

İDARİ İŞLEMİN KONU UNSURU
Mustafa DOĞAN
(Yüksek Lisans Tezi)
Eskişehir, 2016

İDARİ İŞLEMİN KONU UNSURU

Mustafa DOĞAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Danışman: Doç. Dr. Mustafa AVCI

Eskişehir
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ocak, 2016

Jüri ve Enstitü Onayı

Mustafa DOĞAN'ın "İdari İşlemin Konu Unsuru" başlıklı tezi 18 Ocak 2016 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca toplanan **Kamu Hukuku** Anabilim Dalında, **yüksek lisans tezi** olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Doç.Dr.Mustafa AVCI

Üye : Prof.Dr.Ali AKYILDIZ

Üye : Yrd.Doç.Dr.Nilüfer BORAN GÜNEYSU

Prof.Dr.Kemal YİEDİRİM
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Yüksek Lisans Tez Özü

İDARİ İŞLEMİN KONU UNSURU

Mustafa DOĞAN
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2016
Danışman: Doç. Dr. Mustafa AVCI

İdare asli gayesi olan kamu yararını idari işlem ve eylemlerle yerine getirir. Hukuk devletinin olmazsa olmaz gereklerinden biri idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasıdır. İdari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ise idari yargıda işlemin; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarının hukuka aykırılığının incelenmesi ile sağlanır. Bu bağlamda idari işlemin konusu, doğuracağı hukuki sonuçtur. Bu çalışmanın birinci bölümünde genel olarak idari işlem kavramı ile idari işlemin özellikleri ve unsurları incelenmiştir. İkinci bölümde ise idari işlemin konu unsuru, konu unsurundaki sakatlıklar ve idarenin takdir yetkisinin konu unsuruna yansımaları doktrindeki görüşler ve yargı içtihatları ile ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İdari işlem, idari işlemin unsurları, idari işlemin konu unsuru, takdir yetkisi, hukuk devleti...

Abstract

İDARİ İŞLEMİN KONUSU UNSURU

Mustafa DOĞAN

Department of Public Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, January 2016

Adviser: Assoc. Prof. Dr. Mustafa AVCI

Administration discharges public interest which is its essential goal through administrative act and actions. One of the indispensable requirements of rule of law is that actions and acts of administration are subject to judicial review. The control of compliance with laws of administrative acts is ensured by examining the illegality of acts; authority, form, reason, subject and purpose factors in administrative justice. In this context, the subject of administrative act is the result it will give rise. In the first chapter of this study, the concept of administrative act and features and factors of administrative act were examined in general. In the second chapter, the subject factor of administrative act, illegality in the subject factor and the reflection of discretionary power to the subject factor were presented with views in doctrine and judicial precedents.

Keywords: Administrative act, factors of administrative act, subject factor of administrative act, discretionary power, rule of law...

Etik İlke Ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi

Bu tez çalışmasının bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumunda bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yet verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim.

Her hangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

Mustafa Doğan

İçindekiler

Jüri ve Enstitü Onayı.....	ii
Yüksek Lisans Tez Özü	iii
Abstract.....	iv
Etik İlke Ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi	v
Özgeçmiş	vi
Kısaltmalar Listesi.....	ix
Giriş.....	1

Birinci Bölüm

İdari İşlem Kavramı ve İdari İşlemin Unsurları

1. İdari İşlem Kavramı	3
1.1. Hukuki İşlem - Hukuki Eylem Kavramları	4
1.2. İdari İşlem – İdari Eylem Ayrımı.....	5
1.3. İdari İşlem – İdarenin İşlemleri Ayrımı	9
1.4. Tek Yanlı İdari İşlem – İki Yanlı İdari İşlem Ayrımı	13
1.5. Bireysel İdari İşlem – Düzenleyici İdari İşlem Ayrımı.....	14
2. İdari İşlemin Özellikleri	17
2.1. Tek Yanlılık ve İcraîlik.....	17
2.2. Re’sen İcra Edilebilirlik	19
2.3. Hukuka Uygunluk Karinesi.....	21
3. İdari İşlemin Unsurları	23
3.1. Yetki Unsuru	23
3.2. Şekil Unsuru	34
3.3. Sebep Unsuru	41
3.4. Konu Unsuru	44
3.5. Maksat Unsuru.....	45

İkinci Bölüm

İdari İşlemin Konu Unsuru, Konu Unsurunda Sakatlık Halleri ve Takdir Yetkisi

1. Konu Kavramı.....	48
----------------------	----

2. Özel Hukukta Konu – İdare Hukukunda Konu	48
3. Konu Unsurunda Sakatlık Halleri	50
3.1. Konunun İmkansız Olması	53
3.2. Kanuna (Hukuka) Aykırı İşlem Yapılması	55
3.2.1. Yasak konularda işlem yapılması.....	55
3.2.2. Temel hak ve hürriyetlerin idari işlemle sınırlandırılması.....	57
3.2.3. Kanunun uygulama alanının genişletilmesi	58
3.2.4. Mahkeme kararlarına uyulmaması.....	59
3.2.5. Normlar hiyerarşisine aykırılık.....	60
3.2.6. Hukuk kuralının yanlış yorumu	61
3.2.7. Negatif hukuka aykırılık (uygulanması gereken bir hukuk kuralının uygulanmaması)	62
3.3. Geçmişe Etkili İşlem Yapılması ve Kazanılmış Haklara Aykırı İşlemler	64
3.4. Sebep ile Konu Arasındaki İlişkinin Sakat Olması	68
4. Takdir Yetkisi ve Konu Unsuru	72
4.1. Takdir Yetkisi Kavramı	73
4.2. Takdir Yetkisinin Varlık Sebebi	74
4.3. Bağlı Yetki – Takdir Yetkisi Ayrımı	76
4.4. Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi.....	80
4.5. Takdir Yetkisinin Konu Unsuruna Yansıması	90
Sonuç	94
Kaynakça	104

Kısaltmalar Listesi

AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
DİBGK	: Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
E.	: Esas no
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İYUK	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar no
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
md.	: Madde
MTA	: Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
T.	: Tarih

Giriş

İdarenin kamu yararı amacını yerine getirebilmesi için çeşitli faaliyetlerde bulunması gerekir. İdare bu faaliyetlerini çoğunlukla idari işlemlerle ve bazen de idari eylemler aracılığıyla gerçekleştirir. Dolayısıyla idari işlem konusu idare hukukunun belki de uygulama alanı en geniş ve önemli konularından biridir. Örneğin idare hukukunun alt dallarından biri olan imar hukuku alanında ya da kamu personeli alanında idare görev ve yetkilerini yine işlemler aracılığıyla yerine getirmek durumundadır.

Hukuk devleti en kısa ve basit ifadesiyle devlet organlarının faaliyetlerinde hukukla bağlı olmaları anlamına gelmektedir. Bu bağlamda idarenin de hukuka uygun hareket etmesi gerekmektedir. İdarenin hukuka uygun davranıp davranmadığının tespitinde en etkin yol, idarenin eylem ve işlemlerinin bağımsız mahkemelerce denetlenmesidir. Nitekim Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması şeklindeki kural da bu hususa işaret etmektedir.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden birinin hukuka aykırı olması sebebiyle menfaatleri ihlal edilenler tarafından iptal davası açılabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükümden idari işlemin bu beş unsurdan oluştuğu sonucu çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, bir idari işlemin hukuka uygun olabilmesi için; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmaması gerekmektedir.

İdari işlemin konu unsurunu ve bu unsorda doğabilecek sakatlıkları incelemeyi hedefleyen bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde tümden gelim metoduyla idari işlem kavramının sınırları çizilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda idari işlemin, her şeyden önce bir hukuki işlem olması hasebiyle hukuki işlem ve hukuki eylem kavramları açıklanacak, ardından idarenin hangi faaliyetlerinin idari işlem hangilerinin idari eylem olduğu ayrımı ortaya konmaya çalışılacaktır. Daha sonra idarenin tüm işlemlerinin idari işlem sayılıp sayılmadığı ile idare organı dışındaki organların ve özel hukuk kişilerinin idari işlem yapıp yapamayacakları soruları ışığında idari işlem kavramının sınırları netleştirilecektir. Devamında ise idari işlemlerin tek yanlı – iki yanlı işlem ile bireysel – düzenleyici işlem ayrımları ele alınacak ve idari işlemlerin özelliklerinden genel hatlarıyla bahsedilecektir. İlk bölümün sonunda idari

işlemin unsurları ve bu unsurlardaki sakatlık halleri özet olarak ortaya konmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ilk olarak, konu kavramının ne anlama geldiği ve özel hukuk işlemlerinin konusu ile idari işlemlerin konusu arasındaki ortak noktalar ve farklar açıklanacaktır. Devamında konu unsurundaki sakatlık halleri; konunun imkansız olması, kanuna (hukuka) aykırı işlemler, geçmişe etkili işlem yapılması ve kazanılmış haklara aykırı işlemler ile sebep ve konu arasındaki ilişkinin sakat olması başlıkları altına ele alınacaktır. İdare hukukunun büyük ölçüde içtihatlar doğrultusunda gelişmesi sebebiyle bu kısımda mümkün olduğunca yargı kararlarından faydalanılacaktır. Son olarak idarenin takdir yetkisi, takdir yetkisinin yargısal denetimi ve konu unsurunda takdir yetkisinin ne şekillere ortaya çıkabileceği açıklanacaktır. En nihayetinde çıkardığımız sonuçlar özetlenerek çalışmaya son verilecektir.

Başta da ifade ettiğimiz üzere idare hukukunun en temel konularından biri idari işlem konusudur. Bu sebeple idari işlemin unsurları üzerine yapılacak çalışmaların önem arz ettiği düşüncesi, çalışmanın konusunun belirlenmesi aşamasında yol gösterici olmuştur. Ayrıca doktrinde spesifik olarak idari işlemin konu unsurunu inceleyen herhangi bir çalışma bulunmaması, işbu çalışmanın yapılmasında en önemli sebebi teşkil etmiştir.

Birinci Bölüm

İdari İşlem Kavramı ve İdari İşlemin Unsurları

1. İdari İşlem Kavramı

İdare hukukunun en önemli kavramlarından olan idari işlemin bilimsel çalışmalarda ve yargısal içtihatlarda tek ve herkes tarafından kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır¹. İdari işlem kavramı doktrinde idarenin yetkileri², idarenin işleyişi³ ya da idarenin faaliyet araçları⁴ başlıkları altında incelendiği gibi daha ziyade münferit bir başlık şeklinde⁵ ele alınmıştır.

İdare görevlerini yerine getirebilmek, yetkilerini kullanabilmek için çeşitli faaliyetlerde bulunmak zorundadır. Bu faaliyetler ise, eylem ve işlemler olmak üzere iki başlıkta incelenmektedir. İdare kendisine hukuk düzenince kişilik verilmiş bir özne olduğundan aynı diğer hukuk özneleri gibi, görev ve etkinliklerini hukuksal eylem ve işlemlerle yürütebilir, yerine getirebilir ve iradesini açıklayabilir⁶.

Hukuki tasarruf teorisi medeni hukukta doğmuş, gelişmiş ve şeklini almış olmakla birlikte, bu teorinin idare hukuku alanında bir takım farklı görünümleri mevcuttur⁷. Bu sebeple idari işlem ve eylemin tanımlanabilmesi için ilk olarak hukuki işlem ve eylem kavramları açıklanacaktır. Daha sonra idari işlemlerle idari eylemlerin ayrımı yapılacak, idari işlem kavramına idarenin tüm işlemlerinin dahil olup olmadığı incelenerek idari

¹ B. Akyılmaz (2000). *İdari usul ilkeleri ışığında idari işlemin yapılış usulü*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 23. İdari Usul Kanunu Ön Taslağında (md. 3/c) idari işlem, “Yetkili idarenin, kamu hukuku alanında kamu gücü ile hareket ederek idari faaliyetle ilgili doğrudan hukuki sonuca yönelik, tek yanlı irade açıklamasıyla aldığı her karar ya da kamusal tedbir” şeklinde tanımlanmıştır. A. Ş. Gözübüyük ve T. Tan (2014a). *İdare hukuku cilt I*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 361. Doktrinde yönetsel işlem kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. A. Ş. Gözübüyük (2012). *Yönetsel yargı*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 139.

² L. Duran (1982). *İdare hukuku ders notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 379; Y. Yayla (2010). *İdare hukuku*. İstanbul: Beta, s. 108; R. Yıldırım (2014). *Türk idari rejimi dersleri (cilt II)*. Konya: Mimoza, s. 50; R. Çağlayan (2015). *İdare hukuku dersleri*. Ankara: Adalet, s. 417; R. Yıldırım ve M. Avcı (2015). *Türk idari rejimine giriş*. Ankara: Astana Yayınları, s. 155.

³ R. Gürbüz (2011). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 131; M. Günday (2011). *İdare hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, s. 119.

⁴ B. Akyılmaz vd. (2015). *Türk idare hukuku*. Ankara: Seçkin (2015), s. 376; H. N. Yaşar (2013). *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, s. 275.

⁵ T. Yıldırım vd. (2012). *İdare hukuku*. İstanbul: On İki Levha, s. 543. K. Gözler (2009). *İdare hukuku cilt I*. Bursa: Ekin Yayınevi, s. 613; O. Sancakdar (2012). *İdare hukuku teorik çalışma kitabı*. Ankara: Seçkin, s. 327; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 349; E. E. Atay (2014). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 418; H. Kalabalık (2014). *İdare hukukunun temel kavram ve kurumları*. Konya: Sayram, s. 316; M. Akıncı vd. (2013). *İdare hukuku I*. (Ed. M. Akıncı, M. Avcı), İstanbul: Lisans Yayıncılık, s. 231.

⁶ İ. Giritli vd. (2013). *İdare hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, s. 1231.

⁷ S. S. Onar (1966). *İdare hukukunun umumi esasları cilt I*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 274.

işlem kavramı netleştirilmeye çalışılacaktır. Devamında idari işlemlerin tek yanlı ve iki yanlı işlem ayrımı incelenip, düzenleyici idari işlem – bireysel idari işlem sınıflandırması açıklanacaktır. Son olarak da idari işlemlerin unsurlarından genel hatlarıyla bahsedilecektir.

1.1. Hukuki İşlem - Hukuki Eylem Kavramları

Hukuki işlem⁸, hukuki sonuca yönelik olan bir irade açıklamasıdır⁹. Bir başka ifadeyle “Hukukun, kişi davranışına onun arzusuna (iradesine), uygun sonucu bağlaması halinde hukuki işlem söz konusu olur.”¹⁰. Yargıtay da 1989 tarihli bir kararında “Hukuki işlem bir hak veya hukuki ilişkinin doğumu, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması sonucuna yönelmiş tek taraflı, iki taraflı veya çok taraflı irade beyanlarıdır.” şeklinde bir tanım yapmıştır¹¹. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere hukuki işlem, irade açıklaması ve hukuki sonuç olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır¹². Hukuk düzeninde geçerli bir değişikliğin ortaya çıkabilmesi için açıklanan iradenin bir yetkiye ya da bir hakka dayanması gereklidir¹³. İrade açıklaması açık olabileceği gibi zımni de olabilir¹⁴.

Hukuki sonuç doğuran, yani hukuk düzeninde değişiklik meydana getiren insan davranışına ise, hukuki eylem adı verilmektedir¹⁵. Hem hukuki işlemlerde hem de hukuki eylemlerde ortaya hukuki sonuç çıkmaktadır, fakat aradaki farkı irade beyanının açıklanması oluşturmaktadır. Hukuki eylemlerde, iradenin hukuki sonuca yönelmiş olmasına gerek yoktur, sonuç doğrudan kanundan doğmaktadır¹⁶. Buradan hukuki

⁸ Hukuki işlem kavramı geniş anlamda hukuki eylem başlığı altında da ele alınmaktadır. Biz burada hukuki eylem kavramını dar anlamıyla, *maddi fiil* olarak inceliyoruz. Hukuki işlem teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. A. M. Kılıçoğlu (2008). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 28 – 36.; B. Öztan (2007). *Medeni hukuk'un temel kavramları*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 86 – 98.; K. Gözler (2003). *Hukuka giriş*. Bursa: Ekin Yayınevi, s. 280 – 286.

⁹ M. Özyörük (1973). *İdare hukuku dersleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 35; Kılıçoğlu (2008), s.28. Özel hukukun temel kavramlarından biri olan hukuki işlemin herhangi bir ülkenin kanunlarında tanımı yapılmış değildir. Ş. Akipek (1995). Tamamlayıcı olgunun hukuki işleme etkisi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44 (1 - 4), s. 272.

¹⁰ Öztan (2007), s. 86. Bir olay ancak hukuk kendisine bir sonuç bağlıyorsa hukuki olarak nitelenebilir. Bkz. Yıldırım vd. (2012), s.543.

¹¹ Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 14.04.1989 tarih ve 1989/2636 Esas ve 1989/6666 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

¹² Doktrinde hukuki işlemin, “bir iradenin varlığı, iradenin açıklanması ve hukuksal sonuç” olarak üç unsurdan oluştuğu yönünde görüş de mevcuttur. Bkz. Kılıçoğlu (2008), s. 28 – 31.

¹³ Yıldırım (2014), s. 44; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 351.

¹⁴ Öztan (2007), s. 87.

¹⁵ Gözler (2009), s. 613.

¹⁶ Öztan (2007), s. 87 – 88.

eylemlerin gayri iradi olduğu sonucu çıkarılmamalıdır¹⁷. Örneğin kişinin aracıyla otoparktan çıkarken bir başka araca hasar vermesi gayri iradi, polislin kaçmaya çalışan bir hükümlüye kuvvet uygulaması ise iradi hukuki eylemlerdir. Bu noktada önem arz eden husus, hukuk düzeninin söz konusu eylemi bir hukuki sonuca bağlamış olmasıdır, zira maddi eyleme bağlanan hiç bir hukuki sonuç yoksa; o eylem, hukuki eylem güç ve özelliği gösteremez¹⁸. Bir başka ifadeyle, hukuki işlemlerde iradenin konusu ve maksadı ile hukuki hüküm ve netice birbirinin aynıken¹⁹; hukuki eylemlerde irade hukuk yaşamında bir değişiklik yaratmaktan ziyade maddi yaşamda değişiklik yapmaya yönelmiştir²⁰.

1.2. İdari İşlem – İdari Eylem Ayrımı

İdari işlem – idari eylem²¹ ayrımı esasen hukuki işlem – hukuki eylem ayrımına büyük ölçüde paralellik gösterse de; kimi durumlarda ayrımı belirlemek bir hayli zor olabilmektedir. Özellikle idari eylemin; idari işlemin yaşama geçirilmesi, uygulanması ya da yerine getirilmesi için yapıldığı hallerde, kavramlar iç içe geçtiğinden tespit zorlaşmaktadır²². İdari işlem ile idari eylemin ayrılması ise; iptal davasına konu olabilme, dava süreleri ya da ön karar alma zorunluluğunun tespiti²³ gibi bir çok noktada önem arz etmektedir²⁴. İdari işlemin doktrinde ve içtihadta ortak kabul görmüş bir tanımının olmadığını belirtmiştik. İdari işlemin tanımlanması bir sonraki başlıkta incelenecek, burada ise daha ziyade idari işlem ve idari eylemin arasındaki farklar üzerinde durulacaktır.

Kapsamlı bir ifade ile; idare hukuku alanında kamu yararının gerçekleştirilmesi, kamu hizmetlerinin etkin, verimli ve hizmetin gereklerine uygun bir şekilde yürütülmesinin sağlanması maksadıyla idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla, rıza ve onaya gerek

¹⁷ Gözler (2009), s. 614.

¹⁸ T. Ayanoğlu (2004). *Uyuşmazlık mahkemesi kararlarına göre idari eylemin tanımlanması*. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 45.

¹⁹ Onar (1966), s. 275.

²⁰ Giritli vd. (2013), s. 1232.

²¹ Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. Ayanoğlu (2004). Ayrıca bkz. S. Demirkol (2001). İdare hukukunda idari eylemler olgusu. *Sayıştay Dergisi*, (40). <http://dergi.sayistay.gov.tr/Default.asp?sayfa=3&id=311> (Erişim tarihi: 2.2.2015); Çağlayan (2015), s. 550 – 569.

²² Giritli vd. (2013), s. 1232; Ayanoğlu (2004), s. 85.

²³ Demirkol (2001), s. 3 – 9.

²⁴ R. Çağlayan (2005). İdari eylemden doğan tam yargı davalarında dava açma süreleri. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, IX (3 – 4), s. 17 – 33.

olmadan ilgililerin hukuki durumları üzerinde hüküm ve sonuç doğuran, re'sen icra edilebilen, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, yargısal denetime tabi ve kural olarak yazılı şekilde tesis edilen işlemlere, idari işlem denmektedir²⁵.

Hukuki işlem – hukuki eylem ayrımında olduğu gibi burada da temel farkı ortada maddi bir tasarruf bulunması ve hukuki sonuca yönelme unsurları oluşturmaktadır. Danıştay'ın ifadesi ile “İdari işlem kısaca, idare makamlarının idare fonksiyonu ile ilgili konularda aldığı tek taraflı icrai karar olarak nitelenir, idari fiil ise, idarenin fonksiyonu sırasındaki bir hareketini, bir olayı, bir tutumu anlatır.”²⁶. Bir başka ifade ile, idarenin faaliyetlerinin yerine getirilmesinde hukuki tasarruf söz konusu olduğunda idari işlem, maddi tasarruf söz konusu olduğunda ise idari eylem denmektedir²⁷. Maddi tasarruf çoğunlukla bir hareket, iş ve davranış olmakla beraber; bir sulama kanalındaki prizin kapatılmaması ya da bir köprü'nün harap olduğuna ilişkin uyarıcı işaretlerin karayoluna konmaması gibi örneklerde görüldüğü üzere idarenin hareketsizliği de bir idari eylem teşkil edebilmektedir²⁸.

İdari eylemlerin bir diğer ayırıcı noktası da; işlemlerle ilgili yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarından birisinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açılabilirdiği halde, idari eylemler için bu unsurların hukuka aykırı oldukları sebebiyle dava açılmayacak olmasıdır²⁹. Benzer şekilde, idari eylemler yapıldıkları anda hukuki sonuçlarını doğurdukları ve tükendikleri için hiçbir şekilde iptal davasına konu olamazlar³⁰. Ayrıca idari eylemi herhangi bir kamu görevlisi yapabilirken, idari işlemi ancak idare adına irade açıklamaya yetkili kişiler yapabilir³¹.

İdarenin yapmış olduğu eylemleri, idare hukukuna tabi olan eylemler yani idari eylemler ve idare hukukuna tabi olmayan eylemler³² olarak ikiye ayırabiliriz. İdari

²⁵ Atay (2014), s. 424.

²⁶ Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 14.4.1973 tarih ve 1972/2 Esas ve 1973/10 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

²⁷ Atay (2014), s. 420.

²⁸ Ayanoğlu (2004), s. 82.

²⁹ Demirkol (2001), s. 3.

³⁰ Sancakdar (2012), s. 330; Giritli vd. (2013), s. 1232; Demirkol (2001), s. 11. Danıştay 10. Dairesinin 20.10.2010 tarih ve 2007/4203 Esas ve 2010/8279 Karar sayılı kararı.

³¹ Çağlayan (2015), s. 563; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 358.

³² “Eylemin idareye bağlanması veya idare hukuku içine alınması olanaksız ise, bu takdirde özel hukuktaki <haksız fiil> veya ceza hukuku bağlamında suç oluşturan bir eylem söz konusudur.” Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 358

eylemler de bir idari işlemin uygulanması niteliğinde olanlar ve salt idari eylemler olarak ikiye ayrılır. İdari yargılama usulü çerçevesinde idari eylem; bir idari işlemin uygulanması niteliğinde olmayan işlemleri ifade eder³³. İdari işlemin icrası eylemleri ise idari işlemin hukuki rejimine tabidir³⁴. Danıştay'ın 1973 tarihli içtihadı birleştirme kararında, bu iki idari eylem türünün de dava edilebileceği belirtilmiştir³⁵. Uyuşmazlık Mahkemesine göre de “idarenin plan ve projesine uygun olarak kanunla verilen kamu hizmetini ifa” ettiği sırada yaptığı eylemlerden kaynaklanan zararların tazmini için açılan davaların, idare hukuku kurallarına göre idari yargıda görülmesi gerekmektedir³⁶.

İdarenin, doğrudan doğruya yapılan yani idari işleme dayanmayan “idari nitelikteki eylemleri” iptal davasına konu olamayacağından, bunlardan doğan zararlar sadece tam yargı davasının konusunu oluşturur³⁷. Burada idari eylem kavramını mümkün olduğunca geniş yorumlamak gerekir, zira aksi halde idarenin zarar doğurucu bazı eylemlerinin yargı denetimi dışında kalması sonucu doğabilecektir³⁸.

Daha önce de belirtildiği üzere idari işlemler ile idari eylemlerin birbirinden ayrılması her zaman kolay olmamaktadır. Örneğin Danıştay 2010 tarihli bir kararında; emlak vergisi ödemek için belediyeye giden bir kişinin kimlik tespitinin yapılamaması veya güvenlik sebebiyle belediye binasına girmesine izin verilmemesi olayının idari işlem olduğunu belirterek, bahsi geçen olayın idari eylem olması sebebiyle iptal davasına konu olamayacağı yönündeki ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Aynı kararda;

“İdari işlemler; idari makam ve mercilerin, idari faaliyetlerin yürütülmesine yönelik olarak idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde, tek taraflı irade beyanıyla hukuk yaşamında/düzeninde etki ve sonuçlarını doğuran, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikteki tasarruflarıdır. İdari işlemlerde irade, hukuk yaşamında/düzeninde bir değişiklik yaratmaya yönelmiştir. Oysa idari

³³ Ayanoglu (2004), s. 110.

³⁴ C. Erkut (1990). *İptal davasının konusunu oluşturma bakımından idari işlemin kimliği*. Ankara: Danıştay Yayınları, s. 12.

³⁵ “Bir idari karar ve işlemle ilgisi olmayan idari fiilin, salt maddi tasarrufun zarara yol açması, dava konusu edilebileceği gibi; bir idari işlemin uygulanması için yapılan idari eylemden doğan zarar da dava edilebilir.” DİBGK 14.4.1973 T., 1972/2 E., 1973/10 K.

³⁶ Uyuşmazlık Mahkemesinin 13.6.1994 tarih ve 1994/5 Esas ve 1994/7 Karar sayılı kararı (RG: 1.7.1994, sayı 21977).

³⁷ Giritli vd. (2013), s. 1233.

³⁸ Çağlayan (2005), s. 24.

eylemler, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, bir başka ifade ile bir işlemin icrası niteliğinde bulunmayan, idarenin fizik alanında yapmış olduğu bir iş, hareket, ameliye ve çalışmalar ile hareketsiz kalması şeklinde tanımlanmaktadır. İdari işlemlerden farklı olarak idari eylemlerde irade, fiziki/maddi alanda değişiklik yapmaya yönelmiştir.³⁹»

denilerek idari işlem – idari eylem ayrımı belirginleştirilmeye çalışılmıştır.

Hukukumuzda idarenin haksız fiil teorisi ise, 1959 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararında belirtilen esaslara göre şekillenmiştir⁴⁰. İlgili kararda, idarenin yasal bir yetkisi olmadan aldığı kararlar ve bu kararların uygulanması eylemlerinin haksız fiil teşkil ettiği gibi, idarenin faaliyetinin malik olma sıfatına dayanması ve Medeni Kanun’un komşuluk haklarını ihlal etmesi eylemlerinin de özel hukuk eylemi olduğu ayrıca, idarenin eylemlerinin kanuni dayanağının bulunmamasından doğan hukuka aykırılığın eylemi haksız fiile dönüştürdüğü ifade edilmiştir⁴¹. 1993 tarihli bir Danıştay kararında da; idarenin bir kamu hukuku kuralına, yasa, tüzük, yönetmelik gibi bir kural işleme ya da bir idari işleme veya bir yargı kararına dayanmadan yaptığı haksız fiil niteliğindeki eylemlerinin idarilik karakteri taşımadıkları ve bu eylemlerden dolayı idarenin sıradan bir fert durumuna gelerek özel hukuka tabi olacağı ifade edilmiştir⁴². Fransız hukukunda da; aslında açıkça hukuka aykırı davranmış olan idareyi, idari yargı hakimine göre daha geniş yetkilere sahip olan adli yargı hakimi önüne çıkarma gayesi

³⁹ “Davacının kimlik tespitinin yapılamaması veya güvenlik ve benzeri bir sebeple belediye/kamu binasına alınmaması, bir başka ifadeyle davacının belediye binasına girmesine izin verilmemesi yolunda tesis edilen işlemin, bir idari işlem olduğu görülmektedir. Bu işlemin, idari makam ve mercilerin, idari faaliyetlerin yürütülmesine yönelik olarak idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde, tek taraflı irade beyanıyla hukuk yaşamında/düzeninde etki ve sonuçlarını doğuran, iptal davasına konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu hususunda bir duraksama bulunmamaktadır.” Danıştay 10. Dairesinin 20.10.2010 tarih ve 2007/4203 Esas ve 2010/8279 Karar sayılı kararından aktaran Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 359.

⁴⁰ Ayanoğlu (2004), s. 54.

⁴¹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 11.2.1959 tarih ve 1958/17 Esas ve 1959/15 Karar sayılı kararından aktaran Ayanoğlu (2004), s. 54.

⁴² “İdare, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kişilere verdiği zararları tazminle sorumlu olup, tazmini istenilen zararın idari eylem ve işlerden doğması halinde bu zararlar idari yargıda açılacak tam yargı davası ile istenebilir. İdari usul ve esaslar dışında idarece yapılan eylemler “haksız fiil” niteliğinde olup, idarilik karakteri, taşımayan bu eylemlerden dolayı ancak adli yargıda dava açılması mümkündür. İdarenin bir kamu hukuku kuralına, yasa, tüzük, yönetmelik gibi bir kural işleme veya bir idari işleme, ya da bir yargı yeri kararına dayanmadan hodbehot “haksız fiil” niteliğinde eylemde bulunması mahkeme içtihatları ve doktrinde “fiili yol” olarak nitelendirilmekte ve idarilik karakteri taşımayan bu eylemlerden dolayı idarenin alelade bir fert durumuna geleceği, sonuçta özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklara yol açılacağı kabul edilmektedir.” Danıştay 10. Dairesinin 23.11.1993 tarih ve 1992/3686 Esas ve 1993/4601 Karar sayılı kararından aktaran Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 361

güden ve başvuru sürelerinin de uzunluğu vesilesiyle yönetilenlerin haklarını korumayı amaçlayan fiili yol uygulamasının, pratikte tam istenen sonucu vermemesi sebebiyle terkedilme arzusu olduğu ifade edilmektedir⁴³. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki; 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi⁴⁴ ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin 2. fıkrası⁴⁵ gereğince; vücut bütünlüğünün kısmen ya da tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne sebep olan idari eylemler dolayısıyla açılacak tazminat davalarının da özel hukuka tabi olması gerekmektedir; fakat doktrinde de yoğun biçimde eleştirilen düzenlemelerden⁴⁶ HMK'nın 3. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından; yasa koyucunun, idari yargının görev alanına giren bir konuda adli yargıyı görevlendirme noktasında mutlak bir takdir yetkisi olmadığı, iki farklı yargı kolunda görülen davalarda farklı sonuçların çıkabileceği ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanının Anayasa ile belirlenmiş olduğu gerekçeleriyle iptal edilmiştir⁴⁷. Kanaatimizce hala yürürlükte ve içerik olarak HMK 3. madde ile aynı olan TBK 55/2 hükmü ancak somut norm denetimi ile AYM'nin önüne geldiğinde iptali mümkün olacaktır⁴⁸.

