapsamda incelenmeyeceği kuralı benimsenerek, diğer yüksek yargı organları ile Anayasa Mahkemesi arasındaki olası görev uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu müessesenin işleyişine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenecektir. Yapılan yeni düzenlemeyle, bireysel başvuruları inceleme görevi verilmek suretiyle, Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu da yüklenmektedir.

Öte yandan, Yüce Divan kararlarının yeniden incelenmesini talep etme imkanı getirilmek suretiyle bu yargılama yönteminde sağlanan güvenceler geliştirilmektedir.³⁶⁹ şeklindedir.

³⁶⁹ Anayasa Değişikliği Komisyon Raporu ve Tutanağı, s. 18-19, www.tbmm.gov.tr. E.T. 2.5.2010.

Öğretide genelde, Alman anayasa öğretisini izleyenlerin dilimize kazandırdığı “anayasa şikâyeti” terimi tercih edilmektedir. Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme veya yargı organlarının işlemleri tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdıkları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanabilir³⁷⁰.

Anayasa yargısına karşı ileri sürülen kuvvetler ayrılığı ilkesi, devletin yasama, yürütme ve yargıdan oluşan üç işlevinin birbirinden ayrılmasının, iktidar yoğunlaşmasını önlemeye yönelik olduğu ve dolayısıyla bunların birbirini denetleyerek bu tehlikeyi önleyebilecekleri tezini içermektedir. Bu olumsuz tanımlamada vurgulanan, her üç işlevin birbirinden bağımsız olduğu, birbirleriyle etkileşim olanaklarının olmadığı ve olmaması gerektiğidir. Birinin diğerine müdahalesi ya da diğerini kapsamaması, yönetilenler için en önemli tehlikedir. Montesquieu'ye dayandırılan bu ayırmadan, yasamanın yargının denetimine tabi kılınamayacağı sonucunun çıkarılması bir yana, yasama ve yürütmenin ilişkilerinin niteliği de bu sınıflandırmada tamamen gözardı edilmektedir³⁷¹.

Anayasa yargısının anayasadaki temel hak ve kuralları koruma işlevini yerine getirirken, temel hakları günün değişen koşullarına göre yeniden yorumladığı ve geliştirdiği de gözden kaçırılmamalıdır. Bireylere doğrudan anayasa mahkemesine başvurma olanağı tanıyan anayasa şikayeti de temel hakların taşıyıcılarına, temel hakların güncelleştirilmesine ve geliştirilmesine doğrudan katkıda bulunma olanağı tanıdığı için demokratik katılım açısından önem taşımaktadır³⁷².

Bireysel başvurulara ilişkin uyum yasasına ilişkin tasarı şu anda gündemde olup, bu tasarı üzerindeki tartışma devam etmektedir. Özellikle Danıştay ve Yargıtay kararlarının bireysel başvuruya konu edilmesi ve Anayasa Mahkemesince incelenerek bozulması yönünde sonuç doğuracak

³⁷⁰ Bahadır KILINÇ: “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği” Anayasa Yargısı Dergisi, C. 25, Ankara, 1998, s. 18-59.

³⁷¹ Ece GÖZTEPE: Anayasa Şikayeti, AÜHF Yayınları No:530, Ankara, 1998, s. 8.

³⁷² GÖZTEPE, a.g.e., s. 15.

şekilde Anayasa Mahkemesine karar verme yetkisi verilmesi, yargının kendi içerisindeki bağımsızlığını zedeler niteliktedir.

V. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

R. GENEL OLARAK

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 20 inci maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 159 uncu maddesi değiştirilmiş ve “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmibir asıl ve on yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır.

Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabîi üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yüksek öğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, bir asıl ve bir yedek üyesi Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından Anayasa Mahkemesince, üç asıl ve iki yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve savcıları arasından adlî yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcıları arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir. Kurul üyeliği seçimi, üyelerin görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde yapılır. Cumhurbaşkanı tarafından seçilen üyelerin görev süreleri dolmadan Kurul üyeliğinin boşalması

durumunda, boşalmayı takip eden altmış gün içinde, yeni üyelerin seçimi yapılır. Diğer üyeliklerin boşalması halinde, asıl üyenin yedeği tarafından kalan süre tamamlanır.

Yargıtay ve Danıştay genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılar arasında seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcının; ancak bir aday için oy kullanacağı seçimlerde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilir. Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılır. Kurulun, Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı dışındaki asıl üyeleri, görevlerinin devamı süresince kanunda belirlenenler dışında başka bir görev alamazlar. Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir. Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz. Kurul, kendi üyeleri arasında daire başkanlarını seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkanvekili olarak belirlediği daire başkanına devredebilir. Kurul, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir. Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç isleyip islemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir. Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz. Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulur. Genel Sekreter, birinci sınıf hâkim ve

savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanır. Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Kurula aittir. Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir. Kurul üyelerinin seçimi, dairelerin oluşumu ve işbölümü, Kurulun ve dairelerin görevleri, toplantı ve karar yeter sayıları, çalışma usul ve esasları, dairelerin karar ve işlemlerine karşı yapılacak itirazlar ve bunların incelenmesi usulü ile Genel Sekreterliğin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir.

Bu düzenlemenin iptali istemiyle Cumhuriyet Halk Partisince 111 milletvekilinin imzasıyla Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuş olup, Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu şekil ve esas açısından değerlendirmiştir³⁷³. Anayasa Mahkemesi kararında; **teklifin getiriliş biçimi bakımından Anayasa'ya aykırı olmadığına** oybirliği ile; HSYK'ya üye seçilmesine ilişkin yapılacak seçimle ilgili oy kullanma konusunda yalnızca bir adaya oy verme yönünde getirilen düzenlemeye ilişkin **"bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir"** ibaresinin iptaline oybirliğiyle, yine Cumhurbaşkanı'nın HSYK'ya üye seçmesine ilişkin olarak getirilen düzenleme içerisinde yer alan **"iktisat ve siyasal bilimler..." ve "...üst kademe yöneticileri..."**ibarelerinin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline oybirliği ile; yine üzerinde ciddi tartışmaların yaşandığı Anayasa değişikliği **paketinin halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanmasına ilişkin kısmının iptali isteminin ise oyçokluğuyla** reddine karar verildiği görülmektedir.

Mahkemelerin bağımsızlığı ancak, hâkimlere kendi meslek ve varlıklarını tehlikeye atmaksızın her türlü korku ve endişeden azade olarak görev yapma imkanı yaratacak şekilde kişisel teminat tanımakla sağlanabilir. Hâkimlere görevlerinin ifasında yalnızca kanun ve vicdanlarına göre hareket

³⁷³ AYM; 07.07.2010 günlü, E:2010/49, K:2010/87 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, E.T., 10.12.2010.

etme imkanı tanımak, onların bağımsızlıklarını sağlamak için yeterli değildir. Hâkimlik teminatı denilen bir takım güvenceler de kendisine tanınmalıdır ki, görevini gereği gibi yapabilsin. Vermiş olduğu her hangi bir karar yüzünden başka bir göreve atanması veya azledilmesi halinde hâkimin bağımsızlığından söz etmenin hiçbir anlamı kalmayacaktır. Bunun içindir ki hür demokratik batı ülkelerinde kanun ve çoğu kez anayasa düzeyinde hükümlerle hâkimlik teminatı müessesesi düzenlenmiştir.

Hâkimin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı birbirini tamamlayan iki kavram olup, birini diğerinden ayırmak veya birisi olmaksızın diğerini düşünmek mümkün değildir. Kavramlardan her ikisi bağımsızlık müessesesinin birer yüzünü teşkil etmektedir. Hâkimlerin bağımsızlığı ile onların objektif bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ile de kendilerinin kişisel bağımsızlığı ifade edilmektedir.³⁷⁴ Hâkim özel statüde bir kamu görevlisi olarak her iki niteliği şahsında toplamaktadır. Hâkim, toplumsal yaşam ve devlet faaliyetlerinin her alanında son sözü söylemek yetkisiyle donatılmış bir kamu görevlisi olarak son derece ağır ve sorumlu bir görev üstlenmiştir. Bu ağır sorumluluk kendisine özel bir statü sağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Hâkimin bu ağır görevi gereği gibi başarabilmesinde başlıca teminat kendisinin, ahlak, vicdan ve yüksek karakteri olmalıdır. Ancak hâkimin bağımsızlığı gibi kişi güvenliği ve hukuk devletinin temeli olan bir ilkeyi, yalnızca ilgililerin faziletlerine olan ümide bağlamak yeterli olmayıp, hukukî ve organik birtakım düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu maksatla kanunlara konulacak uygun hükümlerle, hâkimlerin görev, yetki ve sorumlulukları ile kişisel haklarının açık seçik belirtilmesi, kendisinin tutum ve davranışı üzerinde gerekli titizlik ve özeni göstermesini ve beklenen görevi gereği gibi yapmasını sağlayacaktır.

Hâkimlik teminatı için öngörülen ve diğer kamu görevlilerine oranla hâkimlere bazı önemli ayrıcalıklar sağlayarak onları çok özel bir statüye kavuşturan kuralların amacı, "yargıçların kişisel güçlerini, saygınlıklarını

³⁷⁴ Baki KURU: Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966, s. 29.

yükseltip başına buyruk bir kast yaratmak değildir. Tam aksine, onların serbest, özgün ve yansız yargılama yapabilecekleri maddî ve manevî ortam yaratmak suretiyle halka, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı konusunda güven ve inanç vermektir. Özetle, yargıçlık güvencesi denilen kurum, yargıçların kişisel yararından çok, kamunun yarar ve çıkarma hizmet eden bir kurumdur. Ne yazık ki, bu gerçeklik bizde pek anlaşılamamakta ya da anlamazlıktan gelinmektedir.³⁷⁵

S. MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM

Yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının batı demokrasilerinde ne şekilde geliştiği ve bugünkü durumuna nasıl geldiği konusundaki karşılaştırmalı hukuk verileri göstermektedir ki, gelişmeler her ülkede ayrı yönlerde dahi olsa, hepsinde amaç ortak olup, hâkimlerin bağımsızlığını sağlayarak bağımsız bir yargı erkine kavuşmaktır. Şimdi bunları sırası ile ele alalım.

