

1982 ANAYASASINDA HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ

Ramazan ÇAĞLAYAN*

GİRİŞ

HUKUK DEVLETİ KAVRAMI

"Hukuk Devleti " deymi ilk defa 19. yüzyılda Almanya'da kullanılmaya başlamıştır¹. En geniş anlamıyla hukuk devleti hukukun üstün olduğu, hukuk kurallarının onu koyanlar da dahil olmak üzere her kişi ve kuruluşu bağlamasını deyimlemektedir². Şu halde hukuk devleti kavramının özünü devletin hukuka bağlılığı yani yönetimin hukukun içinde kalarak tasarruflarda bulunması oluşturmaktadır.

Bu özün varlığı için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunları kısaca şu şekilde özetleyebiliriz³ :

Temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alınması; Temel hak ve özgürlüklerin Anayasada belirlenmesi ve yasayla sınırlanabilmesi güvencesinin önemli iki yöntemidir.

Yasaların anayasaya uygunluğunun sağlanması; yani yasamanın da denetlenmesi gerekir. Aksi halde hukuk devleti ilkesi yasalarla ihlal edilebilir.

Yürütmenin hukuka bağlılığının sağlanması; Yasama yanında yürütmenin de hukukun içinde kalması sağlanmalıdır. Keyfiliğin önü alınmalıdır.

Ceza sorumluluğuna ilişkin ilkelerin (Suç ve cezada kaninilik, masumiyet karinesi, cezanın kişiselliği ...vs.) temel kurullarla belirlenmesi.

Yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatının sağlanması. Tabii hakim ilkesi de buna dahildir.

Görüldüğü gibi hukuk devletinin özünü devletin hukuka bağlılığı oluşturmakta bunun sağlanmasının en etkin yolu da yargısal denetimdir.

Ben burada, Yürütme/ idarenin hukuka bağlılığının sağlanması yönünde 1982 Anayasasının getirdiği düzenlemeler üzerinde duracağım. Ancak bundan önce, idare Hukukunun hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesindeki rolü ve önemi üzerinde biraz durmak istiyorum.

* Arş.Gör., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Anabilim Dalı

1 HATEMİ, H. Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989, s.7.

2 Hukuk Devleti kavramı için bkz.ÖZBUDUN, E.Anayasa Hukuku, 3B, Ankara 1993, s.88; SOYSAL, M.100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986, s.243; GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. Anayasa Hukuku, Ankara, 1993, s.145; ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.57 vd.

3 SOYSAL, age. s. 243; GÖZÜBÜYÜK, age.s.146; ÖZBUDUN, age.s.89

I.HUKUK DEVLETİ - İDARE HUKUKU İLİŞKİSİ

Hukuk devleti çok boyutlu ve kapsamlı ilkelerden oluşan bir kavramdır. Ancak onu en çok etkileyen, kapsamın belirlenmesinde büyük rol oynayan ve giderek onunla özdeşleşen bir bilin dalı vardır ki o da idare Hukukudur. Bu özdeşleşmenin nasıl gerçekleştiğini bir kaç boyutu ile görelim.

1. Devletin güçleri arasında sadece Yürütme/ İdare hem işlemler (Hukuksal araçlar) hem de eylemler (fiziksel araçlar) yapabilmektedir. Yasama ve yargı ise sadece işlemler yapabilmekte, bu işlemlerin infazı yada icrası yine yürütme/idare eliyle gerçekleşmektedir. Ayrıca idare bir işleme dayanmaksızın salt eylemler yapabilmektedir. Yine yasama ve yargı tatil yapabildiği halde Yürütme/İdare 365 gün ve 24 saat işleyen bir cihazdır. Bu durum yürütme / idarenin işlem ve eylemler olarak ne kadar fazla tasarruf ürettiğini ortaya koymaktadır⁴.

2. İdarenin işlem ve eylem yaparken açıkladığı irade özel hukuktakinden farklıdır. Burada eşit iradeler değil, üstün irade söz konusudur. İdare kamu gücü ve kamu yararına dayanarak üstün irade gücüne ve yetkisine sahiptir⁵. Bu irade tek yanlıdır, muhatabın iradesine bakılmaz, aynı zamanda re'sen ve cebren uygulanma kaabiliyetine sahiptir⁶.

Üstelik idarenin yapmış olduğu işlem ve eylemin hukuka uygun olduğu varsayılır. Biz idare hukukunda buna " kanunilik ilkesi" diyoruz. İşlem ve eylem yapıldığı anda hukuka uygun olduğu kabul edilir. Şayet hukuka aykırı olduğu düşünülüyorsa iki yol vardır. İşlemin kaldırılması için idareye başvurmak. Bu yol bizde pek etkili değildir. Asıl etkili olabilen yargısal başvurudur. Ancak yargısal başvuru işlemin icrasını durdurmaz. Yürütmeyi durdurma kararının şartları da hayli ağırdır.

3. İdarenin üstün ve ayrıcalıklı durumu sadece irade ve tasarrufları bakımından değildir. Onun görevlileri ve sahip olduğu malları da özel bir koruma altına alınmış, gözetilmiş ve güçlendirilmiştir⁷. Ceza hukukundaki hatırlanacağı gibi bazı suçların idare görevlileri veya mallarına karşı işlenmesi ya suçun niteliğini değiştirir ya da ağırlaştırıcı neden sayılır. Yine idarenin görevlileri bir suç işlediğinde özel bir koruma sistemi oluşturan "Memurin mahakematı " kuralları uygulanır. Yargılanabilmesi için idarenin izin vermesi gerekir⁸.