1.3. İdari İşlem – İdarenin İşlemleri Ayrımı

İdari işlem, her şeyden önce bir hukuki işlemdir⁴⁹. Hukuki işlem de hukuki sonuca yönelmiş bir irade beyanı olduğuna göre, idarenin hukuki sonuca yönelik irade

⁴³ G. Kaplan (2007). İdare hukukunun arkaik ve anakronik bir kurumu: “Fiili yol”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1 – 2), s. 914.

⁴⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.3: “Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır.”

⁴⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 55/2: “Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.”

⁴⁶ İlgili hükümlerin hem şekil hem de esas açısından eleştirileri için bkz. K. Gözler ve G. Kaplan (2011). İdari eylemlerden kaynaklanan zararlara ilişkin davalar adli yargının görev alanına sokulabilir mi?. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 6 (63), s. 36 – 41. Ayrıca bkz. M. M. Inceoğlu ve M. S. Paksoy (2013). Bedensel zararlarda ve ölüm halinde zararın belirlenmesi (TBK m. 55). *Journal of Yaşar University*, 8 (özel sayı), s. 1403 – 1407; T. Ayanoğlu (2012). İnsan zararlarına ilişkin tam yargı davalarını çözme görevini asliye hukuk mahkemelerine vermek reform mu yoksa fantezi mi?. *İstanbul Barosu Dergisi*, 86 (2), s. 71 – 81.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesinin 16.2.2012 tarih ve 2011/35 Esas ve 2012/23 Karar sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁴⁸ Bu tarz gelişmeler ise idari yargının görev alanının anayasal güvence altına alınması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Bkz. A. K. Ersöz (2012). İdare hukuku ve idari yargı alanında anayasa değişikliği ile ilgili bazı öneriler. *Ankara Barosu Dergisi*, 2, s. 399 - 400.

⁴⁹ Erkut (1990), s. 9.

beyanlarına idari işlem denileceği düşünülebilir. Oysaki bu şekilde yapılan tanım bir çok yönden eksiklikler içermektedir. İlk olarak idarenin her işlemi idari işlem değildir, ikinci olarak da bazı hallerde özel hukuk kişilerinin de idari işlem yapabilmeleri mümkündür. İdari işlemlerin, idarenin diğer işlemlerinden ve özel hukuk kişilerinin işlemlerinden ayrılması ise idare hukukuna tabi olma ve doğacak uyuşmazlıklarda idari yargıda bakılma noktalarında önem arz etmektedir⁵⁰. Söz konusu ayrımı ortaya koyabilmek için maddi kriter, organik kriter ve fonksiyonel kriter görüşleri ileri sürülmüştür⁵¹.

Léon Duguit'nin savunmuş olduğu maddi kritere göre; işlemler bunları yapan makamlara bakılmaksızın, içeriklerine yani maddi mahiyetlerine göre birbirlerinden ayrılırlar⁵². Bir başka ifade ile burada işlemin doğuracağı hukuki sonuca bakılmaktadır⁵³. Dolayısıyla içerikleri genel, sürekli, objektif, soyut ve kişilik dışı işlemler “kural işlemler”i, içerikleri bireysel ve somut olan işlemler “birel işlemler”i, devletin kendisine sunulan bir hukuki sorunu çözdüğü işlemler ise “yargı işlemleri”ni oluşturur⁵⁴. Maddi ayırım yanlıları, sadece birel işlemlerin idari olduklarını ileri sürerler⁵⁵. Hemen fark edilebileceği üzere maddi kritere pozitif hukuk açısından bir çok eleştiri getirilmesi mümkündür. Şöyle ki; tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemler maddi açıdan kural işlem olmalarına rağmen, yasama işlemi değil idari işlem; Mustafa Kemal'e, Atatürk soyadının verilmesi için çıkarılan kanun⁵⁶ maddi açıdan birel işlem olmasına rağmen yasama işlemi; bir memura disiplin cezası verilmesi ise maddi açıdan yargı işlemi olmasına rağmen, idari işlem olarak kabul görmektedir⁵⁷.

Organik kritere göre yapılan ayırmada ise maddi kriterin aksine işlemin içeriğine değil, işlemin meydana gelmesinde rol oynayan iradeyi açıklayan organa bakılmaktadır.

⁵⁰ Kalabalık (2014), s. 317.

⁵¹ Bu kriterlerin daha detaylı açıklamaları için “idari fonksiyon” ya da “idare kavramı” konularına bakılabilir. Örneğin bkz. Günday (2011), s. 10 – 13; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 18 – 27; Giritli vd. (2013), s. 7 – 17; Gözler (2009), s. 27 – 44.

⁵² Gözler (2009), s. 618.

⁵³ Yıldırım (2014), s 54; Giritli vd. (2013), s. 1249.

⁵⁴ Gözler (2009), s. 618 – 619.

⁵⁵ Giritli vd. (2013), s. 1249.

⁵⁶ 24 Kasım 1934 tarih ve 2865 sayılı kanun. Antep İline Gazi Unvanının Verilmesine Dair Kanun ya da Anka Ajansı Muhabirlerinden Şehit Adem Yavuz'un Annesine Vatani Hizmet Tertibinde Aylık Bağlanması Hakkında Kanun bu tarz kanunlara örnek olarak gösterilebilir. Bkz. İ. H. Özay (2002). *Günüşğinde yönetim*. İstanbul: Alfa, s. 346.

⁵⁷ Gözler (2009), s. 619.

Dolayısıyla idari işlemlerin tanımlanmasında organik kriterin benimsenmesinin sonucu, Anayasa'nın idare ya da yürütme organı olarak belirttiği organların işlemlerinin idari işlem olarak kabul edilmesidir⁵⁸. Bu kabul de idare organı dışındaki hukuk sùjelerinin idari işlem yapamayacakları ve aynı zamanda idare organının tüm işlemlerinin idari işlem olacağı yargısına varılmasına sebep olur; ki pozitif hukuk açısından böyle bir yargı yerinde olmayacaktır. Şöyle ki; ilk olarak özel hukuk kişilerinin de idari işlem tesis edebileceği öğretiler ve içtihatlarla kabul edilmektedir⁵⁹. Örneğin; özel hukuk hükümlerine tabi olan Türkiye Futbol Federasyonu'nun yapmış olduğu işlem⁶⁰, bir özel hukuk tüzel kişisi olan Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı'nın işlemi⁶¹ ya da aynı şekilde Dernekler Kanunu'na tabi olan Türkiye Jokeyler Kulübü'nün işlemi⁶² idari işlem olarak kabul edilmiştir⁶³. İkinci olarak, idare organının tüm işlemlerinin idari işlem oldukları da söylenemez. İdarenin özel hukuk alanındaki işlemlerinin tespiti için sağlam bir kriter bulmak olanaksız⁶⁴ olsa da, idarenin kamu gücü kullanmadığı, tüzel kişiliğinden kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak yapmış olduğu işlemler idari işlem olarak kabul edilmez⁶⁵. Örneğin idarenin özel hukuk sözleşmeleri⁶⁶, özel mallarının işletilmesine ilişkin işlemleri⁶⁷ ve kamu iktisadi teşebbüslerinin üçüncü kişilerle yapmış oldukları işlemler⁶⁸ özel hukuk işlemleridir. Özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki

⁵⁸ Giritli vd. (2013), s. 1236. Organik kriterle göre yapılan ayırım bir yandan en kolay olmakla birlikte en az yeterli olandır. Bkz. Özay (2002), s. 337.

⁵⁹ Yayla (2010), s. 114.

⁶⁰ Gözübüyük ve Tan (2014a), s.365. Doktrinde Türkiye Futbol Federasyonu'nun hukuki statüsü konusunda farklı görüşler mevcuttur. Spor federasyonlarının hukuki niteliği hakkında bkz. M. Avcı (2012). Spor federasyonlarının hukuki niteliği, idari teşkilat içindeki konumu ve bağımsızlığı sorunu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXX (2)*, s. 3 – 20. Ayrıca bkz. A. Akyıldız (2013). Sporun hukuku ve yargısı. *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı*. Ankara: Mattek Matbaacılık, s. 61 – 116.

⁶¹ Akyılmaz vd. (2015), s. 381; Giritli vd. (2013), s. 1248.

⁶² Gözler (2009), s. 659. Yazar Fransa'da da özel hukuk tüzel kişilerinin yaptığı işlemlerde kamu gücü ayrıcalığı bulunması durumunda idari işlem olarak kabul edildiklerini belirtmiştir.

⁶³ Danıştay da 2009 tarihli bir kararında "... idare işleviyle ilgili kamu yetki ve usullerini kullanmakla yetkili olduğu özel yasal düzenlemeyle istisnai olarak kabul edilen özel hukuk tüzel kişilerinin, tek taraflı irade beyanlarıyla hukuki sonuç doğuran, doğrudan uygulanabilir nitelikli işlemlerinin de, idari işlem niteliği taşıdığı kabulü gerekir." diyerek özel hukuk kişilerinin de idari işlem tesis edebileceklerini ifade etmiştir. Danıştay 10. Dairesinin 16.12.2009 tarih ve 2009/5590 Esas ve 2009/10533 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016) Örneğin özel okulların öğrencileri hakkında yaptıkları kayıt, sınav, not, disiplin gibi işlemler de idari işlem olarak kabul edilmektedir. S. Güran (2003). İdari işlem ve idari yargının kuruluş ve işleyişine ilişkin temel esaslar. *İstanbul Barosu Dergisi*, 77 (1), s. 8.

⁶⁴ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 364.

⁶⁵ Günday (2011), s. 121.

⁶⁶ Günday (2011), s. 121; Gözler (2009), s. 657.

⁶⁷ E. Memiş (2014): *Genel idare hukuku notları*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 203; Gözler (2009), s. 656.

⁶⁸ Gözler (2009), s. 657; Giritli vd. (2013), s. 1246.

geçişlerin en sık görüldüğü alan ise ekonomidir⁶⁹. Üçüncü olarak yasama ve yargı organlarının da idari işlemler yapabildikleri görülmektedir. TBMM’de çalışan personelin hakkında yapılan işlemler⁷⁰, yargı organlarında çalışan personele ilişkin işlemler⁷¹ ya da yargı organlarının iç düzenine ilişkin işlemler⁷² idare organından çıkmamalarına rağmen idari işlem olarak kabul edilmektedirler⁷³. Danıştay da 2010 tarihli bir kararında TBMM Başkanlığı’na verilen bir soru önergesinin cevaplanması nedeniyle kişi hakkında TBMM tutanaklarına geçen beyanların TBMM internet sitesinde yayınlanmasını bir idari işlem olarak değerlendirmiştir⁷⁴.

Bu açıklamalar ışığında idari işlemin sınırlarının çizilmesinde maddi kriterin de organik kriterin de tek başına yeterli olmadığını söyleyebiliriz. Bahsi geçen problemin çözümü için organik kriterin tanımı “işlemleri yapan organ ve bu işlemlerin yapılış şekillerine göre tasnif⁷⁵” şeklinde yorumlanmaktadır. Benzer şekilde, daha önce belirtmiş olduğumuz organik kriterin yetersiz kaldığı haller için işlemin içeriğine bakılması, yani maddi kriterden faydalanılması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁷⁶. Bir işlemin içeriği açısından idari işlem olup olmadığı noktasında ise, idari fonksiyona dahil olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Zira GÜNDAY’a göre; idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan kamu hukuku işlemlerine idari işlem denmektedir⁷⁷. Anayasa Mahkemesi de 1976 tarihli bir kararında idari işlemin tanımını yaparken idari

⁶⁹ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 364.

⁷⁰ Gözler (2009), s. 624; Günday (2011), s. 14; Giritli vd. (2013), s. 1255. Danıştay da TBMM’de çalışan personelle ilgili TBMM Başkanlığı’nın yapmış olduğu işlemlerin fonksiyonel açıdan idari nitelik taşıdığını ifade etmiştir. Danıştay 5. Dairesinin 16.12.1987 tarih ve 1987/2379 Esas ve 1987/1785 Karar sayılı kararı. Bkz. Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 363. Danıştay’ın eski içtihatlarında yasama meclisleri başkanlarının almış oldukları idari kararlara bakmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Gözübüyük (2012), s. 153.

⁷¹ Günday (2011), s. 15.

⁷² Gözler (2009), s. 631; Giritli vd. (2013), s. 1256.

⁷³ Bu işlemler hakkında detaylı bilgi için bkz. Gözler (2009), s. 626 – 641. Anayasa mahkemesi de aslında klasik bir idari işlem olan atama işleminin kanun ile yapılmasını hak arama özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Söz konusu kararın gerekçesinde kuvvetler ayrılığı ilkesine değinilmediği için eleştirilmektedir. Bahsi geçen karar ve eleştirisi için bkz. H. A. Çıtak ve M. Erdoğan (2012). Yasama tekniğinde yeni bir eğilim: Kanun formunda bireysel idari işlemler. *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, s. 256 – 275.

⁷⁴ Danıştay 10. Dairesinin 20.7.2010 tarih ve 2007/7981 Esas ve 2010/6186 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

⁷⁵ Gözler (2009), s. 620.

⁷⁶ Giritli vd. (2013), s. 1256.

⁷⁷ Günday (2011), s. 121. Gözübüyük ve Tan da yargı organlarının bazı kararlarında organik ve maddi ölçütlerin birlikte ve eşit güçte kullanıldığını, başka bazı kararlarında ise idare işlevinin belirleyici ölçüt olarak kullanıldığını ifade etmişlerdir. Bkz. Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 363.

faaliyete ilişkin olması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁸. Bir işlemin kamu hukuku işlemi olarak kabul edilmesinde ise kamu gücü kullanılıp kullanılmadığına bakılmaktadır⁷⁹. Kamu gücü ölçütü, idari yargının görev alanının belirlenmesinde de kullanılmaktadır⁸⁰.

1.4. Tek Yanlı İdari İşlem – İki Yanlı İdari İşlem Ayrımı

Hukuki işlemler, oluşumu için gerekli irade beyanının sayısı bakımından, tek taraflı hukuki işlemler ile iki ve çok taraflı hukuki işlemler olmak üzere ikiye ayrılırlar⁸¹. Bu ayrımın idare hukukuna yansımaları da idari işlemlerin aynı şekilde tek yanlı idari işlemler ve iki yanlı⁸² idari işlemler olarak ayrılıp incelenmesi sonucunu doğurur. İlgilisinin rıza ve muvafakatine bağlı olmaksızın, idarenin tek yanlı olarak açıkladığı iradesiyle yapılan işlemlere tek yanlı idari işlemler denmektedir⁸³. İdari işlemlerin büyük çoğunluğunu tek yanlı işlemler oluşturmaktadır⁸⁴. Burada idari işlemin tek yanlı olmasından anlaşılması gereken; işlemin karşı tarafı ilgilendirmemesi değil, kendisinden beklenen hukuki sonucu doğurabilmesi için idarenin irade beyanı dışında bir kabul beyanına ihtiyaç duyulmamasıdır⁸⁵. İlgilisinin talebi üzerine yapılan işlemlerde (örneğin ruhsat verilmesi gibi) de tek yanlılık söz konusudur, zira burada karşılıklı iradelerin uyuşmasından ziyade; idareyi harekete geçirme iradesinin oluşumunda ona fikir verme

⁷⁸ “Bir tasarruf veya kararın idari işlem sayılabilmesi için, o tasarruf veya kararın bir kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir. Başka bir deyimle bir kamu kurumunun kamu hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili kararları idari nitelik taşıyan kararlardır.” Anayasa Mahkemesinin 25.5.1976 tarih ve 1976/1 Esas ve 1976/28 Karar sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (Erişim tarihi: 26.01.2016). Benzer şekilde Danıştay da 2009 tarihli bir kararında “Zira bir işlemin idari işlem olup olmadığı konusunda asıl ayırt edici unsur işlemin idare işleviyle ilgili bir alanda, kamusal yetki ve usuller kullanılarak yapılması, başka bir deyişle idare hukukunun ilke ve kurallarına tabi olmasıdır.” diyerek idari fonksiyonun önemine vurgu yapmıştır. D. 10. D. 16.12.2009 T., 2009/5590 E., 2009/10533 K.

⁷⁹ Çağlayan (2015), s. 420; A. E. Akyazan (2009). Maddi açıdan idari işlemler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 85, s. 220; Günday (2011), s. 121; Gözler (2009), s. 660. Akyılmaz vd. de idari işlemin ayırt edici özelliğinin kamu gücü kullanımı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Akyılmaz vd. (2015), s. 380.

⁸⁰ R. Çağlayan (2013). *İdari yargılama hukuku*. Ankara: Seçkin, s. 90 – 92.

⁸¹ Öztan (2007), s. 89.

⁸² Doktrinde çok yanlı işlem kavramını kullananlar da vardır. Bkz. Akyılmaz vd. (2015), s. 385; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 352; Erkut (1990), s. 20.

⁸³ Günday (2011), s. 122. “Öte yandan, mükellefiyet tesisine ilişkin işlem, idarenin tek taraflı iradesiyle tesis edilen tek yanlı bir idari işlem niteliğinde olup...” Danıştay 4. Dairesinin 11.6.2014 tarih ve 2014/1303 Esas ve 2014/4385 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁸⁴ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 352; Günday (2011), s. 122.

⁸⁵ Gözler (2009), s. 665.

söz konusudur⁸⁶. Yine belirtmek gerekir ki, tek yanlı idari işlemlerde “tek” olan şey açıklanan irade sayısı değil yönüdür⁸⁷. Örneğin kurul kararlarında ve müşterek kararlarda⁸⁸ ya da zincir işlem de denen birleşme işlemlerde⁸⁹, açıklanan irade sayısı birden fazla olmasına rağmen tek yanlı işlem olarak kabul edilirler. Son olarak belirtmek gerekir ki yıllar geçtikçe tek yanlılık anlayışı yumuşamakta ve tipik tek yanlı işlem olan düzenleyici işlemlerin hazırlanmasında ilgililerinin veya temsilcilerinin katılması imkanı sunulmaktadır⁹⁰.

İdare ile ilgisinin karşılıklı olarak açıkladıkları iradelerin uyuşumu sonucu oluşan işlemlere ise iki yanlı idari işlemler adı verilmektedir⁹¹. İki yanlı idari işlemlerde aynı yönde değil, karşılıklı iki irade beyanı bulunmaktadır⁹². İki yanlı idari işlemlere idari sözleşmeler denmektedir⁹³. İdarenin yapmış olduğu sözleşmelerde çoğu zaman sözleşmenin içeriği idare tarafından tek taraflı olarak belirlendiği ve idareye sözleşmeyi sona erdirmeye, uygulanma koşullarını değiştirme gibi tek yanlı yetkiler verildiği için burada da tam olarak iki yanlılığın gerçekleşmediği ifade edilmektedir⁹⁴.

1.5. Bireysel İdari İşlem – Düzenleyici İdari İşlem Ayrımı

Tek yanlı idari işlemler kendi içerisinde bireysel idari işlemler ve düzenleyici idari işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrımın temelinde idarenin kural koyması ve bu kuralları uygulaması farklılığı yatar⁹⁵. Bireysel idari işlemlere birel işlem⁹⁶ ya da idari

⁸⁶ O. Karahanoğulları (2012). *İdarenin hukukla kavranması: yasallık ve idari işlemler*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 145; Akyılmaz vd. (2015), s. 385. İlgilisinin işleme kısmen de olsa katılımını ifade eden mutabakatın hukuki nitelendirmesi ister işlemin şartı olarak görülsün, isterse de işlemin usuli aşaması olarak görülsün, işlemi tek yanlı olmaktan çıkarmaz. Bkz. M. Sezginer (2000). *İptal davasının uygulama alanı bakımından ayrılabilir işlem kuramı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 38 – 40.

⁸⁷ Memiş (2014), s. 207; Gözler (2009), s. 665.

⁸⁸ Gözler (2009), s. 665.

⁸⁹ Birbirinden ayrı, fakat birbirini tamamlayan ve sonradan birleşerek, hukuk düzeninde tek bir işlem olarak görünen işlemlere birleşme işlem denmektedir. Bkz. Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 353.

⁹⁰ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 353

⁹¹ Günday (2011), s. 122.

⁹² Gözler (2009), s. 665.

⁹³ Yıldırım vd. (2012), s. 592; Günday (2011), s. 122; Gözler (2009), s. 665. Gözübüyük ve Tan ise idarenin yaptığı iki yanlı işlemlerin en belirgin örneğinin idari sözleşmeler olduğunu ifade ederler. Bkz. Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 352.

⁹⁴ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 353.

⁹⁵ Karahanoğulları (2012), s. 141.

⁹⁶ Yıldırım ve Avcı (2015), s. 157; Akyılmaz vd. (2015), s. 397; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 354; Sancakdar (2012), s. 349. Özay idare hukuku işlemlerinin sadece insanlara ilişkin olmamaları sebebiyle birel kavramının kullanımının daha yerinde olacağını ifade etmektedir. Bkz. Özay (2002), s. 357.

karar⁹⁷ da denilmektedir. Düzenleyici işlemler yerine ise, genel işlem veya kural işlem kavramları da kullanılmaktadır⁹⁸.

Belli kişi ve durumlara ilişkin olan işlemlere bireysel idari işlemler adı verilir⁹⁹. Bir başka ifade ile bireysel işlemler özel bir duruma¹⁰⁰ ve ismen belirlenen bir veya birden çok kişiye ilişkindir¹⁰¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus işlemin muhataplarının sayısı değil, ismen belirlenmiş olup olmadığıdır¹⁰².

Genel ve soyut hukuk kuralları koyan, belli kişi ve durumlara ilişkin olmayan idari işlemlere ise düzenleyici idari işlemler denmektedir¹⁰³. Bu işlemler, hukuk düzenine yeni kural getirir, olan bir kuralı değiştirir ya da kaldırır ve bir kez uygulanmakla tükenmezler¹⁰⁴. İçerik bakımından kanunlara benzerler¹⁰⁵. Doktrinde ve içtihatlarda, idarenin düzenleme yetkisini kullanmak suretiyle yapabileceği işlemlerin neler olduğu hususunda bir netlik bulunmamakla beraber¹⁰⁶ genel olarak, düzenleyici işlemler başlığı altında tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerden bahsedilmektedir¹⁰⁷. Tüzükler ve yönetmelikler Anayasa’da düzenlenmiş olmasına rağmen¹⁰⁸, idarenin diğer düzenleyici işlemlerinin¹⁰⁹ Anayasa’da ya da başka bir kanunda tek tek sayılmaması

⁹⁷ Gözler (2009), s. 666; Günday (2011), s. 123.

⁹⁸ Yayla (2010), s. 114; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 354. Kuralkoyucu işlem kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Y. Ş. Atay (2011). *Türk hukukunda adsız düzenleyici işlemler*. Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, s. 12; Karahanoğulları (2012), s. 155.

⁹⁹ Günday (2011), s. 123.

¹⁰⁰ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 354.

¹⁰¹ Gözler (2009), s. 666.

¹⁰² Akyılmaz vd. (2015), s. 395; Gözler (2009), s. 666.

¹⁰³ Yayla (2010), s. 114; Günday (2011), s. 122.

¹⁰⁴ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 354.

¹⁰⁵ Gözler (2009), s. 666.

¹⁰⁶ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 108.

¹⁰⁷ Günday (2011), s. 110; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 108 – 134. Sayılanlar dışında cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de bir düzenleyici işlem türü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Yıldırım vd. (2012), s. 601; Giritli vd. (2013), s. 237. Gözler olağan dönem ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini de düzenleyici işlemler başlığı altında incelemektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 1176 – 1237.

¹⁰⁸ 1982 Anayasası m. 115/1: “Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay’ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.”

1982 Anayasası m. 124/1: “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.”

¹⁰⁹ İdarenin adsız düzenleyici işlemleri hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Y. Ş. Atay (2011). Doktrinde 1961 Anayasası döneminde yürütme organının tüzük ve yönetmelik dışında düzenleyici işlem yapamayacağına dair görüşler olduğu belirtilmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 1262, 282 nolu dipnot. Karahanoğulları, kamu tüzel kişileri dışındaki birimlerin düzenleyici işlem yapabilmesini Anayasa’nın 6. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. Karahanoğulları (2012), s. 162. İdarenin

sebebiyle bunlara adsız düzenleyici işlemler¹¹⁰ ya da öbür düzenleyici işlemler¹¹¹ denilmektedir¹¹².

Doktrinde bireysel ve düzenleyici idari işlemler dışında bir üçüncü işlem türü daha olduğu ifade edilmektedir. Bu işlemlere düzenleyici olmayan işlemler, özel işlemler, somut olay işlemleri, ortalama işlemler, ara işlemler ya da türü kendine özgü işlemler denmektedir¹¹³. İdarenin; yarışma sınavı açıldığını ve sınav tarihlerini bildiren kararı, kamu yararı kararı ya da bir yerin sit alanı ilan edilmesi kararı gibi, genel nitelik taşımasına rağmen düzenleyici işlem özelliği göstermeyen, yani özel bir duruma ilişkin kararları bu işlemlere örnek olarak gösterilmektedir¹¹⁴. Bu işlemler kural koydukları için düzenleyici işlemlere, fakat koydukları kural sadece somut bir duruma veya özel bir muameleye ilişkin olduğu için de bireysel işlemlere benzerler¹¹⁵. Alman İdari Usul Kanunu'nun 35. maddesinde “ortak özellikleri tanımlanmış ya da tanımlanabilir bir

düzenleme yetkisinin kapsamı hakkında detaylı bir çalışma için bkz. K. B. Öztürk (2009). *Fransız ve Türk hukukunda idarenin düzenleme yetkisinin kapsamı*. Ankara: Yetkin Yayınları.

¹¹⁰ Gözler (2009), s. 1260. Atay ise adsız düzenleyici işlemler kavramını kullanmakla beraber, “ikincil kural işlemler” adlandırmasının kullanılmasını önermektedir. Bkz. Y. Ş. Atay (2011), s. 152 – 156. Sevgili Gençay ise uygulayıcı kurallar ifadesinin tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. F. D. Sevgili Gençay (2014). Adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yeri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63 (2), s. 415.

¹¹¹ Yayla (2010), s. 155; Giritli vd. (2013), s. 233.

¹¹² Kararname, tebliğ, genel tebliğ, sirküler, izahatname, genelge, genel esaslar, emir, genel emir, tenbihname, duyuru, ilan, talimatname, karar bildirisi, statü, anastatü, program, muhtıra, form, açıklama, çalışma planı, yönerge, karar esaslar, tarife, ilke kararları ve belirlemeler gibi düzenleyici işlemler örnek olarak sayılabilir. Doktrinde bu işlemlerin adları ne olursa olsun, yönetmelik olarak kabul edilmesi gerektiği ve ancak yeni kurallar koymaları ve Resmi Gazetede yayınlanmaları şartıyla üçüncü kişiler için bağlayıcı hale gelebilecekleri ifade edilmiştir. Bkz. Giritli vd. (2013), s. 235. Benzer şekilde Gözler bu işlemlerin yönetmeliklerin hukuki rejimine tabi olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 1265 – 1266. Aynı yönde görüş için bkz. Özay (2002), s. 350. Fakat bu işlemlerin tüzük ya da yönetmelikten hangisinin öğelerini taşıyorsa onun hukuki rejimine tabi olması gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur. Bkz. Duran (1982), s. 472 – 473. Bir başka görüş ise bu işlemlerin normlar hiyerarşisinde tüzük ve yönetmeliklerin altında bulduklarını ileri sürmektedir. Bkz. Akyılmaz vd. (2015), s. 78; Karahanoğulları (2012), s. 174; Sevgili Gençay (2014), s. 415. Danıştay da bu tür düzenleyici işlemlerin hangi düzenleyici işlemin uygulanmasını sağlamak üzere yapılmışlarsa o çerçevede kural koyabileceklerini ifade etmiştir. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 10.10.1986 tarih ve 1986/11 Esas ve 1986/44 Karar sayılı kararından aktaran Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 126. Ayrıca adsız düzenleyici işlemlerin hiyerarşi düzeni hakkında bkz. Y. Ş. Atay (2011), s. 143 – 152; Sevgili Gençay (2014).

¹¹³ Gözler (2009), s. 669.

¹¹⁴ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 354. Daha fazla örnek için bkz. Gözler (2009), s. 670 – 672.

¹¹⁵ Bu işlemlerin bireysel idari işlemlerin mi yoksa düzenleyici idari işlemlerin mi hukuki rejimine tabi olacağı noktası ise net değildir. Bkz. Gözler (2009), s. 672.

grup insana yöneltilen ya da bir şeyin kamusal niteliği ile ya da o şeyin kamuca kullanılması ile ilgili bir idari işlem” şeklinde tanımlanmıştır¹¹⁶.

Bir idari işlemin düzenleyici idari işlem mi yoksa bireysel idari işlem mi olduğunun tespiti fevkalade önem arz etmektedir. Örneğin; bireysel idari işlemler tebliğ ile yürürlüğe girerken, düzenleyici idari işlemler yayın veya ilan ile yürürlüğe girerler, bireysel işlemlerin kaldırılması ve geri alınması bazı koşullara tabi iken düzenleyici işlemler her zaman geri alınıp kaldırılabilirler, bazı makamların bireysel işlemlerine karşı idare mahkemesinde dava açılırken aynı makamların düzenleyici işlemlerine karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da dava açılır, bireysel işlemlere karşı dava süresi sınırlandırıldığı halde düzenleyici işlemlere karşı hem yayından itibaren hem de uygulama işleminden itibaren dava açılabilir¹¹⁷.

2. İdari İşlemin Özellikleri

İdari işlemler, özellikleri¹¹⁸ itibarıyla özel hukuk işlemlerinden bir takım farklılıklar göstermektedirler. Bunların arasında bir neden sonuç ilişkisi olduğu söylenebilir ve hepsinin temelinde kamu yararı düşüncesi yatmaktadır. Bu farklılıklar doktrinde genel olarak tek yanlılık ve icrailik, re’sen icra edilebilirlik ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanma başlıkları altında incelenmektedir¹¹⁹.

2.1. Tek Yanlılık ve İcraailik

İdari işlemlerin tek yanlı – iki yanlı işlem ayrımında da bahsedildiği üzere, idari işlemlerin büyük çoğunluğunu tek yanlı işlemler oluşturmaktadır. Özel hukukta geçerli olan irade serbestisi ve eşitlik ilkelerinin aksine, idari işlemler ilgilinin rıza ve

¹¹⁶ Akyazan (2009), s. 234 – 238.

¹¹⁷ Güran (2003), s. 9 -13; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 355; Gözler (2009), s. 668; Giritli vd. (2013), s. 1250.

¹¹⁸ Esasında bu özellikleri iki yanlı idari işlemlerin değil, tek yanlı idari işlemlerin özellikleridir; fakat doktrinde idari işlemlerin özellikleri şeklinde kullanılmaktadır. Bkz. Gözler (2009), s. 672. Bazı yazarlar ise idari kararların (bireysel idari işlemler) özellikleri olarak incelemektedirler. Bkz. Günday (2011), s. 123; Giritli vd. (2013), s. 1278.