İngiliz hâkimleri başlangıçta krala bağlı ve onun temsilcileri olarak yargı görevlerini ifade ediyorlardı. Bu durumda kral, hâkimleri kendi istek ve keyfine göre (*durante bene placito nostro*) atayıp azledebiliyordu. 1700'de kabul edilen ve hâkimlik teminatı konusunda ilk yazılı belge olan Act of Settlement Kanunu kesin olarak, "hâkimlerin, hareket tarzları şikayetlere sebebiyet vermediği sürece (*quamdiu se bene gesserint*) görevlerini muhafaza edeceklerini" tespit ve ilan etti. Bu kural, daha sonra çıkarılan 1875 ve 1925 tarihli mahkemeler kuruluş kanunlarıyla teyit edilmiş olup, halen yürürlükte. Söz konusu kanunlarla İngiltere'de hâkimlerin statüsü belirlenmiş ve yürütme organına karşı bağımsızlıkları sağlanmıştır. Haklarında azil talebi olmadığı sürece kendileri parlamentoda tenkit dahi edilmediklerinden, bağımsızlıkları geleneksel olarak yasama organına karşı

³⁷⁵ Maksut MUMCUOĞLU: Hukuk Devleti ve Yargıçlık Güvencesi, Cumhuriyet, 29-31 Ocak 1989.

da sağlanmıştır. Yargı erki İngiltere'de sınırsız denebilecek bir güvene sahiptir. Hâkimlerin sorumluluk bilinci ve yetenekleri, kamuoyu açısından yeterli bir güvence sayılmaktadır.³⁷⁶

İngiltere'yi örnek alan Amerika Birleşik Devletleri de, 1787 tarihli Anayasalarında, hâkimlik teminatı ile ilgili hükmü aynen kabul etmiş ve hâkimlerin, hareket tarzları şikayetlere sebebiyet vermediği ve "iyi tutumlarını sürdürdükleri sürece" (*during good behaviour*) azledilemeyecekleri kuralını tekrarlamıştır.³⁷⁷

Fransız Anayasasında hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Ancak Anayasanın 64 üncü maddesinde Cumhurbaşkanı'nın yargı bağımsızlığının garantörü olduğu, kendisine Yüksek Hâkimler Kurulunun yardım edeceği belirtilmiştir. Her ne kadar Yüksek Hâkimler Kuruluna Cumhurbaşkanı'nın başkanlık edeceği belirtilmiş ise de, yargı bağımsızlığının Cumhurbaşkanı'nın garantörlüğüne bırakılması, aslında yargı organının yürütmenin vesayetine bırakıldığı anlamına gelebilmektedir.³⁷⁸

Fransa'da 1789 ihtilaline kadar hâkimlik makamı kral tarafından satılıyordu. Satın alınan hâkimlik kadrosu bir yatırım aracı olarak zamanın telakkisine göre tekrar satılabiliyordu. Böylece büyük meblağlar ödeyerek hâkim olan bir kimse, ödediği parayı en kısa zamanda geri alabilmek ve kar etmek için yüksek fiyatlarla tekrar satmak imkanına sahipti.

İhtilal, bu duruma son vermiş ve kısa bir süre için hâkimlerin halk tarafından seçilmesi sistemi benimsenmiştir. yargı erkinin rolü, III üncü Cumhuriyet döneminde basite indirgenerek, adliye bir idari servis durumuna getirilmiştir. Kuvvetler ayırımı ilkesi ise o dönemde yalnızca, fonksiyonel açıdan devlet hayatındaki yetki ve görevlerin dağılımında esas teşkil eden bir

³⁷⁶ Şeref ÜNAL: Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, T.B.M.M. Kültür Sanat Yayınları, Ankara, 1994, s. 22.

³⁷⁷ Kapani, a.g.e. s. 91.

³⁷⁸ Cemil ÇELİK- Yunus YILMAZ: "Fransa'da Yargı Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı", e-akademi Dergisi, Temmuz 2006, Sayı 53, www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=53; E.T.,18.12.2010.

kural olarak kabul edilmiştir. Nihayet 27 Ekim 1946 tarihli IV üncü Cumhuriyet Anayasası, yargı erkine yeni bir veçhe verip konuyu yeniden düzenleyerek yargı erkinin diğer organlara karşı bağımsızlığını kabul etmiş ve onun manevî şahsiyetini temsil etmek üzere Hâkimlik Yüksek Konseyini kurmuştur.³⁷⁹

Hâkimlerin kendi istekleri dışında görevden alınamayacakları, azledilemeyecekleri, Fransız kamu hukukunun eski bir kuralıdır. 30 Ağustos 1883 ve 17 Temmuz 1940 tarihli kanunlarda öngörülmüş olan bu kural, 13 Nisan 1945 tarihli Tüzük ve sonradan kabul edilen her iki Anayasada da teyit edilmiştir.

1958 tarihli yeni Fransız Anayasasında yargı bağımsızlığı konusu genel bir ifadeyle ve tek bir maddeyle düzenlenmiştir. Söz konusu Anayasanın 64 üncü maddesine göre, devlet başkanı adli otoritenin bağımsızlığının kefilidir. Aynı maddenin 3 üncü fıkrasında ise, hâkimlerin statülerinin özel bir kanuna bırakılmasıyla yetinilmiş ve konunun ayrıntılarına girilmemiştir.

Fransız Anayasasında hâkimlere, yürütme organına karşı açık bir güvence tanınmamıştır. Yalnız hâkimlerin azledilemeyeceği belirtilmiştir. Cumhurbaşkanı ayrıca bağımsızlığın sağlanması için garantör olarak kabul edilmiştir. Bu da, yukarıda belirtildiği üzere aslında idarenin yargı üzerindeki ağırlığını bir anlamda göstermektedir³⁸⁰.

Sadece adli yargı hakim ve savcılarının işlemlerini yürüten ve 18 üyeden oluşan Fransa kurul yapısında Yargıtay'dan hiç temsilci bulunmazken, Danıştay'dan 1 temsilci bulunmaktadır. Kurul üyelerinin görev süresi 4 yıldır ve her üye bir kez seçilebilmektedir. Kurulun yapısı, Cumhurbaşkanı, Adalet Bakanı, meslektaşları arasından seçilen 6 hakim, 6 savcı, 1 Danıştay üyesi, Cumhurbaşkanı, Senato Başkanı ve meclis Başkanı tarafından seçilen 1'er seçkin vatandaştan oluşmaktadır.

³⁷⁹ Ekmel ERBEN: Fransa'da Yüksek Hâkimler Kurulu AİD, 1965/3, s. 322.

³⁸⁰ ÇELİK- YILMAZ, , a.g.k.

İtalya’da yargı sistemi, Napolyon dönemi Fransız hukukunun etkisi altında kalarak gelişmiştir. İtalyan hukuku da bu konuda, hâkimlerin objektif ve kişisel bağımsızlıkları, mahkemeler yönetiminde özerklik, istisnai mahkemelerin kurulması yasağı gibi temel ilkeleri kabul etmiştir. Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar ve atanmalarından üç yıl geçtikten sonra azledilemezler. Mevcut mahkeme teşkilatı ancak kanunla değiştirilebilir ve hiç kimse tabii hâkim önünde yargılanmaktan alıkonamaz. Temel ilkeler İtalyan Birliğinin kurulmasından sonra bütün ülkede geçerli hukuk kuralları olarak kabul edilmiştir³⁸¹.

İtalyan Anayasasının 101 inci maddesi, hâkimlerin kanuna göre hüküm vereceklerini ifadeyle objektif bağımsızlığı, 104 üncü maddesi ile hâkimlerin statüsünü belirlemektedir. Anılan bu maddeye göre, “hâkimlik diğer kuvvetlerden bağımsız olarak, kendi kendini idare eden muhtar bir sınıf teşkil eder”. 105 inci maddeye göre hâkimlerin atama, yer değiştirme, yükselme ve disiplin işlemlerinde Yüksek Hâkimler Kurulunun yetkili olduğu belirlenmiştir. İtalyan Anayasasının 107 nci maddesinde ise Adalet Bakanının yetkisi konusunda bakanın hâkimler hakkında disiplin soruşturması açtırabileceği hükmü öngörülmektedir. Fakat 107 nci. maddenin birinci fıkrasında, hâkimlerin işine son verilemeyeceği, hâkimlerin Yüksek Hâkimler Kurulunun ya yargı örgütü yasasında öngörülen savunma güvenceleri sınırları içinde gösterilecek nedenlere ya da kendi isteklerine dayanılarak alınmış bir karar olmadıkça görevlerinden alınamayacaklarını düzenlemiştir. Ayrıca İtalyan Anayasasının 109 uncu maddesinde adli kolluğun doğrudan doğruya adli makamların emrinde olduğu açıklanmış bu ise yargı bağımsızlığı yönünden yaşamsal bir olgudur³⁸².

HSYK tipi örgütlenmelerden en önemlisi İtalyan Yüksek Hâkimler Kurulu’dur. Bu kurulun onursal başkanı cumhurbaşkanı’dır. Kurulun iki tabi üyesi vardır. Birisi Yüksek Temyiz Mahkemesinin Birinci Başkanı diğeri ise

³⁸¹ Ünal, a.g.e., s. 6.

³⁸² ÜNAL, a.g.e., s. 26; M. Zeki GENÇ: Anayasalar Açısından Yargı Bağımsızlığının Kuvvetler Ayrılığı ile İlişkileri, Eldim Ofset, İstanbul, 1993, s. 112.

aynı organın başsavcısıdır. Diğer üyelerden 8'i parlamento tarafından müşterek oturumda gizli oyla üniversitelerin hukuk kürsüsü başkanı profesörler ile en az 15 yıllık meslekte bulunan avukatlar arasından seçilir. Seçilen bu üyelerin görev süreleri 4 yıldır ve bu süre zarfında mesleki faaliyette bulunmamaları gerekmektedir. Bir daha seçilmeleri söz konusu değildir. İtalya'da bu hususa o kadar önem verilmiştir ki göreve seçilmeden sonra milletvekilliği, senato üyeliği gibi görevlerden istifa zorunludur. Öte yandan milletvekili gibi görevlerinden dolayı dokunulmazlığa sahiptirler. Kurul 24 seçilmiş üyeden oluştuğu için geri kalan 16 üyenin 2' si Yargıtay üyesi, 14 'ü ise ilk derece mahkemelerinden yargıcın kendisi tarafından genel ve gizli oyla seçilmektedirler. Bakanlıkta idari görevde bulunanlar aday olamadıkları gibi seçilmişlerde idari görev alamamaktadırlar. Buna karşılık hâkim statüleri sürdürülmekte ve kurulca görevlerinden geçici olarak ayrılmış sayılmaktadırlar. Bu kurulun değil sekreteryası tek fasıllık katma bütçesi mevcut olup mali olarak özerktir. Kurul yasama organı tarafından belirlenmiş olanlardan bir başkanvekili seçmekte bu kişi de kanuni üyeler olan Temyiz Mahkemesi başkanı ile başsavcısı ile birlikte, kurulun başkanlığı onursal olarak cumhurbaşkanına ait olduğundan başkanlık komitesini oluşturmaktalar ve olağan idare bu komite tarafından yerine getirilmektedir³⁸³.