4. Bir diğer boyut ise alenelik güncel deyimini ile şeffaflık sorunudur. Yasama ve yargı kararlarının oluşmasında açıklık vardır, alenidir. Tartışılarak müzakere edilerek kararlar oluşur. Meclis müzakereleri ve duruşmaların aleniliği bunu gösterir.

İdarede ise durum tamamen tersidir. Kararlar kapalı kapılar ardında alınır. Konu çok az sayıda görevli ve yetkili tarafından bilinir. Kararın muhatabı, işlem tamamlandıktan, her şey olup bittikten sonra haberdar olabilmektedir. İlgililerin karar alma sürecine etki etmeleri katılmaları ise hiç mümkün değildir⁹. Bu yüzden Yönetilenlerin yönetenler karşısında deyim yerinde ise "boynu kıldan ince"dir¹⁰.

İşte burada demokratik yönetim yanında yönetimde demokrasi önem kazanmaktadır. Başka deyişle yönetimde açıklık ilkesi. Birleşik devletlerde buna "Government in the Sunhins" günışığında yönetim denilmektedir¹¹. Yönetimde

4 ÖZAY, Günışığında yönetim, İstanbul 1996, s.9 vd.

5 ÖZAY, age, s.12, 306.

6 ERKUT, Celâl, İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s.14; ÖZAY, age, s.12

7 ÖZAY, age, s.12.

8 KIRMIZI GÜL, H.Memurlar Hakkındaki Tahkikat ve Muhakeme Usulü, İstanbul 1993.

9 ÖZAY, age, s.14.

10 ÖZAY, age, s.15.

11 TARHANLI, T, American İdari Usul Kanunu, İHİD-1985, sy.1-3, s.225.

demokrasinin gerçekleşmesi için; Genel bir idari usul yasası, bilgi edinme özgürlüğü ve bireylerin idari karar alma sürecine katılabilmesi şartlarının gerçekleşmesi gerekir^{12 13}.

Bizde bunlar yoktur. Genel bir idari usul yasası olmadığı için idarenin nerede ne yapacağı ve nasıl yapacağını bilememekteyiz. İdari işlemler hakkında önceden bilgi edinmemiz mümkün değil, bilgi edinemediğimiz için, karar sürecine katılmamız hiç mümkün değil. Bu yüzden bireylerin idare karşısında gerçekten "boyunu kıldan ince"dir.

5. Son olarak bu denli güçlü yetkilerde donatılmış olan idare bir tüzelkişilik olduğundan iradesini gerçek kişiler aracılığıyla açıklar. Kişiler ise her zaman keyfi davranma eğilimine girebilirler¹⁴.

Bu denli güç ve yetkilerle donatılmış idare karşısında bireylerin korunması idarenin hukukun içinde kalarak tasarrufta bulunması ile mümkün olabilir. İdareyi hukukun içinde tutmanın en etkin yolu yargısal denetimdir. İdarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunu araştıran iptal davaları¹⁵. Hukuk devletinin bir unsuru olmaktan öte adeta onunla "eşanlı" hale gelmektedir. Netice olarak şunu söyleyebiliriz, hukuk devleti, idare hukuku, idari yargı üçü birden özdeşleşmektedir¹⁶.

Hukuk Devleti ilkesinin özünü devlet organlarının yargısal denitimi oluşturmakta, idare açısından ise idarenin yargısal denitimi hukuk devletinin olmazsa olmaz şartını teşkil etmektedir.

1982 Anayasasının idarenin yargısal denitimine ilişkin düzenlemelerini anlayabilmek için, Anayasanın genel felsefesi üzerinde kısaca durmak gerekir.

II. 1982 ANAYASASININ GENEL FELSEFESİ

1961 Anayasası gibi, 1982 Anayasası da yönetime silahlı kuvvetlerin el koyduğu "ara rejimin" ürünüdür. Her ikisinde de geçmişte yaşanmış olaylara, krizlere karşı oluşan tepkinin Hukukileştirmesi mantığı hakimdir. Bir kere otorite-hürriyet dengesinde, otoritenin ağırlığını artırmıştır. Hak ve özgürlükleri ödev ve sorumluluk kavramları ile birlikte ele almıştır¹⁷.

Diğer yandan yürütme hem görev hem de yetki olarak düzenlenmiştir.(md.8) Yürütme / idarenin genel düzenleyici işlem yapma yetkisi genişletilmiştir. Cumhurbaşkanı'nın yetkileri artırılmıştır. Yürütme organı yasama ve yargı organlarına karşı kuvvetlendirmek istenmiştir¹⁸.

Özgürlükler konusunda kademeli bir sınırlama getirmiştir¹⁹. 13.maddede bütün hak ve özgürlükler için geçerli sınırlama sebepleri sayılmış, ayrıca her madde de o hak ve özgürlük için sınırlamalar getirilmiştir²⁰. Bir özgürlük hem 13.maddedekiler hemde kendi maddesindekiler ile birlikte veya ayrı ayrı sınırlanabilecektir.14.maddede hak ve

12 GÜRAN, S, Yönetimde Açıklık, İHİD-1982, sy.1-3, s.101; TARHANLI, age; ÖZAY, age, s.4 vd.

13 Amerika'da bu şartlara yönelik yasalar çıkarılmıştır. Bkz. TARHANLI, age, s.225

14 ÖZAY, age, s.13

15 GÖZÜBÜYÜK, İptal Davasının Sonuçları Abadan'a Armağan, 1969, s.329

16 ÖZAY, age, s.17; Özay bunu teslis yani "hem üç hem bir" inancına benzetmektedir.