¹¹⁹ Çağlayan idari işlemlerin mutlaka bir sebebe bağlı olarak yapılmasını zorunluğunu bir özellik olarak kabul etmektedir. Bkz. Çağlayan (2015), s. 423. Günday bunlara ek olarak yargısal denetime tabi olmayı da idari işlemlerin özellikleri arasında saymaktadır. Bkz. Günday (2011), s. 126. Akyılmaz da sayılanlara ek olarak idari makamlarca yapılma, hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir düzenleme olma ve kamu gücü kullanımını da özellik olarak değerlendirmektedir. Bkz. Akyılmaz vd. (2015), s. 380 – 385. Gözler ise “İcrai karar aslında tek yanlı idari işlem demekten başka bir şey değildir.” diyerek tek yanlılığı ayrı bir özellik olarak incelememektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 673.

muvafakatine bağlı olmaksızın, idarenin tek yanlı olarak açıkladığı iradesi ile yapılırlar¹²⁰. Yani idare hukukunda taraflar arasında eşitsizlik vardır; idarenin çıkarı bireyin çıkarından üstün tutulmaktadır¹²¹. Tek yanlı işlem – iki yanlı işlem başlığında da açıklandığı üzere tek yanlılıktan, açıklanan irade sayısının tekliği ya da işlemin karşı tarafı ilgilendirmemesi gibi anlamlar çıkarılmamalıdır.

İcrailik¹²² de benzer şekilde; idari işlemlerin ilgililerin rızası ya da muvafakati olmasa bile, idarenin tek yanlı irade açıklaması ile ilgilileri üzerinde yeni hukuki durumlar yaratması, mevcut hukuki durumları değiştirmesi ya da ortadan kaldırması şeklinde tanımlanmaktadır¹²³. Doktrinde de idari işlemin icrailiği ile tek yanlılığının aynı anlama geldiği ifade edilmiş¹²⁴, idarenin tek yanlı işlemlerine icrai karar, hukuksal durumu etkileyici karar veya etkili işlem denileceği belirtilmiştir¹²⁵. Benzer şekilde icrailiği ifade etmek için; idari karar, icrai işlem ve kesin karar terimleri de kullanılmaktadır¹²⁶. İdareye ilgisinin rızası olmadan hukuki durumunu etkileme gibi güçlü bir yetki¹²⁷ tanıyan icrailik özelliğinin altında, idari işlemlerin kamu yararı amacına yönelik olması ve idari işlem tesis edilirken kamu gücüne dayanılması yatmaktadır¹²⁸.

Danıştay’ın ifadesi ile “hukuk düzeninde asıl olan idari işlemin icrailiği”¹²⁹ olmakla birlikte tek yanlı idari işlemlerin hepsi icrai nitelikte değildir. Bir işlemin icrai olup olmadığının tespiti ise sadece teorik açıdan değil pratik açıdan da önem arz etmektedir¹³⁰. Şöyle ki 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 14. maddesi¹³¹

¹²⁰ Gözler (2009), s. 665.

¹²¹ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 367.

¹²² Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. D. Yılmaz (2014). *İdari işlemin icrailik özelliği*. Ankara: Astana Yayınları; M. Kağıtçıoğlu (2012). İdari işlemin icrailiği. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (103), 267 – 284.

¹²³ Günday (2011), s. 124. İdari işlemin, sürekli üzerinde tartışılan ve farklı değerlendirmeler yapılan, bu sebeple de en çetrefilli özelliğinin icrailik olduğu ifade edilmektedir. M. Coşgun (2008). *İptal davasında kesin ve yürütülebilir işlem kavramı*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi, s. 24.

¹²⁴ Gözler (2009), s. 673.

¹²⁵ Giritli vd. (2013), s. 1278.

¹²⁶ Kağıtçıoğlu (2012), s. 268.

¹²⁷ “Bu yetki kamu hizmetlerini yürütebilmesi için idare tanınan ayrıcalıkların en önemlisidir.” Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 369.

¹²⁸ Memiş (2014), s. 222; Günday (2011), s. 124; Gözler (2009), s. 674.

¹²⁹ “Zira hukuk düzeninde asıl olan idari işlemin icrailiğidir.” Danıştay 7. Dairesinin 23.10.2002 tarih ve 2000/4274 Esas ve 2002/3384 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

¹³⁰ Gözler (2009), s. 675; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 370.

gereğince bir idari işlemin idari davaya konu olabilmesi için kesin¹³² ve yürütülebilir bir işlem olması gerekmektedir. İcrai olmayan işlemlere bu sebeple iptal davası açılması mümkün değildir. Danıştay da birçok kararında bu hususu ortaya koymuştur¹³³. Doktrinde hazırlık işlemleri¹³⁴, idarenin kendi kuruluş ve işleyişini düzenlediği iç düzen işlemleri¹³⁵, idarenin belli konu veya sorunlara ilişkin düşünce, niyet ve tasarılarını açıklayıcı nitelikteki işlemleri¹³⁶ ve teyit edici işlemler¹³⁷ icrai nitelik taşımayan idari işlemler olarak sayılmaktadır¹³⁸.

2.2. Re'sen İcra Edilebilirlik

İdarenin bazı idari işlemleri başka bir aracıya gerek kalmadan kendisinin uygulayabilmesine re'sen icra denir¹³⁹. İcra ile re'sen icra edilebilirlik birbirinden farklı kavramlardır. Şöyle ki; alınmış olan bir icrai karar ilgilinin hukuki durumunda bir yenilik veya değişiklik meydana getirir fakat bu yenilik ve değişiklik henüz hukuk alanında doğmuştur, hukuk alanında doğan bu yenilik ya da değişikliğin maddi alanda idare tarafından gerçekleştirilmesi ise re'sen icrası anlamına gelmektedir¹⁴⁰. Yani

¹³¹ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 14/3: “Dilekçeler, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından:

- a) Görev ve yetki,
 - b) İdari merci tecavüzü,
 - c) Ehliyet,
 - d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,
 - e) Süre aşımı,
 - f) Husumet,
 - g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları,
- Yönlerinden sırasıyla incelenir.”

¹³² Kesin işlem ile icrai işlem kavramlarının aynı olmadığı yönündeki görüş için bkz. Kağıtçıoğlu (2012), s. 274 – 275.

¹³³ Örneğin bkz. Danıştay 3. Dairesinin 27.2.2014 tarih ve 2011/4416 Esas ve 2014/849 Karar sayılı kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016); Danıştay 11. Dairesinin 11.10.2011 tarih ve 2011/6087 Esas ve 2011/4902 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

¹³⁴ Günday (2011), s. 124; Giritli vd. (2013), s. 1279. Hazırlık işlemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Gözler (2009), s. 704 – 714; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 375 – 378; Akyılmaz vd. (2015), s. 387 – 390.

¹³⁵ Günday (2011), s. 124; Giritli vd. (2013), s. 1279. İç düzen işlemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Gözler (2009), s. 716 – 735; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 370 – 372, Akyılmaz vd. (2015), s. 393 – 394.

¹³⁶ Günday (2011), s. 124; Giritli vd. (2013), s. 1279; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 510. Gözler hazırlık işlemleri, iç düzen işlemleri ve teyit edici işlemler dışındaki icrai olmayan işlemleri “enformel idari işlemler” başlığı altında incelemektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 735 – 740.

¹³⁷ Gözler (2009), s. 714 – 716.

¹³⁸ Ayrıca bkz. Yılmaz (2014), s. 65 – 71; Erkut (1990), s. 133 – 149.

¹³⁹ Memiş (2014), s. 223; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 368.

¹⁴⁰ Günday (2011), s. 124 – 125.

icrailik kararın oluşmasına ilişkinen, re'sen icra ise kararın uygulanmasına ilişkindir¹⁴¹. Örneğin bir üniversite öğrencisine verilen uzaklaştırma cezası icrailik özelliği gereğince öğrencinin rızası ya da muvafakati olmadan hukuk aleminde sonuç doğurur. Güvenlik görevlileri tarafından bu öğrencinin okula alınmaması ise uzaklaştırma cezasının re'sen icrasıdır. İlgilisine bir yarar sağlayan ruhsat gibi idari işlemlerin doğurduğu hukuki sonuç, maddi aleme kendiliğinden yansıdığı için bunların icrası için idarenin bir şey yapmasına gerek kalmaz; idare yalnızca ilgisine sağladığı yararı engellememle yükümlüdür¹⁴². Fakat bir çok idari kararın hukuk dünyasında ortaya çıkardığı yenilik veya değişikliğin maddi alemde de vücut bulabilmesi için idarenin bir şeyler yapması gerekir¹⁴³. Bir idari kararın icrası muhatapları tarafından, adli makamlar tarafından ya da idare tarafından gerçekleştirilebilir¹⁴⁴. İşte re'sen icra bu hallerden sonuncusu olan, idari kararın idare tarafından maddi alemde gerçekleştirilmesidir.

İdare aldığı icrai kararları maddi alemde gerçekleştirmeye yani re'sen icra yetkisine kural olarak sahiptir¹⁴⁵. Fakat 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesi¹⁴⁶ gereğince idarenin kamulaştırma kararını re'sen icra edememesi yani tapuda tescil için asliye hukuk mahkemesine başvurmak zorunda olması örneğinde olduğu gibi; idarenin bu yetkisine kanunla istisnalar getirilmiştir¹⁴⁷. Benzer şekilde aynı kanunun 20. maddesi¹⁴⁸ uyarınca kamulaştırılan ve tapuda idare adına tescil edilen malın

¹⁴¹ Gözler (2009), s. 675.

¹⁴² Giritli vd. (2013), s. 1285; Günday (2011), s. 125.

¹⁴³ Günday (2011), s. 125.

¹⁴⁴ Gözler (2009), s. 1070. Giritli vd. ise icrai kararın yürütülmesi noktasında ortaya çıkabilecek fiili durumlara göre; idareye borç yükleyen işlemler, idare edilenlere hak tanıyan işlemler ve idare edilenlere borç yükleyen işlemler olmak üzere üç farklı halden bahsetmektedir. Bkz. Giritli vd. (2013), s. 1284 – 1285.

¹⁴⁵ Giritli vd. (2013), s. 1290; Gözler (2009), s. 676. Ayrıca belirtmek gerekir ki özel hukukta re'sen icra söz konusu değildir. Bkz. Yayla (2010), s. 188; Gözler (2009), s. 676. Yayla ise idarenin işlemlerini zorla uygulamasının istisnai bir yetki olduğunu fakat istisnaların oldukça fazla olduğunu dile getirmektedir. Bkz. Yayla (2010), s. 190. Günday ise kanuni idare ilkesi gereğince, idarenin re'sen icra yetkisine sahip olabilmesi için bir yasal izin ya da yasal dayanağa ihtiyacı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Günday (2011), s. 125.

¹⁴⁶ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu md. 10 : “Kamulaştırmanın satın alma usulü ile yapılamaması halinde idare, 7 nci maddeye göre topladığı bilgi ve belgelerle 8 inci madde uyarınca yaptırmış olduğu bedel tespiti ve bu husustaki diğer bilgi ve belgeleri bir dilekçeye ekleyerek taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine müracaat eder ve taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitiyle, bu bedelin, peşin veya kamulaştırma 3 üncü maddenin ikinci fıkrasına göre yapılmış ise taksitle ödenmesi karşılığında, idare adına tesciline karar verilmesini ister.”

¹⁴⁷ Gözler (2009), s. 1071.

¹⁴⁸ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu md. 20: “Bu Kanun uyarınca lehine kamulaştırma yapılan idare adına tapu dairesince tescil edilen taşınmaz malın boşaltılması idarece icra memurundan istenir.”

boşaltılmaması durumunda, idare taşınmaz malın boşaltılmasını icra memurundan talep etmek zorundadır¹⁴⁹.

İdari işlemlerin re'sen icrasında idare işlemin uygulanması için cebir kullanmak durumunda kalabilir. Bu duruma, yani idarenin zor kullanarak idari işlemi maddi hayata geçirmesine cebri icra adı verilmektedir¹⁵⁰. Yukarıda verilen uzaklaştırma cezası alan öğrenci örneğinde, öğrenci bir şekilde okula girmişse güvenlik görevlileri tarafından zorla dışarı çıkarılması da idari işlemin re'sen icrasına bir örnek teşkil eder. Re'sen icra yetkisinin aksine idarenin kural olarak, cebri icra yetkisi yoktur¹⁵¹. Zira cebri icrada kişinin fiziki varlığı veya malvarlığı üzerinde bir sınırlama söz konusu olmaktadır ki, bu Anayasa'da düzenlenen kişi hürriyetine ve mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelir ve dolayısıyla da Anayasa'nın 13. maddesindeki¹⁵² sınırlamalara tabidir¹⁵³.

2.3. Hukuka Uygunluk Karinesi

Hukuk terminolojisinde karine, bir hukuki durumun aksi ispatlanıncaya dek doğru kabul edilmesi manasına gelir¹⁵⁴. Hukuka uygunluk karinesi de idari işlemin aksi bir mahkeme kararı ile sabit oluncaya kadar hukuka uygun kabul edilmesidir¹⁵⁵. Danıştay da 2005 tarihli bir kararında idari işlemlerin tesis edildikleri anda kesin ve icrai nitelikte olduklarını ve hukuka uygunluk karinesinden yararlandıklarını, bu sebeple idari yargı yerinin onamasına gerek olmadan tüm hüküm ve sonuçlarını doğurduklarını ifade etmiştir¹⁵⁶. Her idari işlemin kanuni bir dayanağı bulunması ve kanuna uygun olarak yapılması gerekliliğiyle idari işlemlerin kanuni olduğu varsayılır¹⁵⁷. İdari işlemlere bu

¹⁴⁹ Günday (2011), s. 125.

¹⁵⁰ Giritli vd. (2013), s. 1285. Gözler hem Fransız hem de Türk idare hukuku doktrinindeki re'sen icra – cebri icra şeklinde yapılan ayrımı, cebri icranın re'sen icranın bir türü olduğu gerekçesiyle eleştirmekte ve “cebri re'sen icra – cebri olmayan re'sen icra” şeklinde bir ayrım yapılmasını önermektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 1072.

¹⁵¹ Gözler (2009), s. 1074; Giritli vd. (2013), s. 1290.

¹⁵² 1982 Anayasası md. 13: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

¹⁵³ Gözler (2009), s. 1074 – 1075. Fransa'da idarenin cebri icra yetkisi için bkz. Giritli vd. (2013), s. 1287 – 1289; Gözler (2009), s. 1074.

¹⁵⁴ Çağlayan (2015), s. 422.

¹⁵⁵ Atay (2014), s. 447.

¹⁵⁶ Danıştay 7. Dairesinin 16.11.2005 tarih ve 2002/4300 Esas ve 2005/2763 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

¹⁵⁷ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 367. Bu sebeple kanunilik ilkesi kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Yayla (2010), s. 327.

şekilde bir ayrıcalık tanınmasının altında yine kamu yararı düşüncesi yatmaktadır¹⁵⁸. Benzer şekilde idari işlemlerin icrai olmaları¹⁵⁹, kamu hizmetini gerçekleştirmeye yönelmiş olmaları¹⁶⁰ ve idarenin memurlarının yapılan işlemde özel çıkarlarının olmaması¹⁶¹ hukuka uygunluk karinesinin sebeplerindedir. Hukuka uygunluk karinesi aynı zamanda idare edilenlerin güvencesi işlevi de görmektedir¹⁶². Bu karineden yararlanma noktasında işlemin düzenleyici ya da bireysel olması ortaya bir fark çıkarmaz, her iki idari işlem türü de bu karineden yararlanır¹⁶³.

İdari işlemlerin aksi mahkeme kararıyla tespit edilene kadar hukuka uygun olarak kabul edilmesinden birçok önemli sonuç ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde¹⁶⁴ de öngörüldüğü üzere, idari işleme karşı açılacak bir iptal davası kararın yürütülmesini durdurmaz¹⁶⁵. Elbette bu tüm idari işlemlerin hukuka aykırılığı mahkemece tespit edilene kadar yürütüleceği anlamına gelmez. Şöyle ki, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 4. fıkrasında¹⁶⁶ olduğu gibi kanunla bir takım istisnalar öngörülmüş olabilir¹⁶⁷ ya da mahkemeler yürütmeyi durdurma kararı¹⁶⁸ vererek idari işlemin uygulanmasını durdurabilir¹⁶⁹. İkinci olarak, idari işlem hukuki

¹⁵⁸ Atay (2014), s. 446; Gözler (2009), s. 679.

¹⁵⁹ Günday (2011), s. 125

¹⁶⁰ Atay (2014), s. 447.

¹⁶¹ Gözler (2009), s. 679.

¹⁶² Karahanoğulları (2012), s. 149.

¹⁶³ Atay (2014), s. 447; Gözler (2009), s. 679.

¹⁶⁴ İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 27/1: “Danıştayda veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz.”

¹⁶⁵ Giritli vd. (2013), s. 1284. Bir idari işleme karşı dava açılması otomatik olarak yürütülmesinin durdurulması sonucunu doğurursa idari işlemlere karşı sistematik olarak dava açılabilir ve idare iş yapamaz hale gelebilir, idari işlemlerin icrailik özelliği ortadan kalkmış olur. Bkz. Gözler (2009), s. 680. Yıldırım ise; idarenin maalesef her daim kamu yararı gütmeyeceği ve kamu yararı gütsede dahi iradesinin şaşmaz ve yanılmaz olmadığı gerekçesiyle, hukuka uygunluk karinesinden vazgeçilmesinin kişi hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından daha faydalı olacağını ifade etmektedir. Bkz. Yıldırım vd. (2012), 578 – 579.

¹⁶⁶ İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 27/4: “Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur. Ancak, 26 ncı maddenin 3 üncü fıkrasına göre işlemde kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işlemi devam eder. Bu şekilde işlemde kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ile ihtirazi kayıtlı verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemine durdurmaz. Bunlar hakkında yürütmenin durdurulması istenebilir.”

¹⁶⁷ Kalabalık (2014), s. 319; Gözler (2009), s. 680.

¹⁶⁸ Yürütmeyi durdurma hakkında detaylı bilgi için bkz. Z. Aslan (1994). *İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması*. İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım.

¹⁶⁹ Günday (2011), s. 126. Gözler, yürütmeyi durdurma kararları idari işlemin hukuka uygunluk karinesini ve icrailik özelliğini ortadan kaldırdığı için, istisnai nitelikte olmaları ve nadiren verilmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 681.

sonuçlarını mahkeme kararına gerek kalmaksızın doğurur¹⁷⁰. Son olarak da idari işleme ilgili bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda dava açması gereken taraf idare değil, özel kişidir ve bu davada ispat yükü yine idareye değil hukuka aykırılığı iddia eden özel kişiye aittir¹⁷¹.

3. İdari İşlemin Unsurları

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, idari işlemin iptali için açılacak davaların; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden birinin hukuka aykırılığı gerekçesiyle açılacağı ifade edilmektedir¹⁷². İlgili maddenin bu şekilde düzenlenmiş olmasının sonucu olarak da doktrinde ve içtihadta idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere beş unsurdan¹⁷³ oluştuğu görüşü hakimdir¹⁷⁴. Bu bölümde idari işlemin unsurları ana hatlarıyla incelenecektir.

3.1. Yetki Unsuru

İdari işlemin, doktrinde üzerinde en çok durulan unsur yetki unsurudur¹⁷⁵. Hatta idari işlemin en önemli unsurunun yetki olduğu söylenebilir¹⁷⁶. Güncel Türkçe sözlükte yetki ya da eski ifadesiyle salahiyet, bir görevi veya bir işi yasaların verdiği imkanlara göre, belli şartlarla yürütmeyi sağlayan hak olarak tanımlanmaktadır¹⁷⁷. Benzer şekilde

¹⁷⁰ Günday (2011), s. 126; Gözler (2009), s. 678.

¹⁷¹ Gözler (2009), s. 678 – 679. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, idari işleme ilgili belgeler çoğunlukla idarenin elinde olacağından ispat yükünün davaya açan kişide olması adaletsiz bir durum gibi gözükebilir. Fakat idari yargıda re'sen araştırma ilkesinin geçerli olması bunun önüne geçmektedir. Bkz. Kahveci (2006). *İdari işlemlerde yetki unsuru*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi, s. 12.

¹⁷² 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 2/1-a: “İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,”

¹⁷³ İdari işlemin unsurları yerine öğeleri kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 368; Giritli vd. (2013), s. 1256.

¹⁷⁴ Özyörük (1973), s. 177; Yıldırım ve Avcı (2015), s. 163; Akyılmaz vd. (2015), s. 409 – 439; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 368; Çağlayan (2015), s. 457; Giritli vd. (2013), s. 1258 – 1278; Yayla (2010), s. 115 – 142; R. C. Derdiman (2010). *İdare hukuku*. Bursa: Alfa Aktüel, s. 537; Özay (2002), s. 376 – 428; Memiş (2014), s. 236; M. Sezginer (1991). *İdari işlemlerde amaç unsuru bakımından hukuka aykırılık*. Yayınlanmamış doktora tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi, s. 5. Gözler ise şekil ve usul kavramlarının aynı anlama gelmediğini, bunların idari işlemin iki farklı unsuru olduğunu ve bunlardaki hukuka aykırılıkların sonuçlarının da farklı olduğunu ifade ederek ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 828 – 829. İdari işlemi altı unsur altında inceleyen başka yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Akyazan (2009), s. 228. Ayrıca idari işlemin unsurlarının sınıflandırılması hakkında bkz. G. Ulu (2012). *İdari işlemin yetki unsuru*. Ankara: Seçkin, s. 98 – 105.

¹⁷⁵ Bkz. Ulu (2012); Y. Kahveci (2006); Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 378 – 390; Günday (2011), s. 134 – 143; Giritli vd. (2013), s. 1267 – 1272; Gözler (2009), s. 744 – 828.

¹⁷⁶ Özay (2002), s. 405; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 378.

¹⁷⁷ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 23.06.2015)

doktrinde “belli organ ve makamlara Anayasa ve yasalarla tanınmış karar alma gücü”¹⁷⁸ veya “idari işlemin özünü oluşturan irade açıklamasının kim veya kimler tarafından yapılacağı hususu”¹⁷⁹ gibi tanımlar yapılmıştır. Bu bağlamda yetki, hem idarenin ancak kanunlarla kendisine çizilmiş alanlarda faaliyet gösterebilmesini (örneğin yasama ya da yargı alanlarında işlem yapamaması) hem de kendisine bırakılan alanda yapılacak işlemlerin ve alınacak kararların hangi idare makam ya da organları tarafından yapılabileceğini veya alınabileceğini ifade etmektedir¹⁸⁰. Tanımlarda da görülüğü üzere yetki unsuru açısından yetkinin Anayasa veya kanunla verilmesi fevkalade önem taşımaktadır. Zira idare hukukunda yetkisizlik esastır, idare ancak kanunla yetkili kılındığında idari işlem yapabilir¹⁸¹. İdare hukukunda yetkisizlik kural olduğu için, yetkiler istisnai niteliktedirler ve dar yoruma tabi tutulurlar¹⁸². Benzer şekilde yetki kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan hem mahkemece re’sen dikkate alınır hem de uyuşmazlığın her aşamasında taraflar ileri sürebilir¹⁸³. Yetkinin kamu düzenine ilişkin olmasının sonucu olarak da bir idari makam gerekli şartlar gerçekleştiğinde yetkilerini kullanmak zorundadır, sahip olduğu yetkiden kendi isteğiyle vazgeçemez¹⁸⁴ ve kanunun açık izni olmadan yetkisini devredemez¹⁸⁵. Yetki kişiye değil göreve bağlı olduğundan kamu hizmetini gören kişiye değil makama verilir¹⁸⁶. Ayrıca özel hukuktaki icazet kurumu idare hukukunda uygulanma alanı bulmaz, yani yetkisiz iradeye sonradan yetkili olanın onay vermesi, işlemi hukuka uygun hale getirmez¹⁸⁷. Bir başka ifade ile yetki; yasal, kişilik dışı, daimi ve genel bir hukuki durumdur¹⁸⁸.

İdare hukukundaki yetkilerin bu sayılan ortak özelliklerine yetki kuralları da denmektedir¹⁸⁹. İdare her çeşit yetki kuralına uymak zorundadır, aksi takdirde alacağı

¹⁷⁸ Yaşar (2013), s. 295; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 378. Yetkinin bu şekilde bir kuvvetin kendisi olarak ifade edilmesi doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Ulu (2012), s. 63 vd.

¹⁷⁹ Gözler (2009), s. 745.

¹⁸⁰ Günday (2011), s. 134 – 135.

¹⁸¹ Yayla (2010), s. 117; Giritli vd. (2013), s. 1267; Gözler (2009), s. 747.

¹⁸² Karahanoğulları (2012), s. 327; Gözler (2009), s. 747; Memiş (2014), s. 238.

¹⁸³ Günday (2011), s. 135; Gözler (2009), s. 748. “Kamu hukuku ilkelerine göre yetki, bir kamu düzeni sorunudur; kanun koyucu tarafından kime verilmiş ise, ancak o, bu yetkiyi kullanabilir; yine kanunun açık izni olmadıkça yetkili makam veya merci yetkisini devredemez.” Danıştay 6. Dairesinin 8.3.1977 tarih ve 1976/5366 Esas ve 1977/1112 Karar sayılı kararından aktaran Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 378.

¹⁸⁴ Yıldırım ve Avcı (2015), s. 164.

¹⁸⁵ Memiş (2014), s. 238; Gözler (2009), s. 748.

¹⁸⁶ Akyılmaz vd. (2015), s. 411.

¹⁸⁷ Karahanoğulları (2012), s. 328; Giritli vd. (2013), s. 1267; Gözler (2009), s. 750.

¹⁸⁸ Ulu (2012), s. 131.

¹⁸⁹ Gözler (2009), s. 746.

karar yetki unsuru açısından hukuka aykırı olacaktır¹⁹⁰. Genel kural bu olmasına rağmen gerek içtihat gerekse de doktrin tarafından yetki kurallarına bir takım istisnalar getirilmiştir. İlk olarak, yargı içtihatları tarafından geliştirilmiş yetki paralelliği ilkesi gereğince, bir işlemi yapmaya yetkili olan idare organı ya da makamı kanunda aksi hüküm bulunmadıkça, o işlemin karşıtı işlemi yapmaya da yetkilidir¹⁹¹. Karşıt işlem (tersine işlem¹⁹²), ilk işlemi değiştiren, kaldıran ya da geri alan işlemdir¹⁹³. Dikkat edilirse burada ilgili makam o işlemi yapmaya yetkili olarak kanunda gösterilmiş; fakat işlemin karşıt işlemi yapacak makam olarak gösterilmemiştir yani karşıt işlem için yetkinin kanundan alınması şartı gerçekleşmemiştir. İşte bu gibi hallerde eğer karşıt işlemi yapmaya yetkili diğer makam kanunda açıkça belirtilmemişse¹⁹⁴, yetkide paralellik ilkesi gereğince, ilk işlemi yapan makam o işlemi kaldırmaya, değiştirmeye ya da geri almaya da yetkilidir¹⁹⁵. Söz gelimi, 3221 sayılı yasanın 4. maddesi¹⁹⁶ eğitim merkezi başkanı atama yetkisini Adalet Bakanı'na vermiş, eğitim merkezi başkanlığından alma konusunda yetkili makamı göstermemiştir. Danıştay, önüne gelen somut uyuşmazlıkta, yetkide paralellik ilkesi sebebiyle, görevden alma konusunda da Adalet Bakanı'nın yetkili olduğunun tartışmasız olduğunu ifade etmiştir¹⁹⁷. Burada yetkilerin paralelliği ilkesinin sadece karşıt işlemi kapsadığı, başka sebeplerle yapılan

¹⁹⁰ Günday (2011), s. 135.

¹⁹¹ Günday (2011), s. 135. Yetki paralelliği ilkesi usul paralelliği ilkesi ile birlikte ele alındığında; “Kim, neyi, nasıl yaptıysa onu aynı biçimde geri alır.” anlamına gelir. Bkz. Yaşar (2013), s. 303.

¹⁹² Gözler (2009), s. 755.

¹⁹³ Giritli vd. (2013), s. 1272.

¹⁹⁴ Kanun bir işlemin değiştirilmesi, geri alınması ya da kaldırılması yetkisini bir başka makama vermişse haliyle işlemi yapan makam değiştirme ya da ortadan kaldırma yetkilerine sahip değildir. Bkz. Gözler (2009), s. 757.

¹⁹⁵ Giritli vd. (2013), s. 1272.

¹⁹⁶ 3221 sayılı Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun md. 4/1: “Eğitim Merkezi Başkanı, birinci sınıfa ayrılmış adli ve idari yargı hakim ve savcılar arasında; başkan yardımcıları, en az ikinci dereceye yükselmiş olmak şartıyla adli ve idari yargı hakim ve savcılar arasında muvafakatleri alınmak suretiyle Adalet Bakanınca dört yıl için atanırlar.” Söz konusu kanun 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu ile yürürlükten kalkmıştır.

¹⁹⁷ “Anılan madde uyarınca eğitim merkezi başkanlığına atama yapma konusunda Adalet Bakanının yetkili olduğu açık olup, yetkide ve usulde paralellik ilkesi uyarınca eğitim merkezi başkanlığından alma konusunda da adı geçen bakanın yetkili olduğu tartışmasızdır.” Danıştay 5. Dairesinin 21.11.1996 tarih ve 1996/795 Esas ve 1996/3565 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

başlı başına bir işlem varsa ilkenin kapsamına girmediği noktası gözden kaçırılmamalıdır¹⁹⁸.

Yetki kurallarının ikinci istisnasını ise yetki devri¹⁹⁹ ve imza devri müesseseleri oluşturmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz üzere kural olarak bir idari işlemi yapmaya kanunda gösterilen makam yetkilidir. Bu makamın kanuna dayanan idari karar alma yetkisini kendi başına bir başka makama devretmesi, kendisine yetki veren kanun hükmünü değiştirmesi anlamına geldiği için; ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde ve açıkça öngörülen işlem ve kararlar için mümkündür²⁰⁰. Yetki devri ile imza devrinin birçok ortak noktası olmakla birlikte ortaya çıkardıkları sonuçlar bakımından önemli farklılıkları da bulunmaktadır.

Yetki devrinin de imza devrinin de konusu karar alma yetkisinin bir başka makama devredilmesidir²⁰¹. Yukarıda da ifade edildiği üzere karar alma yetkisine sahip olan makamın, bu yetkiyi imza devri ya da yetki devri ile aktarabilmesi için kendisine kanunla²⁰² açıkça bu imkan tanınmış olmalıdır²⁰³, zira idare hukukunda yetkiler kanunla verilmiş yetkililerdir²⁰⁴. Aynı tüzel kişilik içerisinde ve hiyerarşik üstten asta doğru yapılma gerekliliği de yetki devri ve imza devrinin ortak özelliklerindedir²⁰⁵. Her ikisi için de devri yasaklayan bir hüküm bulunmamalı, devir devreden makamın tüm yetkilerini içermemeli ve ilgililerine duyurulmalıdır²⁰⁶.

¹⁹⁸ Gözler (2009), s. 756. Örneğin Devlet Memurları Kanunu 125. madde kapsamında verilen devlet memurluğundan çıkarma cezası atama işleminin karşıt işlemi değildir. Zira atama işleminin karşıt işlemi azil işlemidir. Bkz. Gözler (2009), s. 756.

¹⁹⁹ Gözler Fransız idare hukukunda yetki devrinin, iktidar devri ve imza devri kavramlarını kapsayan bir üst başlık olarak kullanıldığını ifade ederek; Türk hukukunda iktidar devri yerine yetki devri kavramının kullanılmasını eleştirmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 759.

²⁰⁰ Günday (2011), s. 140.

²⁰¹ Gözler (2009), s. 760.