Ayrıca buradaki kurulun adalet hizmetlerinin örgütlenme ve işleyişi ile ilgili tekliflerde bulunabileceği gibi yargı düzeni ve idaresi konularındaki kanun tasarısı ve teklifleri hakkında görüş açıklayabilmekte, ayrıca Parlamenta yargı ve adalet hizmetlerinin durumuna ilişkin raporlarda sunabilmektedir. 1961 Anayasasında da Yüksek Hâkimler Kurulunun kendi varlık ve görevini ilgilendiren konularda Anayasa Mahkemesine başvurabileceği öngörülmekte iken (1961 AY. M.149) 1982 Anayasası bu hükmü kaldırmıştır³⁸⁴.

Almanya'da Nasyonal Sosyalizm dönemi hâkimler için ağır şartlar getirmiş, bu dönemin başında çıkartılan Meslek Memurları Kanunun da

³⁸³ İlhan ÖZAY: "Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı Dergisi, C.VIII, Ankara, 1991, s. 447.

³⁸⁴ Özay, a.g.e., s. 111.

hâkimlerinde azledilebilecekleri öngörülmüş, nihayet 1942 yılında ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı müesseseleri tamamen kaldırılmış ve hâkimlerde görevi ihlal gerekçesi ile azledilip cezalandırılmışlardır³⁸⁵.

23 Mayıs 1949 tarihli Federal Alman Anayasasının 9 uncu kısmı 92 ve 104 üncü maddeleri arasında yargıyı düzenlemiştir. Alman Anayasasının 97. maddesine göre³⁸⁶; (1) Hâkimler bağımsızdırlar ve yalnız kanuna tabidirler. (2) Sürekli görevle ve plan uyarınca kesin olarak atanmış hâkimlerin arzusu hilafına ancak hâkim hükmüyle ve yalnız kanunların belirttiği sebep ve şekillerle, görev sürelerinin sona ermesinden önce azledilebilir ve sürekli veya geçici olarak işten el çektirilebilir, başka yere tayin ve emekli edilebilirler. Kanun kaydı hayat şartı ile atanmış hâkimlerin emekli olacakları yaş sınırını tesbit eder. Mahkeme kuruluş ve yetki alanının değiştirilmesi halinde hâkimler, başka bir mahkemeye tayin veya maaşları tamamen verilmek şartıyla görevden uzaklaştırılabilirler.

Bu maddeye göre; Yargıçlar bağımsızdır ve yalnız kanuna tabidir. Asaleten esas kadroya tayin edilmiş hâkimlerin azledilmeleri veya geçici olarak görevlerinden alınmaları, rızaları hilafına, görevlerinin kanuni bitim müddetinden önce yerlerinin değiştirilmesi ve emekliye ayrılmaları bir mahkeme kararıyla ve ancak kanunla tespit olunan sebep ve usuller dâhilinde mümkündür, denilmektedir³⁸⁷.

Yargıçların hukuki statüsünü düzenleyen 98 inci madde ise yargı bağımsızlığını belirleyen çarpıcı örnekler vermektedir. Federal Mahkeme yargıcı görevini yerine getirirken ya da görev dışında anayasanın temel ilkelerine ya da Eyaletin Anayasal düzenine aykırı hareket etmesi halinde Federal Millet Meclisinin istemi üzerine Anayasa Mahkemesince 2/3 çoğunlukla onun başka bir göreve alınmasına veya emekliye ayrılmasına karar verebilir.

³⁸⁵ ÜNAL, a.g.e., s. 25.

³⁸⁶ Şeref ÜNAL: Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Adalet Bakanlığı Yay., Ankara, 1972, s. 45.

³⁸⁷ GENÇ, a.g.e., s. 103.

Almanya'da federal hâkimlerin çoğu yasama organlarınca seçilmekte, eyalet hâkimlerinin ise %75 yürütme organlarınca atanmaktadır. Eyalet hâkimlerinin atanmasında, hâkim seçim kurullarına da söz hakkı tanınmakla birlikte, son söz, eyaletine göre yürütme veya yasama organına aittir³⁸⁸.

T. HSYK DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN ELEŞTİRİLER

Yargı ile ilgili tartışmalar son yıllarda daha hararetli bir şekilde yapılıyor ise de, Türkiye'de yargının yeterince bağımsız olmadığı, özellikle yürütme organının etkilerine açık bulunduğu, Anayasanın yargı organına ilişkin hükümlerinin içerdiği olumsuzluklar, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren tartışılan bir konudur³⁸⁹.

Demokratik hukuk devletinde adaleti tesis etmekle görevli olan yargının, bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı yargının gerçek işlevine uygun biçimde çalışabilmesi için zorunludur³⁹⁰.

Kurulun yapısı, çalışma biçimi ve kararlarının yargı denetimine tabi olmaması, hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkeleriyle uyumlu olmadığından Anayasanın yürürlüğe girmesinden bu yana eleştirilere konu olmuştur. Örneğin Tanör, 1997 yılında TÜSİAD'a hazırladığı "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri" adlı raporda şu tespiti yapmaktadır: "Kurul'un çalışma biçimi, yapısından doğan sakıncaları daha da artırmaktadır. Ayrı bir örgütü, özerk bütçesi, binası, hatta sekretaryası bile bulunmayan işleri bakanlık memurlarınca görülen kurulun, bakanlık merkez

³⁸⁸ ÜNAL, Anayasa Hukuku Açısından, s. 53.

³⁸⁹ Lütfi DURAN: Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1988, s. 25; Ergun ÖZBUDUN: "Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", Zaman, 26.06.2007; Mithat SANCAR: Devlet Aklı Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, Ankara 2000, s. 181-194; Bülent TANÖR: İki Anayasa: 1961-1982, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1994, s. 116-118; Halit YILMAZ: Türkiye'nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları, TBB Yayınları, Ankara 2009, s. 3.

³⁹⁰ Yusuf Şevki HAKYEMEZ: "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", Yargı Raporu: "Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları", Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara 2010, s. 52.

örgütünün herhangi bir biriminden pek farkı bulunmamaktadır. Kurulun çalışmalarında açıklık (aleniyet) ve saydamlık da yoktur. Daha da vahimi, yapısı ve işleyişi bakımından siyasi ve idari etkilere sonuna kadar açık bulunan, ama yargı üzerinde etkili olan bu kurulun kararları yargı denetimi dışında tutulmuş olmasıdır.” Kurul kararlarına karşı yargı denetimine başvurulamamasının, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır. Bu ilke, devletin tüm organ ve makamlarının her tür eylem ve işleminin hukuka uygun olmasını gerektirir. Bu ise ancak, yasama ve yürütme organlarıyla, idari makamların tüm işlemlerinin, hukuka uygunlukları yönünden, bağımsız yargı kuruluşları tarafından denetlenebildiği bir sistemle mümkün olabilir. Hâkim ve savcıların özlük hakları konusunda karar verme yetkisini haiz HSYK, idari bir organdır. Doğası gereği, bu organın tüm kararları da idari işlem niteliğindedir. Bu nedenle bu kararların hukuka uygunlukları yönünden yargı denetimine tabi kılınmamaları, hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir. Üstelik yargı mensuplarını mesleki güvenceden yoksun bırakan bu yargı bağıışıklığı, yargı kararlarının tarafsızlığını ve bağımsızlığını da zedelemektedir³⁹¹.

Yine 2009 tarihli Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Yönetimi Hakkında Rapor'da, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili iki temel soruna işaret edilmektedir. Rapora göre, “1982 Anayasası'nda yargının tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin oldukça geniş güvenceler öngörölmüş olmasına karşın bunların uygulanmasında soru işaretleri söz konusudur. Bunlardan ilki hükümetin (devletin) yürütme erkini temsil eden Adalet Bakanlığının bağımsızlığı dış tehdit teşkil eden etkisine ilişkindir. İkinci soru işareti ise Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile yüksek mahkemeler tarafından ilk derece mahkemeler üzerindeki bağımsızlığı karşı bir iç tehdit oluşturan gözetim yetkisine ilişkindir³⁹².

³⁹¹ TANÖR, Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri, s. 170.

³⁹² Thomas GIEGERICH, "Yargının Bağımsızlığı: Kavramsal Çerçeve, Tarihsel, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler", in: Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği (Edt. Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2009, s. 3. <http://www.abgm.adalet.gov.tr>, E.T., 12.12.2010.

HSYK ile ilgili yapılan anayasa değişikliği doktrinde de çok ciddi tartışmalara sebep olmuştur. Kaboğlu'na göre; değişiklik baştan itibaren iç tutarlılıktan yoksun, kendi içinde çelişkili ve 1982 Anayasası'nda çok eleştirilen çelişkili olma özelliğini derinleştirdiği, hukuk devleti hedefine yönelik açılımlardan çok hukuk devleti hedefini sorgulayan ve oluşacak güçler dengesini daha da saptıracak düzenlemeler mevcut olduğu, öte yandan fren ve denge mekanizmaları bakımından da, parlamenter rejimi sorgulatacak soru işaretleri olduğu gibi, 1982 Anayasası'nın en çok bozulmuş olan yasama, yürütme, yargı arasındaki fren ve denge mekanizmasını düzeltme yerine, yürütmenin hakimiyetini yargı ve yasama üzerinde daha da arttırdığı³⁹³; Kocasakal'a göre; yürütme organının yasama ve yargı organlarını kuşattığı, herşeyin yürütmeye bırakıldığı, bu duruma hukuk devleti denilemeyeceği, bunun amacının demokrasi olmadığı, yargının bağımsızlığının ortadan kaldırılması ve yargının bağlı hale getirilmesi olduğu³⁹⁴, aksi yöndeki görüşlerde ise; Köker, HSYK'nın bugünkü yapısının çok da demokratik hukuk devleti ilkelerine uymadığı, en demokratik anayasalardan biri olan 1960 anayasasında HSYK'nın seçim yapısının daha demokratik olduğu, üçte birini Meclis, üçte birini yargıçların seçtiğini, bu değişiklik ile de o yapıya kapı aralandığı, bu nedenle hemen baştan anti demokratik diye kesip atılmaması gerektiği; Özbudun'a göre; Anayasa değişikliği ile HSYK; karma bir yapıya büründürülmüş, üye çoğunluğunun hâkimlerden oluşması sağlanmış, kapalı bir kast sisteminden ya da korporatif bir yapı olmaktan önemli ölçüde uzaklaştırılmış, daha temsili ve çoğulcu bir yapıya kavuşturulduğu ayrıca Kurulda yargı mensubu olmayan, ancak hukuk alanında ilgisi ve bilgisi olan kişilere de yer verilmek suretiyle Kurulun daha sağlıklı karar almasına katkı sağlayacak bir düzenleme getirilmiştir. Yine Özbudun'a göre; HSYK ile ilgili hükümlerin, Avrupa normlarıyla tamamen uyumlu olduğunda ve demokratikleşme sürecimiz açısından olumlu bir adım teşkil ettiğinde kuşku yoktur. Bu önerilerin yargı bağımsızlığını ve kuvvetler

³⁹³ İbrahim KABOĞLU:<http://www.gercekgundem.com/?c=62430>, E.T., 12.12.2010.