17 ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 38,74

18 TANÖR, B. İki Anayasa: 1961-1982. İstanbul 1986, s. 115-121

19 TANÖR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1994,3B,s.202

20 AYMK,E.85/8,K.86/27,KT.26.11.1986,AMKD,sy.22.s.364

özgürlüklerin kötüye kullanılmayacağı belirtilerek sınırlamaların üzerine deyim yerinde ise adeta bir "aşal" çekilmiştir²¹.

Yine idareye özellikle kolluk güçlerine geniş yetkiler verilmiştir. Yasaklama, erteleme, engelleme, izin, arama vs. Bu geniş yetkiler kaynağını anayasadan almaktadır.(md.17.19.26./1,27,31,34 vs)

Olağanüstü hallerde yürütme kanuna bağlı olmadan doğrudan anayasaya dayanarak geniş bir düzenleme yetkisine sahiptir. olağanüstü kanun hükmünde karar nameler için yetki yasasına gerek yoktur. Yine bu dönemdeki idari tasarrufların yargısal denetimine sınırlamalar getirilmiştir. Burada yürütme artık yasamaya bağlı yada yasamanın türevi değildir²². MGK ile sivil otorite yanında belkide üstünde askeri otoriteye yer verilmiştir.(md.118)

III. HUKUK DEVLETİNİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ

1982 Anayasası 2.maddesinde devletin niteliklerini sayarken Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi yorumlarken "Hukuk Devleti bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı bulunan devlettir²³ şeklinde ifade ediyor. Danıştay'da hukuk devleti ile ilgili olarak "idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması hukuk devletinin en karakteritik vasfı icabıdır" diyor²⁴ Şu halde hukuk devletinde idarenin tüm eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi olması gerekir. Herhangi bir gerekçe ile bir kısım idari işlem ve eylemler yargı denetimi dışında tutuluyorsa hukuk devleti ilkesi zedelenmiş olur²⁵. 1982 Anayasası 125.maddesinde "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır "hükmünü getirmiş fakat yine kendisi idari işlem niteliğinde bir çok işlemleri yargı denetimi dışında tutmuştur. Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler(md.125.) Yüksek Askeri Şura kararları(md.125) Olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde karamameler(md.148/1), Hakimler ve savcılar yüksek kurulu kararları(md.152/4), Uyarma ve kınama cezaları(md.129/3),anayasanın geçici 15.maddesi kapsamına giren idari tasarruflar . Bu hükümler yargı bağısıklığına anayasal olarak kavuşan işlem türlerini yaratmıştır²⁶.

1.İptal Davasının Kapsamının Daraltılması Eğilimi

Daha önce de belirttiğimiz gibi iptal davası, idarenin hukuka aykırı işlemlerini ortadan kaldıran onun hukuka bağlılığını sağlayan en etkin yoldur²⁷. Yani hukuk devletinin gerçekleşme şartlarından en önde gelenidir. İptal davasının kapsamının daraltılması veya genişlemesi hukuk devletinin gerçekleşmesini doğrudan etkiler.

21 TANÖR, Türkiyenin ,ins.205

22 TAN,T,1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliğinin Anayasa yargısı-1984,s.36

23

AYMK.E.63/124,K.63/243,Kt.11.10.1963,AMKD,Sy.1,s.429;E.85/31,K.86/111,Kt.27.3.1986, RG. 9102; E.66/11,K.66/44.AMKD,sy5,s.13

24 E.320.K.50/128, Kt.30.3.1950.DKD.sy.50-53,s.93

25 KABOĞLU,İ.Ö.Özgürlükler Hukuku,İstanbul 1993,s.93

26 ÖZAY,age.s.322

27 GÖZÜBÜYÜK,Yönetmelik Yargı,6B.Ankara 1983,s.107

İptal davasının iki yüzyıllık tanımı" idari işlemler hakkında yetki,şekil,sebebe,konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar"şeklindedir²⁸.

İptal davası objektif nitelikli bir davadır. Hukuk düzeninin korunmasına yöneliktir ve sonuçta verilen iptal kararından herkes yararlanır. Amacı idarenin hukuk içinde kalmasına sağlamaktır²⁹.

2577 sayılı idari yargılama usulü kanununda da iptal davası yukarıdaki şekilde tanımlanmıştı (md.2/1.a) Ancak 1994'te 4001 sayılı kanun ile bu iki yüzyıllık tanım terkedilerek yeni bir tanım getirilmiştir. "İdari işlemler hakkında yetki şekil,sebebe,konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için çevre tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları"şeklindedir tanımlanmıştır.

Bu iki tanım arasında çok önemli farklar mevcuttur. Yeni tanım hukuk devleti ilkesini zedelemeye matuf ileri bir adımdır. Burada iptal davası açabilmek için menfaat şartı yerine hak ihlali getirilmiştir. Menfaat ihlali, kişi ile işlem arasında meşru makul ve aktüel bir alakanın olmasını deyimler. Hak ihlali ise kanunen korunan bir menfaatin ihlali demektir³⁰. Menfaat ihlali, hak ihlaline göre çok daha geniş kapsamlıdır. İptal davaları bu yönüyle daraltmaya tabi tutulmuştur.