²⁰² Türk idari teşkilatında merkezi idarenin ve mahalli idarelerin yetki ve imza devirlerine ilişkin kanuni düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Gözler (2009), s. 764 – 768.

²⁰³ Çağlayan (2015), s. 461; Günday (2011), s. 140.

²⁰⁴ Gözler (2009), s. 763. Doktrinde Gözler bir makama yetki ve imza devri yetkisinin tanınmasının ancak kanun ya da kanun hükmünde kararname ile olabileceğini ileri sürerken, Gözübüyük ve Tan düzenleyici işlemle de olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 768. Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 384.

²⁰⁵ Gürbüz (2011), s. 141; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 383. Bu gerekliliğin temelinde bir tüzel kişinin irade açıklama yetkisinin bir başka tüzel kişinin organına verilmesinin tüzel kişilik genel teorisiyle bağdaşmaması yatmaktadır. Bkz. Gözler (2009), s. 761 – 763.

²⁰⁶ Yaşar (2013), s. 300 – 301; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 384 – 387; Gözler (2009), s. 770 – 774. Gözler ayrıca devri yapacak olan makamın devredeceği yetkiye sahip olması ile devrin yeterli açıklıkta ve yazılı olması şartlarını da imza devri ve yetki devrinin ortak şartları arasında saymaktadır. Bkz. Gözler (2009), 760 – 773.

Yetki devri ile imza devri bu sayılan ortak noktalarının dışında çeşitli farklılıklara sahiptirler²⁰⁷. İlk olarak, karar alma yetkisi; yetki devrinde bir makamdan diğer bir makama devredilirken, imza devrinde ismen belirli bir kamu görevlisinden yine ismen belirli bir kamu görevlisine devredilir²⁰⁸. Bu durumun sonucu olarak da devreden ya da devralan makamdaki kamu görevlisi değişse de; yetki devrinde devir kaldırılmadıkça devam ederken, imza devrinde devir kendiliğinden sona erer²⁰⁹. İkinci olarak yetki devrinde karar alma yetkisini devreden makam söz konusu yetkiye artık sahip olmadığından bu yetkiyi devir geçerli olduğu sürece kullanamazken²¹⁰, imza devrinde devri yapan kişi yetkisini terk etmediği için devrettiği kişinin yerine her zaman karar alabilir²¹¹. Son olarak yetki devrinde yetkiyi devralan makamın yapmış olduğu işlemler kendi aldığı kararlar olarak kabul edilir ve bu sebeple yetkiyi devraldığı makamın değil, kendi makamının hiyerarşik gücüne sahiptir²¹². İmza devrinde ise işlemin asıl sahibi yetkiyi devreden kişi olduğu için yapılan işlemler bu makamın hiyerarşik gücüne sahiptir²¹³.

Yetki kurallarına istisna teşkil eden bir diğer hal ise vekalet müessesidir. Daha önce de belirtildiği üzere idare hukukunda bir idari işlemi yapmaya hangi makam yetkiliyse işlemi onun yapması gerekmektedir. Ancak yetkili kamu görevlisinin görev başında bulunmadığı zamanlarda kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi gereğince bu görevlerin yerine getirilmesi gerekir; ki bu da vekalet ile olur²¹⁴. Vekaletin iki farklı biçimi söz konusu olabilir. İlgili kamu görevlisi hastalık ya da izin gibi sebeplerle geçici olarak görev başında bulunamayacaksa kendi yerine bir vekil atar; buna vekalet verme²¹⁵ denir ya da ilgili kamu görevlisinin ölümü, istifası veya emekli olması fakat yerine yeni bir görevli atanmaması halinde, atamaya yetkili amir geçici olarak bir vekil atar buna da

²⁰⁷ Yetki devrinde amaç kamu hizmetinde süreklilik ve etkinlikken imza devrinde, devir yapılan kişiye duyulan güven ön plana çıkar. Bkz. Giritli vd. (2013), s. 1268 – 1269.

²⁰⁸ Sancakdar (2012), s. 332; Günday (2011), s. 140 – 141; Gözler (2009), s. 779; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 384.

²⁰⁹ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 384; Giritli vd. (2013), s. 1268 – 1269; Gözler (2009), s. 779.

²¹⁰ Gürbüz (2011), s. 142; Giritli vd. (2013), s. 1269.

²¹¹ Günday (2011), s. 140; Gözler (2009), s. 780 – 781; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 384.

²¹² Sancakdar (2012), s. 332; Gözler (2009), s. 781; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 384.

²¹³ Gözler (2009), s. 781; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 384. Gözler sayılan farklılıklara ek olarak yetki devrinde kanunun açık izni olmaksızın alt devir yapamayacağını, imza devrinde ise açıkça yasaklanmadığı sürece alt devrin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 782.

²¹⁴ Günday (2011), s. 141; Gözler (2009), s. 783 – 784.

²¹⁵ Vekalet verme yerine vekil bırakma kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Çağlayan (2015), s. 466.

vekaleten atama denir²¹⁶. Her iki tür vekalette de vekil, asılın sahip olduğu yetkileri vekalet süresi içinde kullanabilir ve kanunda aksi öngörülmedikçe asıl için aranan nitelikleri vekilin taşıması gerekmez²¹⁷. Vekalet verme halinde vekaletin süresi bellidir, vekaleten atamada ise bu süre belli olmamasına rağmen, istisnai bir usul olduğu için, kısa olması gerekir²¹⁸.

Aslında yetkisiz bir kişinin yaptığı işlemlerin bazı şartlar altında geçerli olarak kabul edildiği son hal ise fiili memur teorisidir. Fiili memur kavramı iki farklı durumda ortaya çıkmaktadır. İlk olarak atama işleminde bir sakatlık olan, hatta bir atama işlemi olmadan bir şekilde belli bir makama yerleşmiş olan memurun yaptığı işlemler; iyi niyetli üçüncü kişilerin bu durumu bilme imkanları olmadığı ve söz konusu işlemler geçersiz sayıldığında zarara uğrayacakları için geçerli sayılmaktadır²¹⁹. İkinci olarak da olağanüstü durumlarda, kamu hizmetini yürütme zorunluluğu olmayan yetkisiz kişilerin kamu yararını sağlamaya yönelik bazı işlemleri geçerli sayılmaktadır²²⁰. Bunun sebebi ise kamu hizmetlerinin yürütülmesinin zorunlu olmasıdır²²¹. Türkiye’de Kurtuluş Savaşı ve sonrası dönemde fiilen işgal altında olan İstanbul hükümeti ile yeni kurulan Ankara hükümeti memurlarının aynı dönemde yapmış oldukları işlemlerden bazılarının fiili memur teorisi gereğince geçerli kabul edildiği belirtilmektedir²²².

²¹⁶ Günday (2011), s. 141 – 142. Fransız hukukunda vekalet verme halinin kanunla öngörülüp düzenlenmesi gerekirken, vekaleten atamanın kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi gereğince kanunla öngörülmesine ya da düzenlenmesine gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 783 – 784.

²¹⁷ Gözler (2009), s. 785 – 786.

²¹⁸ Çağlayan (2015), s. 468; Günday (2011), s. 142. Yetkisi dolan bir makamın yerine asaleten ya da vekaleten bir kişi atanana kadar ya da atanmış kişi fiilen göreve başlayana kadar, yetkisi dolmuş olan makamın sadece cari işlerin yürütülmesi ile yetkili oldukları kabul edilmekte ve bu durum da yetki kurallarının bir istisnası olarak görülmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 790.

²¹⁹ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 388. Burada mühim olan işlemin muhatabı olan kişinin olağan şartlarda hukuka aykırılığı fark etmemekte mazur olmasıdır, aksi halde yani hukuka aykırılık aşikar ise ilgili kişi bundan yararlanamaz. Bkz. Yayla (2010), s. 121. Bu duruma görünüş teorisi (görünüşte memur) adı verilmektedir. Bkz. Çağlayan (2015), s. 469; Gözler (2009), s. 751.

²²⁰ Fiili memur teorisinin bu türüne de zaruret hali teorisi (zaruri memur) adı verilmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 752.

²²¹ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 388.

²²² Özay (2002), s. 411.

Bir idari işlemin hangi idari makam ya da organ tarafından yapılması gerektiği sorunu, kişi, konu, yer ve zaman öğeleri göz önünde tutularak cevaplanabilir²²³.

Kişi yönünden yetki bir kamu tüzel kişisi tarafından yapılan idari işlemin ilgili kamu tüzel kişisi adına işlem yapmaya yetkili kişi ya da kişiler tarafından yapılabilmesini ifade etmektedir²²⁴. Bu bağlamda bir idari işlemin geçerli olabilmesi için irade açıklamasında bulunan kişi hem temyiz kudretinde sahip olmalı hem de idare adına irade açıklamaya yetkili kılınmış olmalıdır²²⁵. Merkezi idarede Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanlar, taşra teşkilatında yetki genişliği ilkesi nedeniyle valiler ve kanunda açıkça öngörülen hallerde kaymakamlar, yerinden yönetim kuruluşlarında ise bu kuruluşların karar organları idare adına irade açıklamaya yetkili makamlardır²²⁶. Bir işlemin yetkili kişi tarafından yapıp yapılmadığı kural olarak, işlemin altında imzasının bulunması ile anlaşılır ve işlemin altında yetkilisinin imzasının dışında fazladan bir imza da bulunsa bu durum, işlemin geçerliliğini etkilemez²²⁷.

Konu yönünden yetki belli konulara ilişkin kararların hangi idari makamlar tarafından alınacağını belirtir²²⁸. İdari makamların hangi konularda karar alma yetkisine sahip oldukları Anayasa ve kanunlar ile belirlenerek sınırlanmıştır ve bu sınırların dışına çıkılarak yapılan işlemler konu bakımından yetkisizlik ile sakattır²²⁹. Bu bağlamda ilk olarak idare, yasama ve yargı alanında işlem yapamaz²³⁰. İkinci olarak, idarenin yasama ve yargı alanlarına giren konularda işlem yapmaması yetmez, her idari makam kendi

²²³ Günday (2011), s. 135; Giritli vd. (2013), s. 1270; Gözler (2009), s. 793. Gözübüyük ve Tan yetkili organ veya makamın, konu yer ve zaman olmak üzere üç açıdan incelenmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz. Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 380.

²²⁴ Gözler (2009), s. 794. Doktrinde işlemin konusunu oluşturan kişinin de, kişi yönünden yetki kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir, fakat kanaatimizce kişi yönünden yetkide işlemin konusu değil, söz konusu işlemi yapmaya yetkili kişi önem arz etmektedir. İlgili görüş için bkz. Giritli vd. (2013), s. 1270.

²²⁵ Kalabalık (2014), s. 338; Günday (2011), s. 136.

²²⁶ Günday (2011), s. 136.

²²⁷ Gözler (2009), s. 794 – 795. “Anılan madde uyarınca eğitim merkezi başkanlığına atama yapma konusunda Adalet Bakanının yetkili olduğu açık olup, yetkide ve usulde paralellik ilkesi uyarınca eğitim merkezi başkanlığından alma konusunda da adı geçen bakanın yetkili olduğu tartışmasızdır. Olayda davacının eğitim merkezi başkanlığından alınarak yerine atama yapılmasına ilişkin işlemlerin başbakan ve Adalet Bakanının imzalarını taşıyan ikili kararnamelerle tesis edildiği anlaşılmakta ise de sözü edilen kararnamelerde yetkili Adalet Bakanının da imzasının bulunması nedeniyle dava konusu işlemlerde yetki unsuru yönünden sakatlık görülmemiştir.” D. 5. D. 21.11.1996 T., 1996/795 E., 1996/3565 K.

²²⁸ Yaşar (2013), s. 297; Günday (2011), s. 136.

²²⁹ Gözler (2009), s. 801.

²³⁰ A. Aydın (2014). İdari yargı çerçevesinde anayasa yargısında yokluk. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 5 (13), s. 628; Gözler (2009), s. 801.

yetkili olduğu konularda işlem yapmalıdır. Genelde idare içerisinde yatay ve dikey olmak üzere iki tür görev ve yetki bölüşümü söz konusudur²³¹. Bu sebeple de yetki veya yetkisizlik sorunu ayrı hiyerarşik düzene tabi makamlar arasında çıkabileceği gibi aynı hiyerarşik düzen içindeki makamlar arasında da çıkabilir²³². Her ne kadar İYUK 11. madde²³³ gereğince üst makamdan alt makamın işleminin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni işlem yapılması istenebilse de ve üst makam alt makamı emir ve talimatlarla yönlendirse de²³⁴ üst makam alt makam yerine geçerek işlem yapamaz²³⁵. Aynı şekilde astın üstün yerine karar alması, bir kuruluşun organlarından birinin görevine giren bir konuda başka bir organının karar alması²³⁶ ya da vesayete tabi makamın vesayet makamının denetimine tabi olmadan karar alması ve vesayet makamının vesayete tabi makam yerine karar alması durumlarında konu bakımından yetkisizlik ortaya çıkar²³⁷.

Yer yönünden yetki, idarenin belli bir toprak parçası üzerinde kullanacağı yetkiyi belirtir²³⁸. Bu bağlamda bazı idari makamların yetkileri tüm ülke için geçerliken bazı idari makamların yetkileri belli coğrafi sınırlara tabidir²³⁹. Yani merkezi idarenin başkent teşkilatındaki karar almaya yetkili makamlar (Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakanlar kurulu ve bakanlar) ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları ülke çapında karar almaya yetkiliyken, merkezi idarenin taşra teşkilatındaki makamların (vali ve kaymakam) ve yer yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının (il özel idaresi, belediye ve köy) karar organlarının yetkileri yer bakımından sınırlıdır²⁴⁰. Bu sınırlar sebebiyle de özellikle büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasında yetki sorunlarının çıktığı ifade edilmektedir²⁴¹. Benzer şekilde belli bir bölgede sıkıyönetim

²³¹ Yaşar (2013), s. 297; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 380.

²³² Kalabalık (2014), s. 340; Günday (2011), s. 136.

²³³ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 11/1 : “İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir.”

²³⁴ Giritli vd. (2013), s. 1272.

²³⁵ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 381.

²³⁶ Kalabalık (2014), s. 340; Günday (2011), s. 137.

²³⁷ Gözler (2009), s. 801.

²³⁸ Giritli vd. (2013), s. 1270.

²³⁹ Günday (2011), s. 137.

²⁴⁰ Ayrıca 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 12. maddesi gereğince istisnai haller dışında il genel meclisinin mutlak toplantı yeri dışında toplanarak aldığı kararların da yer yönünden yetkisizlik ile sakat olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 802 - 803.

²⁴¹ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 381.

veya olağanüstü hal ilan edilmişse yer yönünden yetki özel bir önem kazanır, zira bu hallerde kolluk görevlilerin yetkileri genişlemektedir²⁴².

Zaman yönünden yetki, idari makamların sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri süreyi belirtir²⁴³. Bir idari işlemin zaman yönünden yetki açısından sakat olmaması için ilk olarak, ilgili işlemi yapan kamu görevlisinin usulüne uygun olarak atamasının tamamlanmış olması ve göreve başlamış olması gerekir²⁴⁴. Burada usulüne uygun olarak deyiminden atama ya da seçim işlemlerinin sonuçlanmış olması anlaşılır, ilaveten işlemin tebliğ ya da yayını şartı gerekmez²⁴⁵. İdari makamların yetkilerini zamanından önce kullanması da zaman bakımından yetkisizlik sonucunu doğurur²⁴⁶. Ayrıca kamu görevlileri izinde oldukları sürede yetkilerini kullanamazlar²⁴⁷. İkinci olarak da kamu görevlileri kural olarak başka bir göreve atanma²⁴⁸, emeklilik, istifa ya da görev süresinin dolması gibi sebeplerle görevden ayrıldıktan sonra yetkilerini kullanamazlar; fakat kural bu olmakla beraber idarenin sürekliliği ilkesi gereğince kamu görevlilerinin yerlerine yenileri gelinceye kadar yetkilerini kullanabilecekleri kabul edilmektedir²⁴⁹. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, kamu görevlisi belli süreli olarak atanmışsa²⁵⁰ ya da görevinden ayrıldığında yerine geçebilecek kanunla öngörülmüş bir vekili varsa görev süresi derhal sona erer²⁵¹. Zaman yönünden yetkinin bir diğer yansıması da belli süre içinde yapılabileceği öngörülen işlemlerde ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde bir idari makamın bir işlemi yapması için kanunla belirli bir süre tespit edildiği hallerde, idarenin ilgili işlemi süresi içinde yapmamasının sonuçları sürenin niteliğine bakarak

²⁴² Yaşar (2013), s. 298.

²⁴³ Günday (2011), s. 138.

²⁴⁴ Akyılmaz vd. (2015), s. 412; Gözler (2009), s. 803; Günday (2011), s. 138.

²⁴⁵ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 382.

²⁴⁶ Kalabalık (2014), s. 341; Gözler (2009), s. 805.

²⁴⁷ Günday (2011), s. 138; Giritli vd. (2013), s. 1271; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 382.

²⁴⁸ Giritli vd. (2013), s. 1271.

²⁴⁹ Yıldırım (2014), s. 67; Günday (2011), s. 138. Gözler bu durumdaki görevlilerin yetkilerinin ancak cari işlerin yürütülmesi ile sınırlı olduğunu ileri sürmektedir. Yazar ayrıca belediye meclisi gibi idari meclislerin çalışmaları kanunla toplantı dönemleri olarak sınırlandırılmışsa, bu dönemler dışında alınan kararların zaman yönünden yetkisizlik ile sakat olacağını ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 803 – 804. Aynı yönde görüş için bkz. Derdiman (2010), s. 539; S. Demirkol (1998). İptal davasında idari işlemin beş unsuru. *Sayıştay Dergisi*, 29, s. 68.

²⁵⁰ Belirli bir süre için seçilmiş ya da göreve getirilmiş kişilerin görev süresinin dolmasına rağmen yenilerinin seçilememesi veya atanamaması halinde; eskilerin görevlerini sürdürüp sürdüremeyeceği, eğer sürdüreceklerse hangi işlemleri yapıp yapamayacakları noktası uygulamada sorunlar çıkarmaktadır ve bu hususta yargı kararlarında bir birlik olduğu söylenemez. Bkz. Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 381 – 382.

²⁵¹ Günday (2011), s. 138. Özellikle kurul olarak karar alınan makamlarda görev süresi dolan üyenin süresinin kendiliğinden uzatılması, seçim prosedürünün ve seçilecek diğer üyenin etkilenmesine sebep olacağından yerinde görülmemektedir. Bkz. Giritli vd. (2013), s. 1271.

belirlenebilir. Eğer yetki, kanunla belli bir makama sınırlı bir süre için verilmişse (örneğin yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna belli bir süre kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi) veya idarenin hızlı karar almasını engellemek için, idare edilenlerin korunması amacıyla, minimum nitelikte bir süre öngörölmüşse (örneğin disiplin soruşturmasında memura savunmasını yapması için yedi günden az olmamak üzere süre verilmesi) idarenin bu sürelele uymaması işlemi sakat hale getirecektir²⁵². Fakat öngörölen süre idarenin iç işleyişine yönelik²⁵³ idari makamların gecikmesini engellemek, idareyi hızlandırmak için getirilmişse, idarenin ilgili işlemi süresi dolmuş olsa da yapabileceği kabul edilmektedir; zira bu durumlarda kanun koyucu idarenin yetkisini süreyle sınırlandırmak istememiş aksine yetkisini mümkün olduğunca kısa sürede kullanmasını istemiştir²⁵⁴.

İdarenin yapmış olduğu işlemde yetki kurallarına aykırılık varsa ve bahsettiğimiz istisnalardan biri de mevzu bahis değilse, söz konusu idari işlem yetki unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır. Yetki kuralındaki sakatlığın çeşidine göre uygulanması gereken yaptırım da farklılık gösterecektir. Burada sakatlığın hangi nitelikte olduğunun takdiri yargı organına aittir ve hangi sakatlığın yok hükmünde sayılma sonucunu hangisinin iptal sonucunu doğuracağına dair objektif bir ölçüt bulmak mümkün deđildir²⁵⁵. Yetki kurallarına aykırılık halleri ya da bir başka ifade ile yetkisizlik²⁵⁶ halleri, doktrinde fonksiyon gasbı, yetki gasbı, yetki tecavüzü ile ağır ve bariz yetki tecavüzü başlıkları altında incelenmektedir²⁵⁷.

İdarenin bir başka devlet organının görev alanına giren konularda işlem yapması sebebiyle ortaya çıkan hukuka aykırılığa fonksiyon gasbı adı verilir²⁵⁸. Doktrinde fonksiyon gasbı yerine görev ya da işlev gasbı kavramları da kullanılmaktadır²⁵⁹. Örneğin idare; ancak kanunla düzenlenebilecek bir alanda kanuna dayanmadan işlem

²⁵² Gözler (2009), s. 805 – 807.

²⁵³ Giritli vd. (2013), s. 1271.

²⁵⁴ Yaşar (2013), s. 300; Gözler (2009), s. 806.

²⁵⁵ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 388.

²⁵⁶ Gözler (2009), s. 809.

²⁵⁷ Bkz. Kalabalık (2014), s. 349 -350; Günday (2011), s. 142 – 143; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 388 – 390. Gözler de bu başlıkları kullanmakta, fakat bunlara ek olarak bir idari makamın yetkili olduğü bir konuda yapması gereken bir işlemi yetkisiz olduğü gerekçesiyle yapmaması durumunda “negatif yetkisizlik” halinin ortaya çıkacağını ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 809.

²⁵⁸ Günday (2011), s. 142.

²⁵⁹ Yaşar (2013), s. 304; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 388.

yapması durumunda yasama fonksiyonunu, bağımsız mahkemelerin gerçekleştirilmesi gereken bir yargılama konusunda işlem tesis etmesi durumunda ise yargı fonksiyonunu gasp etmiş olacaktır²⁶⁰. Gerçekte böyle bir idari işlem hukuk alanında doğmadığı için yok hükmündedir²⁶¹. Örneğin Danıştay 2009 tarihli bir kararında Gümrük Kanunu'nun 3. maddesinin a fıkrasının idari tasarrufla değiştirilmesi sonucu yaratan Bakanlar Kurulu kararının fonksiyon gaspı teşkil ettiğini ve yok sayılması gerektiğini ifade etmiştir²⁶².

İdareye tamamen yabancı veya idare adına irade açıklamaya yetkisi olmayan yani bir başka ifade ile idare içinde karar alma yetkisi olmayan²⁶³ kişilerin yaptığı işlemler ise yetki gasbına örnek teşkil eder²⁶⁴. Herhangi bir resmi sıfatı olmayan kişinin idare adına irade açıklamasının normal şartlar altında gerçekleşmesi zordur²⁶⁵. Fakat resmi sıfatın sona ermesi halleri, örneğin görev süresi dolan rektörün toplantıya çağırıldığı senatonun almış olduğu kararda²⁶⁶ olduğu gibi, somut hayatta yetki gasbına vücut verebilmektedir²⁶⁷. Danıştay da 2007 tarihli bir kararında bir özel hukuk tüzel kişinin kamulaştırma kararı alması ya da görev süresi sona eren bir kamu görevlisinin görevden ayrıldıktan sonra işlem tesis etmesi hallerini yetki gasbına örnek olarak göstermiştir²⁶⁸. Bu şekilde ortaya çıkan kararlar idareye yüklenemeyeceği için hukuk alanında hiç doğmamış sayılır ve fonksiyon gasbında olduğu gibi yok hükmünde kabul edilirler²⁶⁹.

İdare adına karar alma yetkisi bulunan bir makam ya da organın, başka bir idari makam ya da organın görev alanındaki bir konuda karar alması durumunda ise yetki tecavüzü ortaya çıkar²⁷⁰. Yetki ve fonksiyon gasbından farklı olarak, böyle bir karar yok

²⁶⁰ Gözler (2009), s. 810 – 811. Yazar ayrıca yargı organının da idare alanına müdahale ettiği hallerde fonksiyon gasbı ortaya çıkacağını ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 814.

²⁶¹ Günday (2011), s. 142; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 389. Gözler her fonksiyon gasbı halinde yokluk müeyyidesinin uygulanamayacağını kimi hallerde de idarenin yapmış olduğu işlemlerin iptal edilmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 814.

²⁶² Danıştay 7. Dairesinin 2.4.2009 tarih ve 2007/6465 Esas ve 2009/1777 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

²⁶³ Kalabalık (2014), s. 350; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 389.

²⁶⁴ Yaşar (2013), s. 304; Günday (2011), s. 142.

²⁶⁵ Gözler (2009), s. 816.

²⁶⁶ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 389.

²⁶⁷ Gözler resmi sıfatın tamamıyla yokluğu ile resmi sıfatın sona ermesi hallerini ayrı ayrı incelemekte ve ilkinin yokluk ikincisinin ise iptal müeyyidesine tabi olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 816 – 817.

²⁶⁸ Danıştay İdari Davalar Genel Kurulunun 4.10.2007 tarih ve 2007/265 Esas ve 2007/1819 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

²⁶⁹ Günday (2011), s. 142.

²⁷⁰ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 390.

hükmünde sayılmaz, zira hukuk aleminde doğmuştur ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanır ancak hukuka aykırılığı ileri sürülerek iptali istenebilir²⁷¹. Örneğin, merkezi idarenin yetkili olduğu bir konuda yerinden yönetim kuruluşunun yaptığı işlemde, vesayet makamının vesayete tabi makam yerine geçerek yaptığı işlemde ya da astın üstün görev alanına giren bir konuda işlem yapması hallerinde yetki tecavüzü söz konusudur²⁷². Danıştay da 2001 tarihli bir kararında okul müdürü ya da Milli Eğitim Müdür yardımcısı yoksa şube müdürü tarafından verilmesi gereken aylıktan kesme disiplin cezasının İl Milli Eğitim Müdürü tarafından verilmesini yetki tecavüzü olarak nitelendiren ilk derece mahkemesi kararını; İl Milli Eğitim Müdürünün, davacı öğretmenin ilk disiplin amiri sıfatına haiz olması sebebiyle yetkisizliğinin söz konusu olmadığı gerekçesiyle bozmuştur²⁷³.

Son olarak yetki tecavüzündeki hukuka aykırılık idari işbölümü esaslarına tamamen aykırıysa²⁷⁴ ya da uzman olmayan bir kişi tarafından dahi hemen anlaşılacak nitelikteyse²⁷⁵ artık burada açık ve bariz yetki tecavüzü olduğu kabul edilmektedir. Bir idari işlemin yetki unsurunda sakatlığın açık ve bariz yetki tecavüzü olmasının en önemli sonucu, uygulanacak müeyyidenin yetki tecavüzünde olduğu gibi iptal değil yok hükmünde sayılma olmasıdır²⁷⁶.

3.2. Şekil Unsuru

Doktrinde şekil unsuru kimi zaman usulü de kapsayacak şekilde²⁷⁷, kimi zaman şekil ve usul başlığında beraber olarak²⁷⁸, kimi zaman da sadece usul unsuru tamamen ayrı bir başlık altında incelenmek suretiyle sadece şekil olarak²⁷⁹ incelenmektedir. Biz de

²⁷¹ Günday (2011), s. 142 – 143.

²⁷² Gözler (2009), s. 819 – 821.

²⁷³ Danıştay 12. Dairesinin 8.2.2001 tarih ve 1999/3488 Esas ve 2001/392 Karar sayılı kararı.

²⁷⁴ Kalabalık (2014), s. 350; Günday (2011), s. 143.

²⁷⁵ Gözler (2009), s. 828.

²⁷⁶ Günday (2011), s. 143; Gözler (2009), s. 828.

²⁷⁷ Yıldırım ve Avcı (2015), s. 166; Çağlayan (2015), s. 475; Yayla (2010), s. 122 – 130; Günday (2011), s. 143 – 150.

²⁷⁸ Yaşar (2013), s. 305; Memiş (2014), s. 242; Kalabalık (2014), s. 350. İdari işlemlerin oluşumunun bağlı olduğu usul ve şekil kurallarının tümüne yargısal olmayan idari usul adı verilmektedir. Bkz. Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 390 – 411.

²⁷⁹ Gözler (2009), s. 828 – 829.

burada 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu²⁸⁰ ve doktrinadaki genel görüşe paralel olarak usul unsurunu şekil unsurunun içerisinde inceleyeceğiz. Bu bağlamda şekil (biçim), hem idari işlemin hukuk aleminde gözükmeye gereken düzeni hem de yöntem kavramını kapsar²⁸¹. Bir başka ifade ile şekil idari işlemin özünü oluşturan iradenin dış dünyaya yansımalarının maddi biçimi ve idari işlemin yapılmasında izlenen usulü ifade eder²⁸².

Daha önce de belirtildiği üzere idari işlem kuşkusuz bir hukuki işlemdir, fakat özel hukuk işlemlerinden çeşitli farklılıklar gösterir. İşte bu farklılardan biri de yapılan işlemin şekli noktasında ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki özel hukuk işlemleri kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde²⁸³ de bu husus ifade edilmiştir. Bu serbestliğin altında kişilerin kendi çıkarlarını gözetebilecekleri düşüncesi yatmaktadır²⁸⁴. Kural şekil serbestisi olmakla beraber ölüncüye kadar bakma sözleşmesi²⁸⁵, kefalet sözleşmesi²⁸⁶ ya da evlenme sözleşmesi gibi istisnaları mevcuttur²⁸⁷.

İdare hukukunda ise denetlenebilirliği sağlamak, idareyi işlemi yaparken düşünmeye itmek, idare edilenlerin haklarını korumak gibi düşüncelerle, idari işlemler çeşitli şekil şartlarına tabi kılınmıştır²⁸⁸. GÜNDAY'ın belirttiği üzere, Almanya ve İsviçre gibi ülkelerde tüm idari işlemlerin tabi olacağı şekil ve usul kurallarını düzenleyen genel bir

²⁸⁰ 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 2/1-a: “İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları.”

²⁸¹ Giritli vd. (2013), s. 1272.

²⁸² Günday (2011), s. 144.

²⁸³ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 12: “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiç bir şekle bağlı değildir.”

²⁸⁴ Günday (2011), s. 143.

²⁸⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 612: “Ölüncüye kadar bakma sözleşmesi, mirasçı atanmasını içermese bile, miras sözleşmesi şeklinde yapılmadıkça geçerli olmaz.

Sözleşme, Devletçe tanınmış bir bakım kurumu tarafından yetkili makamların belirlediği koşullara uyularak yapılmışsa, geçerliliği için yazılı şekil yeterlidir.”

²⁸⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 583/1: “Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.”

²⁸⁷ M. K. Oğuzman ve T. Öz (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 143 – 144.

²⁸⁸ Gözler (2009), s. 830; Günday (2011), s. 143.

idari usul kanunu bulunmasına karşın ülkemizde böyle bir kanun yoktur²⁸⁹. İdarenin faaliyet alanının genişliği ve değişkenliği bu şekilde bir yasal düzenlemeyi güçleştirmektedir²⁹⁰.