³⁹⁴ Ümit KOCASAKAL:<http://www.internethaber.com/hukukcular-anayasa-paketine-ne-dedi--238835h.htm#ixzz17znCxY8F>, E.T., 12.12.2010.

ayrılığını ortadan kaldıracak nitelikte olduğunun ileri sürülmesi, hukuki ve bilimsel gerekçelerle değil, ancak Türkiye'nin şu anda içinde bulunduğu siyasi kutuplaşma atmosferi ile açıklanabilecek bir husustur. Öyle görünüyor ki, bazı çevrelerin gözünde yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı, kuvvetler arasında “medeni bir işbölümü” değil, yargının yasama ve yürütme karşısında mutlak ve kayıtsız şartsız üstünlüğüdür. Bunun da uluslararası literatürdeki adı, çoğulcu veya anayasal demokrasi değil, “jüristokrasi,” ya da “hâkimler hükûmeti”dir.³⁹⁵ Tunç ise; HSYK ve AYM'de yapılan değişikliklerin önemine dikkat çekerek Kurul üye sayısının artmasının çok faydalı bir değişiklik olduğu ifade etmekle birlikte³⁹⁶, anayasa değişikliğinin yapım sürecine ilişkin olarak ise “1982 Anayasasında yapılan değişikliklerde de demokratik anayasa yapım süreci açısından bakıldığında, 2002 yılından önceki ve sonraki değişiklikler arasında önemli bir yaklaşım farklılığı göze çarpmaktadır. 2002 yılına kadar yapılan değişikliklerde, siyasi iktidarlar geçmiş tecrübelerin ışığında hareket ederek mümkün olduğunca uzlaşma arayışına girmişlerdir. Bu arayışın doğal sonucu da, değişikliklerdeki Meclis oydaşmasına yansımıştır. 2002'den sonraki değişikliklerde ise hiçbir uzlaşma arayışı ve ihtiyacı görülmemektedir. Deyim yerindeyse, darbe anlayışı biraz renk ve şekil değiştirerek varlığını korumuştur. Son değişiklik paketi de, bu anlayışın istisnai değil, genel örneklerinden biridir. Anayasalar Devleti kuran temel kanunlardır ve toplumsal mutabakatı yansıtmaları gerekir. Hazırlık sürecinde, toplumun mümkün olduğunca tüm kesimlerinin görüşlerinin çalışmalarına yansıtılması tanımının gereğidir. Bu günkü siyasi iktidar ise sivil dikta iddialarını sanki destekleyen bir yaklaşım sergilemektedir. Bu tutum kendiliğinden yeni anayasal sorunlar doğuracaktır. Ben yaptım oldu zihniyetiyle anayasa yapılmaz. Şu veya bu kuruma yönelik olumsuz bakış, hiçbir uzlaşma ihtiyacı görülmeden anayasaya yansıtılmaz. Maalesef içinde bulunduğumuz süreçte dayatmacı zihniyetin derin izlerini görmekteyiz.

³⁹⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Ergun ÖZBUDUN: "HSYK Üzerinde İdeolojik Kavga", Star Gazetesi, 19 Nisan 2010, www.stargazete.com.tr, E.T., 19.12.2010.

³⁹⁶ Hasan TUNÇ: Hukuk Devleti Buluşmaları 1, <http://hukukcular.org.tr/haberler/94-anayasa-hukukculari-sempozyumda-bulustu.html>, E.T., 19.12.2010.

Bildiğiniz gibi, usul esası belirleyen temeldir. Demokratik anayasa yapım usulüyle gerçekleştirilmemiş değişiklikler, ihtiyacımız olan uzlaşmayı ve temel konulardaki ortak düşünceyi temin edemeyecektir. “ şeklinde ciddi eleştiriler getirmektedir.³⁹⁷Yazıcı’ ya göre ise; bu değişikliklerin Avrupa standartlarıyla uyumlu değişiklikler olduğu, HSYK’nın üye sayısının artırılması ve üye kaynağının çeşitlendirilmesi Batı demokrasilerinin genel eğilimine uygun olduğu gibi; hem Kurul içinde yerleşik çıkarların oluşmasını önlemeye elverişlidir, hem de Kurulun yapısını daha demokratik hale getirecektir³⁹⁸.

Anayasa değişikliğinin HSYK nın yapısına ilişkin kısmına yönelik olarak o dönemin HSYK üyelerinin bir kısmı da “Kurulun yapısını değiştirmeyi öngören Kanun, yargı bağımsızlığını amaçlayan ve mevcut sisteme yönelik eleştirileri karşılayan bir metin olarak topluma sunulmuştur. Ancak önemli yenilikler olarak ifade edilen pek çok değişiklik önerisinin içeriği incelendiğinde, bugüne kadar yargı bağımsızlığını zayıflattığı için hem öğretide hem de AB metinlerinde eleştirilen sistem hatalarının düzeltilmediği, aksine perdelenmek suretiyle bu yanlışlıkların dozunun daha da artırıldığı anlaşılmaktadır.Kurulun üyelerinin belirlenmesinde yürütme organının ağırlığı mevcut sisteme göre daha da artırılmıştır. Üyesi olmaya çalıştığımız AB ülkelerinde eşi ya da benzeri olmadığı hâlde; Müsteşarın, Kurulun doğal üyesi olmasından vazgeçilmemiştir. İdarenin içinde yer alan TAA’dan üye seçimi yapılması öngörülerek yürütme organının Kuruldaki etkinliği daha da pekiştirilmiştir. Hâkim sınıfından olmayanların Kurula atanması suretiyle yargı bağımsızlığının teminatı olan Kurulun tarafsızlığına henüz işin başında gölge düşürülmektedir,”³⁹⁹ şeklinde eleştiri getirmişlerdir.

³⁹⁷ Hasan TUNÇ: <http://www.the.org.tr/2010/06/22/anayasa-degisikligi-surecine-akademik-bakis-paneli>, E.T., 10.10.2010

³⁹⁸ Serap YAZICI: "Yargı Reformu Projesi: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", in: Yargısal Düğüm: Türkiye'de Anayasal Reforma İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, (Edt. Serap Yazıcı), TESEV Raporu, İstanbul 2010, s. 18.

³⁹⁹ Kadir ÖZBEK-Ali Suat ERTOSUN: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme, Ankara, 2010.

U. DEĞERLENDİRME

Kurulun kendi sekreteryasının olması, müfettişlerin Adalet Bakanlığı'na değil, Kurulun kendisine bağlı bulunması, hâkim ve savcılarının özlük haklarıyla denetimlerinin Adalet Bakanlığı'nın yetkisinden çıkarılarak HSYK'ya verilmesi, Kurul kararlarına karşı kısmen de olsa yargı yolunun açılması olumlu değişikliklerdir.

Anayasa'nın 144 üncü maddesinde yapılan değişiklikle, adalet hizmetleri ile savcılarının idari görevler yönünden denetiminin adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler tarafından denetlenmesi kabul edilmiştir. Savcılarının denetimini Adalet Bakanlığı'na bağlı adalet müfettişleri ile iç denetçilere bırakan bu düzenlemenin savcılarını Adalet Bakanlığı'na bağımlı hale getirdiği, bunun ise hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleriyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce bu iddia yerinde değildir. Yapılan anayasa değişikliğiyle hâkim ve savcılarının görevlerini hukuka uygun olarak yapıp yapmadıklarının denetimi ile suç soruşturmalarının ya da disiplin incelemelerinin HSYK tarafından atanacak ve Kurula bağlı olarak çalışacak olan Kurul müfettişleri tarafından yapılması öngörülmüştür. 144 üncü maddede düzenlenen husus ise, yargısal işlemlerin dışında kalan ve Adalet Bakanlığı'nın görevleri arasında yer alan ceza ve tutukevleri, icra ve iflas daireleri, noterler veya mahkemelerin mali işleri gibi diğer konulardaki işlemlerinin denetiminin Adalet Bakanlığı'na bağlı adalet müfettişlerince yerine getirilmesidir. Adalet Bakanlığı'nın yetki alanına giren ve herhangi bir şekilde yargısal nitelik taşımayan konulara ilişkin denetim görevinin adalet müfettişlerince yerine getirilmesi kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık oluşturmaz.

HSYK üyelerinin tekrar seçilebilmeleri, Kurul içinde "yerleşik çıkarlar"ın oluşmasına zemin hazırlayabileceğinden sakıncalıdır⁴⁰⁰. Gerçekten Kurulun işlevi dikkate alındığında üyelerinin önceden belirlenmiş bir süre için ve bir

⁴⁰⁰ <http://www.huder.org/indir.asp?id=31>, E.T., 12.12.2010.

dönem görev yapmak üzere seçilmesi daha doğru olurdu. HSYK'da görev yapabilecek kişilerin sayısının oldukça fazla olduğu dikkate alındığında Kurul üyeliğinin bir defa ile sınırlandırılması bir sorun doğurmayacaktır.

Adalet Bakanının Kurul üyesi ve başkanı olması da, eleştiriye açıktır. Yüksek yargı konseylerinde Adalet Bakanının yer alması çok yaygın bir uygulama değildir. Bunun nedeni, hükümette yer alan birisinin kurulda yer almasının yargı bağımsızlığı açısından sorunlu olması ile ilgilidir. Bununla birlikte adalet hizmetinin sunumunda en üst yönetici konumundaki Adalet Bakanının, bu hizmetlerle ilgili olarak sahip olduğu görev, yetki ve sorumluluklar göz önünde tutulduğunda, Kurul toplantılarına katılmamak ve temsili bir konumda bulunmak şartıyla Kurul üyesi olması, yargı bağımsızlığı açısından kabul edilebilir bir durumdur.