Bu yeni tanımla idari yargı denetiminin kapsamında önemli bir daraltmaya gidilmiştir. Şöyleki, genel veya birel bir işlem bir hakkı ihlal etmiyorsa yargı denetimi dışındadır.. Örneğin bir yönetmelik (öğrenci disiplin yönetmeliği) sizin menfaatinizi ihlal edebilir. Fakat fiilen size uygulanmadıkça hakkınızı ihlal etmez, dolayısıyla iptal davasına konu olamaz. Değişikliğin idari yargı denetiminin kapsamını daraltmayı amaçladığı ortadadır³¹. Ancak Anayasa mahkemesi bu su-i niyeti iyi tespit ederek düzenlemeyi 21.9.1995 te iptal etti³². Gereğesi ise iptal davasının objektifliği gereği hukuk devleti ilkesine aykırılık.

Yüksek mahkeme yasama meclisine üç aylık süre verdi aradan iki yılı aşkın süre geçmesine rağmen bu boşluk doldurulmadı. Peki bir düzenleme olmadığına göre iptal davası açılabilir mi ? Onar, Fransız Devlet şurasının 17 Şubat 1950 tarihli kararında şöyle denildiğini yazmaktadır.".....Hiç bir kanuni serahat olmasa bile hukukun umumi esaslar icabından olan kanuna hürmet, kanunilik prensibine dayanılarak tekmlil idari tasarruflara karşı iptal davası açabilir"³³. Bunun kabulü iptal davasının objektifliğinin gereğidir. 1982 Anayasasında kendini hissettiren, idareyi güçlendirme eğilimi yasama meclisinde de görülmüştür. Anayasa mahkemesi imdada yetişmiş hukuk devletinin uğrayacağı büyük bir zararın önüne geçmiştir.

28 BİLGİN,P, İptal Davasının Tanımı-Mal Müdürünün başına gelenler,İÜSBFD,sy.10 Ocak 1995,s.27

29 ARZAK, A.Ü. İptal Davasının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler. Onar Armağanı, 1977, s.145

30 ÇAĞLAYAN,R. Akademik Personelle ilgili işlemlerde yargısal denetim, İstanbul 1994,s.105(Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi)

31 AYAYDIN,C.İptal Davasının Subjektifleştirilmesi,İÜSBFD,sy.9.1994,s.5

32 E.95/27,K.95/47,Kt.21.9.1995,RG.10.4.1996,sy.22607

33 ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, s. 1788

2.Yürütmenin Durdurulması Şartlarının Ağırlığı

İdari işlemlerin kanuniliği ilkesi gereği, idari işlem aleyhine dava açılmış olması o işlemin yürütülmesini, icra edilmesini durdurmaz. Ancak mahkeme yürütmenin durdurulmasına karar verirse işlemin icrası durur³⁴. Bu ilke İYUK da açıkça belirtilmiştir.(md.27)

Üstün yetkilerle donatılmış ve kişi haklarına müdahale alanı çok geniş olan idarenin hukuka aykırı işlemini iptal davası sonuçlanıncaya kadar icra etmesi olasıdır. Bu durum kişiler aleyhine ağır sonuçlar doğurabilir. İptal kararlarının uygulanabilmesi için de önemlidir. Örneğin yıkma kararı aleyhine iptal davası açılmış olsa dava sonucuna kadar karar uygulansa yani bina yıkılsa artık iptal kararının bir anlamı kalmayacaktır. Bu yüzden yürütmenin durdurulması önemli bir koruma aracı niteliğini kazanmaktadır³⁵.

Askeri müdahale döneminde çıkarılan 2577 sayılı kanunda yürütmenin durdurulabilmesi için ağır şartlar öngörülmüştür (md.27/2). Bu şartlar şunlardan ibarettir; İşlem açıkça hukuka aykırı olacak telefisi güç veya imkansız zarar doğacak. Bu iki şart birlikte gerçekleşecek ve bunun nasıl gerçekleştiğini mahkeme kararında gerekçeli olarak belirtecek. Kanunda belirtilen bu şartlar daha sonra tarihli 1982 Anayasasına aynen aktarılmıştır(md.125/5). Böylece yasaya uygun anayasa anlayışının bir örneği ortaya konmuştur³⁶.

Bu iki şartın birlikte aranması yürütmenin durdurulması kurumundan beklenen koruma niteliğini hayli zorlaştırmaktadır. Bu iki şarttan birisinin varlığı yürütmeyi durdurma kararı verebilmek için yeterli olmalıdır.

Yine Anayasa madde 125/6'da olağanüstü durumlarda kamu düzeni genel sağlık,millî güvenlik nedenleri ile yürütmenin durdurulması kanunla sınırlanabilir hükmü getirilmiştir. Bu hükme dayanılarak bir çok düzenlemede yürütmeyi durdurma kararı verilmesi engellenmiştir. Bu hükmün sıkı yönetim veya olağanüstü hal ile organik veya işlevsel bir ilişkisi olan kişileri öngördüğü kabul edilmelidir³⁷. Olağanüstü hal veya sıkıyönetimle hiç bir alakası olmayan kişiler açısından da bu hüküm uygulanırsa hukuk devletinin ağır bir şekilde zedeleneceği açıktır. Alakasız bir çok kişinin menfaati zedelenmiş olur.

3.İdarenin Takdir Yetkisi-Yerindelik Denitimi

Anayasanın 125/4 maddesine göre,yargı yetkisi hukuka uygunluk denitimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin yerine getirilmesini kısıtlayacak idari işlem ve eylem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.

İşlemin tüm unsurlarının önceden belirlenerek idareye tercih hakkı verilmemesi bağlı yetkiyi bunun tersi de takdir yetkisini ifade eder. Takdir yetkisi idarenin hukuk kuralları içinde hareket serbestisidir³⁸. Yani bu alan idarenin keyfice hareket edebileceği alan değildir.