İdari işlemin şekil şartları dendiğinde ilk olarak akla yazılılık şartı gelir. İdari işlemler kural olarak yazılı şekle tabidir²⁹¹. Bir başka ifadeyle idari işlemin özünü oluşturan iradenin yazılı bir şekilde maddi dünyaya yansıtılması gerekmektedir²⁹². Anayasa'nın 125. maddesinde²⁹³, idari işlemlere karşı dava açma süresinin yazılı bildirimden başlayacağı öngörülerek dolaylı da olsa yazılılık kuralı kabul edilmiştir²⁹⁴. Kural yazılı şekil olmakla birlikte, bu kuralın bir takım istisnaları mevcuttur. Özellikle kolluk yetkilerinin kullanılması çerçevesinde acele hallerde yazılı olmayan kararlar alınabilmektedir²⁹⁵. Benzer şekilde zımni ret ve zımni kabul kararları da mahiyetleri gereği yazısızdır²⁹⁶. Yazılılık kuralı kapsamında bir idari işlemin metninde irade açıklaması ve imza bulunmak zorundadır²⁹⁷. Devlet işlemlerinde başvuru yolları ve süresinin belirtilmesi zorunluluğunu getiren, Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrası²⁹⁸ ise bu noktada bir şekil şartı olarak kabul edilmemektedir²⁹⁹. Zira ilgili hükmün gayesi, gerekçesinde de belirtildiği gibi, ilgililerin idare ve yargı mercileri önünde haklarını aramalarında kolaylık sağlamaktır³⁰⁰.

²⁸⁹ Günday (2011), s. 144.

²⁹⁰ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 391.

²⁹¹ Yıldırım ve Avcı (2015), s. 167; Günday (2011), s. 144; Gözler (2009), s. 830.

²⁹² Günday (2011), s. 144.

²⁹³ 1982 Anayasası md. 125/3: "İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar."

²⁹⁴ Çağlayan (2015), s. 476; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 395; Gözler (2009), s. 830; Günday (2011), s. 144. Yine Anayasa'nın 74, 40 ve 137. maddelerinden de yazılılık kuralı çıkarılmaktadır. Bkz. Yayla (2010), s. 122.

²⁹⁵ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 395; Günday (2011), s. 145; Gözler (2009), s. 145. Yazılı şeklin zorunlu olmadığı başka örnekler için Bkz. Akyılmaz vd. (2015), s. 421 – 422. Sözlü olarak yapılabilen işlemlerden mümkün olanların daha sonra yazıya geçirilmesi gerektiğine dair görüş için bkz. Özay (2002), s. 373.

²⁹⁶ Çağlayan (2015), s. 476 – 477; Gözler (2009), s. 831; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 397.

²⁹⁷ Memiş (2014), s. 243; Muhatabın adı, işlemin tarihi ve yeri, hukuki dayanakları ve gerekçesi ise ihtiyari unsurlardır. Bu unsurların detaylı açıklaması için bkz. Gözler (2009), s. 831 – 846.

²⁹⁸ 1982 Anayasası md. 40/2: "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." Gözler madde metninde devlet işlemleri kavramının kullanılmasını, yasama ve yargı işlemleri ile tüm idari işlemleri kapsama alması sebebiyle lüzumsuz bir külfet getirdiği gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 837 – 838.

²⁹⁹ Günday (2011), s. 144; Gözler (2009), s. 838.

³⁰⁰ Günday (2011), s. 144.

Gerekçe, idari işlemin yapılmasına yol açan hukuki ve maddi sebeplerin tam ve açık açıklamasını içeren bir metin veya metin parçasıdır³⁰¹. Ülkemizde idari işlem ve kararların gerekçeli olarak yazılmaları bir şekil şartı olarak kabul edilmemektedir³⁰². Zira ne Anayasa’da ne de diğer kanunlarda, idareye gerekçe yükümlülüğü getiren bir genel hüküm bulunmamaktadır³⁰³. Fakat Danıştay’ın kanunla böyle bir yükümlülük olmayan hallerde dahi gerekçe şartını aradığı görülmektedir³⁰⁴. Bununla birlikte; 2954 sayılı Türk Radyo ve Televizyon Kanunu’nun 13. maddesi³⁰⁵ ya da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 39. maddesi³⁰⁶ gibi düzenlemelerle belirli işlemler için idareye gerekçe zorunluluğu getirilmiştir³⁰⁷. İşte bu gibi işlemlerde idare gerekçe belirtmediği takdirde şekil unsurunda hukuka aykırılık ortaya çıkacaktır³⁰⁸. Ayrıca idarenin; belirsiz kavramlara dayanarak yaptığı işlemlerde bu belirsiz kavramı gerekçe göstermesi, soyut iddiaları gerekçe göstermesi, şüpheye dayanarak işlem tesis ettiğinde bunları gerekçe göstermesi, istihbari nitelikteki bilgileri gerekçe göstermesi ile açık, kesin bilgi ve belgeler olmaksızın kanaate dayalı gerekçe göstermesi, hiç gerekçe göstermediği anlamına gelir³⁰⁹.

Bazı idari işlemlerin yapılabilmesi için, işlemi yapmaya yetkili makamın bir başka makamın önerisini alması gerekmektedir ki, işte bu durumda teklif usulü söz konusu

³⁰¹ Gözler (2009), s. 839.

³⁰² Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 399; Günday (2011), s. 145.

³⁰³ Genel İdari Usul Kanunu Tasarısının 33. maddesinde ise “Her idari işlem gerekçeli olmak zorundadır. İlgiliye tebliğ edilen işlem metninde, idarenin o işlemi yapmasını gerektiren maddi ve hukuki sebepler açık ve anlaşılabilir şekilde yer alır.” düzenlemesi yer almaktadır.

³⁰⁴ “Ancak, idari yaptırım niteliğindeki işlemlerde, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan, onlara müdahale niteliği taşıyan işlemlerde ve verilmiş bir hakkı, izni veya yetkiyi geri alan işlemlerde bu işlemlerin idare edilenler yönünden ağır sonuçlar doğuracağı hususu dikkate alındığında, idarenin gerekçe yükümlülüğüne uyması gerekmektedir.” Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 21.4.2011 tarih ve 2007/1800 Esas ve 2011/267 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

³⁰⁵ 2954 sayılı Türk Radyo ve Televizyon Kanunu md. 13/3: “Genel Müdür, milli güvenliğin ve kamu düzeninin gerekli kıldığı, Devlet memuru olma niteliğini yitirdiği, ağır hizmet kusuru işlediği veya tarafsızlığın ihlal edildiği hallerde, bu hallerin gerekçeli olarak belirtilmesi suretiyle ve Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulunun teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile görevden alınır.”

³⁰⁶ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu md. 39: “İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir.”

³⁰⁷ Başka örnekler için bkz. Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 399 – 400.

³⁰⁸ Çağlayan (2015), s. 478; Günday (2011), s. 145; Gözler (2009), s. 842.

³⁰⁹ Akyılmaz (2000), s. 211 – 212.

olur³¹⁰. Örneğin 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 6. maddesi³¹¹ gereğince valiliğe, İçişleri Bakanlığı'nın önerisi ile; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 23. maddesi³¹² gereğince yardımcı doçentlik kadrosuna da fakülte dekanının önerisi ile atama yapılır³¹³. Bu şekilde teklif usulünün kanunda öngörüldüğü hallerde teklif alınmadan ya da alınan teklife aykırı olarak yapılan işlemler şekil – usul yönünden hukuka aykırı olacaktır³¹⁴. Fakat yetkili makam, işlemi aldığı teklif yönünde yapmak istemiyorsa yapmaktan vazgeçebilir³¹⁵.

Benzer şekilde bazı idari işlemlerin yapılabilmesi için, işlemi yapacak olan makamın bir başka makamın görüşünü alması gerekir³¹⁶; buna da danışma usulü adı verilmektedir. Danışma usulü üç farklı şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak; ihtiyari danışma halinde, danışmanın usulü kanunda düzenlenmiş; fakat danışmaya başvurulması konusunda bir mecburiyet öngörülmemiştir³¹⁷. İdare bu şekilde isteğe bağlı olarak aldığı danışma görüşüne uygun karar vermek zorunda değildir³¹⁸. İkinci olarak, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 27. maddesi³¹⁹ gereğince genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin mali konuları düzenlemek üzere yapacakları yönetmelik ve yönetmelik niteliğindeki işlemlerde Sayıştay görüşünü almaları gerektiği örneğinde olduğu gibi; idare zorunlu danışma usulü öngörülen hallerde başka bir idari makamdan görüş almak zorundadır³²⁰. İdare burada da aldığı görüşe uygun olarak işlemi tesis etmek zorunda değildir, kendi tasarısındaki haliyle işlemi yapabilir ya da yapmaktan vazgeçebilir³²¹. Fakat kanunda

³¹⁰ Günday (2011), s. 146.

³¹¹ 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu md. 6: “Valiler, İçişleri Bakanlığının inhası, Bakanlar Kurulunun kararı ve Cumhurbaşkanının tasdiki ile tayin olunurlar.”

³¹² 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu md. 23: “Bir üniversite biriminde açık bulunan yardımcı doçentlik, isteklilerin başvurması için rektörlükçe ilan edilir. Fakültelerde ve fakültelelere bağlı kuruluşlarda dekan, rektörlüğe bağlı enstitü ve yüksekokullarda müdürler; biri o birimin yöneticisi, biri de o üniversite dışından olmak üzere üç profesör veya doçent tespit ederek bunlardan adayların her biri hakkında yazılı mütalaa isterler. Dekan veya ilgili müdür kendi yönetim kurullarının görüşünü de aldıktan sonra önerilerini rektöre sunar. Atama, rektör tarafından yapılır.”

³¹³ Gözler (2009), s. 855; Günday (2011), s. 146.

³¹⁴ Günday (2011), s. 146.

³¹⁵ Kalabalık (2014), s. 355; Gözler (2009), s. 856.

³¹⁶ Fransız Danıştay danışmanın; etkili ve samimi, düzgün ve tarafsız olması gerektiğini kabul etmektedir. Bu ilkelerin açıklaması için bkz. Gözler (2009), s. 858.

³¹⁷ Memiş (2014), s. 246; Gözler (2009), s. 859.

³¹⁸ Gözler (2009), s. 860.

³¹⁹ 6085 sayılı Sayıştay Kanunu md. 27/4: “Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerince mali konularda düzenlenecek yönetmelikler ile yönetmelik niteliğindeki düzenleyici işlemler, Sayıştayın istişari görüşü alınarak yürürlüğe konulur.”

³²⁰ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 406.

³²¹ Gözler (2009), s. 861 – 863.

görüş alması yönünde bir düzenleme olmasına rağmen, görüş alınmadan yapılan işlemler şekil – usul unsuru açısından hukuka aykırılık teşkil edecektir³²². Son olarak; alınacak görüşün hem zorunlu hem de bağlayıcı olduğu danışma usulüne uygun görüş adı verilmektedir³²³. Örneğin 3046 sayılı Kanun’un geçici 2. maddesine³²⁴ göre döner sermaye işletmesi kurabilmek için Sayıştay’ın olumlu görüşünün alınması gerekmektedir³²⁵. Zorunlu danışma usulünde olduğu gibi, idare gerekli görüşü almadan işlemi tesis ederse hukuka aykırı olacağı gibi; bu sefer farklı olarak, idare aldığı görüşe uygun olarak işlemi tesis etmediğinde yine işlem şekil – usul açısından hukuka aykırılık teşkil edecektir³²⁶. Fakat zorunlu danışmada olduğu gibi, idare aldığı görüş doğrultusunda işlemi yapmak istemiyorsa, işlemi yapmaktan tamamen vazgeçebilir³²⁷.

Kurul halinde alınması gereken kararlarda, kurulun usulüne uygun olarak toplanıp, müzakere edip oylama ile karara ulaşması gerekir³²⁸. Dolayısıyla görüşme yapmadan elden imza toplamak suretiyle alınan karar şekil yönünden hukuka aykırılık teşkil eder³²⁹. Benzer şekilde iradelerin belli bir sıra izlenerek açıklanması gerektiği karma işlemlerde, bu sıraya uyulmadığı takdirde hukuka aykırılık doğacaktır³³⁰.

Ülkemizde kural olarak, bir idari karar alınmadan önce ilgisinin savunma ve görüşünün alınması gibi bir mecburiyet söz konusu değildir³³¹. İdarenin bir karar almadan önce, kararın muhatabı olan kişinin bu konudaki itirazlarını almak zorunda olması haline çelişme usulü adı verilmektedir³³². Mevzuatımızda çelişme usulüne ilişkin

³²² Günday (2011), s. 147.

³²³ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 406.

³²⁴ 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş Ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle 13/12/1983 Gün Ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş Ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması Ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun geçici md. 2: “Bu Kanunun 40’ncü maddesinde belirtilen genel hükümlere ilişkin düzenleme yapıncaya kadar, döner sermaye işletmeleri, ilgili bakanlığın teklifi, Maliye ve Gümrük Bakanlığının ve Sayıştayın olumlu görüşü alındıktan sonra teklifi yapan Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.”

³²⁵ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 406.

³²⁶ Günday (2011), s. 147.

³²⁷ Gözler (2009), s. 862.

³²⁸ Çağlayan (2015), s. 485; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 407.

³²⁹ H. Bilgin (2008). İdari işlemin şekil unsuru. *Adalet Dergisi*, 31, s. 203. Günday (2011), s. 147.

³³⁰ Günday (2011), s. 147.

³³¹ Günday (2011), s. 147. Özay bir temel hak niteliğinde olan savunma hakkının, idare önünde de baştan kabulünün hukukta genel bir ilke olarak benimsenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Özay (2002), s. 414.

³³² Gözler (2009), s. 863.

genel bir düzenleme bulunmamakla beraber³³³ Danıştay'ın kararları ilgisine savunma hakkı tanınması gerektiği yönündedir³³⁴. Savunma hakkı ile ilgili temel düzenleme memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının üyelerine savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilemeyeceğini öngören Anayasa'nın 129. maddesinin 2. fıkrasıdır³³⁵. Anayasa'nın ilgili düzenlemesinin mevzuata yansması da devlet memuruna savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceğini düzenleyen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 130. maddesidir³³⁶. Çelişme usulünün uygulandığı bir diğer hal de, bağımsız idari otoritelerin karar alma süreçleridir³³⁷. Örneğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a göre, Rekabet Kurumu tarafından verilecek idari yaptırım kararlarının verilmesinden önce ilgisinin savunmasının alınması öngörülmüştür³³⁸. İşte bu şekilde kanunun çelişme usulüne yer verdiği hallerde ilgilinin savunmasının alınmaması, savunma için süre verilmemesi ya da savunma konusunun açıkça bildirilmemesi yapılacak olan idari işlemin usul yönünden hukuka aykırı olmasına sebep olacaktır³³⁹.

Daha önce yetki kurallarının bir istisnası olarak yetki paralelliği ilkesinden bahsetmiştik³⁴⁰. Benzer biçimde içtihatla getirilmiş olan şekil ve usulde paralellik ilkesi gereğince, kanunda aksine düzenleme bulunmadıkça bir idari işlemin yapılması sırasında izlenen şekil kurallarına o işlemin kaldırılmasında, değiştirilmesinde ve düzeltilmesinde de uyulması gerekir³⁴¹. Fakat kanun aksini öngörmüşse, ihtiyari bir usule başvurulmuşsa ya da mahkeme kararının yerine getirilmesinde şekil ve usulde

³³³ Akyılmaz dinlenilme hakkının, idari usul kanunu bulunan ülkelerin tamamında önemli bir usul hakkı olarak düzenlendiğini ifade etmektedir. Bkz. Akyılmaz (2000), s.143.

³³⁴ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 402. Gözler yasal bir düzenleme bulunmadan içtihatla çelişme usulünün uygulanması düşüncesini ve Gözübüyük ve Tan'ın aktarmış olduğu Danıştay kararını eleştirmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 866 – 867.

³³⁵ 1982 Anayasası md. 129/2: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.”

³³⁶ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 130: “Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez.

Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.”

³³⁷ Gözler (2009), s. 865.

³³⁸ Günday (2011), s. 148.

³³⁹ Gözler (2009), s. 872 – 873; Günday (2011), s. 148.

³⁴⁰ Şekil ve usulde paralellik ilkesinin, yetki paralelliği ilkesi kadar katı şekilde uygulanması her zaman mümkün, gerekli hatta gerçeğe uygun olmayacaktır. Bkz. Yayla (2010), s. 129.

³⁴¹ Günday (2011), s. 149.

paralellik ilkesi uygulanmaz³⁴². Şekil ve usul paralelliği ilkesi uygulanması gerekirken uygulanmazsa, ortaya şekil – usul unsuru yönünden hukuka aykırılık çıkacaktır³⁴³.

Yukarıda sayılan belli başlı şekil – usul kurallarına uyulmaması, söz konusu idari işlemin sakatlığı sonucunu doğurur; fakat bu kurallardaki her sakatlık idari işlemin iptalini gerektirmez. Şöyle ki; söz konusu sakatlık işlemin sonucunu etkileyecek nitelikteyse, yani eğer o sakatlık olmasaydı farklı bir karar alınabilecektiye³⁴⁴ ya da ihlal edilen kural idare edilenlerin haklarını korumaya yönelik bir kurals³⁴⁵ asli sakatlık kabul edilmekte ve idari işlemin iptali gerekmektedir³⁴⁶. Bunların dışında kalan sakatlıklar ise örneğin; karar üzerinde etkisiz sakatlıklar, gösterici nitelikteki sürelerle uyulmaması ya da bağlı yetki hallerinde usul kurallarına uyulmaması tali sakatlık olarak nitelendirilir ve sırf bu gerekçeyle işlemin iptalini gerektirmez³⁴⁷. Burada hemen belirtmek gerekir ki söz konusu ayırım için objektif bir kriter ileri sürmek mümkün değildir, yargı organları önlerine gelen olayın niteliklerine göre karar verirler³⁴⁸. Bazı istisnai hallerde şekil – usul kurallarındaki hukuka aykırılığın sonradan giderilebileceği kabul edilmektedir³⁴⁹.

3.3. Sebep Unsuru

İdari işlemlerin özel hukuk işlemlerinden ayrıldığı noktalardan bir diğeri de işlemin sebebidir. Kural olarak, özel hukuk işlemlerinde işlemin hangi sebebe dayandığı ya da

³⁴² Kalabalık (2014), s. 358; Gözler (2009), s. 880 – 887.

³⁴³ Günday (2011), s. 149.

³⁴⁴ Giritli vd. (2013), s. 1273; Günday (2011), s. 149 -150.

³⁴⁵ Gözler (2009), s. 890.

³⁴⁶ “Disiplin işlemlerinde savunmanın alınmaması, savunma için tanınan sürenin mevzuatta öngörülenden az olması, işlem dosyasındaki bilgilerin ilgiliye iletilmemesi, şekil ve usul paralelliğine aykırı işlem tesis edilmesi, sınav jürilerinde yakın akrabasının bulunması, toplantı ve karar yeter sayısına uyulmadan alınmış kararlar, yasada öngörülen şekilde yapılmayan işlemler, asli nitelikteki şekil ve usul noksanlığına örnek olarak gösterilebilir.” Bkz. Bilgin (2008), s. 208. Bazen kanunda, tüzükte ya da yönetmelikte belli bir usul öngörülmemesine rağmen, idare o güne kadar uygulanagelen ve gelenekselleşen kurala uygun davranmak zorunda olabilir. Danıştay 10. Dairesinin 15.10.1991 tarih ve 1990/4229 Esas ve 1991/2855 Karar sayılı kararından aktaran Yayla (2010), s. 126.

³⁴⁷ Gözler (2009), s. 890 – 891.

³⁴⁸ Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 410.

³⁴⁹ Çağlayan (2015), s. 487. Günday, asli şekil noksanlıklarının sonradan giderilemeyeceği, tali noksanlıkların ise sonradan giderilebileceği ve kararın ilk alındığı tarihte alınmış sayılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Günday (2011), s. 150. Aynı yönde görüş için bkz. Akıncı vd. (2013), s. 273; Kalabalık (2014), s. 359. Gözler ise; kural olarak usul sakatlıklarının sonradan giderilmesinin mümkün olmadığını ancak, maddi – teknik nitelikteki sakatlıkların sonradan giderilebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 892.

herhangi bir sebebe dayanmaması önem arz etmez³⁵⁰. Oysa idari işlemler önceden belirlenmiş, nesnel ve kanıtlanabilir bir sebebe dayanmak zorundadır³⁵¹. Bu bağlamda bir idari işlemin sebebi, işlemde önce gelen ve idareyi o işlemi yapmaya sevk eden ve nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bir etkidir³⁵². İdari işlemlerin bir sebebe dayanması gerekliliğinin altında, kamu yararı amacı gütmeye zorunlulukları yatmaktadır³⁵³.

İdareyi işlem yapmaya iten sebep maddi bir olay olabileceği gibi o işlemde önce yapılmış bir hukuki işlem de olabilir³⁵⁴. Örneğin görevi sırasında amirine sözle saygısızlık eden memura, Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi³⁵⁵ gereğince aylıktan kesme disiplin cezası verilmesinde; memurun sözle saygısızlık etmesi, aylıktan kesme idari işleminin sebebi olan maddi olaydır. Hakkında görevden uzaklaştırma kararı verilen memura bu süre zarfında aylıklarının üçte ikisinin ödenmesinde ise; işlemin sebebi önceden yapılmış olan görevden uzaklaştırma hukuki işlemidir³⁵⁶. Burada belirtmek gerekir ki bir idari işlemin sebebinin bir başka idari işlem olduğu hallerde; sebep teşkil eden ilk işlem süresi içinde dava açılmadığı için kesinleşmiş olsa da, ikinci işleme karşı açılan davada mahkeme ilk işlemin hukuka aykırılığı sebebiyle ikinci işlemin sebep unsurundaki hukuka aykırılık gerekçesiyle işlemi iptal edebilir³⁵⁷. Fakat bu halde dayanak teşkil eden ilk idari işlemin mahkemece iptali değil; ancak hukuka aykırılığın tespiti söz konusudur³⁵⁸.

³⁵⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinde de bu husus gözlenmektedir. "Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir."

³⁵¹ Akyılmaz vd. (2015), s. 425; Giritli vd. (2013), s. 1258. "İdarenin sebepsiz hiçbir davranışı olamaz ve bütün davranışlarının her sebebi de mutlaka hukuka uygun olmak zorundadır." Bkz. Özay (2002), s. 322. İdarenin ve hatta daha genel olarak devletin, tüm işlemlerinin bilinen ve belirli bir sebebe dayanması gerekir. Bkz. Giritli (1957), s. 30. Sebepsiz idari işlemler de olabileceği görüşü için Bkz. Onar (1966), s. 298.

³⁵² Günday (2011), s. 152.

³⁵³ Kalabalık (2014), s. 362; Günday (2011), s. 153.

³⁵⁴ Çağlayan (2015), s. 488; Gözler (2009), s. 894.

³⁵⁵ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md 125/C: "Aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:...

e) Görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek..."

³⁵⁶ Çağlayan (2015), s. 488.

³⁵⁷ Gözler (2009), s. 894 – 895.

³⁵⁸ Giritli vd. (2013), s. 1262. "Bir idari işlemin 'sebebe unsuru', işlemin tesisinin dayanağı olan mevzuatta önceden belirlenen ve idareyi işlem tesis etmeye zorlayan maddi ve hukuki sebeplerdir. Bir idari işlemin diğer işlemin sebebe unsuru olması durumunda ikinci işlemin hukuki denetimi yapılırken, bu işlemin sebebe unsurunu oluşturan birinci işlemle ilgili olarak hüküm tesis edilmeden hukukilik denetimi yapılması

Bir idari işlemin sebebi kanunda açık bir biçimde yazabilir, belirsiz kavramlarla ifade edilebilir ya da hiç belirtilmeyebilir. Yukarıda verilen örnekte memura aylıktan kesme disiplin cezası verilmesi idari işlemi için gerekli olan sebep, yani memurun görevi sırasında amirine sözle saygısızlık etmesi kanunda açıkça belirtilmiştir. Sebebin böyle kanunda açık bir şekilde ifade edildiği hallerde, idare sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemelidir³⁵⁹. Bu sebep hem gerçekleşmiş olmalı hem de kanunda belirtilen şartları taşımalıdır³⁶⁰. Aksi halde yapılan işlemler sebep unsuru yönünden hukuka aykırılık teşkil edecektir³⁶¹.

Bazen de bir idari işlemin sebebi kanunda; kamu düzeni, milli güvenlik, genel ahlak, görülen lüzum ya da ihtiyaç halinde gibi belirsiz kavramlarla gösterilmiş olabilir³⁶². Bu kavramların kapsamlarının net olarak tespiti imkansız ise de, uygulana uygulana kazanmış oldukları ve toplumun bunlara atfettiği belli ve objektif anlamlar mevcuttur³⁶³. Dolayısıyla bu hallerde de idare sebep olarak belli ve somut olaylara dayanmalı, ayrıca bu dayandığı olay kanunda gösterilen sebebin kapsamına girebilecek nitelikte olmalıdır³⁶⁴. Aksi halde yapılacak işlem sebep unsuru açısından hukuka aykırı olacaktır. Söz gelimi, ilgilinin medeni halindeki değişikliği idareye bildirmemesi dolayısıyla siyasi güvenliği ihlal ettiği gerekçesi ile 5683 sayılı kanunun 19. maddesi gereğince sınır dışı edilmesine yönelik işlem Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir³⁶⁵. Fakat söz konusu sebebin kanunda gösterilen sebebin kapsamına girip girmediği objektif olarak belirlenemiyorsa, idarenin takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilerek yaptığı nitelendirmenin hukukiliğinin tartışılmaması gerekir³⁶⁶.

mümkündür.” Danıştay 11. Dairesinin 30.4.2010 tarih ve 2008/15126 Esas ve 2010/3656 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

³⁵⁹ Giritli vd. (2013), s. 1263.

³⁶⁰ Gözler (2009), s. 896.

³⁶¹ Günay (2011), s. 154.

³⁶² Atay (2014), s. 502.

³⁶³ Akyılmaz vd. (2015), s. 427; Günay (2011), s. 155.

³⁶⁴ Gözler (2009), s. 897; Günay (2011), s. 155, Atay (2014), s. 502.

³⁶⁵ “...davacının medeni halindeki değişikliği bildirmemiş olması siyasi emniyetimizi haleldar etmediğine göre, kendisinin sınır dışı edilmesi yolundaki işlemde isabet görülmediği...” Danıştay 12. Dairesinin 23.10.1970 tarih ve 1969/2163 Esas ve 1970/2110 Karar sayılı kararından aktaran Günay (2011), s. 156.

³⁶⁶ Günay (2011), s. 156.

Son olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesinde³⁶⁷ olduğu gibi, idareye sebep belirtmeksizin işlem yapma yetkisi tanınmış olabilir³⁶⁸. İşte idare bu halde de mevcut bir sebebe dayanmalı ve bu sebep kamu yararına yönelik olmalıdır³⁶⁹. Danıştay da 2011 tarihli bir kararında, yasada işlemin sebebi açık olarak belirtilmese de işlemin sebebinin genel hukuk kurallarına ve ilgili işlemle ulaşılmak istenen sonuca uygun olması gerektiğini ifade etmiştir³⁷⁰. Şüphesiz bu durumda idareye geniş bir takdir yetkisi³⁷¹ tanınmıştır, fakat bu yetki sınırsız değildir. Zira Danıştay'ın da belirttiği üzere takdir yetkisinin kullanımı mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlıdır³⁷². İdarenin gösterdiği sebebin mevcut olmaması, hukuki nitelendirmesinde hataya düşülmesi ya da sebep ile konu arasında ölçsüzlük bulunması hallerinde idari işlem sebep unsuru açısından hukuka aykırı olacaktır³⁷³.

3.4. Konu Unsuru

Bir idari işlemin konusu, doğurduğu hukuki sonuç³⁷⁴, yani hukuk alanında meydana getirdiği değişikliktir³⁷⁵. Örneğin bir memur hakkında görevden uzaklaştırma kararı verilmesinin konusu, memurun görevden uzaklaştırılmasıdır ya da 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesi gereğince yapılacak idari işlemin konusu, memurun hizmet gördüğü kurum içinde başka yere veya göreve naklen atanmasıdır³⁷⁶. İdari işlemlerin de özel hukuk işlemleri gibi konusu imkansız olmamalı, hukuka aykırı

³⁶⁷ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 76/1: "Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler."

³⁶⁸ Atay (2014), s. 502.

³⁶⁹ Günday (2011), s. 156 – 157; Gözler (2009), s. 900 – 901; Atay (2014), s. 502 – 503.

³⁷⁰ Danıştay 4. Dairesinin 13.10.2011 tarih ve 2008/7216 Esas ve 2011/7431 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

³⁷¹ Gözler; takdir yetkisinin idari işlemin ancak konu unsurunda bulunabileceğini ve yargısal denetiminin mümkün olmadığını, dolayısıyla idarenin bu noktada takdir yetkisine değil "değerlendirme marjı"na sahip olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 903. Doktrinde Atay da değerlendirme marjı terimini kullanmaktadır. Bkz. Atay (2014), s. 502. Fakat biz doktrindeki yaygın kullanıma uygun olarak takdir yetkisi kavramını tercih ettik. Örneğin bkz. Yayla (2010), s. 130; Akyılmaz vd. (2015), s. 428; Yıldırım ve Avcı (2015), s. 169.

³⁷² Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 9.7.1993 tarih ve 1993/297 Esas ve 1993/231 Karar sayılı kararından aktaran Gözler (2009), s. 901.

³⁷³ Atay (2014), s503. Gözler bu sayılanlara ek olarak idarenin gerçekte gizlediği bir sebebe dayanması ve sebep unsurunun eşitlik ilkesine aykırı şekilde uygulanmasından kaynaklanan hukuka aykırılıkları da incelemektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 905 – 924.

³⁷⁴ Giritli vd. (2013), s. 1275.

³⁷⁵ Gözler (2009), s. 930; Günday (2011), s. 157; Atay (2014), s. 503.

³⁷⁶ M. Avcı (2013). Türkiye'de memurları naklen atama işleminin unsurları bakımından idarenin takdir yetkisi. *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan Cilt I*, s. 606.

olmamalı ve genel ahlaka aykırı olmamalıdır³⁷⁷. Fakat konu unsurunda da diğer unsurlarda olduğu özel hukuk işlemleri ile idari işlemler arasında bir takım farklılıklar mevcuttur. Zira özel hukukta kural olarak bulunan irade serbestisi idare hukukunda mevcut değildir, bu bağlamda idare ancak konusu belirlenmiş işlemi yapıp yapmama ya da belli konulu işlemlerden birini seçme hususunda yetkili olabilir³⁷⁸. Konu unsuru ve konu unsurundaki hukuka aykırılıklar ikinci bölümde detaylı olarak inceleneceği için bu bölümde sadece genel bilgi verilmiştir.

3.5. Maksat Unsuru

Maksat³⁷⁹ (amaç, gaye) idari işlem ile ulaşılmak istenen, işlemten beklenen nihai sonuçtur³⁸⁰. Her idari işlemin bir amacı vardır³⁸¹; ki bu da kamu yararadır³⁸². Belirtmek gerekir ki, Türk hukuk düzeninde kamu yararının nerede ve ne olduğuna, nasıl somutlaştığına karar verme yetkisi, asli kural koyma yetkisine sahip olan yasama organındadır³⁸³. Bazı işlem ve kararlarda daha somut ve özel amaçlar öngörülmüş olsa da, bunlar neticede kamu yararı kavramının kapsamına girmekte ve yalnızca daha belirginleşmiş halini oluşturmaktadır³⁸⁴. Örneğin üniversitelerde ders verilmesi eğitim amacı güder; eğitimin ise kamu yararı kapsamına girdiği kuşkusuzdur. Amaç; idari işlemi yapan kişinin zihninden geçen niyet ve düşünceler olması hasebiyle psişik bir nitelik taşır ve idari işlemin sübjektif unsurudur³⁸⁵. Bu özellikleri sebebiyle de maksat unsurundaki hukuka aykırılığın kanıtlanması bir hayli güçtür³⁸⁶.