Son Anayasa değişikliği, eksiklikleri ve eleştiriye açık yönleri olmakla birlikte, yargı bağımsızlığını güçlendirmeye yönelik olumlu bir adım olarak değerlendirmek gerekir. Gerçekten HSYK'nın objektiflik, tarafsızlık ve şeffaflık temelinde uluslararası belgeler ışığında geniş tabanlı temsil esasına göre yeniden yapılandırılmaya çalışıldığı görülmektedir.

Bu Anayasa değişikliğine bakıldığında; hakimler ve savcılar hakkında verilen disiplin cezası ve Kurulun diğer işlemleri hakkında idari yargı yolu kapalı iken ve sadece Kurula itiraz müessesesi düzenlemişken, bu değişiklik ile hakimler ve savcılar hakkında verilen meslekten çıkarma cezasına karşı yargı yolu açılmıştır. Önceki düzenlemeye bakılığında; Anayasanın 159 uncu maddesi uyarınca yargı mercilerine başvuru yolu kapatılan, kurul kararlarına karşı hak arama yolu olarak HSYK Kanununun 12 inci maddesi ile İtirazları İnceleme Kurulu oluşturulmakla beraber, bu İtiraz yolunu etkin ve tarafsız bir başvuru yolu olarak kabule olanak bulunmamaktadır. AİHM bir kararında “Eğer bir kişi iddia makamında bulunduktan sonra aynı davada yargıç olarak oturuyorsa, halk, tarafsızlık güvencesini yeteri kadar sağlayamayacağından korkmakta haklıdır” görüşüne yer vermiş, Lüksemburg Devlet Konseyinde görev yapan bir üyenin idari inceleme aşamasında yer almasına rağmen, aynı olaya ilişkin yargı kararına da katılmasının yargının tarafsızlığını ihlal

ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴⁰¹

Yine Danıştay’ da verilen kararlarda, soruşturmayı yürüten Rekabet Kurulu üyesinin, soruşturma raporunun ve bu rapora karşı verilen savunmayla ilgili olarak hazırlanan ek yazılı görüşün oluşturulması aşamasında bulunmak, raporu ve ek görüşü imzalamak suretiyle görüşünü önceden oluşturduğu ve açıkladığı dikkate alındığında, aynı üyenin soruşturma raporunun ve savunmanın objektif bir şekilde tartışılıp değerlendirilmesinin gerekli olduğu nihaî kararın verileceği toplantıya katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğundan soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihaî karar toplantısına katılarak oy kullandığı dava konusu Rekabet Kurulu Kararı hukuka aykırı bulunmuş, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, İdari İşler Kuruluna intikal eden bir işe ilişkin verilen kararda bulunan bir üyenin, Danıştay Dava dairesinde bu işleme karşı açılan dava da karara katılmasını hukuka aykırı görmüş⁴⁰², disiplin soruşturması yapan ve kendi kanaatini belirten şekilde rapor hazırlayan soruşturmacının disiplin kurulu toplantısına katılmasının kararı sakatlayacağı kabul edilmiştir⁴⁰³.

Bu düzenlemeler sonucunda Kurulun aldığı kararların yapısal anlamda değişmez niteliğe sahip olduğu görülmektedir. Hakimlerin statüsü üzerinde mutlak ve değişmez karar verme gücüne sahip ve kararlarına karşı etkili bir hak arama yolu mevcut olmayan HSYK karşısında hakimlerin bireysel bağımsızlığa sahip olamayacakları açıktır. Bu anlamda Kurulun tüm kararlarına karşı idari yargı yolunun açılması gerekir. Nitekim yine anayasal dayanağı bulunan ve 657 sayılı Kanun uyarınca verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan düzenleme geç de olsa bu Anayasa değişikliği ile ortadan kaldırılmıştır.

⁴⁰¹ www.abgs.gov.tr. (AİHM, 25.9.1995, Procola-Lüksemburg, E.T., 10.7.2010.

⁴⁰² İDDDGK 3.11.1995 gün ve E.1994/1032 K.1995/766 sayılı kararı, (yayımlanmamıştır.)

⁴⁰³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 26.05.2005 tarih ve YD itiraz No. 2005.278 sayılı, Danıştay 13.Dairesinin 03.10.2005 gün ve E.2005/5681 K.2005/4819 sayılı kararı.(yayımlanmamıştır)

Güran'ın da belirttiği gibi⁴⁰⁴; on üç milyon ilköğretim öğrencisinin resim ve müzik notunun, hatta son dönemde Danıştay'ın geliştirdiği içtihad doğrultusunda sözlü mülakatların dahi sesli ve görüntülü olarak elektronik ortamda kaydedilmiş veriler yoluyla yargı denetiminin gerçekleştirildiği ve yargısal denetimden yararlandığı bir modelde, yargıçlara ilişkin işlemlerde Adalet Bakanlığı'na tanınan yetkiler ile HSYK kararlarının yargısal denetim dışında tutulmasının hukuk devleti ilkesi ve hak arama özgürlüğü kapsamında yeri olmadığı açıktır. Yapılması gereken ise bu durumun en kısa zamanda düzeltilmesidir.

Anayasa'nın hakim ve savcıların Bakanlıkla idari bağlantısını kuran 140/6 ncı maddesine hiç dokunulmadığı, birinci sınıf yargıç ve savcılardan HSYK'ya üye olanların, ayrıca Kurul ve özellikle de adalet müfettişleri yoluyla denetimleri ile kurulun yürütme erkinin etkisine alındığı gözlenmektedir. Bu nedenle kürsüde görev yapan ilk derece mahkeme üyelerinin Kurul üyesi seçilmesi halinde yürütme organı olan Adalet Bakanı karşısındaki güvencesinin açık ve net olarak ortaya konulması gerekir. Çünkü, kürsüde görev yapan hakim ve savcılar hakkında soruşturma izni v.s diğer işlemler hala Bakan onayı ile gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle Kurula üye olarak seçilecek hakim ve savcılara güvence getirilmesi gerekir ve tekrar mesleğe döndüğü zaman yürütme erkinin baskı ve tahakkümünden korkmaması gerekir.

Bu yönlerden baktığımızda ülkemizde bireysel yargı bağımsızlığının sağlandığını söylemek mümkün değildir. Bu konuda ilerleme sağlayabilmek için hakimlerin kendi üzerlerindeki tasarruflara karşı etkin hak arayabilme olanaklarını sağlamak, maddi imkanlarının iyileştirilmesini diğer kamu görevlileriyle kıyaslanmasına bağlı bir personel politikası olmaktan çıkarmak, yetkililerin subjektif değerlendirmelerinin değil liyakatin meslekte tek

⁴⁰⁴ GÜRAN, a.g.m., s. 60-61.

belirleyici unsur olduğu inancını yerleştirmek, görev sorumluluğuna sahip ehliyetli hakimler yetiştirilmesine önem vermek gerekmektedir⁴⁰⁵.

Öte yandan, ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakim ve savcılar arasından HSYK'ya ye seçilmesi yönünde düzenleme yapılması; sürekli eleştirilen HSYK'da yalnızca üst yargı organlarının (Danıştay ve Yargıtay) temsil edilmesine ilişkin eleştirileri ortadan kaldırılması adına önemli bir gelişmedir.

Yargı bağımsızlığı, son yıllarda en çok tartışılan konuların başında gelmektedir. Bununla birlikte yargı düzeni ve hukuk devleti ilkesi, ülkemizde demokratik standartların yükseltilmesi çalışmalarında en kısıtlı ilerlemenin sağlandığı alandır. Türkiye'nin, bir taraftan yargı bağımsızlığını sağlayacak, diğer taraftan ise yargıda etkinliği ve sürati artıracak kapsamlı bir reforma ihtiyaı vardır. Yargının teşkilat yapısının yargı bağımsızlığını güçlendirecek şekilde düzenlenmesi gereklidir.

⁴⁰⁵ Orhun YET: Erklar Ayrımı Türkiye Uygulaması ve Yargının Konumu, Sempozyum Ankara 12 Mayıs 2008, Danıştay Yayını, No:77, Ankara 2009 s. 15-16.

SONUÇ

Kuvvetler ayrılığı ilkesi özellikle yasama ve yürütme organının kendilerine tanınan yetkilerinin sınırları içerisinde kalmasını sağlamayı amaçlayan, bireyin hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınmasını sağlamaya yönelik bir teoridir. Öte yandan, Anayasa'nın 2 'nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.⁴⁰⁶

Hukuk devleti ilkesini kabul eden ülkelerde idarenin yaptığı işlem ve eylemlerin denetim sorunu her zaman ortaya çıkabilecek olasılıklardandır. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargısal denetime bağlı olması, yönetimin hukuka bağlılığının sağlanmasına işlerlik sağlanmasına işlerlik kazandırdığı gibi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin de en etkin güvencesini oluşturmaktadır. Bu temel hak ve özgürlüklerin içerisinde ise, tüm özgürlüklerin ve hakların sağlanmasındaki önemli katkısı itibarıyla birinci görevi 'hak arama özgürlüğü' yüklenmektedir. Bu nedenle, hak arama özgürlüğü hem bir temel hak ve özgürlüktür ve diğer temel hak ve özgürlüklerin en etkili güvencesidir.⁴⁰⁷

Bu anlamda yargı erkinin kullanıcılarından idari yargının durumu ön plana çıkar. İdari yargı düzeninin asli işlevi hukuk düzeninin korunmasıdır. Hukuk düzeni siyasal düzenin bir yansıması olduğundan hassas bir noktaya ulaşılır ve burada erklerin birbirinin işlevini yüklenmemesi halinde sorun yaşanmaz. Ancak belirtilen bu noktada yargı erkinin diğer iki erkin yetki

⁴⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, 5 Mayıs 2009 Tarih ve E.2005/40, K.2009/17 sayılı Kararı., http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2698&content=, E.T., 18.12.2010.

⁴⁰⁷ 1.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara,1990, s. 187.

alanına müdahalede bulunamaması gibi bir sonuca ulaşmak sağlıklı ve mantıklı bir argüman olamaz.