Takdir yetkisi yerindelik sahasına girer. Ancak yerindelik alanının tamamının takdir yetkisi içinde olduğunu kabule imkan yoktur. Yerindeliğin unsurları şunlardır; maddi vakıaların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi, belli bir yönde hareket edip etmemek imkanı hakerete geçme zamanının tayini.Bunlar yerindelik konusuna giren

34 ÖZDEŞ,O.Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu, DD.20-21,s.28

35 ASLAN, Z.İdari yargıda yürütmenin durdurulması istanbul1994 s.25.vd

36 YILDIRIM T.Yasaya uygun Anayasa Anlayışı Argumentum sy.16

37 ÖZAY,age.s.311

38 ÖZAY,age.s.358

unsurlardır. Bunların hepsinin önceden belirlenmesi bağlı yetkiyi belirlenmemesi de takdir yetkisini oluşturur³⁹.

Belirttiğimiz gibi takdir yetkisi tamamen keyfi hareket alanı değildir. İdare takdir yetkisi olduğu hallerde bile hukuk devleti gereği hukuk ilkeleri içinde kalmak zorundadır. Danıştay bir çok kararında takdir yetkisinin de denetleneceğini belirttikten sonra bu konuda şu iki ölçüyü getirmiştir : Taktir yetkisi "kamu yararı " ve "hizmetin gereklerine" uygun olmalıdır⁴⁰. Danıştay bu tutum ile idarenin keyfiliğinin önüne geçmiştir. Anayasadaki hükmü hukuk devletine uygun bir şekilde yorumlamıştır.

4.Kınama ve Uyarma Cezaları

Kamu personeli hakkında sicil tutulmakta aldığı disiplin cezaları ve diğer konular sicillere işlenmektedir. Bunlar yükselme, terfi,yer değiştirme, hatta görevden alma gibi konularda etkili olmaktadır. Yani kişiler hakkında önemli sonuçlar doğurmaktadır⁴¹.

İdari işlem olduğunda kuşku olmayan ve kişiler hakkında bu kadar önemli sonuçlar doğuran kınama ve uyarma cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması düşünülemez. Aksi bir tutum hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz. Durum böyle olmakla birlikte, Anayasa farklı bir düzenleme yoluna gitmiştir. 129/3.maddede uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulabileceğine cevaz verilmiştir. Bu düzenlemenin hukuk devleti anlayışıyla bağdaşır tarafı yoktur.

5. Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemler

İdare hukukunda öyle işlemler vardır ki bir den fazla işlemin birleşmesi ile olur. Birbirinden ayrı icrai niteliğe sahip bu işlemler birleşerek tek işlem halini alırlar. Biz buna zincir işlemler adını veriyoruz⁴². Burada halkaları oluşturan herbir işlem ayrılabilir işlem kuramı gereği tek başına dava edilebilirler.

Anayasanın 104.maddesinde Cumhurbaşkanının yasama yargı ve yürütme alanına ilişkin bir dizi yetki ve görevleri sayılmıştır.125.maddede ise Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuştur.

Parlamentar sistemde Cumhurbaşkanı yürütmenin sorumsuz kanadadır. Sorumlu olan hükümettir. Bu yüzden Cumhurbaşkanının işlemleri üçlü kararname şeklinde oluşur. Dolayısıyla sorumsuz olan Cumhurbaşkanının işlemlerinin yargı denetimi dışında olması doğaldır. Ancak Cumhurbaşkanına tek başına işlem yapma yetkisinin verilmesi, hukuk devleti ilkesiyle birlikte parlamenter sistemle de bağdaşmaz. Sorumluluk doğuran bir işlemi sorumsuz olan Cumhurbaşkanının tek başına yapması düşünülemez. Sorumlu olan bakan ve başbakan tarafından imzalanması gerekir(42.a).

Anayasada belirlenen yetkilerin hangileri tek başına hangileri müşterek yapılacak bu konuda açıklık yok. Bu konu tartışılmakta hangi işlemlerin tek başına yapılması gerektiği soruna cevap aranmaktadır⁴³. Eğer işlem tek başına yapılmıyor daha önce başka işlemler yapıyor ise yani zincir işlem varsa ayrılabilir işlem kuramı gereği yargı yoluna

39 YAYLA.Y.İdarenin Takdir Yetkisi İHFM.c.30 .sy.1-2,s.201

40 D5D.E.75/6057,K.77/5625.DD.30-31,s.206;E.E.75/3756.K.75/8053,DD.22-23,s.246.E.75/3941.K.76/2013,DD.24-25,s.220;E.70/5216.K.70/5942,DD.6-7,s.243

41 ONAR.age.s.1185

42 ERKUT.age.s.25

42.a. GÜNDAY.M.I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargı Ankara 1990,s.171

43 ÖZBUDUN.age.s.284.vd.

gidilecektir. Bu da yargı denetiminin kapsamının genişlemesi demektir. Örneğin rektör atamalarının müşterek kararname ile atanması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴. Bu konu mahkeme kararlarında da tartışılmış ve ilginç sonuçlara ulaşılmıştır. Bunlardan biri Askeri Yüksek İdare mahkemesinin 1994 tarihli URUNGA kararıdır. Askeri yargıtay için üye seçimi işlemi dava edilmiştir. Yargıtayın adayları belirlemesi Cumhurbaşkanının seçimi ve atanması aşamalarından oluşan işlemin iptali istenmiştir. Mahkeme, Cumhurbaşkanının iradesinden önce, bazı kurul veya mekanların irade açıklamasının varlığı halinde zincir işlemin varlığına işaret ederek bunların yargı denetiminde tabi olabileceğini, ancak budara Cumhurbaşkanının iradesinin değil, önceki işlemlerin denetime tabi olduğunu belirtmektedir. Bunlar iptal edilirse, Cumhurbaşkanın işlemi de iptal edilmiş olacaktır. Ancak olayda mahkeme askeri yargıtayın aday belirleme işlemini yargının oluşmasına yönelik bir işlem olması yani organik ve işlevsel açıdan idari işlem olmaması nedeniyle davayı reddetmiştir⁴⁵.