İdari işlemin amaç unsurundaki hukuka aykırılıklara yetki saptırması adı verilmektedir³⁸⁷, zira idare bu hallerde yetkilerini kullanması gereken amaçla değil bir başka amaçla kullanmaktadır³⁸⁸. Danıştay'ın ifadesi ile, “Bütün idari işlemlerin kamu

³⁷⁷ Gözler (2009), s. 931.

³⁷⁸ Günday (2011), s. 158.

³⁷⁹ Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. Sezginer (1991).

³⁸⁰ Günday (2011), s. 160; Atay (2014), s. 505.

³⁸¹ Atay (2014), s. 505.

³⁸² Giritli vd. (2013), s. 1276.

³⁸³ Özay (2002), s. 421; Yaşar (2013), s. 312.

³⁸⁴ Günday (2011), s. 160 – 161.

³⁸⁵ Özay (2002), s. 421; Gözler (2009), s. 976 – 977. Amaç unsurunun sübjektif mahiyeti hakkında bkz. Sezginer (1991), s. 5 – 14.

³⁸⁶ Atay (2014), s. 506.

³⁸⁷ Sancakdar (2012), s. 346; Atay (2014), s. 505. Yetki saptırması hakkında bkz. İ. Giritli (1957). *Türk devlet şurası içtihatlarına göre idarenin yetkisini saptırması*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.

³⁸⁸ Gözler (2009), s. 978.

yararı maksadını taşıması gerektiği tartışmasızdır. İdare işlem tesis ederken kişisel, siyasal, üçüncü kişilere yarar sağlama amacı gütmemeli, mali çıkar sağlama amacıyla yetki saptırması içinde bulunmamalıdır³⁸⁹. Yetki saptırması farklı şekillerde ortaya çıkabilir.

İlk olarak kamu yararı amacı dışında bir amaçla yapılmış işlemler amaç unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil eder. Bunun sebebi ise idareye bir takım kamusal yetkilerin verilmesinin sonucu olarak idarenin kamu yararı amacı gütmeye zorunluluğudur³⁹⁰. Kişisel amaçla, siyasal amaçla ya da üçüncü kişilerin korunması amacıyla yapılan işlemler, kamu yararı amacı gütmedikleri için amaç yönünden hukuka aykırı olacaktırlar³⁹¹. Belirtmek gerekir ki temelde kamu yararına yönelik olarak yapılmış bir işlem, bazı özel kişilere diğerlerine göre daha fazla yarar sağlasa da bu yetki saptırması kapsamına girmez³⁹².

Yukarıda bahsedildiği üzere bazı işlem ve kararlar için kanunda özel amaçlar öngörülmüş olabilir. İşte bu durumlarda, idarenin yine kamu yararı amacıyla olsa dahi belirtilen özel maksadın dışında bir maksatla yaptığı işlemlerde de yetki saptırması söz konusudur. Örneğin idarenin kamu düzenini korumak ve sağlamak amacıyla kullanabileceği kolluk yetkilerini, gelir sağlamak amacı ile kullanması yetki saptırmasıdır³⁹³. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki idarenin takdir yetkisi bulunmayan bağlı yetki hallerinde ve idarenin işlemi yaparken birden fazla maksadı varsa ve asıl

³⁸⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 27.12.2007 tarih ve 2007/939 Esas sayılı Kararı. <http://algul.av.tr/hukukibilgiler.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016).

³⁹⁰ Yayla (2010), s. 140. İdareye tanınan kamusal ayrıcalıklardan biri de kamu yararı ile özel yarar çatıştığında kamu yararının tercih edilmesidir. Fakat bazen kamu yararı bir başka kamu yararı ile çatışır ve biri “baskın”, “ağır basan” kamu yararı görülerek diğerinin önüne geçerek uygulanır. Bkz. Giritli vd. (2013), s. (1277). Gözler ise yargı organlarının, idarenin güttüğü amacı beğenmeyerek (ki bu amaç kişisel çıkara, siyasi gayeye, üçüncü kişiye fayda sağlamaya yönelik değilken ve özel amacı aşma durumu söz konusu değilken) bir başka amacı daha üstün görmek suretiyle değerlendirme yapmasını tipik bir yerindelik denetimi olarak görmekte ve eleştirmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 994 – 998.

³⁹¹ Sezginer (1991), s. 162 – 206; Atay (2014), s. 505 – 506; Günday (2011), s. 161 – 162.

³⁹² Örneğin bir çevre yolu yapılmasında, yolun kenarındaki arsalar değerlendirilmeyecek fakat buradaki asıl amaç arsa sahiplerine kar sağlamak değil trafiği önlemek olduğundan yetki saptırması yoktur. Bkz. Gözler (2009), s. 981.

³⁹³ Günday (2011), s. 162. Gözler uygulamada yetki saptırmasının en çok bu şekilde görüldüğünü ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 983.

amacı hukuka uygunsa ikincil amaçlar hukuka aykırı olsa dahi yetki saptırması vuku bulmaz³⁹⁴.

³⁹⁴ Sezginer (1991), s. 89; Demirkol (1998), s. 85; Gözler (2009), s. 985 – 987. Yayla da benzer şekilde; eğer mevzuattaki nesnel maksat hukuka uygunsa, buna eklenen hukuka aykırı öznel maksadın işlemin iptalini gerektirmeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. Yayla (2010), s. 142.

İkinci Bölüm

İdari İşlemin Konu Unsuru, Konu Unsurunda Sakatlık Halleri ve Takdir Yetkisi

1. Konu Kavramı

Konu, Osmanlıcadaki vaz (koymak) ve mevzu (konu) bağlantısına paralel olarak üretilmiş yeni Türkçe bir sözcüktür ve saded, mevzu, husus, bab anlamlarını ifade etmektedir³⁹⁵. Türk Dil Kurumu'nun güncel Türkçe sözlüğünde ise “Konuşmada, yazıda, eserde ele alınan düşünce, olay veya durum, mevzu, süje.” ve “Üzerinde konuşulan şey, bahis.” tanımları yapılmıştır³⁹⁶. Hukuk terminolojisinde ise bir işlemin konusu, doğuracağı hukuki sonucu ifade etmektedir³⁹⁷. Bir başka ifade ile hukuki işlemin konusu, hukuk düzeninde ortaya çıkardığı değişikliktir³⁹⁸. Konu işlemin özü, esasıdır³⁹⁹. Örneğin; kira sözleşmesinin konusu kiralayanın kiralanan şey üzerindeki kullanma hakkını kiracıya devretme yükümü ve kiracının da kira bedelini ödeme yükümü⁴⁰⁰, kamulaştırma işleminin konusu bir taşınmaz malın mülkiyetinin idareye geçirilmesi⁴⁰¹, belediyenin mezarlıktaki ağaçların kesilmesine ilişkin aldığı kararın konusu mezarlıktaki ağaçların kesilmesi⁴⁰², öğrencinin üniversiteye kayıt işleminin konusu öğrencinin o üniversitenin öğrencisi statüsüne kavuşması⁴⁰³, belediyenin geçici olarak bir meydanı kapatmak için aldığı kararın konusu o meydanın kapatılması⁴⁰⁴, tüm sınavlarını başarı ile geçmiş bir öğrencinin mezun olmasını sağlayan idari işlemin konusu, ilgilinin öğrencilik statüsünden çıkarılarak mezunlar statüsüne sokulmasıdır.⁴⁰⁵

2. Özel Hukukta Konu – İdare Hukukunda Konu

İdare hukuku işlemlerinin de, özel hukuk işlemlerinin de neticede hukuki işlemler olmaları sebebiyle bir takım ortak özellikleri bulunmaktadır. Fakat daha önce de ifade

³⁹⁵ www.nisanyansozluk.com (Erişim tarihi: 18.11.2015)

³⁹⁶ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 18.11.2015)

³⁹⁷ Onar (1966), s. 311; R. Yıldırım (2006). *Açıklamalı ve kaynakçalı idare hukuku kavramları sözlüğü*. Konya: Mimoza, s. 359.

³⁹⁸ A. Ş. Gözübüyük ve T. Tan (2014b). *İdare hukuku cilt II idari yargılama hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 484.

³⁹⁹ K. Yenice ve Y. Esin (1983). *Açıklamalı – içtihatlı – notlu idari yargılama usulü*. Ankara: Arısan Matbaacılık ve Ambalaj Sanayii, s. 59.

⁴⁰⁰ Günday (2011), s. 158.

⁴⁰¹ Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 484.

⁴⁰² Gözler (2009), s. 931.

⁴⁰³ Akyılmaz vd. (2015), s. 429.

⁴⁰⁴ Memiş (2014), s. 251.

⁴⁰⁵ Yıldırım (2006), s. 360.

edildiği üzere idari işlemlerin, özel hukuk işlemlerinden ayrıldığı birçok nokta söz konusudur. Bu ortak yanların ve farklılıkların konu unsurunda da çeşitli görünümüleri mevcuttur.

İlk olarak hem özel hukuk işlemlerinin hem de idari işlemlerin bir konusu vardır, dolayısıyla konu bu işlemlerin ortak unsurudur⁴⁰⁶. Ayrıca her iki işlem türünün de konusu mümkün ve meşru olmalıdır⁴⁰⁷. Bir başka ifade ile, gerek özel hukuk işlemlerinin gerekse de idari işlemlerin konusu imkansız olmamalı, hukuka aykırı olmamalı ve genel ahlaka aykırı olmamalıdır⁴⁰⁸.

Kamu hukuku ile özel hukuka hakim olan ilkelerin farklılığı dolayısıyla, idari işlemlerin konusu ve özel hukuk işlemlerinin konusu arasında çeşitli farklılıklar söz konusudur. Açıklayacak olursak; özel hukukta tarafların eşitliği esas olduğu için, irade özerkliği ve sözleşme serbestisi⁴⁰⁹ ilkeleri geçerlidir⁴¹⁰. Bu ilkelerin sonucu olarak da, kanunla gösterilen istisnalar dışında, kişi istediği kişiyle, istediği türde, istediği şekilde, istediği konu ve koşullarda sözleşme yapabilir⁴¹¹. Oysa daha önce de belirttiğimiz üzere idare hukukunda eşitlik ilkesi söz konusu değildir. İdarenin kamu yararı amacını yerine getirebilmesi için, ona özel kişiler karşısında çeşitli ayrıcalıklar sağlanmıştır buna karşın çeşitli yükümlülükler de getirilmiştir. İşte bu yükümlülüklerden biri de, idari işlemlerde hem idarenin hem de ilgililerin, işlemin konusunu değiştirme ya da istedikleri gibi belirtmeye yetkileri olmamasıdır⁴¹². Bunun sebebi ise idari işlemlerin konularının önceden kanunla objektif ve genel bir biçimde belirlenmiş olmasıdır⁴¹³. Dolayısıyla

⁴⁰⁶ Onar (1966), s. 312. İdari işlemin konusunun olması icrailik özelliği ile de yakından ilgilidir, zira konusu olmayan bir idari işlem icra edilemez.

⁴⁰⁷ H. Eroğlu (1985). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 72; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 484; Akyılmaz vd. (2015), s. 429.

⁴⁰⁸ Gözler (2009), s. 931; F. Eren (2014). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 123; Kılıçoğlu (2008), s. 55. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 27/1: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

⁴⁰⁹ “Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri kişiler ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak, Borçlar Kanununda öngörülen sözleşme özgürlüğü (akit serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) prensibi ile Anayasa (m.48) tarafından teminat altına alınmıştır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.9.2013 tarih 2012/3-1927 Esas ve 2013/1406 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

⁴¹⁰ Eren (2014), s. 16 – 19.

⁴¹¹ Kılıçoğlu (2008), s. 52 – 55; Oğuzman ve Öz (2013), s. 24 – 25. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 26: “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”

⁴¹² Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 484; Günday (2011), s. 158.

⁴¹³ Gözler (2009), s. 931.

idarenin ancak konusu belirli olan işlemi yapıp yapmama veya belli konulu işlemlerden birini seçme yetkisi mevcuttur⁴¹⁴. İşte bu farklardan dolayı idare hukuku statüter, özel hukuk ise akdi nitelik göstermektedir⁴¹⁵. Örneğin işçiyle işveren arasındaki bir iş sözleşmesinde (iş kanunlarındaki sınırlar aşılmadığı müddetçe) taraflar ücret ya da mesai saatleri gibi konuları karşılıklı olarak belirleyebilirken, idare ile memur arasındaki ilişki, kişinin önceden var olan memur statüsüne sokulmasından ibarettir yani konunun belirlenmesinde tarafların iradesi rol oynamaz⁴¹⁶. Danıştay da 2011 tarihli bir kararında bu hususları dile getirmiştir:

“İdari işlemler, idari makamlar tarafından bir kamu hizmetini yürütmek üzere kendilerine tanınan kamu gücü kullanılarak, tek yanlı iradeyle tesis edilen ve tesis edildikleri alanda bulunan kişilerin menfaatini doğrudan etkileyen, onların hak ve menfaatleri ile yükümlülüklerinde değişiklik yapan veya yenilik doğuran her türlü irade açıklamasıdır. İçtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri göz önüne alındığında, ‘bir idari bir işlemin doğuracağı hukuksal sonuca’ o işlemin konusu denir. Konusu meşru ve mümkün olması gereken idari işlemlerin doğuracağı sonuçlar, önceden yasalarla ve diğer düzenleyici işlemlerle belirtilmiştir. Bu bakımdan, idari işlemlerde ilgililerin işlemin konusunu değiştirmeye, ya da istedikleri gibi belirtmeye yetkileri yoktur.”⁴¹⁷.

3. Konu Unsurunda Sakatlık Halleri

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesi gereğince, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından birinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle idari yargı yerlerinde iptal davası açılabilir. Birinci bölümde idari işlemlerin konu dışındaki unsurlarının kısa açıklamalarını ve bunlarda ortaya çıkabilecek sakatlıkları inceledik.

⁴¹⁴ Günday (2011), s. 158.

⁴¹⁵ Onar (1966), s. 312.

⁴¹⁶ Onar (1966), s. 312 – 313.

⁴¹⁷ Danıştay 4. Dairesinin 23.05.2011 tarih ve 2009/248 Esas ve 2011/4403 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

Bu bölümde ise idari işlemlerin konu unsurunda hukuka aykırılık doğuran haller, doktrin ve yargısal içtihatlar ışığında⁴¹⁸ ortaya konmaya çalışılacaktır.

Konu yönünden hukuka aykırılık kavramı esasa yönelik hukuk kuralına aykırılık olarak da tanımlanabilir⁴¹⁹. Fransız hukukunda ise bu tür sakatlıkların, kanunun ihlali ya da daha geniş bir ifadeyle hukuk kuralının ihlali şeklinde ifade edildiği belirtilmektedir⁴²⁰. Konu unsurunun belirlenmesi kolay gözükmeyle beraber, hukuka aykırılık ve iptal edilebilme yönlerinden bakıldığında sıklıkla sebep ile karıştırılmaktadır ve ayrıca Danıştay kararlarında da konu unsuru ile konu yönünden yetkinin karıştırıldığı ifade edilmektedir⁴²¹. Burada belirtmek gerekir ki doktrinde konu unsurundaki sakatlık halleri incelenirken kullanılan standart bir başlıklandırma bulunmamaktadır.

Örneğin ATAY, ilk olarak geçmişe etkili işlemlerden bahsetmekte ardından bir üst hukuk normuna aykırılık halleri olarak; uygulanması gereken bir hukuk kuralının uygulanmaması, ilgili hukuk kuralının yanlış uygulanması ve varılması gereken sonuç yerine başka bir sonuca varılması, belli sebebe belli sonuçların bağlandığı hallerde sebep – konu bağılılığına uyumayan bir sonuç yaratılması, belli bir statü içinde bulunanlara uygulanabilecek hükümlerin bu statü dışındaki kişilere uygulanması ve işlemin üst normun yasakladığı bir sonuç içermesi durumlarını saymaktadır⁴²².

GÜNDAY ise, konunun imkansız ya da meşru olmaması, sebep ve konu unsurları arasındaki nedensellik bağının yokluğu, belli statü içindekilere uygulanabilecek hükümlerin bu statü dışındakilere uygulanması ve geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğuran kararlar alınması şeklinde dört başlık altında incelemektedir⁴²³.

⁴¹⁸ Yargı mercileri konu unsurundaki sakatlıklar sebebiyle vermiş oldukları kararlarda çoğunlukla net bir şekilde bunu ifade etmemektedirler. Fakat konu unsurundaki sakatlık halleri kanuna aykırılık, geçmişe etkili işlem yapılması ya da temel hak ve hürriyetlerin idari işlemle sınırlandırılması gibi sık karşılaşılan ve uygulama alanı geniş başlıklar içerdiğinden bir çok içtihat örneği karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde konu unsurundaki hukuka aykırılık sebebiyle iptal kararı verilen ve gerekçede bu husus vurgulanan kararlara idari yaptırımlar alanında rastlanıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Özay (2002), s. 419.

⁴¹⁹ T. Tan (2011). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 855.

⁴²⁰ K. Gözler ve G. Kaplan (2015). *İdare hukuku dersleri*. Bursa: Ekin, s. 349.

⁴²¹ Özay (2002), s. 418 – 419.

⁴²² Atay (2014), s. 503 – 505.

⁴²³ Günday (2011), s.

AKYILMAZ VD.; işlemin konusunun mümkün ve meşru olması, özel kanun – genel kanun ve yeni kanun eski kanun uygulamalarına dikkat edilmesi, işlemin konusunun mevzuata uygun olması, sebep – konu ilişkisinin kopuk olmaması, mahkeme kararının uygulanması işlemlerinin hüküm ve gerekçesiyle birlikte kararın gereklerine uygun olması, geriye yürümezlik ilkesine uyulması, ölçülülük ilkesine uyulması ve kazanılmış haklara saygılı olunması başlıkları altında konu unsurundaki hukuka aykırılıkları incelemektedir⁴²⁴.

KALABALIK konu unsurunda hukuka aykırılık hallerini; konusu mümkün ve meşru olmayan işlemler, sebep ve konu unsurları arasındaki ilişkinin kopuk olduğu işlemler ve kanuna (pozitif hukuka) aykırılık halleri (statü dışı uygulamalar nedeniyle yapılan işlemler, geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğuran işlemler, bir üst kurala aykırı konular, mahkeme kararının yerine getirilmemesi, yasak edilen konular ve yükümlülük getiren işlemler) şeklinde kategorize etmiştir⁴²⁵.

ÇAĞLAYAN da benzer şekilde; konunun imkansız olması, hukuka aykırı işlem tesis edilmesi (kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun idari işlemle düzenlenmesi, kanunun yasakladığı bir konuda işlem yapılması, üst kurala aykırı işlem yapılması, hukuk kuralının uygulama alanının genişletilmesi, kesin hükme aykırı işlem yapılması, kazanılmış hakları ihlal eden işlem tesis edilmesi, eşitlik ilkesine uyulmaması ve geriye yürümezlik kuralının ihlal edilmesi) ve sebep – konu ilişkisinde sakatlık başlıklarını kullanmaktadır⁴²⁶.

GÖZLER; konunun imkansız olması, konunun kanuna aykırı olması (pozitif ve negatif kanuna aykırılık halleri), geçmişe etkililik, sebep ile konu arasındaki illiyet bağının yokluğu ve sebep ile konu arasındaki ölçsüzlük şeklinde beş ana başlık altında incelemektedir⁴²⁷.

⁴²⁴ Akyılmaz vd. (2015), s. 429 – 433.

⁴²⁵ Kalabalık (2011), s. 170 – 172.

⁴²⁶ Çağlayan (2015), s. 497 – 503.

⁴²⁷ Gözler (2009), s. 932 – 939.

GÖZÜBÜYÜK ve TAN ise konu yönünden hukuka aykırılık hallerini; neden ve konu öğeleri arasındaki ilişki, açık sakatlıklar, yükümlülük getirme, uygulama alanını genişletme ve hukuk kuralının yanlış yorumu başlıkları altında incelemektedirler⁴²⁸.

Biz de konu unsurundaki sakatlık hallerini; konunun imkansız olması, kanuna (hukuka) aykırı işlem yapılması, geçmişe etkili işlem yapılması ve kazanılmış haklara aykırı işlemler, sebep ile konu arasındaki ilişkinin sakat olması başlıkları altında inceleyeceğiz. Burada kanuna aykırılık geniş anlamıyla hukuka aykırılık olarak ele alınacak ve bu bağlamda, yasak konularda işlem yapılması, temel hak ve hürriyetlerin idari işlemle sınırlandırılması, kanunun uygulama alanının genişletilmesi, mahkeme kararlarına uyulmaması, normlar hiyerarşisine aykırılık, hukuk kuralının yanlış yorumu, ve negatif hukuka aykırılık hallere ele alınacaktır.

3.1. Konunun İmkansız Olması

İdari işlemin konusu imkansız olmamalıdır⁴²⁹ yani bir başka ifade ile, idari işlem den beklenen sonuç gerçekleştirilebilir olmalıdır⁴³⁰. Kanaatimizce imkansızlığı özel hukuktaki gibi⁴³¹ işlemin yapıldığı andaki imkansızlık olarak değerlendirmek gerekir; zira teknolojideki ve insan hayatındaki hızlı değişimler hukuk alemine de yansımakta, bu gün için mümkün olmayan bir işlem yakın zaman içerisinde mümkün hale gelebilmektedir. Buradaki imkansızlık, fiili bir imkansızlık olabileceği gibi hukuki bir imkansızlık da olabilir⁴³². Örneğin önceden ölmüş bir kişinin memur olarak atanması halinde⁴³³ ya da olmayan bir bina için yıkım kararı alınması halinde⁴³⁴ fiili imkansızlık söz konusudur ve bu işlemler konu unsuru yönünden sakat olacaktır. Danıştay da 1999 tarihli bir kararında ölmüş bir kişiye kamulaştırma tebligatı çıkarılması ve kişinin

⁴²⁸ Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 484 – 492.

⁴²⁹ Yıldırım ve Avcı (2015), s. 172; Kalabalık (2011), s. 170; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 484; Akyılmaz vd. (2015), s. 429; Gözler (2009), s. 932; Günday (2011), s. 158; Karahanoğulları (2012), s. 495. Doktrinde imkansızlık ve meşruluk çoğunlukla birlikte incelenmektedir. Bkz. Akyılmaz vd. (2015), s. 429; Günday (2011), s. 158; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 484; Kalabalık (2014), s. 365. Ayrıca konu unsurundaki diğer sakatlıklardan farklı olarak imkansızlık ve gayrimeşruluğun yokluk yaptırımına tabi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Aydın (2014), s. 633 – 634.

⁴³⁰ Memiş (2014), s. 251; Gözler (2009), s. 932; Gürbüz (2011), s. 149.

⁴³¹ Oğuzman ve Öz (2013), s. 90.

⁴³² Çağlayan (2013), s. 394; Karahanoğulları (2012), s. 495; Gözler (2009), s. 932.

⁴³³ Günday (2011), s. 158. Derdiman ise benzer bir durumu (ölmüş bir kimsenin emekli işlemine tabi tutulması) “ilgisi kalmayan bir hususta işlem yapılması”na örnek olarak göstermektedir. Bkz. Derdiman (2010), s. 547.

⁴³⁴ Akyılmaz vd. (2015), s. 430.

malının kamulaştırılmasını hukuka aykırı bulmuştur⁴³⁵. Yönetici görevi bulunmayan bir kişiye; Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanları ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 7/g maddesi gereğince, yönetim görevinden ayırma disiplin cezası verilmesinde ise hukuki imkansızlık söz konusudur⁴³⁶. Benzer şekilde kamu görevlisi olabilme yaşına gelmemiş bir kimsenin memur olarak atanmasında⁴³⁷ veya bir kadro olmaksızın daha yüksek bir kadroya ait bir aylığın verilmesinde⁴³⁸ hukuki imkansızlık bulunmaktadır.

2007 tarihli bir Danıştay kararına konu teşkil eden olayda, Türkiye İş Kurumu Aydın il müdürlüğünde çalışan davacı, görevde yükselme sınavına girmiş ve bu sınavda başarılı olmuştur. Fakat bu sırada Anayasa Mahkemesi tarafından Türkiye İş Kurumunun tabi olduğu 617 sayılı Kanun Hükmünde Kararname iptal edilmiş ve kurum bu sebeple ilgili kişinin atama talebini zımnen reddetmiştir. Davacı atamasının geç yapıldığı sebebiyle uğramış olduğu zararların tazmini için idare mahkemesine başvurmuştur. Fakat idare mahkemesi “Türkiye İş Kurumu'nun tabi olduğu 617 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile iptal edildiği ve buna bağlı olarak kadroların da iptal edilmesi sonucu atamaların fiilen imkansız olduğu” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Temyiz incelemesinde Danıştay, kurumun ülke çapında fiilen mevcut olmasını ve faaliyetlerini gerçekleştirmeye devam etmesini gerekçe göstererek olayda bir fiili imkansızlık olmadığını ifade etmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁴³⁹.

⁴³⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 27.3.1998 tarih ve 1966/606 Esas ve 1998/163 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 01.02.2016)

⁴³⁶ “Disiplin Yönetmeliğinin 4/c maddesinde, yönetim görevinden ayırma cezasının, rektörlük, dekanlık, enstitü müdürlüğü, yüksek okul müdürlüğü, bölüm başkanlığı, anabilim dalı başkanlığı, bilim dalı başkanlığı veya sanat dalı başkanlığı görevinden ayırmak olarak tanımlandığı, yönetim görevinden ayırma cezasının niteliği gereği yöneticilik görevinde bulunanlara verilebilecek bir ceza olduğu, Su Ürünleri Fakültesinde öğretim üyesi olarak görev yapan davacıya üzerinde herhangi bir idarecilik görevi bulunmaması nedeniyle verilen cezada hukuka uyarlık bulunmadığı...” Danıştay 8. Dairesinin 11.2.1999 tarih ve 1996/940 Esas ve 1999/416 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁴³⁷ Çağlayan (2015), s. 497.

⁴³⁸ Danıştay 5. Dairesinin 6.2.1968 tarih ve 1962/3715 Esas ve 1967/416 Karar sayılı kararından aktaran C. Karavelioğlu ve E. C. Karavelioğlu (2009). *Açıklama ve son içtihatlarla idari yargılama usulü kanunu*. Ankara: Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, s. 161.

⁴³⁹ “Bu durumda, Kurumun, fiilen mevcut olduğu göz önüne alındığında, 617 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiği ve buna bağlı olarak kadroların da iptal edildiği, böylelikle atamanın fiilen imkansız olduğundan bahisle davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet

3.2. Kanuna (Hukuka) Aykırı İşlem Yapılması⁴⁴⁰

3.2.1. Yasak konularda işlem yapılması

İdari işlemlerin doğuracağı sonuç, hukukun caiz gördüğü bir sonuç olmak zorundadır⁴⁴¹. Bir başka ifade ile idare kanunla yasaklanmış olan konularda işlem yapamaz⁴⁴². Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 103. maddesinin 2. fıkrası⁴⁴³ açıkça yasaklamasına rağmen, bir öğretmene öğretim yapılan aylarda yıllık izin verilmesi konu unsuru açısından hukuka aykırılık teşkil edecektir⁴⁴⁴. Benzer şekilde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinde⁴⁴⁵ aksi öngörülmüş olmasına rağmen, bir kamu tüzel kişinin taşınmaz malı hakkında başka bir kamu tüzel kişisi tarafından alınan kamulaştırma kararı konu yönünden sakattır⁴⁴⁶. Danıştay da 1998 tarihli bir kararında, 2863 sayılı Kanuna aykırı olarak, korunması gerekli kültür varlığı olan bir taşınmaza ilişkin veraset ve intikal vergisi tahakkuk ve tahsil edilmesini hukuka aykırı bulmuştur⁴⁴⁷.

Türk hukukunda Anayasa'nın 10. maddesinde anayasal korunma altına alınmış olan, hukukun genel bir ilkesi niteliğindeki eşitlik ilkesinin ihlali de, yasak konulardandır⁴⁴⁸.

bulunmamaktadır.” Danıştay 2. Dairesinin 14.5.2007 tarih ve 2004/7995 Esas ve 2007/2085 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁴⁴⁰ “İptal sebepleri içinde hukuk kaidesinin ihlali sebebi özel bir anlam taşımaktadır. Bu terim yerine, kanunun ihlali terimini kullanan Vedel'e göre ‘...asında iptal davasında ileri sürülebilecek bütün sebepler kanunun ihlaline irca edilebilir. Fakat tarihi sebeplerle bu kavram sınırlı bir anlam taşımıştır. Yetkisizliğe, şekil hatasına ve yetki saptırmasına bağlanamayan bütün hukuka aykırılık halleri kanunun (Anayasa, kanun, hukukun genel prensipleri vs.) ihlalinin teşkil eder.’” N. Alan (1976). Konu unsuru bakımından takdir yetkisi ve kanuna aykırılık. *İdare hukuku ve idari yargı ile ilgili incelemeler I*. Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları s. 345.

⁴⁴¹ Günday (2011), s. 158; Akyılmaz (2015), s. 429.

⁴⁴² Gürbüz (2011), s. 149; Akyılmaz vd. (2015), s. 430; Gözler (2009), s. 933; Karahanoğulları (2012), s. 493; Kalabalık (2011), s. 172.

⁴⁴³ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 103/2: “Öğretmenler yaz tatili ile dinlenme tatillerinde izinli sayılırlar. Bunlara, hastalık ve diğer mazeret izinleri dışında, ayrıca yıllık izin verilmez.”

⁴⁴⁴ Memiş (2014), s. 252; Gözübüyük (2012), s. 235; Günday (2011), s. 159; Kalabalık (2014), s. 367.

⁴⁴⁵ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu md.30/1: “Kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakları diğer bir kamu tüzelkişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılmaz.”

⁴⁴⁶ Çağlayan (2013), s. 396; Gözler (2009), s. 933; Günday (2011), s. 159. “... hazineye ait taşınmazın kamulaştırılması yolunda tesis edilen işlem yok hükmündedir.” Danıştay 6. Dairesinin 23.12.2002 tarih ve 2001/6417 Esas ve 2002/6314 Karar sayılı kararından aktaran Karahanoğulları. Yazar ayrıca bu durumda ortada bir hukuki imkansızlık olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Karahanoğulları (2012), s. 495. Aynı yönde görüş için bkz. Kalabalık (2011), s. 170.

⁴⁴⁷ Danıştay 7. Dairesinin 30.11.1998 tarih ve 1997/2708 Esas ve 1998/4234 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁴⁴⁸ Karahanoğulları (2012), s. 494.

İdarenin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecek nitelikteki işlemleri konu unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır⁴⁴⁹. Anayasa Mahkemesinin bir çok kararında dile getirdiği üzere:

“Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”⁴⁵⁰

Örneğin Danıştay 1988 tarihli bir kararında; Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğündeki, memurlara disiplin cezası verilirken geçmiş hizmetleri olumlu, sicilleri de iyi olanlara tüzükte gösterilen cezanın bir derece aşağısının uygulanabileceğine ilişkin hükmün, aynı şartlar altındaki memurlardan birine uygulanıp birine uygulanmamasını eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirmiştir⁴⁵¹. Benzer şekilde MTA Genel Müdürlüğü merkez teşkilatına mühendis alımı için açılan kadroda aranan erkek olma şartı Danıştay tarafından eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁴⁵².

⁴⁴⁹ Yayla (2010), s. 136; Çağlayan (2015), s. 500.