İdari yargı; vatandaşların hukuksal güvenlik içinde bulunduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatan hukuku devleti ilkesinin, bir bakıma denek taşı olarak kabul edilebilir. Tarihsel tecrübeler temel hak ve özgürlükler ile kamu hukuku kurallarının, bağımsız ve kararlarını uygulatma gücüne sahip bir denetim organı bulunmadığı takdirde, devamlı ihlal tehlikesi ile karşı karşıya kalacaklarını göstermiştir. Bireylerin dokunulmaz temel haklara sahip olduklarının ve kamusal yaşamın hukuk kuralları çerçevesinde yürümesi gerektiğinin kabulü, bu kuralların denetimi ile görevli bir yargı kolunun, yani idari yargının doğmasına yol açmıştır. İdari yargının temel işlevi yönetimin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve sağlanmasıdır. Bu işlevlin gerçekleşmesi amacıyla, yönetim eylem ve işlemlerinden hakları ve çıkarları zedelenen kişilerin başvurabilecekleri idari dava türleri kabul edilmiştir.⁴⁰⁸

Her ne kadar Anayasada tüm idari işlemlerin yargısal denetiminin mutlaka idari yargı mercilerince yapılacağına ilişkin açık bir zorunluluk öngörülmemekteyse de, idari işlemlerin yargısal denetimini yapmakta idari yargı mercilerinin çok daha uzmanlaşmış olduklarında kuşku bulunmamaktadır.

Özellikle idari işlemlerin esas yönünden hukuka uygunluk denetimini yapmada ve daha özelde, idari işlemlerde idarenin takdir yetkisinin denetlenmesinde idare ile idari yargı mercileri arasında çok uzun süredir devam eden mücadeleler sonucunda, Danıştay'ca yılların birikimi ile ortaya çıkmış çeşitli denetim ölçütleri geliştirildiği görülmektedir.

Hukuk devleti ilkesi bazen şekli, ama daha çok maddi içeriğiyle çoğu Danıştay kararlarına açıkça dayanak teşkil etmektedir. Bu ilkeden hareketle, hukukun gelişimine katkı sağlayabilen içtihatlarla ulaşılabilmesi, İlkenin, insan haklarının korunmasından ibaret nihai özünün (maddi anlamının) esas

⁴⁰⁸ SANCAR, a.g.m., 69.

alınması suretiyle ancak mümkün olabilecektir. Çünkü, idare hukukunun ve bütün hukukun, bundan da önce bütün hukuk kurallarını vaz eden devlet organı konumundaki kanun koyucunun -bir hukuk devletinin organı olmak sıfatıyla- nihai amacı insan haklarının korunması olduğuna göre, yasalar ancak bu amaca uygun yorumlandığında, hukuk devletinin maddi anlamı temelinde bir karar verilmiş ve böylece belki de gerçekte bir idealden ibaret olan adalet idesine yaklaşılabilecektir. Yargısal içtihatların hukukun gelişimine katkısı da, herhalde ancak bu yolla sağlanabilecektir⁴⁰⁹.

Atay'ın da belirttiği gibi⁴¹⁰; idari yargı işlevi açısından, iptal davasında yargıç somut olayı olaya ilişkin kuralların uygulamasıyla hukuka uygunluk denetimi yapacaktır. Bu denetimde idarece alınan kararın yerindeliği değil ve fakat hukukiliği ile işlemi tesis eden idarenin takdir yetkisinin amacına uygun kullandığının değerlendirmesi yapılır. Bu değerlendirmede yargıç tamamıyla serbest değildir. Yargıç, idareye tanınan takdir yetkisinin varlık sebebini ve bu sebebin uyuşmazlıkta bulunup bulunmadığı üzerinde bir değerlendirme yapmaktadır. Bu değerlendirmeyi yine uyuşmazlığın konusu olaya ilişkin kuralların varlık sebebinde aramaktadır. Yargının bu anlamdaki kararının gerekçeli olması işlemi tesis eden idareye yol gösterecek hem somut olay, hem de daha sonraki işlem tesisinde yardımcı olacaktır. Bu durum yargının idarenin yerine geçtiği ve idarenin takdir yetkisinin ortadan kaldırıldığı şeklinde yorumlanmaması gerekir.

Hukuk devleti içerisinde böylesine önemli, herkesin hukuka uymasını sağlama görevi olan yargının işlevini etkin olarak yerine getirebilmesi, konumunun her türlü müdahaleden uzak ve bağımsız olmasını gerekli kılar. Bu bağlamda, erkler ayrılığı ilkesinin Devlet fonksiyonları arasında gerçek bir denge kurulmasını amaçladığı ve hiçbir Devlet fonksiyonunun sınırsız ve keyfi yetkiler ve iktidar gücü kullanamamasını sağlamak adına bu erklerin birbirlerine göre bağımsız konumlarını korumanın demokratik rejimlerin korunması açısından önemi dikkate alındığında, Yargı Erki'ni

⁴⁰⁹ AKYILDIZ, Hukuk Devleti, s. 75.

⁴¹⁰ ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 146.

Yürütme/Yasama Erk bloğundan net biçimde ayırtırmak ve bunu sadece organik bir ayırtırmayla yetinmeyip, fonksiyonel (işlevsel) bir ayırımı da sağlayarak gerçekleştirmek son derece önemlidir⁴¹¹. Bu nedenle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısında sayı bakımından getirilen artış son derece önemlidir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23.4.2003 tarihli oturumunda kabul edilen Bangalor Yargı Etiği İlkeleri "Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin ön koşulu ve âdil yargılanmanın temel garantisidir. Bundan dolayı hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhâfaza etmelidir." esasına yer verildikten sonra bağımsızlığın hakimin genelde toplumdan, özelde ise karar vermek zorunda olduğu uyuşmazlığın taraflarından bağımsızlık anlamına geldiğini ortaya konmuştur.

Bağımsızlığı bu derece vazgeçilmez unsur olarak kabul gören yargının, diğer iki erki denetlemesi durumunda, bu üç erk arasında birbirlerini karşılıklı kontrole dayalı olan dengeyi bozacağı, yasama ve yürütmenin üstünde konuma getireceği, yargıçlar oligarşisi yaratacağı eleştirilerinin yapılmasına neden olmakta ise de- hukuk devletinde hukukun üstünde bir güç olmayacağından, yargının bunun dışında kalmayacağı, denetim mekanizmalarından yoksun bir organ olmayacağı aşîkardır. Ancak hukuk devletinin özellikleri, yargının daha doğrusu yargıcın denetiminin, yasama ve yürütme organlarına bırakılmamasını, bağımsızlık niteliğini sarsmayacak bir hassasiyette olmasını gerekli kılar.

Yasama ve yürütme organının denetimi altında olmak bu organlara bağımlı bir yargı anlamına gelir. Siyasal erkin etkisinde kalan yargı objektifliğini ve insan hakları ve temel özgürlükleri etkin bir şekilde koruyabilme kapasitesini kaybeder. Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin yargı bağımsızlığı bölümünde yer verilen (1/3) "Hâkim, yasama ve yürütme organlarının etkisi ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden fîilen uzak

⁴¹¹ Ali ULUSOY: "Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanunun Değerlendirilmesi," Sempozyum Ankara 12 Mayıs 2008, Danıştay Yayını, No:77, Ankara 2009, s. 34.

olmakla kalmayıp, aynı zamanda öyle görünmelidir” prensibiyle, bu organlarla olan ilişkilerin bile, bağımsızlığı zedeleyebilecek nitelikte olduğu vurgulanmıştır.

Bu itibarla yargının denetimin, kendi içinden olması en az sakıncalı yöntem olmakla beraber, denetleme yetkisine sahip her unsurun hakimi etkileme imkanına sahip olacağı gerçeği karşısında, en uygun çözüm, hakimnin kendi öz denetimini sağlamaktır. Özdenetimin ise, gereken meslek ahlaki standardına sahip olmakla mümkün olabileceği aşikardır.

Bangalor Yargı Etiği İlkelerinde, modern ve demokratik bir toplumda, yargının iç tutarlılığı ve manevi gücü ile yargı sistemine ilişkin kamusal güvenin son derece önemli olduğu ve kamusal bir güvence olarak bu güveni sürdürmede, hâkimlerin, hâkimlik makamına saygı göstermeleri ve onur duymalarının esas olduğu, yargı etiği ile ilgili yüksek standartları muhâfaza etmeye ve ilerletmeye yönelik temel sorumluluğun, her ülkede yine yargının üzerinde yer aldığı temel prensip olarak belirlenmiştir.

İdare hukuku ve idare yargıcı, “fevkalâde kritik, yaşamsal ve duyarlı” kavramlara içerik ve anlam vermektedir. Bu anlamda mahkemeler tarafından verilen kararlar bazen toplumun her kesimini ilgilendirmektedir. Örneğin Ankara 2.İdare Mahkemesince verilen ve Ankara Büyükşehir Belediyesi’nin 2003 yılında toplu taşıma ücretlerine yaptığı zammın iptal edilmesinde olduğu gibi, idari yargıda mahkemelerin verdiği kararlar hakkında eleştiriler getirilmektedir. Bu noktada zaman zaman siyasi iktidar sahipleri tarafından gerek Danıştay gerekse idare mahkemeleri kararları sonrasında bazı açıklamalar yapılmaktadır. Eleştiri sınırını aşar nitelikte benzetme yapılmaktadır. Bu husus meslekte görev yapan hakimleri olumsuz yönde etkilemektedir. Bu mahkeme kararlarının eleştirilmeyeceği anlamına gelmemekle beraber; toplumu doğru bilgilendirmek gerekir. Diğer bir ifadeyle; eleştiriler içerisinde gerek Danıştay’ın gerekse idare mahkemelerinin hedef gösterilmemesi gerekir.

Yine önemli bir konu olan yargı kararlarının uygulanması bakımından yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesi yargının yürütmenin yerine geçtiği şeklinde yorumlanması mümkün değildir⁴¹². Yargının bu yöndeki kararıyla yürütme işlevini yerine getirmeye yönlendirilir. Yürütmenin yargı kararı doğrultusunda işlem yapma zorunluluğu yürütme işlevinin hukuka uygun bir tarzda gerçekleştirilmesi anlamı taşır. Yürütmenin bu anlamdaki sistematik direnci sonucunda mukayeseli hukukta “yargısal emir” müessesesi oluşturulmuştur. Bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olmayıp, kuvvetler ayrılığı ilkesinin amacı olan hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmenin bir yöntemidir.

Sonuç olarak, erkler ayrımı ve hukuk devleti ilkelerinin, birey özgürlüklerinin ortadan kaldırılması tehlikesini önlemek amacıyla mutlak bir iktidar yetkisinin sınırlandırılması olduğu, bunun için, yasama ve yürütme organlarının yargısal denetimi gerektiği bilincine ulaşıldığında, hukuku belirleme dışında bir görevi olmayan yargının, yasama ve yürütme erklerinin karşıtı veya yerini alan bir unsur olarak görülmeyeceği ve müdahale ihtiyacı duyulmayacağı aşikardır.