İkinci önemli karar ise 1993 tarihli Danıştayın ERÇIKAN-BERKARDA kararıdır. Burada rektör atamaları dava edilmiştir. Rektör atamaları üç aşamadan oluşmaktadır. Üniversitedeki öğretim elemanlarının 6 aday belirlemesi, Yüksek öğretim kurulunun bunlardan üçünü seçmesi ve Cumhurbaşkanının bunlardan birisini ataması (2547 S.K.md.13)

Danıştayın kararında bu işlemde üç aşama olduğunu bunların zincir işlem oluşturduğunu ve tek başına dava edilebileceğini vurgulamıştır. Devamla kararda Cumhurbaşkanının yargı denetimi dışında olan işlemleri tek başına veya re'sen ya da doğrudan doğruya yaptığı işlemlerdir. Başka organ veya kurumların katkıları sonucu oluşan işlemler yargı denetimine tabidir böyle olması hukuk devletinin bir gereğidir denilmiştir⁴⁶.

Sonuç olarak diyebiliriz ki Cumhurbaşkanının yargı denetimi dışında olan işlemleri doğrudan kendisinin yaptığı işlemlerdir. Başka kurum ya da makamların katkılarıyla oluşan işlemler yargı denetimine tabidir. Bu haliyle 1982 Anayasasının getirdiği yargı bağımsızlığı alanı biraz daha daraltılmış idari yargının koruma alanı genişletilmiştir. Bu da hukuk devletinin özüne uygun bir gelişmedir.

6.Yüksek Askeri Şura Kararları

Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinden itibaren var olan bu teşkilat 1941 de 636 sayılı kanunla "Şurayı Askerinin Teşkilatı ve Zezaifi Hakkında Kanun" la yeniden teşekkül ettirilmiştir. 1972 yılında 1602 sayılı "Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun"la tekrar düzenlenmiştir⁴⁷.

1602 Sayılı kanunun 3.maddesinde şuranın görevleri belirtilmiştir. Burada belirtilen görevler, daha çok silahlı kuvvetlerin iç hizmetlerine ilişkin görüş bildirmesine yöneliktir. Yargılama veya icrai mahiyette görev verilmiştir. Ancak 1983 yılında Danışma Meclisi Döneminde 926 sayılı TSK Personel Kanunu madde 50/c ve 94/b fıkralarına yapılan ilave bir cümle ile şuraya icrai nitelikte yetkiler verilmemiştir. Bu yetkiler Disiplinsizlik ve ahlaki durum sebebiyle silahlı kuvvetlerden ayırma işlemleridir⁴⁸

Mevzuatımıza göre emekliye ayrılma nedenleri istek üzerine, yaş haddi, maluliyet sebebiyle ve resen emekliye ayrılma olarak belirtilmiştir. Şu halde resen

44 ÖZBUDUN, age.s.286

45 AYİMDK.E.1992/21,K.1994/4,Kt.10.2.1994 in Günışığında yönetim,s.397 vd.

46 D.S.D.E.1992/3747,K.1993/3178,Kt.16.9.1993,in Günışığında yönetim,s.419

47 KUZU.B.Hukuk Devleti ve Resen Emeklilik,İHFM.c.IIV,s.103

48 KOÇYİĞİT.T.Yüksek Askeri Şura Kararları Yasal mı? Anayasal mı? Türk Huku Dergisi 1997,sy.19.s.25

emeklilik te diyerleriyle aynı sonucu doğuran yollardan biridir. "Böyle olmakla birlikte disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle" emekliye ayırma hali diğerlerinden farklı değerlendirilmiştir. Diğer emeklilik halleri 1602 sayılı kanunun 21.maddesi gereğince idari dava yoluyla denetime tabi tutulmaktadır. Davaya Askeri Yüksek idare mahkemesi bakacaktır. Fakat "disiplinsizlik ve ahlaki durum" nedeniyle emeklilik hali şura tarafından incelenip, şura kararı şeklinde çıkması halinde, yargı denetimi dışında olacaktır.

1602 sayılı kanunun 21.maddesinde 1982 tarihinde yapılan değişiklikle şura kararlarına karşı yargı yolu kapatılmış arkasından aynı hüküm anayasaya 125.maddeye aktarılmıştır. Yüske Askeri Şura kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır. Bu hüküm maddeye Milli Güvenlik Konseyi tarafından eklenmiştir. Gerekçe ise bu işlemlerin yargı denetimine tabi tutulması askeri disiplini zayıflatacağı görüşüdür. Bu gerekçe isabetli değildir. Çünkü yargı denetimi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır yerindelik denetimi yapılamayacaktır. Kaldı ki hukuka uygun olmayan bir idari işlemin hangi gerekçe ile olursa olsun yargı denitimi dışınıda tutulması hukuk devleti ile bağdaşmaz⁴⁹.