⁴⁵⁰ Anayasa Mahkemesinin 12.11.2015 tarih ve 2015/43 Esas ve 2015/101 Karar sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (Erişim tarihi: 26.01.2016) Örneğin bkz. Anayasa Mahkemesinin 12.11.2015 tarih ve 2014/196 Esas ve 2015/103 Karar sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁴⁵¹ Danıştay 10. Dairesinin 18.2.1988 tarih ve 1987/932 Esas ve 1988/242 Karar sayılı kararından aktaran Yayla (2010), s. 136 – 137.

⁴⁵² “Anayasanın yukarıda yer verilen hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, herkes cinsiyet yönünden kanun önünde eşittir. Aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olabileceği kabul edilemez. Bir yüksek öğretim lisans programına devam edilerek alınan mezuniyet diploması; diplomaya hak kazanan kişinin mesleği her koşulda yerine getirmeye hak kazandığını göstermektedir. Kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşullar eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi, işlevselliği kalmayan meslek unvanlarının dolaylı olarak kişilerin elinden alınması suretiyle hak kaybına yol açacaktır.

3.2.2. Temel hak ve hürriyetlerin idari işlemle sınırlandırılması

Anayasa'nın 13. maddesi⁴⁵³ gereğince, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılması mümkündür. Dolayısıyla idarenin bir kanuna dayanmadan, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan işlem yapması konu unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil edecektir⁴⁵⁴. Benzer şekilde kanuni dayanağı olmadan, bireylere yükümlülük getiren işlemler de konu yönünden sakatlık taşıyacaktır⁴⁵⁵. Örneğin Danıştay; Belediye Kanununda ve Belediye Sağlık Yönetmeliğinde kasap dükkanlarının hal içinde çalışması yönünde bir zorunluluk bulunmadığı halde, bu gerekçeyle ilgili kişiye işyeri açma izni verilmemesi işlemini iptal eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır⁴⁵⁶. Yine 1967 tarihli bir Danıştay kararında; belediyelere böyle bir yetki verilmemiş olmasına rağmen, sahibinin iradesi dışında hamamın öğleden önce erkeklere, öğleden sonra ise kadınlara açılması yönündeki işlem hukuka aykırı bulunmuştur⁴⁵⁷. Hiçbir kanuni düzenleme, buz imal ve satışı ile uğraşan bir işletmeye, memleketin acil ihtiyaçları için belli miktarda buz stoku bulundurmak zorunluluğunu sağlaması için

Dosyanın incelenmesinden, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatının mühendis kadrolarına yapılacak atamalar için KPSS-2004/2 ve Ek Yerleştirme Tercih Kılavuzunda 100 adet mühendis kadrosundan 88 adeti için 252 kodu ile "Cinsiyeti erkek olmak." koşuluna yer verildiği anlaşılmıştır.

Olayda, Anayasanın yukarıda anılan hükümleri gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarına, personel alımlarında, başvuru şartlarının görevin gerektirdiği nitelikler ve hizmet gerekleri doğrultusunda eşitlik ilkesine uygun bir şekilde belirlenmesi gerekmekte olup, bunun dışında hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kuşkusuz olduğundan, Tercih Kılavuzunda 2709 sayılı Anayasanın 10. ve 70. maddelerinin öngördüğü eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde düzenlenen koşulda hukuka uyarlık bulunmamaktadır." Danıştay 12. Dairesinin 22.2.2006 tarih ve 2004/4382 Esas ve 2006/539 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

⁴⁵³ 1982 Anayasası md. 13: "Temel hak ve hürriyetler, özerlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

⁴⁵⁴ Onar (1966), s. 315; Çağlayan (2013), s. 395; Gözler (2009), s. 934.

⁴⁵⁵ Yıldırım ve Avcı (2015), s. 174 – 175; Akyılmaz vd. (2015), s. 430; Kalabalık (2011), s. 172; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 488; Gözler (2009), s. 934; Kalabalık (2014), s. 367. Bu yönde Danıştay kararı için bkz. D. 4. D. 23.02.2011 T., 2009/248 E., 2011/4403 K.

⁴⁵⁶ "1580 sayılı Belediye Yasasının 15. maddesinin 58. bendinde, insan sağlığını yakından ilgilendiren gıda maddelerinin toptan alım ve satımlarının belirli yerlerde ve belediye gözetimi altında yapılmasını sağlamak amacıyla haller yapılacağı ve işletileceği kurala bağlanmış ise de bu kural, maddeden de anlaşılacağı gibi toptan alım ve satımlar için getirilmiş olup, perakende satış yapacak işyerleri için taraflara böyle bir yükümlülük getirilmediği anlaşıldığından idare Mahkemesinin 22.5.1987 gün ve 390 sayılı kararının onanmasına, temyiz yargılama giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına 5.4.1989 gününde oybirliği ile karar verildi." Danıştay 8. Dairesinin 5.4.1989 tarih ve 1987/850 Esas ve 1989/232 Karar sayılı kararı. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁴⁵⁷ Danıştay 8. Dairesinin 13.4.1967 tarih ve 1966/2337 Esas ve 1967/1347 Karar sayılı kararından aktaran Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 489.

belediyeye yetki vermemişken belediyenin böyle bir işlem yapması konu unsuru açısından hukuka aykırılık teşkil eder⁴⁵⁸. Bu konuda bir başka kararda da, “1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda dayanağı bulunmayan baro giderlerine katkı payı ve sosyal yardım fonu kesintisi istemesinin mümkün olmadığı” ifade edilmiştir⁴⁵⁹.

3.2.3. Kanunun uygulama alanının genişletilmesi

Belli bir statü içinde bulunanlara uygulanabilecek kuralların, bu statü dışındaki kişilere de uygulanması konu unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil eder⁴⁶⁰. Örneğin; 1111 sayılı Askerlik Kanunu erkekleri askerlik yapmaya mecbur tutmasına rağmen, kadın vatandaşın askere alınması işlemi konu unsuru bakımından sakattır⁴⁶¹. Öğrencilere uygulanması gereken bir hükmün mezunlara da uygulanması aynı şekilde hukuka aykırıdır⁴⁶². 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, öğretim üyelerinin başka üniversitelerde görevlendirilebilmesini öngörürken, mevzuatın kapsamı genişletilerek öğretim görevlilerinin bu şekilde görevlendirilmesi, aynı şekilde konu unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır⁴⁶³. Danıştay da 1994 tarihli bir kararında, sigortalı olan ve prim borcu bulunan çiftçilerin bu borçlarının tahsili amacıyla çıkarılan 2926 sayılı Kanuna dayanarak alınan Bakanlar Kurulu kararını, sigortalı olup olmadığına ve prim borcu bulunup bulunmadığına bakılmaksızın tüm çiftçilere yükümlülük getirdiği gerekçesiyle iptal etmiştir⁴⁶⁴. Başka bir kararında Danıştay askeri okulla alakası kalmayan kişi hakkında, okul öğrencilerinin sağlık sebebiyle okuldan çıkarılmasını öngören Astsubay Talimatnamesinin 16. maddesi gereğince yapılan işlemi hukuka aykırı bulmuştur⁴⁶⁵. Yine 2003 tarihli bir kararında Danıştay, kanunda orman olarak nitelendirilmeyen zeytinliklerin, orman kavramı içine alınmasını hukuka aykırı

⁴⁵⁸ Danıştay 5. Dairesinin 29.9.1948 tarih ve 1948/1868 Karar sayılı kararından aktaran Onar (1966), s. 315 – 316.

⁴⁵⁹ Danıştay 8. Dairesinin 16.6.2006 tarih ve 2005/1750 Esas ve 2006/2520 Karar sayılı kararından aktaran Karavelioğlu ve Karavelioğlu (2009), s. 162.

⁴⁶⁰ Onar (1966), s. 314; Çağlayan (2013), s. 396; Günay (2011), s. 159; Akyılmaz vd. (2015), s. 431; Kalabalık (2011), s. 171; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 489; Gürbüz (2011), s. 149; Gözler (2009), s. 935; Yıldırım ve Avcı (2015), s. 175; Akıncı vd. (2013), s. 277; Kalabalık (2014), s. 366; Atay (2014), s. 505.

⁴⁶¹ Gözler (2009), s. 935.

⁴⁶² Yıldırım (2014), s. 87.

⁴⁶³ Akyılmaz vd. (2015), s. 431.

⁴⁶⁴ Danıştay 10. Dairesinin 27.06.1994 tarih ve 1993/2471 Esas ve 1994/3107 Karar sayılı kararı. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

⁴⁶⁵ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 25.9.1964 tarih ve 1963/391 Esas ve 1964/352 Karar sayılı kararından aktaran Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 490.

bulmuştur⁴⁶⁶. Nakliyecilik yapmak amacıyla hareket edenlere uygulanacak bir hükmün kendi hesabına nakliyat yapanlara da uygulanması suretiyle kanunun uygulama alanının genişletilmesi de bu hale bir örnek teşkil eder⁴⁶⁷.

3.2.4. Mahkeme kararlarına uyulmaması⁴⁶⁸

Anayasa'nın 138. maddesi⁴⁶⁹ gereğince yasama, yürütüme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır, mahkeme kararlarını değiştiremez ve uygulanmasını geciktiremez. Bu bağlamda idarenin mahkeme kararının gereği olan işlemi yapmaması ya da mahkeme tarafından iptal edilmiş bir kararın aynısını alması, söz konusu kararı konu unsuru bakımından sakatlar⁴⁷⁰. Mahkemece iptal edilmiş bir inşaat ruhsatının tekrar ilgili kişiye verilmesini öngören bir idari işlem, bu hale örnek teşkil eder⁴⁷¹. Kural mahkemece iptal edilen bir kararın aynısının idarece alınmaması olmakla beraber, özellikle işlemin yetki ve şekil unsurlarındaki sakatlık sebebiyle iptal edildiği hallerde işlemin yenilenmesi mümkün hatta zorunludur⁴⁷². Benzer şekilde yargı kararlarının etkisini ortadan kaldırmak için idari işlem yapılması da, idari işlemi konu unsurunda hukuka aykırılığa sebep olur⁴⁷³. Fakat Danıştay'ın bu tarz işlemlerin amaç unsuru bakımından sakat olduğu yönünde kararları da bulunmaktadır⁴⁷⁴. Son olarak idarenin işlemi, yargı kararının şeklen uygulanması niteliğindeyse yine konu unsuru açısından

⁴⁶⁶ Danıştay 8. Dairesinin 30.4.2003 tarih ve 2002/13 Esas ve 2003/1949 Karar sayılı kararından aktaran Çağlayan (2013), s. 397.

⁴⁶⁷ Danıştay 5. Dairesinin 27.3.1948 tarih ve 1948/799 Karar sayılı kararından aktaran Onar (1966), s. 314.

⁴⁶⁸ Doktrinde kesin hükmün ihlali de denilen bu hal, Gözübüyük ve Tan tarafından açık sakatlık; Günday tarafından ise açıkça hukuka aykırılık başlıkları altından incelenmekte fakat söz konusu başlıklarda mahkeme kararlarına uyulmamasından başka örnek zikredilmemektedir. Bkz. Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 487; Günday (2011), s. 159. Karahanoğulları ise Anayasanın 138. maddesini baz alarak yasak ve imkansız konular başlığı altında incelemektedir. Bkz. Karahanoğulları (2012), s. 493.

⁴⁶⁹ 1982 Anayasası md. 138/son: "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

⁴⁷⁰ Yayla (2010), s. 134; Günday (2011), s. 159; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 487; Kalabalık (2011), s. 172; Gözler (2009), s. 935 – 936; Gürbüz (2011), s. 150.

⁴⁷¹ Gözler (2009), s. 935.

⁴⁷² Çağlayan (2013), s. 397.

⁴⁷³ Akyılmaz vd. (2015), s. 432; Karahanoğulları (2012), s. 493.

⁴⁷⁴ "... yukarıda anılan yargı kararları ile 21 sayılı ilke kararının hukuka uygun bulunduğunun saptanmış olması karşısında, dava konusu işlemin davalı idarece belirtildiği üzere kamu yararının sağlanması amacıyla değil, mahkeme kararlarının etkisiz kılınarak daha önce yargı kararları ile iptal edilen işlemlerle aynı sonucu doğuracak nitelikte ve 21 sayılı ilke kararını ortadan kaldırmak amacıyla tesis edildiği sonucuna varıldığından, işlemde amaç yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır." Danıştay 6. Dairesinin 21.11.1998 tarih ve 1997/4439 Esas ve 1998/5786 Karar sayılı kararından aktaran Karahanoğulları (2012), s. 493.

sakatlık ortaya çıkacaktır⁴⁷⁵. İdarenin tekil bir kararı uygulaması zorunluluğunun yanında, belli bir konuda istikrar kazanmış olan içtihatlar doğrultusunda karar alması gerekir, aksi halde alınan karar yine konu yönünden hukuka aykırılık teşkil edecektir⁴⁷⁶.

3.2.5. Normlar hiyerarşisine aykırılık

Normlar hiyerarşisi bir hukuk düzeninde tek bir norm değil, anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelik gibi birden fazla hukuk kuralının bulunmasını, bu kuralların aynı değer sırasında değil yukarıdan aşağıya bir düzende olmasını ve son olarak bir kuralı koyan, uygulayan ve uygulanmasını denetleyen organların farklılığını ifade eder⁴⁷⁷. Anayasa'nın 11, 115 ve 124. maddeleri Türk hukukundaki normlar hiyerarşisini yukarıdan aşağıya; Anayasa, kanun⁴⁷⁸, tüzük ve yönetmelik olarak belirlemiştir⁴⁷⁹. Bireysel işlemler ise hiyerarşide en alt sırada yer alırlar⁴⁸⁰. Yani bu sıralamada altta olan norm üsttekilere uygun olmak zorundadır. İşte bu silsileye uymayan, yani üst norma aykırı olan bir işlem konu unsuru bakımından hukuka aykırıdır⁴⁸¹. Burada söz konusu işlemin sadece bir üst norma uygunluğu değil, üst normların tamamına uygunluğu dikkate alınır şöyle ki; örneğin bir bireysel işlem yönetmeliğe değil direkt olarak kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilebilir (fakat bu durumun istisnasını Anayasaya aykırılık halleri teşkil eder, zira anayasaya uygunluk denetimini sadece Anayasa Mahkemesi yapabilir)⁴⁸². Örneğin 2007 tarihli bir Danıştay kararında, kanun hükmünde kararnamede öngörülmeven hususların yönetmelikte düzenlenmesi açıkça üst hukuk hükmüne aykırı bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir⁴⁸³. Bir başka kararda da

⁴⁷⁵ “Anayasanın 2. maddesinde yer alan ‘Hukuk Devleti’ ilkesinin doğal sonucu olarak idarenin mahkeme kararını şekli olarak değil, bütün sonuçları ile uygulaması zorunludur.” Danıştay 5. Dairesinin 1998/1970 Esas ve 2001/5153 Karar sayılı kararından aktaran Akyılmaz vd. (2015), s. 432.

⁴⁷⁶ Karahanoğulları (2012), s. 493. Bu hal yargısal bağlı yetki kapsamında da değerlendirilmektedir. Bkz. Alan (1976), s. 352.

⁴⁷⁷ İ. Ö. Kaboğlu (2006). *Anayasa hukuku dersleri (genel esaslar)*. İstanbul: Legal, s. 39 – 40.

⁴⁷⁸ Anayasanın 90. Maddesinin 5. fıkrası gereğince, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir.”

⁴⁷⁹ Ayrıca bkz. E. Kuluçlu (2008). Türk hukuk sisteminde normlar hiyerarşisi ve sayıştay denetimine etkileri. *Sayıştay Dergisi*, (71), s. 3 – 18.

⁴⁸⁰ Gözler (2003), s. 225.

⁴⁸¹ Atay (2014), s. 505; Gözler (2015), s. 349 – 350; Kalabalık (2011), s. 171; Çağlayan (2013), s. 396; Gürbüz (2011), s. 149; Yıldırım (2010), s. 255.

⁴⁸² Gözler (2015), s. 350.

⁴⁸³ “Anılan Kanun Hükmünde Kararname'nin 43. maddesinde, idareye Yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiş ise de, bu yetkinin, ancak maddede düzenlenmesi öngörülen hususlara ilişkin olduğunda kuşkuya yer bulunmamaktadır.

Bu itibarla, 4369 sayılı Yasa ile değişik 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de, yapılacak yeterlik sınavında başarılı olamayan stajyer kontrolörlerin yeniden yeterlik sınavına alınmayacağı ve kontrolörlük

Danıştay benzer şekilde, kanunda öngörülmemiş olan bildirge verme zorunluluğu ve bu zorunluluğa uyulmadığında idari para cezası öngören yönetmelik hükmünü iptal eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır⁴⁸⁴. Yine bir başka kararda, İçişleri Bakanlığının içkili yer bölgesi tespiti yapılırken uyulması gereken esasları belirleyen genelgesi, İşyeri Açma ve Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte bulunmayan kısıtlamalar içermesi ve üst hukuk kurallarını aşan hükümler getirmesi nedeniyle iptal edilmiştir⁴⁸⁵. Ayrıca idare işlem yaparken, özel kanun – genel kanun, yeni kanun – eski kanun uygulamasını da göz önünde bulundurmalı, yani yeni ve/veya özel mevzuat varsa işlemi yeni ve/veya özel mevzuatta belirlenen konuda yapmalıdır; aksi halde yapacağı işlem konu unsuru açısından hukuka aykırı olacaktır⁴⁸⁶. Doktrinde bireysel idari işlemler arasında da bu kurallara riayet edilmesi gerektiği, aksi halde örneğin aynı idari makamın öncekini ortadan kaldırmadan, eskisiyle çelişen bir bireysel işlem tesis etmesinin sebep ve konu unsurları yönünden hukuka aykırı olacağı ifade edilmektedir⁴⁸⁷.

3.2.6. Hukuk kuralının yanlış yorumu

İdare yapacağı idari işlemlerin konusunun seçiminde mevzuatı doğru yorumlamak zorundadır⁴⁸⁸. İdarenin hukuk kuralını yanlış yorumlaması, ilgili işlemi konu unsuru bakımından hukuka aykırı hale getirir. Konu unsurunda ortaya çıkan hukuka aykırılıklar çoğunlukla, hukuk kuralının yanlış yorumlanmasından veya idare tarafından yanlış anlaşılmasından kaynaklanır⁴⁸⁹. 1994 tarihli bir Danıştay kararına konu olan olayda; distribütör şirket, yurtdışından ithal ettiği bilgisayar oyun ve kasetlerinin 3257 sayılı

ile ilişkileri kesilerek Bakanlıkça durumlarına ve derecelerine uygun bir göreve atanacakları yolunda bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, bu hususların Yönetmelik'le düzenlenmesine hukuken olanak bulunmadığından, dava konusu işlemin dayanağını oluşturan Maliye Bakanlığı Gelirler Kontrolörleri Yönetmeliği'nin 19. maddesinde yer alan hüküm ile 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de öngörülmemiş hususların düzenlendiği ve bu madde ile açıkça üst hukuk hükmüne aykırı bir düzenleme yapıldığı anlaşılmış bulunmaktadır.” Danıştay 5. Dairesinin 29.6.2007 tarih ve 2006/3804 Esas ve 2007/3778 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁴⁸⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 23.2.2006 tarih ve 2004/2733 Esas ve 2006/54 Karar sayılı kararından aktaran Yıldırım (2010), s. 256 – 257.

⁴⁸⁵ Danıştay 8. Dairesinin 7.3.2007 tarih ve 2005/6261 Esas ve 2007/1246 Karar sayılı kararından aktaran Kuluçlu (2008), s. 17.

⁴⁸⁶ Akyılmaz vd. (2015), s. 430. Lex posterior da denilen sonraki kanun ilkesi gereğince normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan ve birbiriyle çelişen iki hukuk kuralı varsa sonraki tarihte yürürlüğe giren kural uygulanır. Lex specialis de denilen özel kanun ilkesi ise aynı düzeyde yer alan ve aynı tarihli iki hüküm arasında çelişki olduğunda özel hüküm niteliğindeki uygulanmasını ifade eder. Bkz. Gözler (2003), s. 227 – 230.

⁴⁸⁷ Yayla (2010), s. 134.

⁴⁸⁸ Akyılmaz vd. (2015), s. 431.

⁴⁸⁹ Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 490.

yasa kapsamında koruma altına alınarak bandrollenmesi için ilgili bakanlığa başvurmuş, fakat başvurusu reddedilmiş ve idare mahkemesinde dava edilen bu red kararı mahkemece iptal edilmemiştir. Temyiz incelemesinde ise Danıştay, bilgisayar oyunlarının 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında ilim ve edebiyat eseri niteliği taşımaları sebebiyle 3257 sayılı Sinema Video ve Müzik Eserleri Kanunu kapsamına girdiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁴⁹⁰. Söz konusu olayda idare mevzuat hükümlerini yanlış yorumlayarak ilgilinin talebini reddetmiştir ve bu ret işlemi konu unsuru açısından hukuka aykırılık teşkil etmiştir. Benzer şekilde; “3194 sayılı yasanın 42. maddesi uyarınca tek bir yapı için yalnızca bir para cezası verilmesi gerekirken her bir parsel yönünden ayrı ayrı ceza verilmesi”⁴⁹¹ ve “Muhtarlıktan izin alınarak yapılan yapının Plansız Alanlar Yönetmeliği hükümlerine aykırı olarak fazladan yapılan katları esas alınmak suretiyle 3194/42 uyarınca para cezası verilmesi gerekirken, yapının tümü esas alınarak verilen para cezası” hukuka aykırı bulunmuştur⁴⁹².

3.2.7. Negatif hukuka aykırılık (uygulanması gereken bir hukuk kuralının uygulanmaması)

İdarenin uygulaması gereken bir hukuk kuralını uygulamaması konu unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil eder⁴⁹³. Bu tarz hukuka aykırılıklar, idareye yapılan istemin reddedilmesi ya da bildirim kabul edilmemesi gibi bir çok halde ortaya çıkabilir⁴⁹⁴. Örneğin; pasaport almak için tüm şartları yerine getiren kişiye idarenin pasaport vermemesi ya da okul yapmak için ruhsat talebinin gerekleri yerine getirilmesine

⁴⁹⁰ “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 2/1.maddesi kapsamında ilim ve edebiyat eseri niteliğindeki bilgisayar programlarından; belli bir mizansen, veya senaryo çerçevesindeki hareketli ve sesli görüntüleri bilgisayarın yeniden üretmesini sağlayan komutlar kümesini içeren bilgisayar oyunları; kaset, disk ve benzeri hareketli görüntü ve ses taşıyıcılarına veya iletilere kaydedilmiş ifadesiyle, 3257 sayılı Sinema Video ve Müzik Eserleri Kanunu kapsamında bulunmaktadır.” Danıştay 10. Dairesinin 27.4.1994 tarih ve 1992/4550 Esas ve 1994/1856 Karar sayılı kararı. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

⁴⁹¹ Danıştay 6. Dairesinin 20.2.2006 tarih ve 2004/4776 Esas ve 2006/659 Karar sayılı kararı.

⁴⁹² Danıştay 6. Dairesinin 14.04.2006 tarih ve 2005/7550 Esas ve 2006/1946 Karar sayılı kararından aktaran Akyılmaz vd. (2015), s. 431.

⁴⁹³ Gözler (2009), s. 935. Memiş bu duruma olumsuz nitelikli olarak kanuna aykırılık olması adını vermektedir. Bkz. Memiş (2014), s. 252. Atay ise bu hali işlemin içerdiği hukuki sonucun, bir üst hukuk normuna aykırı olması başlığı altında incelemektedir. Bkz. Atay (2014), s. 505. Ulu ise, idarenin kullanılması zorunlu yetkisini kullanmayarak ortaya çıkardığı ret işleminin hem konu unsuru hem de yetki unsuru bakımından sakat olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Ulu (2012), s. 289.

⁴⁹⁴ Gözler (2009), s. 935 – 936.

rağmen belediyenin ruhsat vermemesi konu yönünden hukuka aykırıdır⁴⁹⁵. Dernek kurulması gibi bildirim koşuluna bağlı faaliyetlerde, idarenin ilgili kişilerin kuruluş belgelerini almaması, bildirimi kabul etmemesi de konu unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil eder⁴⁹⁶. Danıştay'ın da konuya ilişkin bir kararı şu şekildedir:

“Hukukumuzda şirketler dışındaki sendika, dernek gibi özel hukuk tüzel kişiliklerinin oluşumu izin koşuluna bağlanmamıştır. Dernek ve Sendikalar Anayasaya, Dernekler Yasası, Sendikalar Yasasıyla yapılan düzenlemeye göre ve Medeni Kanundaki genel düzenleme gereği kuruluş belgelerinin ilgili mercie verilmesiyle tüzel kişilik kazanmaktadır. Anayasal ve ilgili yasal düzenlemelerde genel olarak idarenin anılan tüzel kişiliklerin kuruluş ve faaliyetlerine müdahale etmemesi esası benimsenmiştir. Dolayısıyla anılan tüzel kişiliklerin kuruluş ve faaliyetlerine idarenin genel kolluk yetkisini kullanmak suretiyle müdahalesi mümkün değildir. Söz konusu özel hukuk tüzel kişilerinin faaliyetlerinin durdurulmasına, kapatılmasına ancak yetkili adliye mahkemesince karar verilebilir.

Kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkının kullanımı konusunda kamu çalışanlarının sendikalaşma girişimleri sonucu oluşan kuruluşların faaliyetlerinin durdurulması, bu kuruluşların kapatılması istemiyle açılan davalara bakan yetkili adliye mahkemelerince belirlenmesi gerekmektedir. Sendikalaşma girişimleri üzerine oluşan kuruluşların faaliyetlerini yasaya aykırı bulan idarenin görevi mahkemeye başvurmakla sınırlı olup; Valiliklerin sendika tüzüğüyle ibraz edilen diğer kuruluş belgelerini herhangi bir gerekçe göstererek kabul etmeme, işleme koymama, kuruculara iade etme veya faaliyetlerini engelleme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Memiş (2014), s. 252; T. Yıldırım (2010). *İdari yargı*. İstanbul: Beta, s. 255; Gözler (2009), s. 936.

⁴⁹⁶ Gözler (2009), s. 936.

⁴⁹⁷ Danıştay 10. Dairesinin 7.11.1994 tarih ve 1994/3626 Esas ve 1994/5486 Karar sayılı kararından aktaran Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 486.

3.3. Geçmişe Etkili İşlem Yapılması ve Kazanılmış Haklara Aykırı İşlemler

Doktrinde konu unsurundaki sakatlık halleri başlığı altında bazen sadece geçmişe etkili işlemlerden⁴⁹⁸, bazen de ayrı ayrı başlıklarda⁴⁹⁹ geçmişe etkili işlemlerden ve kazanılmış haklara aykırı işlemlerden bahsedilmektedir. Burada geriye yürümezlik ilkesi ile kazanılmış haklar arasındaki yakın ilişkiden ötürü⁵⁰⁰, ikisi aynı başlık altında incelenecektir.

Geriye yürümezlik ilkesi gereğince idari işlemler, bireysel ya da düzenleyici nitelikte olmasına bakılmaksızın kural olarak tesis edildikleri tarihten eski bir tarihe yönelik olarak hüküm ve sonuç doğuramazlar⁵⁰¹. Geriye yürümezlik ilkesi hukuk devleti ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesinin doğal bir sonucudur⁵⁰². Danıştay'ın ifadesi ile "Geriye yürümezlik ilkesi, hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili temel bir ilkedir ve gerek yargısal kararlar gerekse öğretilerde kabul edilmiş idare hukuku kuralıdır."⁵⁰³ Ayrıca bu ilke hukukun genel bir ilkesi olarak kabul edildiğinden⁵⁰⁴ sadece idare hukukunda değil, yasama alanında ve ceza hukukunda da uygulama alanı bulur⁵⁰⁵. Anayasa Mahkemesi'nin ifadesi ile:

"Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürümemesini gerekli kılar. Yasaların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin

⁴⁹⁸ Günday (2011), s. 160; Gözler (2009), s. 936.

⁴⁹⁹ Yıldırım (2010), s. 258 – 261; Çağlayan (2015), s. 500 – 501; Akyılmaz vd. (2015), s. 432 – 433; Yayla (2010), s. 135 – 140.

⁵⁰⁰ Y. Oğurlu (2003). *İdare hukukunda kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentiler sorunu*. Ankara: Seçkin, s. 60. "Görüldüğü üzere, geriye yürümezlik ilkesi kazanılmış hakları korumak amacını gütmekte olup, ilgililerin kazanılmış haklarını haleldar etmeyen geriye yürümenin gerek yasa normları gerekse yüksek yargı kararları açısından hukuka aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir." Danıştay 11. Dairesinin 7.12.2011 tarih ve 2008/10755 Esas ve 2011/7473 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

⁵⁰¹ Çağlayan (2013), s. 399; Gözler (2009), s. 1056.

⁵⁰² A. Akyıldız (2008). *Danıştay ve hukuk devleti: Hukuk devleti hukuki bir ilke siyasi bir ideal*. (Ed: A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük), Ankara: Adres Yayınları, s. 523. "İdari işlemler yürürlüğe girdikleri andan itibaren hukuki etkilerini gösterirler ve idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, gerek yargısal kararlar gerekse öğretilerde kabul edilmiş bir idare hukuku kuralıdır, idareye yasayla tanınan düzenleme yetkisinin, geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesine uygun kullanılması hukuk devleti olmanın doğal ve zorunlu gereğidir." Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 11.6.2014 tarih ve 2014/255 Esas sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁵⁰³ Danıştay 13. Dairesinin 28.4.2015 tarih ve 2011/1034 Esas ve 2015/1633 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

⁵⁰⁴ Oğurlu (2003), s. 63; Gözler (2009), s. 1057.

⁵⁰⁵ Akyılmaz vd. (2015), s. 432.

gerektirdiği kazanılmış hakların korunması, malî haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar.”⁵⁰⁶

İdari işlemlerin geriye yürümemesi kural olmakla birlikte, bu ilkenin bir takım istisnaları bulunmaktadır. Bir idari işlem yargı mercii tarafından iptal edildiğinde, idari yargının iptal kararını uygulayabilmek için alınan karar ve idare tarafından alınmış sakat bir kararın geri alınmasındaki geri alma kararı mecburen geriye yürür⁵⁰⁷. Benzer şekilde; kanunla öngörülen hallerde⁵⁰⁸, kolluk alanında kişi güvenliği nedeniyle, kamu hizmetlerinin devamlılığı veya hukuk boşluğuna engel olunması nedeniyle, baştan öngörülmüş hallerde, infisahi şart nedeniyle ve bazı işlemlerin mahiyetleri gereğince geçmişe etkili olabilecekleri kabul edilmektedir⁵⁰⁹. İşte bu sayılan istisnalar dışında, geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğuran idari işlemler konu unsuru açısından hukuka aykırı olacaktır⁵¹⁰. Örneğin Danıştay 1992 tarihli bir kararında, bir idari tasarruf olan Bakanlar Kurulu kararının geriye yürür hüküm ve sonuç getirmesini hukuka aykırı

⁵⁰⁶ Anayasa Mahkemesinin 24.3.2010 tarih ve 2007/77 Esas ve 2010/50 Karar sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁵⁰⁷ Kalabalık (2011), s. 171; Günday (2011), s. 160. Geri alma hakkında detaylı bilgi için bkz. T. Tan (1970). *İdari işlemin geri alınması*. Ankara: Sevinç Matbaası. “Geri alma ve sonuçları konusunu en çok inceleyen Fransız Danıştay’ında 1922 tarihine kadar hiç bir süre düşünülmezsiz sakat tasarrufların her zaman geri alınabileceği karara bağlanmış iken, bu tarihte verilen Dame Cachet kararıyla süre üzerinde durulmuş ve geri alınacak kararın hak doğuran sakat bir karar olması nedeniyle ancak dava açma süresi içinde ve dava açılmışsa karar verilinceye kadar geri alınabileceği kabul edilmiş ve bu görüş bazı istisnalar dışında bu güne kadar devam edegelmiştir. Gerek Türk gerek yabancı doktrinde gerekse yargı kararlarında geri alma işleminin, idari işlemlerin geriye yürümezliği prensibine istisna getirdiği, bu prensibin kazanılmış haklarla müesses durumları korumak ve hukuki münasebetlerde istikrar sağlamak ihtiyaç ve zaruretinden doğduğu, ancak hukuka uygunluğu yerine getirmenin de bir hukuk kuralı olduğuna göre sakat tasarrufların geri alınarak hukuka uygunluğu sağlamanın da bir zorunluluk olduğundan bahsedilmiş, aynı zamanda toplumda istikrar ve güvenlik sağlamanın da hukukun amacı olduğu açıklanmıştır. Bütün bu prensipler göz önüne alınarak istikrar prensibinin ağırlık kazanması sonucu dava açma süresi ve zaman aşımı müessesesi ortaya çıkmış bulunmaktadır, iptal davası açmak için şahıslara belirli bir süre verilip bu sürenin geçmesi halinde idari tasarruf sakat olsa dahi yapay bir sıhhat kazanır duruma girdiğine göre, yine sakat bir idari tasarrufun geri alınması için iptal davası açma süresine denk bir sürenin tanınması fikri Fransa’da gerek doktrinde gerek Fransız Danıştay’ında genellikle kabul edilmiştir.” Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 22.12.1973 tarih ve 1969/8 Esas ve 1973/14 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁵⁰⁸ Hatta Danıştay’ın kimi zaman kanunun açık izni olmasa da üstü kapalı olarak geriye yürüme öngördüğü haller olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 418.