⁴¹² ATAY, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 146.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin : “Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, AİD, C. 14, S. 3, Eylül 1981.
- :“İdari Yargı ve Denetimin Etkinliği”, AİD, C.23, S.1.
- : “ Anayasa Mahkemesine Göre Anayasa 114 Yorumu ”, Seha L. Meray’a Armağan, C.I.,1981.
- :“Ekonomik Alanda İdari İşlemlerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları”, Aziz Köklü Armağanı, Ankara, 1984.
- AKYILDIZ, Ali : **Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Hukuk Devleti**, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2008.
- AKYILMAZ, Bahtiyar ve C. KAYA : **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Kasım 2009.
- AKYILMAZ, Bahtiyar : **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.
- ALDIKAÇTI, Orhan : **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Genişletilmiş 3.Baskı, İstanbul 1978.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz : “**Türk Anayasa Mahkemesi’nin Hukuk Devleti Anlayışı**” Hukuk Devleti (Hazırlayan: Hayrettin ÖKÇESİZ), Afa Yayınları, İstanbul 1988.
- ARAL, Rüştü : **Yargı Organı Olarak Danıştay, Yüzyıl Boyunca Danıştay**, İkinci baskı, Ankara, 1986.
- ARSEL, İlhan : **Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına (Şeriat Devletinden Laik Cumhuriyet’e)**, Ankara, 1975.

- ARTUKMAÇ, Sadık : **Bizde İdarenin Murakabesi**, İstanbul 1950.
- ATAR, Yavuz : **Türk Anayasa Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Baskı Mimoza, Konya 2009.
- ATAY, E. Ethem “Fransa’da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı”, Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 1, Ekim 1998.
- : İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti, Polis Dergisi, S. 36.
- : “Normlar Hiyerarşisi, Erklar Hiyerarşisi İkilemi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VI, 4-5 Nisan 2008.
- :”Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması Ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2
- : **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara Ekim 2009.
- : “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği”, Sempozyum Ankara 12 Mayıs 2008, Danıştay Yayını, No:77, Ankara 2009.
- AYAZ, Murat : İdari Yargıda Savcılık Kurumu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), KÜSBE, Kocaeli 2010.
- BAL, Bülent : **İstikrarsız Parlamentarizme Karşı Başkanlık Sistemi**, Der Yayınları, İstanbul, 2001.
- BALTA, Tahsin Bekir : **İdare Hukukuna Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

- BAŞPINAR, Recep : “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, DD, C. 1, S. 3, 1971.
- BEREKET, Zuhâl; Selami DEMİRKOL: “İdari Yargıda Savcılık Kurumu (İdarenin Yargısal Denetiminde Etkinliğin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri)”, DD, S. 90, 1996.
- BIYIKLI, Hasan İsmet : “Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi”, Danıştay Dergisi, Ankara 1973.
- BİLGİN, Pertev : **İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, 2001.
- ÇEÇEN, Anıl : **Hukuk Devleti ve Yönetim** Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan, A.Ü.H.F.M., Ankara 1977.
- ÇELİK, Cemil -Yunus YILMAZ : “Fransa’da Yargı Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı”, e- akademi Dergisi, Temmuz 2006, Sayı 53.
- ÇOBAN, Ali Rıza, CANATAN, Bilal, KÜÇÜK, Adnan: **Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Hukuk Devleti**, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2008.
- DEMİR, Fevzi : **Anayasa Hukukuna Giriş**, Barış Yayınları, İzmir 1998.
- DERBİL, Süheyy : **İdare Hukuku**, 3. Bası, Ankara 1950.
- DOEHRING, Karl : **Genel Devlet Kuramı**, Çeviren: Ahmet MUMCU, İnkılap, Ankara 2002.

- DURAN, Lûtfi : **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- :“ Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, Anayasa Yargısı 1984.
- :“İdari İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur”, İnsan Hakları Yıllığı, C.19-20,1997-1998, S.199.
- : " Kanun Hükmünde Kararname", Amme İdaresi Dergisi, C.8, S. 2.
- : **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988.
- ERDOĞAN, Mustafa : **Anayasal Demokrasi**, 8.Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010.
- : “Kuvvetler Ayrılığı Nedir?”, 1.4.2010, Star gazetesi.
- : "Anayasa Değişikliği Paketi Ne Getiriyor?", Star Gazetesi, 25 Mart 2010.
- ERBEN, Ekmel : “Fransa’da Yüksek Hâkimler Kurulu” , AİD, 1965/3.
- ERKUT, Celal : **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayını, Ankara, 1990.
- : **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004.
- EROĞUL, Cem : “Cumhurbaşkanının Denetim İşlevi”, Ankara Üniv. SBF. Dergisi. Ocak – 1978, Ankara.
- EROĞLU, Hamza : **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1985.

- ESEN, Bülent Nuri : **Anayasa Hukuku, Genel Esaslar**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1963.
- : **Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1966.
- ESİN, Yüksel; Erol DÜNDAR : **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, I. Kitap: Usul**, Ankara 1971.
- EVCİMEN, Günsev : "Başkanlık Hükümeti Sistemi "Ratio Politikası" ve Türkiye", Ankara Üniv. SBF Dergisi, Ocak – 1992, Ankara.
- GENÇ, M. Zeki : **Anayasalar Açısından Yargı Bağımsızlığının Kuvvetler Ayrılığı ile İlişkileri**, Eldim Ofset, İstanbul, 1993.
- GIEGERICH, Thomas : **"Yargının Bağımsızlığı: Kavramsal Çerçeve, Tarihsel, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler"**, in: **Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği** (Edt. Ahmet TAŞKIN), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2009.
- GİRİTLİ, İsmet, P. BİLGİN ve T. AKGÜNER: **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- GİRİTLİ, İsmet : **İdarenin Yetkisini Saptırması**, 1957.
- GÖZLER, Kemal : **Kurucu İktidar**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1998
- : **İdare Hukuku, Cilt I**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, Eylül 2009.

- : **İdare Hukuku, Cilt II**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa Eylül, 2009.
- : **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2009.
- : **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2010.
- : **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.
- GÖZTEPE, Ece : **Anayasa Şikayeti**, AÜHF Yayınları No:530, Ankara, 1998.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref : **Anayasa Hukuku**, 17.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- : **Yönetim Hukuku**, Güncelleştirilmiş 28. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- : **Yönetmelik Yargı**, 30. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- : **Açıklamalı Türk Anayasaları**, 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve T. TAN : **İdare Hukuku**, Cilt: I, Genel Esaslar, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- : **İdare Hukuku**, Cilt II, 7. Bası Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- GÜLAN, Aydın – Kemal BERKARDA : “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”, Sempozyum, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 134. yıl, 10-11 Mayıs 2002, Ankara.

- GÜNDAY, Metin : “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991.
- : **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.
- GÜNEŞ, Turan : **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara 1965.
- GÜRAN, Sait : **Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, İstanbul.
- : “Anayasa’nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, Anayasa Yargısı, 1995.
- : “Egemenlik Ulus’undur, Üstünlük Anayasa’dadır” Anayasa Yargısı, Sayı 17 (Ankara, 2000) ve Kemal Oğuzman’a Armağan İstanbul, 2001.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki : "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", "Yargı Raporu: Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları", Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara 2010.
- HATEMİ, Hüseyin : **Hukuk Devleti Öğretisi**, İstanbul, İşaret Yayınları, 1989.
- HONDU, Selçuk : " Kanun Hükmünde Kararnameler ve Uygulanması ", DD, S. 68 – 71.
- İNALCIK, Halil : “Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", SBFD, CXIII, S.2, 1958

- KABOĞLU, İbrahim : **“Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi” Hukuk Devleti** (Hazırlayan: Hayrettin ÖKÇESİZ), Afa Yayınları, İstanbul 1988.
- : “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi ve İnsan Hakları Yıllığı”, C-12, İstanbul, 1990
- : “Türkiye’de Anayasal Reformlar Üzerine”, Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası, Türkiye Barolar Birliği, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi.
- : **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitapevi, 6.Baskı, 2002.
- KALKAN, Erhan : 1982 Anayasasında Yargının Yürütmeye Karşı Bağımsızlığı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), DÜSBE, Kütahya 2007.
- KAPANI, Münci : **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- : “Demokratik Teori Alanında Bazı Yeni Görüş ve Tartışmalar”, Prof. Dr. Bülent Nuri Esen’e Armağan, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Y., 1977.
- KARAHANOGULLARI, Onur : **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, 1.Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2005.
- : **İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları** in Prof. Dr. Ş. Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- KARATEPE, Şükrü : **İdare Hukuku**, Üniversite Kitapları, 4. Baskı, İzmir, 1995.
- KARAYALÇIN, Yaşar : **Hukukun Üstünlüğü** (Kavram-Bazı Problemler), Hukuk Devleti (Hazırlayan: Hayrettin ÖKÇESİZ), Afa Yayınları, İstanbul 1988.

- KAVRUK, Hikmet : "İptal Davasında Hukuki Tasarrufların Konu Unsuru Yönünden İptale Esas Olan Hukuka Aykırılık Halleri", Türk İdare Dergisi, Yıl:64, S.397, Aralık 1992.
- KILINÇ, Bahadır : "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği" Anayasa Yargısı Dergisi, C. 25, Ankara, 1998, s. 18-59.
- KIRATLI, Metin : "Yürütmenin Durdurulması", SBFD, C. XXI, S. 4, 1967.
- KOZAK, İ. Erol : **Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf**, İstanbul, 1985.
- KURU, Baki, R. ARSLAN ve E. YILMAZ : **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 20. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- KURU, Baki : **Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı**, Ankara, 1966.
- : **Nizasız Kaza**, Ankara, 1961.
- : **Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet-Kaza Yolu**-(ABD, 1962/2.
- : **Hukuk Muhakemeleri Usulu**, C. I, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2001.
- KUTLU, Mustafa : **Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletin Kökenleri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- KUZU, Burhan : **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 1995.
- : **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.

- KÜÇÜK, Adnan : **Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti**, in Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ankara, 2008.
- MUMCUOĞLU, Maksut : “Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 1989, S. 2.
- : Hukuk Devleti ve Yargıçlık Güvencesi, Cumhuriyet, 29-31 Ocak 1989.
- NOHUTÇU, Ahmet : **İdari Yargı**, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010.
- OĞURLU, Yücel : **Türk İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 41.
- OKTAY, Cemil : “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, Anayasa Yargısı, C.1, Ankara, 1984.
- OKTAY, Cemil : **“Hum” Zamirinin Serencamı**, İstanbul, 1991.
- ONAR, Sıddık Sami : **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Bası, Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- : **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Bası, Cilt III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- : "İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye'nin İdarî ve Hukukî Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durumu", Tahir Taner'e Armağan, İstanbul, 1956.
- : “İdarenin Takdir Hakkı”, SBFM. C. IV.