Bu düzenlemelerin Anayasanın 2.ve 39.maddesiyle çelişen haksız bir ayrıcalık hukuk devleti adalet ilkesi eşitlik ilkesi ve hak arama özgürlüğü ilkesine aykırı(49.a) mutlaka kaldırılması gerekli düzenlemelerdir.(49.b)

7.Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu Kararları

Hakimler ve Savcılar yüksek kurulu deyim yerinde ise yargının hükümetidir. Yaptığı faaliyet tamamen idaridir. İşlemleri teknik anlamda idare işlevine ilişkin idari işlemlerdir. Terfi yükselme görevden uzaklaştırma ve değiştirme gibi önemli sonuçlar doğuran işlemler yapmaktadır. Bunların yargı denetimine tabi olması hukuk devletinin bir gereğidir. Ancak 1982 Anayasası 159.maddesinde bu kararları yargı denetimi dışında tutmuştur. Mantiki bir gerekçe de ortaya konulabilmiş değildir. Hukuk devleti ile bağdaşmayan bir düzenlemedir.

1961 Anayasasında düzenlenen Yüksek Hakimler Kurulu için 1971 anayasa değişikliğinde bu yönde bir sınırlama getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu değişikliği, Cumhuriyetin temel niteliklerine, Avrupa insan hakları sözleşmesinin, hak arama özgürlüğünü düzenleyen 6. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir⁵⁰. Aynı şeylerin 1982 Anayasası için gündeme gelmesi gerekir. Konu Anayasa Mahkemesi önüne götürülmelidir.

8.Anayasanın Geçici 15.Maddesi

Anayasanın adı geçici olan fakat uygulaması sürekli olan Geçici 15.maddesi 12.Eylül 1980'den 7 Aralık 1983 (TBMM'nin başkanlık divanının oluşması) tarihine kadar olan dönemde yapılan her türlü karar ve tasarrufları yargı denetimi dışında tutmuştur. Buraya idari tasarruflar da dahil tabiki. Bu uzun süre içinde sayısız idari tasarrufların yapıldığı muhakkaktır. Bunların yargı denetimi dışında tutulması hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz. Asıl önemli olan bu dönemde bir çok yasalar çıkarılmış ve

49 KUZU,age.s.111

49.a. ANÇIN.O.Yüksek Askeri Şura Kararlarının Denetimsizliği Milleyet ,28.7.87

49.b. KOÇYİĞİT Şu çözümü de önermektedir; Anayasanın Geçici 15.maddesi gereği anayasa yargısına gidilemiyor, Anayasa değişikliği zor olan bir yoldur. Bu durumda 926 sayılı kanunun 50/c ve 94/b fıkralarının son cümlesinin değiştirilmesidir. Bu son cümlede şuraya verilen görev şuradan alınarak kuvvet komutanlarına verilmeli durum normal seyrine koyulmalı ve böylelikle yargı yolu açılmalıdır.(KOÇYİĞİT.agm.s.25)

50 AMK, E, 76/43, K.77/4, Kt.271.1977, AMKD. sy.15, s.106

bunlara karşı anayasa yargısı yolu da kapatılmıştır. Bu yasalara dayanılarak sayısız işlemler yapılmaktadır. Yasama ya bu yasaları değiştirmelidir ya da Geçici 15.maddeye derhal kaldırmalıdır. Zira bu düzenleme hukuk devleti ilkesinin sırtında büyük bir kambur olarak varlığını sürdürmektedir.

9.Olağanüstü Durumlarda Yargısal Denetim

a-Bakanlar Kurulu Kararları.

Anayasanın 119,120 ve 122 maddelerine göre sıkıyönetim ve olağanüstü hal ilanına yetkili organ Cumhurbaşkanının başkanlığında Bakanlar Kuruludur. Bakanlar kurulu ilan eder ve daha sonra meclisin onayına sunar.

2575 sayılı Danıştay kanununa göre Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bacağı işler arasında Bakanlar Kurulu kararları da var(md.24). Bakanlar kurulunun bu işlemleri birer idari işlem olduklarından Anayasanın 125.gereğince iptal davasına konu olabilmelidir.⁵¹ Ancak Danıştay aynı görüşte değildir. 1961 Anayasası döneminde verdiği kararda bu işlem organik bakımdan idari olmakla birlikte nitelik bakımından yasama tasarrufu diyerek başvuruyu redetmiştir⁵². 1982 Anayasası döneminde böyle bir dava açılmadığı için Danıştay'ı tutumun ne olacağını bilemiyoruz.

Öğretide hem 1961 hem de 1982 Anayasaları döneminde Bakanlar Kurulunun bu kararlarına karşı iptal davası açılabileceği savunulmaktadır⁵³. Ancak iptal davasını kimin açacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. BİLGEN,sıkıyönetim ilanı kararı bir şart-işlem(birel-koşul)dir. Dolayısıyla doğrudan kimsenin menfaatini etkilemez sadece askıda olan sıkıyönetim mevzuatının uygulama statüsüne geçirir.Menfaat şartı gerçekleşmediğinden iptal davası açılmaz görüşünü belirtmektedir (53.a)

b- Olağanüstü Durumlarda Yapılan İdari İşlemler

Anayasanın 125.maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmektedir. Fakat aynı maddede olağanüstü durumlarda milli güvenlik kamu düzeni genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi kanunla sınırlanabileceğine cevaz verilmiştir.

Burada iptal davası engellenmemekte sadece yürütmeyi durdurma kararlarının engellenebileceği belirtilmektedir. Buradaki yürütmeyi durdurma yasağının olağanüstü durum ile organik veya işlevsel bir alakası olan kişileri kapsar nitelikte anlamak gerekir⁵⁴.