- ONAR, Erdal : “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli Midir?,” Başkanlık Sistemi, Ankara: Barolar Birliği Y., Ankara 2005.
- OYTAN, Muammer : **Fransa, Almanya ve Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi**, Onar Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1977.
- OZANSOY, Cüneyt : İdare Hukukunun Arka Bahçesi Olarak “İdare Kültürü”, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 140.Yıl, Sempozyum Ankara 12 Mayıs 2008, Danıştay Yayını, No:77, Ankara, 2009.
- ÖDEN, Merih : **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin : **Hukuk Devleti**, Afa, İstanbul, 1998.
- ÖRÜCÜ, Esin : “Büyük Britanya’da İdarenin Yargısal Denetimi”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara, 1993.
- ÖZAY, İl Han : “Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.VIII, Ankara, 1991.
- : **Günüşiğinde Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.
- : **Yargısal Korunma**, 3.Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 2010.
- : “Hukuk Devleti”, Hukuk Kurultayı 2004, Ankara.
- ÖZBEK, Kadir- ERTOSUN, Ali Suat : Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme, Ankara, 2010.

- ÖZBUDUN, Ergun : “Anayasal Açıdan Kanun Hükmünde Kararname”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1986, Cilt 2, Ankara.
- :**Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 10.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- : "Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", Zaman, 26.06.2007.
- : "HSYK Üzerinde İdeolojik Kavga", Star Gazetesi, 19 Nisan 2010.
- ÖZCAN, Mehmet Tefrik: **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, XII Levha Yay., İstanbul, 2008.
- ÖZDEMİR, Necdet : **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, 1963.
- ÖZDEŞ, Orhan : “İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri”, DD, S: 12-13.
- : “Danıştay’ın Tarihçesi”,Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968.
- ÖZEK, Çetin : Yargının İdarî Denetimi, İÜHFM,C.14 – 15, S . 1- 4, 1982.

- ÖZKAN, Gürsel : **Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi**, Matser Basım, Ankara, 1995.
- : “Hukuk Devleti -Hukukun Üstünlüğü”, Uzman Der, Yıl:1, Sayı: 4, Ekim-Aralık 1998.
- : “İdari Usul”, DD, Ankara 2000.
- : “Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan, Ankara, 2010.
- PARLA, Taha : **Demokrasi, Anayasalar, Partiler ve Türkiye’nin Siyasal Rejimi**, Onur Yayınları, İstanbul, 1986.
- SABUNCU, Yavuz : **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009.
- SAĞLAM, Fazıl :”Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 1, 1984, Ankara.
- SANCAR, Mithat : “İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre”, AİD, C. 23, S. 1.
- : “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, Doğu-Batı Dergisi, Yıl:4, S 13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-01.
- : **Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, Ankara, 2000.
- SARICA, Ragıp : **İdari Kaza**, İstanbul, 1942.

- SARTORİ, Giovanni : **“Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği. Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme”**, (Çev. Ergun ÖZBUDUN), Yetkin Yayınları. Ankara, 1997.
- SOYSAL, Mümtaz : **Anayasaya Giriş**, Ankara, 1969.
- SOYSAL, Mümtaz : “Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)”, Anayasa Yargısı, 1984, Ankara.
- TAN, Turgut : **İdari İşlemin Geri Alınması**, AÜSBF Yayını no.298, Ankara, 1970.
- : Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması, AİD, Cilt 17, Eylül 1984, S. 4.
- TANİLLİ, Server : **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, 2. Basım, Say Yayınları, İstanbul, 1981.
- TANÖR, Bülent : **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, 1996.
- : **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Genişletilmiş Yenilenmiş 3.Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994.
- : **İki Anayasa: 1961-1982**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.
- TATAROĞLU, Ayşe : İdari İşlemin İptalinde Hukuka Uygunluk Denetiminin Sınırları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), KÜSBE, Kırıkkale 2003.
- TEZİÇ, Erdoğan : **Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2007.
- TOLON, Kemal Doğu : “İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İncelemeleri III, Danıştay Yayını, S. 172.

- TUNÇ, Hasan :”Parlamentar Rejimlerde Yasama Faaliyetleri Açısından İktidar-Muhalefet İlişkileri Ve Türkiye”; Konya Ticaret Odası Dergisi, Yıl:4, S: 40, Haziran 1991.
- TUNÇ, Hasan, F. BİLİR ve B. YAVUZ: **Anayasa Hukuku**, Asil Dağıtım, Ankara, 2009.
- TUNÇ, Hasan ve E. Ethem ATAY : “Kamu Hukukunda Eşitlik İlkesi”, Türk Hukuk Dünyası, Mayıs 2000, Yıl:1, S:1;
- TURHAN, Mehmet : **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, DÜHFY. Diyarbakır, 1989.
- : **Hükümet Sistemleri**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993.
- ULUSOY, Ali : “**Hukuk Devleti Kavramı ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti**” Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ankara, 2008.
- : “Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi” Sempozyum Ankara 12 Mayıs 2008, Danıştay Yayını, No:77, Ankara, 2009.
- ULUŞAHİN, Nur : “Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi”, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.
- ÜÇÖK, Coşkun ; Ahmet MUMCU : **Türk Hukuk Tarihi**, 2.Baskı, Ankara, 1981.

- ÜNAL, Şeref : Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Adalet Bakanlığı Yay., Ankara, 1972.
- : **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- : **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı**, T.B.M.M. Kültür Sanat Yayınları, Ankara, 1994.
- VAKUR, Versan : **Kamu Yönetimi, Siyasî ve İdari Teşkilat**, 9. Basım, İstanbul, 1986.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet : "Türk Anayasası Açısında Hukuk Devleti Kavramı", Danıştay Dergisi, C.3, S.11.
- YAŞAR, Nuri : **İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Ve Yargısal Emir**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2002.
- YAZICI, Serap : **Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri**, Bilgi Üniversitesi Y., İstanbul, 2002.
- : "Yargı Reformu Projesi: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", in: Yargısal Düşüm: Türkiye'de Anayasal Reforma İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, (Edt. Serap YAZICI), TESEV Raporu, İstanbul 2010.
- YAYLA, Yıldızhan : "İdarenin Takdir Yetkisi", İHFM, XXX, 1964, Sayı 1-2.
- YET, Orhun : "Erkler Ayrımı Türkiye Uygulaması ve Yargının Konumu", Sempozyum Ankara 12 Mayıs 2008, Danıştay Yayını, No:77, Ankara, 2009.
- YILMAZ, Dilşat : **İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara 2007.

- YILMAZ, Halit :: **Türkiye'nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları**, TBB Yayınları, Ankara, 2009.
- YILMAZ, Misket : **Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname**, Prof Dr. Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977.
- YÜCE, Turhan Tufan : "Türk ve Alman Anayasaları Açısından Hukuk Devleti Kavramı ve Sorunları", İzmir, 1997.
- YÜKSEL, Esin : **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, II. Kitap: Esas, Ankara, 1976.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi : **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.
- ZABUNOĞLU, Yahya : "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, İdari Yargı", Danıştay Yayını, Ankara, 1990.

ÖZET

Cüneyt, UYAR. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Açısından Yürütme Ve İdari Yargı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

Hukuk Devleti kavramı, ülkemizde önce doktrinde, sonra yargı kararlarında ve en son olarak Anayasa metinlerinde yer almıştır. Bu sürece ilişkin olarak kurucu iktidarların gösterdiği çekingenlik ve kıskançlık yargının içtihatlarına tesir etmemiş; kavram geniş bir boyutta, evrensel değerleri de gözetir bir şekilde tanımlandırılmaya çalışılmıştır.

Hukuk devletinde, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle kamu gücünden kaynaklanan yetkiler bölünmüş ve dağıtılmış olduğu için, devletin gücü dizginlenmiş ve sınırlandırılmıştır. Kuvvetler ayrılığı, hukuk devletinde siyasal gücün sınırlandırılmasını sağlayan en etkili yollardan biridir. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri arasında organik ve fonksiyonel ayrılık esasına dayanan bu ilke, egemenliğin sınırlandırılmasında zorunlu olduğu kabul edilen bir sistemdir.

İdari yargının temel işlevi, yönetimin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve sağlanmasıdır. Bu sağlanırken idari yargının vereceği kararlar idari işlem ve eylem niteliğinde olmaması gerekir.

Bu çalışmamızda; kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde yürütme ve yargı organlarının fonksiyonları incelenmeye çalışılacaktır. Her devlette gördüğü işlev bakımından bireylerle sürekli karşı karşıya gelen, yürütme organıdır. Hukuk devletinin en önemli ögesi olan yargı bağımsızlığı devlet gücünün konulmuş hukuk kurallarıyla sınırlandırılmasında önemini yürütmeye karşı göstermektedir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi ile kuvvetler ayrılığı ilkesi birlikte ele alınarak, yürütme organı ve yargı organı konusuna genel olarak değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

1. Hukuk Devleti
2. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi
3. Yürütme Erki
4. idari Yargının Sınırı
5. Yerindelik Denetimi

ABSTRACT

Cüneyt, UYAR. Execution And Administrative Justice In Terms Of Principle Of Separation Of Powers, Master Thesis, Ankara, 2011.

The Rule of Law concept emerged in our country first in doctrine, then in judgments, and finally in Constitutional texts. Reluctance and jealousy of Founder governments did not have influence on interpretations of Justice regarding this process, and the concept was tried to be defined in a broader dimension, considering also universal values.

Since authorities sourced from public power is divided and distributed based on separation of powers principles in a State governed by Rule of Law, power of government is restrained and limited. Separation of powers is among the most effective methods ensuring limitation of political power in a State governed by Rule of Law. Based on an organic and functional separation between powers of legislation, execution and adjudication, this principle is a system where limitation of sovereignty is accepted as a must.

Fundamental function of administrative justice is inspecting and ensuring compliance of administration with law. Judgments reached by administrative justice when ensuring such should not have administrative procedure and action qualities.

Functions of execution and adjudication organs were tried to be examined in this study within the framework of separation of powers principle. Execution organ is the one which constantly faces individuals in terms of its function in every government. Independence of justice, which is the most significant element in a State governed by law, shows its significance before execution in limiting governmental power by rules of law. Therefore, rule of law principle and separation of powers principle were considered together and execution organ and adjudication organ issues were discussed generally.

Keywords:

1. Rule of Law
2. Separation of Power Principle
3. Power of Execution
4. Limit of Administrative Justice
5. Inspection of Appropriateness