İptal davasının engellenmesi söz konusu olmamakla beraber 285 sayılı KHK ile Olağanüstü Bölge Valisinin idari işlemlerine karşı iptal davası yolu kapatılmıştır(md.7) Bu düzenleme açıkça anayasaya aykırı olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi bu yasağı

51 ÖZAY , age s.548

52 BİLGEN,P.1961 Anayasasına göre sıkıyönetim istanbul 1976.s.109

53 BİLGEN,açq.s.106;ALİEFENDİOĞLU,Y.Anayasa Yargısı Acısından olağanüstü Yönetim usulleri Anayasa yargısı 1992.s.429

53.a. BİLGEN, age, s.112-113

54 ÖZAY,age.s.311

olağanüstü KHK ile getirildiğini Anayasanın 148.maddesi gereğince bu KHK'nin yargı denetimi dışında olduğunu belirterek iptal istemini reddetmiştir⁵⁵

Sıkıyönetim kanununun 2.maddesi uyarınca Sıkıyönetim Komutanlarının emri ile işlerine son verilen kamu personellerinin bu karara karşı dava açması yine aynı kanunun Ek.3.maddesi ile yasaklanmıştır. Anayasaya açıkça aykırı olan bu düzenleme de anayasanın Geçici 15.maddesi gereği anayasa yargısına götürülememektedir.

Üstelik kanunun 2.maddesine göre bu şekilde işlerine son verilen kişiler ile bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmayacaktır. Danıştay bu ağır düzenlemeyi biraz olsun yumuşatmıştır. He ne kadar iptal davası açılmıyorsa da, sıkıyönetim komutanlarının kararları sıkıyönetim süresince geçerlidir. Sıkıyönetimin kalkmasından sonra bu kişiler göreve dönebilirler şeklinde karar vermiştir⁵⁶.

⁵⁵ AMK,E.90/25.K.91/1,AMKD,sy.27/1.s.129

⁵⁶ DİBK,E.86/6,K.89/4,Kt.7.12.1989.DD.78-79,s.50

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesinin özünü devlet organlarının işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi oluşturmaktadır. Özellikle idarenin yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz şartı olmakta adeta onunla özdeşleşmektedir.

1982 Anayasası 2.maddesinde Devletin bir hukuk devleti olduğunu belirtmiştir. Ancak idare hukukunu ilgilendiren hususlar açısından gördük ki bu hukuk devleti tam bir hukuk devleti değildir. Her konuda olduğu gibi burada da kendine özgü(bize özgü) bir hukuk devleti söz konusudur.

Temennimiz hukuk devletine aykırı bu düzenlemeler bir an önce ayıklanır, devlet bize özgü hukuk devleti olmaktan kurtulur, evrensel anlamda bir hukuk devleti vasfına kavuşur.

BİBLİYOGRAFYA

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz :Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü YönetimUsulleri Anayasa Yargısı 1992,s.429
- ANCIN, Osman :Yüksek Askeri Şura Kararlarının Denetimsizliği Milliyet 28.7.1987
- ASLAN, Zehreddin :İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, İst.1994
- AZRAK,A.Alkü :İptal Davasının Objektif Niteliği Üzerinde Düşünceler Onar Armağanı 1977,s.145
- AYAYDIN, Cem :İptal Davasının Sübjektifleştirilmesi, İSBFD,sy.9.1994,s.5
- BİLGİN, Pertev :İptal Davasının Tanımı-Mal Müdürünün Başına Gelenler, İSBFD,sy.10.1995
- ÇAĞLAYAN, Ramazan :Akaademik Personelle ilgili işlemlerle Yargısal denetim, İstanbul 1994 (Yayımlanmamış Y.L.Tezi)
- ERKUT, Celal :İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1993
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref :Anayasa Hukuku.4B, Ankara 1993; Yönetmelik Yargı,6B,1983 Ankara
- GÜRAN, Sait :Yönetimde Açıklık İHİD 1982,sy.1-3,s.101
- GÜNDAY, Metin :1.Ulusal İdare Hukuku Kongresi,1.Kitap:İdari Yargı, Ankara 1990,s.171
- HATEMİ, Hüseyin :Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989
- KABOĞLU, İbrahim :Özgürlükler Hukuku İstanbul 1993
- KIRMIZIGÜL,Hüsamettin :Memurlar Hakkında Tahkikat ve Muhakeme Usulü İstanbul 1993

KOÇYIĞIT, Turgay	:Yüksek Askeri Şura Yasal mı? Anayasal mı? Türk Hukuk Dergisi 1997,sy.19.s.25
KUZU, Burhan	:Hukuk Devleti ve Resen Emeklilik, İHFM,C.LIV
ONAR,S.Sami	:İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966
ÖZDEŞ, Orhan	:Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu, DD.20-21,s.28
ÖZAY, İl Han	:Günışığında Yönetim, İstanbul 1994 ve 1996.B.
ÖZER, Ahmet	:Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi, TİD,y.64.sy.394
ÖZBUDUN, Ergun	: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1993
SOSYAL, Mümtaz	:100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986
TAN, Turgut	:1982 A. Y.Yönünden Yürütme görevi ve Yetkisinin Niteliği, Anayasa Yargısı 1984
TANÖR, Bülent	:İki Anayasa: 1961-1982 İstanbul 1986; Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu,İstanbul 1994
TARHANLI, İştah	:Amerikan İdari Usul Kanunu, İHİD 1985,sy.1-3
YILDIRIM, Turan	:Yasaya Uygun Anayasa Anlayışı Argumentum sy.16
YAYLA, Yıldızhan	:İdarenin Takdir Yetkisi, İHFM, c.30.sy.1-2,s.201