⁵⁰⁹ Memiş (2014), s. 277; Giritli vd. (2013), s. 1294; Gözübüyük ve Tan (2014a), s. 417 – 419. Bu hallerin açıklamaları için bkz. Gözler (2009), s. 1063 – 1067.

⁵¹⁰ Atay (2014), s. 503 – 504; Kalabalık (2014), s. 366; Akyılmaz vd. (2015), s. 432; Akıncı vd. (2013), s. 277; Gözler (2009), s. 936; Gürbüz (2011), s. 149; Günday (2011), s. 160. Gözler ayrıca geriye yürümezlik ilkesine aykırı olarak yapılan işlemlerin zaman bakımından yetkisizlik ile sakat olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 804.

bulmuştur⁵¹¹. Danıştay, 1985 tarihli bir kararında da idare tarafından yapılan işlemi geriye yürümezlik ilkesine aykırı bulmuş ve aşağıdaki gerekçeyle iptal etmiştir:

“Dava dosyasının incelenmesinden, Ataş ve Batman bölgelerindeki LPG açığını gidermek üzere İpraş Rafineri bölgesinden yapılacak sevkiyatlarda ödenecek nakliye farklarını tüplü nakliyeye esas alınarak 21.12.1980 tarihinde tespit edildiği, bu uygulamanın 1983 yılına kadar sürdürüldüğü, daha sonra uygulamanın değiştirilerek fiili duruma uygun ödeme esası getirildiği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar idareler idari işlemleri kamu yararı amacıyla her zaman değiştirme yetkisine sahip iseler de; idari işlemlerin geriye yürümeyeceği idare hukukunun temel ilkelerindendir. Bu durumda dava konusu işlemin 01.01.1983 tarihine teşmil edilerek bu tarihten itibaren geçerlik kazanmasında idare hukukunun esaslarına aykırılık açık bulunduğundan dava konusu işlemin bu kısmının iptaline...”⁵¹².

İdare hukukunda nesnenin veya kişinin bulunduğu hukuki statüden doğan ve kendisi açısından kesinleşen, kesin alacağa dönüşen kazanılmış haklarını⁵¹³ ihlal eden işlemler, konu unsuru açısından hukuka aykırılık teşkil eder⁵¹⁴. Danıştay’ın ifadesi ile; “Kazanılmış hak, objektif bir hukuk kuralının kişilere uygulanmasıyla objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemle özel hukuki duruma dönüşmesidir.”⁵¹⁵. Anayasa Mahkemesi ise kazanılmış hakkı, “kişinin bulunduğu statüden doğan ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır.” şeklinde tanımlamıştır⁵¹⁶. Bir başka ifade ile kazanılmış hak; “doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen, hukuk düzenince

⁵¹¹ Danıştay 10. Dairesinin 26.5.1992 tarih ve 1991/4571 Esas ve 1992/2237 Karar sayılı kararı. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> (Erişim tarihi: 27.01.2016) Aynı yönde kararlar için bkz. Gözler (2009), s. 1058 – 1059.

⁵¹² Danıştay 10. Dairesinin 17.12.1985 tarih ve 1985/1132 Esas ve 1985/2134 Karar sayılı kararından aktaran Atay (2014), s. 504 – 505.

⁵¹³ Kazanılmış hak kavramı hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Oğurlu (2003).

⁵¹⁴ Akyılmaz vd. (2015), s. 433; Çağlayan (2013), s. 398; Yıldırım (2010), s. 258.

⁵¹⁵ Danıştay 1. Dairesinin 19.12.1988 tarih ve 1988/336 Esas ve 1988/355 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁵¹⁶ Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 tarih ve 2007/44 Esas ve 2009/148 Karar sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

korunması gereken haktır”⁵¹⁷. Bu bağlamda kazanılmış hak kavramı ile geriye yürümezlik ilkesi arasında kuvvetli bir bağ olsa da tam olarak aynı anlama gelmezler. Şöyle ki; bu iki kavramın eşanlamlı olduğunun kabulü, kazanılmış haklara zarar veren her işlemin geriye yürüdüğünü ve her geriye yürüyen işlemin kazanılmış haklara zarar verdiğini ileri sürmeyi gerektirir, ki bu hatalı bir varsayım olacaktır⁵¹⁸. Zira bazı işlemler nitelikleri gereği kazanılmış hak doğurmaya uygun değildir ve uygun olanların da bir kısmı işlemin ilgilisi bakımından lehte veya aleyhte sonuçlar doğurmasına göre farklılık gösterir⁵¹⁹. Burada ayrıca ifade etmek gerekir ki, kamu düzeni açısından belli aralıklarla gözden geçirilmesi gereken ya da ilgililerin belirli şartları taşıması koşuluyla yapılan, izin ve ruhsat gibi işlemlerin iptali kazanılmış hak oluşturmaz⁵²⁰.

Kazanılmış haklara saygı ilkesiyle yakın bir ilişki içerisinde olan bir diğer kavram da haklı beklentidir. Her ne kadar bu iki kavram arasında bir çok paralellik mevcut bulunsa da; henüz tamamlanmamış hukuki işlemlerin kazanılmış hak yaratamaması ve haklı beklentilerin kullanım alanı ile kapsadığı işlem ve eylemlerin kazanılmış haklardan geniş olması gibi farklılıkları söz konusudur⁵²¹. Örneğin Anayasa Mahkemesi 2009 tarihli bir kararında; Gelirler Genel Müdürlüğü yapılanmasıyla, müdür ya da vergi dairesi müdürü olmayı bekleyenlerin bu haklarının kaldırılmasını, beklenen hak olarak değerlendirmiş ve kazanılmış hak olmadığı gerekçesiyle Anayasaya uygun bulmuştur⁵²².

Danıştay ise kazanılmış haklara saygı ilkesiyle ilgili 2004 tarihli kararında, yargı kararıyla iptal edilen imar planına uygun olarak alınmış ruhsatların kendiliğinden

⁵¹⁷ Oğurlu (2003), s. 28. Kazanılmış hak kavramının başka tanımları için bkz. Oğurlu (2003), s. 24 – 28.

⁵¹⁸ Tan (1970), s. 59 – 60; Oğurlu (2003), s. 61 – 62.

⁵¹⁹ Oğurlu (2003), s. 63.

⁵²⁰ Yıldırım (2010), s. 259.

⁵²¹ Oğurlu (2003), s. 224 – 227.

⁵²² “Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukukî güvenliğin bir sonucu da kazanılmış haklara saygı gösterilmesi ilkesidir. 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 gereğidir. Bu bağlamda beklenen haklar kazanılmış hak niteliğinde değildir.” Anayasa Mahkemesinin 2.7.2009 tarih ve 2005/66 Esas ve 2009/102 Karar sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

ortadan kalkmayacağını ifade etmiştir⁵²³. Bir başka kararda, eski yönetmelik döneminde toptancı halinden tahsis istemiyle yapılan başvuru üzerine, aynı durumdaki başka kişilerin talepleri kısa sürede yanıtlanmasına karşın, ilgilinin talebinin yeni yönetmeliğin yürürlüğe girmesi beklenerek reddedilmesi, kazanılmış haklara saygı ilkesine aykırı olduğu için isabetsiz bulunmuştur⁵²⁴. Yine bir başka kararda ilgilinin, sözleşmeli personel statüsünde görev yaptığı kurumun Yüksek Planlama Kurulu kararıyla bir başka idareye devri üzerine, yeni kurumunda aldığı ücretin eskisinden düşük olması kazanılmış haklara saygı ilkesine aykırı bulunmuştur⁵²⁵.

3.4. Sebep ile Konu Arasındaki İlişkinin Sakat Olması

İdari işlemin sebebi, idareyi o işlemi yapmaya sevk eden etmen; konusu ise o işlemin doğuracağı hukuki sonuç olduğuna göre, bu iki unsur arasında çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır⁵²⁶. Bu ilişki idarenin her işleminde bulunur⁵²⁷. Hatta sebep unsuru ile konu unsuru arasındaki bu bağ nedeniyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'ndan önce, bu iki unsur ayrılmamış ve esas başlığı altında incelenmiştir⁵²⁸.

Çoğu zaman hukuk kurallarında, hangi sebebin hangi sonucu doğuracağı, bir başka ifadeyle belli bir sebebin ortaya çıkması durumunda yapılacak işlemin konusunun ne olduğu belirtilmektedir⁵²⁹. Dolayısıyla idari işlemin sebebi ile konusu arasında bir illiyet

⁵²³ Danıştay 6. Dairesinin 11.2.2004 tarih ve 2002/4645 Esas ve 2004/685 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁵²⁴ Danıştay 11. Dairesinin 13.4.1977 tarih ve 1976/84 Esas ve 1977/1327 Karar sayılı kararından aktaran Oğurlu (2003), s. 161.

⁵²⁵ “Bu durumda davacının sözleşme ücretinin eski kurumunda ödenen miktardan daha düşük belirlenmesine ilişkin işlemin, davacının hukuka uygun olarak elde ettiği kazanılmış hakkının yitirilmesine sebep olması nedeniyle hukuka uygun olduğundan söz edilemeyeceğinden dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.” Danıştay 11. Dairesinin 4.4.2006 tarih ve 2005/2927 Esas ve 2006/1625 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

⁵²⁶ Özyörük (1973), s. 179; Günday (2011), s. 159; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 485. Maksat ile konu arasında da bir sebep sonuç ilişkisi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. S. Coşkun ve M. Karyağdı (2001). *İdari yargılama usulü*. Ankara: Seçkin, s. 377.

⁵²⁷ Karahanoğulları (2012), s. 490.

⁵²⁸ S. S. Onar (1952). *İdare hukukunun umumi esasları*. İstanbul: Marifet Basımevi, s. 204; Sezginer (1991), s. 45; Yenice ve Esin (1983), s. 59. Sebep ile konu unsurlarının bu şekilde beraber incelenmesinin belki daha yararlı ama en azından daha kolay olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Özay (2002), s. 418.

⁵²⁹ Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 485; Gözler (2009), s. 936 – 937. Bu tarz hukuka aykırılıklara disiplin işlerinde sıkça rastlandığı ifade edilmektedir. Bkz. Yayla (2010), s. 139 – 140. 2010 tarihli bir Danıştay kararında ise hakkaniyet kavramına dayanılarak nedenin öngördüğü sonuçtan farklı bir sonucun doğabileceği ifade edilmiştir. “...seviye belirleme sınavından kitapçık türünün ‘A’ olarak işaretlenmesi ve

bağı⁵³⁰ bulunur ve bu bağın yokluğu yapılan işlemi hukuka aykırı getirir⁵³¹. Hukuka aykırılığın konu unsurunda mı yoksa sebep unsurunda mı bulunduğu tespiti için ise somut olayın irdelenmesi gerekmektedir. Şöyle ki; kanunda öngörülen sebep gerçekleşmiş, fakat bu sebebe bağlanan hukuki sonuçtan başka bir sonuç doğuran işlem yapılmışsa konu unsuru; kanunda öngörülen sebep gerçekleşmeden kanunda öngörülen işlem yapılmışsa sebep unsuru hukuka aykırı olacaktır⁵³². İdarenin doğurduğu sonuç, idarenin faaliyetini düzenleyen yasada hiç yer almıyorsa artık bu durumda sakatlığın konu değil, yetki unsurunda olduğu kabul edilmelidir⁵³³. Örneğin; özürsüz veya izinsiz olarak görev mahallini terk etme fiili için 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde uyarma cezası öngörülmüş olmasına rağmen, memura iş yerini izinsiz terk ettiği gerekçesiyle aylıktan kesme cezası verilmesi konu unsuru açısından hukuka aykırılık teşkil eder⁵³⁴. Yine benzer şekilde 1981 tarihli bir Danıştay kararına konu olan olayda; yasa Kaymakamlığa fuhuş yapıldığı gerekçesiyle ancak işletmenin kapatılması kararı verme yetkisi tanıdığı, yasada öngörülmemiş olan ruhsat iptali sonucuna varılmış ve Danıştay söz konusu işlemi hukuka aykırı bularak iptal etmiştir⁵³⁵. Burada belirtmek gerekir ki somut olayın özelliklerine göre, idari işlemin sadece konu ve sebep unsuru arasında değil; yetki, sebep, konu ve bazen de maksat unsuru arasında çok yakın ilişkiler olabilmekte ve bu sebeple hukuka aykırılığın hangi unsurdaki tespiti zorlaşmaktadır. Bu gibi hallerde asıl gaye hukuka uygunluk denetimi yapmak olduğu için sakatlığın tek bir unsura indirgenmesine gerek görülmemeyebilir, fakat eğer bu saptama yapılacaksa doğru şekilde yapılmalıdır⁵³⁶.

değerlendirmenin buna göre yapılması üzerine sınava giren başarısız kabul edilmiştir. Sınava girenin yaşının küçüklüğü dolayısıyla yanlışlıktan tek başına sorumlu tutulmasının hakkaniyete uygun olmadığı...". Danıştay 8. Dairesinin 22.1.2010 tarih ve 2007/9786 Esas ve 2010/210 Karar sayılı kararından aktaran Giritli vd. (2013), s. 1275.

⁵³⁰ "Nedensellik bağı; bir neden ile ortaya çıkan sonuç arasındaki ilişki." Yılmaz (1992), s. 403.

⁵³¹ Onar (1966), s. 313; Memiş (2014), s. 252; Tan (2011), s. 853 – 855; Derdiman (2010), s. 547; Karavelioğlu ve Karavelioğlu (2009), s. 160 – 161.

⁵³² Günday (2011), s. 159; Çağlayan (2013), s. 400.

⁵³³ Karahanoğulları (2012), s. 490.

⁵³⁴ Ankara 8. İdare Mahkemesinin 7.6.2001 tarih ve 2001/107 Esas ve 2001/711 Karar sayılı kararından aktaran Akyılmaz vd. (2015), s. 431 – 432.

⁵³⁵ "İdare; kullandığı yetkileri belirli bir yasal düzenlemeye dayandırmak zorundadır. Konu ile ilgili düzenlemede idare kanununun öngördüğü bir sebebe dayanarak başka sonuç doğuracak işlemde bulunamayacağı gibi kanunla belirtilen sebepten başka sebep de kullanamaz." Danıştay 12. Dairesinin 22.4.1981 tarih ve 1979/840 Esas ve 1981/861 Karar sayılı kararından aktaran Karahanoğulları (2012), s. 491.

⁵³⁶ Karahanoğulları (2012), s. 491 – 492. Yazar bu düşüncesinin ardından; Danıştay'ın, yasada öngörülmemiş olmasına rağmen, bir valinin atanmak üzere görevden alınmasını şekil sakatlığı olarak

Bir idari işlemin konu unsuru yönünden hukuka uygun olması için, işlemin sebep ve konu unsurları arasındaki illiyet bağının varlığı her zaman yetmez; konu ile sebep arasında aşırı bir oransızlık da olmaması gerekir⁵³⁷. Bir başka ifadeyle idari işlemin sebep unsuru ile konu unsuru arasındaki ölçsüzlük idari işlemi hukuka aykırı hale getirir⁵³⁸. Ölçülülük ilkesi, hukukun başka dallarında da uygulanma alanı bulmakla birlikte idare hukuku bağlamında, idarenin işlem ve eylemi ile, başvurduğu sınırlandırma amacı arasında denge kurmasını ifade eder⁵³⁹. Danıştay da bir kararında ölçülülük ilkesini şu şekilde tanımlamıştır:

“... ölçülülük ilkesi ise; amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Bu ilkenin; sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik", sınırlayıcı önlem in sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "zorunluluk", ayrıca amaç ve aracın ölçsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "orantılılık" ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.”⁵⁴⁰

Ölçülülük ilkesi, özellikle yükümlendirici işlemler, idari yaptırımlar, kolluk işlemleri⁵⁴¹ ve disiplin cezası işlemlerinde büyük önem taşır⁵⁴². Yine 657 sayılı Devlet Memurları

nitelendirmesini örnek olarak göstermekte ve Danıştay’ın idari işlemin unsurlarındaki hukuka aykırılıkları tespitteki özensizliğini eleştirmektedir. Bkz. Karahanoğulları (2012), s. 492.

⁵³⁷ Gözler (2009), s. 938.

⁵³⁸ Yıldırım ve Avcı (2015), s. 175; Çağlayan (2013), s. 400; Akyılmaz vd. (2015), s. 433; Akıncı vd. (2013), s. 277; Yayla (2010), s. 137.

⁵³⁹ Y. Oğurlu (2002). *Karşılaştırmalı idare hukukunda ölçülülük ilkesi*. Ankara: Seçkin, s. 21 – 31. “Basit bir benzetmeyle ölçülülük ilkesi çok iyi aydınlatılmamış bir alanda ilerlemek zorunda olan idarenin (ve bu ilerleyişi denetleyecek olan yargının) elindeki çok güçlü bir fener gibidir. Hem idarenin yolunu aydınlatarak tökezlemesini önler hem de o yolda muhatap olacağı bireyleri aydınlığa çıkarıp onları karanlığın doğurabileceği tehlikelerden korur.” Bkz. J. G. Erdem (2013). Ölçülülük ilkesinin idarenin takdir yetkisinin kullanımındaki yeri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62 (4), s. 1003.

⁵⁴⁰ Danıştay 10. Dairesinin 15.9.2008 tarih ve 2006/946 Esas ve 2008/6084 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016) Kararda geçen zorunluluk ilkesi yerine gereklilik ilkesi kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Oğurlu (2002), s. 37 – 38.

⁵⁴¹ Ölçülülük ilkesinin en rahat ve açıklıkla uygulanabileceği alan kolluk faaliyetleridir. Kolluk faaliyetleri alanından ölçülülük ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. Oğurlu (2002), s. 68 – 90.

⁵⁴² Akyılmaz vd. (2015), s. 433.

Kanunu'nun 125. maddesinin C fıkrasında aylıktan kesme cezası örneğinde olduğu gibi; bir fiilin müeyyidesi olarak alt ve üst sınırların belirlendiği ve idareye söz konusu sınırlar dahilinde takdir yetkisi tanındığı hallerde ölçülülük ilkesine uyulması gerekliliği çok net biçimde ortaya çıkar⁵⁴³. Örneğin 1997 tarihli bir Danıştay kararına konu teşkil eden olayda; bir öğretmen özürsüz ve kesintisiz 4.5 gün göreve gelmemiş, bu sebeple kendisine Devlet Memurları Kanunu'nun 125/D-b hükmü gereğince 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiştir. Danıştay ise, disiplin cezası ile ilgilinin eylemi arasında adil bir denge bulunması gerektiğini yani bir başka ifadeyle ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerektiğini, somut olayda kişinin görev yerinden farklı bir yerde ikamet eden eşini hastaneye götürdüğünü ve araya Cumhuriyet Bayramı ile hafta sonu tatilinin girdiğini ve idarece karar verilirken bu hususların da göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade ederek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁵⁴⁴. Olayda Danıştay'ın ölçülülük ilkesi kapsamında ilgilinin subjektif durumunu da göz önüne aldığı görülmektedir. Ölçülülük ilkesinin bir alt unsuru olan elverişliliğin gerçekleşebilmesi için idari ihlali gerçekleştirerek idari yaptırımla karşılaşan kişinin subjektif durumunun dikkate alınması gerekmektedir⁵⁴⁵.

Ölçülülük ilkesinin tartışıldığı uyuşmazlıklarda, çoğunlukla neden unsuru gerçekleşmiş olup söz konusu nedene uygun sonucun doğup doğmadığı incelenmektedir⁵⁴⁶. Örneğin 1990 tarihli bir karara konu teşkil eden olayda; öğrenci öğretmenine hakaret etmiş yani sebep unsuru gerçekleşmiş fakat, ilgili yönetmeliğin 55. maddesi gereğince disiplin

⁵⁴³ Çağlayan (2013), s. 400 – 401.

⁵⁴⁴ “Bir memur hakkında takdir edilen disiplin cezası ile, ilgilinin eylemi arasında adil bir denge bulunması ilkesi disiplin hukukunun temel ilkelerindedir. Bu denge kurulurken, olayın oluş biçimi, ilgilinin suç kastının bulunup bulunmadığı, irade dışı etkenlerin eylemin meydana gelmesine etkisi gibi hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Olayda, davacının görev yerinden farklı bir yerde ikamet eden eşini tedavi ettirmek için 26.10.1993 günü hasta sevk kağıdı aldığı, ulaşım zorluğu nedeniyle 27.10.1993 günü ... Devlet Hastanesine ulaştığı, araya Cumhuriyet Bayramı ve hafta sonu tatili girmesi nedeniyle tedaviye ancak 1.11.1993 günü başlanabildiği, her ne kadar bu hususu yeterli delillerle ortaya koyamıyor ise de, neticede eşine hasta teşhisi konulduğu, tedavinin gecikmesi ve davacının göreve devamsızlığında araya giren resmi tatilin de etkili olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, idare mahkemesince dava konusu işlemin, verilen ceza ile eylem arasında adil bir denge bulunmadığı gerekçesiyle iptal edilmesi gerekirken davanın reddi yolunda verilen temyize konu kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay 8. Dairesinin 11.12.1997 tarih ve 1995/3680 Esas ve 1997/3928 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁵⁴⁵ Oğurlu (2002), s. 93.

⁵⁴⁶ Giritli vd. (2013), s. 1275 – 1276.

suçu olarak hakaret eyleminin cezası bir yıl süre ile okuldan uzaklaştırma olduğu halde okuldan ilişiği kesilmiş yani nedene uygun sonuç dođurulmamıřtır⁵⁴⁷.

4. Takdir Yetkisi ve Konu Unsuru

İdarenin takdir yetkisi ve takdir yetkisinin denetlenip denetlenemeyeceği yahut ne ölçüde denetlenebileceği, doktrinin uzun süredir ve yoğun olarak ilgisini çeken konulardan biri olmuřtur⁵⁴⁸. Biz çalışmamızın kapsamı gereğince takdir yetkisiyle ilgili genel bilgileri vermekle yetinecek ve takdir yetkisinin konu unsuruna yansımalarını ortaya koymaya çalışacağız.

⁵⁴⁷ "...disiplin suçu olarak hakaret eyleminin cezası bir yıl süre ile okuldan uzaklaştırma olduğu halde, sırf hüküm giydiği gerekçesiyle bu süreyi aşan bir ceza uygulanarak öğrencinin ilişiğinin kesilmesi suçla ceza ve yönetmelikteki iki kural arasında adil bir denge bulunmadığını açıkça göstermektedir. Bu durum gözetilmeden davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır." Danıştay 8. Dairesinin 5.2.1990 tarih ve 1988/820 Esas ve 1990/145 Karar sayılı kararı. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁵⁴⁸ Takdir yetkisi hakkında detaylı bir inceleme için bkz. C. Kaya (2011). *İdarenin takdir yetkisi ve yargısal denetimi*. İstanbul: On İki Levha. Ayrıca bkz. ř. Karatepe (1991). İdarenin takdir yetkisi. *Türk İdare Dergisi*, 63 (392), s. 63 – 119; Y. Yayla (1964). İdarenin takdir yetkisi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 30 (1-2), s. 201 – 211; A. Gerçek (2006). *Türk vergi hukukunda idarenin takdir yetkisi*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık; Alan (1976); M. Tataroğlu (2007). *Bilgi çağında kamu yönetiminde takdir yetkisi*. Bursa: Alfa Aktüel; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 505 – 533; M. Avcı (2002). *Devlet memurlarının atanmasında idarenin takdir yetkisi*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, s. 3 – 27; Akyılmaz vd. (2015), s. 147 – 154; Karahanoğulları (2012), s. 498 – 551; K. G. Balkar (1956). İdarenin takdir yetkisi. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 11 (4), s. 124 – 134; Gözler (2009), s. 942 – 976; Yenice ve Esin (1983), s. 130 – 138; V. Pekiner (1961). İdarenin takdir yetkisi. *Ankara Barosu Dergisi*, (4), s. 1- 8; A. H. Tuncay (1972). *İdare hukuku ve idari yargının bazı sorunları*. Ankara: Başbakanlık Basımevi, s. 130 – 190; O. Karahanoğulları (2011). İdarenin yargısal denetimine yönelik anayasa değişiklikleri ve takdir yetkisinin yargısal denetimi. *Mülkiye Dergisi*, 35 (270), s. 43 – 64 (<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/yargidenetimininsinirlanmasi.pdf> adresindeki metne erişilmiştir); R. Başpınar (1971). İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetime tabi tutulması. *Danıştay Dergisi*, 1 (3), s. 59 – 85; G. Ersan (2008). *İdarenin takdir yetkisi ve takdir yetkisinin yargısal denetimi*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. Trabzon: Karadeniz Teknik Üniversitesi; N. Hacıbrahimoğlu (2012). *Yargı kararları ışığında takdir yetkisi ve yerindelik denetimi, 2010 Anayasa değişikliğinin bu duruma muhtemel etkisi*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi; R. Çağlayan (2003). Türk hukukunda idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (3 – 4), s. 171 – 208. Ayrıca Alman idare hukukunda takdir yetkisi ve yargısal denetimi için bkz. D. Yılmaz (2011). Alman idare hukukunda idarenin takdir yetkisi ve takdir yetkisinin yargısal denetimi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXIX (1 - 2), s. 1019 – 1032. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin takdir yetkisi doktrinine yaklaşımı için bkz. A. Atakan (2010). Avrupa insan hakları mahkemesinin takdir yetkisi doktrinine ilişkin bir inceleme. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16 (3 -4), s. 29 – 36.

4.1. Takdir Yetkisi Kavramı

Takdir; Arapça “gücü yetti, boy ölçüştü” manasında gelen “kadara” fiilinden türemiş ve ölçü ve değer biçme, değer verme, beğenme anlamlarına gelen bir sözcüktür⁵⁴⁹. Takdir yetkisi de esasında, bir seçme özgürlüğü ve serbestisini ifade etmesi sebebiyle, hukukun uygulanmasının özünde mevcut bulunan ve olayların tabiatından kaynaklanan bir olgudur⁵⁵⁰. Takdir yetkisinin özünü, olasılıklar arasında tercih yapma imkanı oluşturur⁵⁵¹. Hukuk sözlüğünde ise “belli konularda karar verecek olanlara, yasaların tanıdığı değerlendirme yetkisi” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁵². Bu şekildeki bir tanım özel hukuktaki, hakimin takdir yetkisini⁵⁵³ de kapsamaktadır; fakat elbette idare hukuku teorisi açısından önem taşıyan kısım idarenin takdir yetkisidir. İdare hukuku bağlamında, hukuk lügatinde takdir yetkisi, “kanunun vâzının evvelce bir hareket tarzı tesbit etmemiş olduğu bazı muamele ve tasarruflarda idarenin, tasarrufun mevzuunu veya saikini, yahut icra zaman ve mekanını tayin ve intihap hususunda haiz olduğu serbesti” olarak tanımlanmıştır⁵⁵⁴. Bir başka ifadeyle, “çerçevesi mevzuatta öngörülmuş fakat içi birtakım imkansızlıklarla bilinçli olarak doldurulmamış bir idari usulün varlığı durumunda, idareye bu idari usulün doldurulması konusunda tanınan belli bir kararı alıp almama, değişik çözümler arasında bir seçim yapma, yani yetkinin kullanılış usulünü belirleme yetkisine takdir yetkisi denir.”⁵⁵⁵. İdarenin bir konudaki yetkisi bağlı yetki veya takdir yetkisi şeklinde olabileceğinden⁵⁵⁶ takdir yetkisini, bağlı yetkinin olmadığı haller şeklinde anlamak da mümkündür. Doktrinde takdir yetkisini ifade etmek adına; takdir salahiyeti⁵⁵⁷, takdir kudreti ve yetkisi⁵⁵⁸, takdiri yetki⁵⁵⁹, idarenin değerlendirme yetkisi⁵⁶⁰ gibi ifadeler de kullanılmaktadır⁵⁶¹.

⁵⁴⁹ www.nisanyansozluk.com

⁵⁵⁰ T. T. Yüce (1973). Cumhuriyetin hukuk düzeninde idarenin hukukla bağlılığı ve danıştay. *Danıştay Dergisi, Cumhuriyetin 50. Yılı Özel sayısı*, s. 186’den aktaran Kaya (2011), s. 18.

⁵⁵¹ Tataroğlu (2007), s. 5 – 6.

⁵⁵² E. Yılmaz (1992). *Hukuk sözlüğü*. Ankara: Yetkin, s. 861.

⁵⁵³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md. 4: “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”

⁵⁵⁴ Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü (1991). *Türk hukuk lügatı*. Ankara: Başbakanlık Basımevi, s. 319.

⁵⁵⁵ Akyılmaz vd. (2015), s. 151.

⁵⁵⁶ Atay (2014), s. 508.

⁵⁵⁷ Balkar (1956), s. 124.

⁵⁵⁸ Onar (1966), s. 420.

4.2. Takdir Yetkisinin Varlık Sebebi

Maksat unsurunun incelenmesinde de bahsedildiği üzere idarenin asli gayesi kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Kamu yararının nasıl gerçekleşeceğini önceden bilinen, ispat edilmiş, tartışmasız yolları olmaması ise idareye takdir yetkisi verilmesini gerekli kılmaktadır, zira idare çeşitli riskli ve tartışmalı konularda her gün karar vermek zorundadır⁵⁶². Bir başka ifadeyle, idarenin faaliyet alanlarının çeşitliliği ve genişliği, bu alanların baştan tüm ayrıntılarıyla düzenlenmesini olanaksız kılmakta, bu durumlarda idareye bir hareket serbestisi tanınması zorunluluğu doğmaktadır⁵⁶³. Aynı zamanda kanunlar ve kanunlara dayanılarak çıkartılan düzenleyici işlemlerin genel ve soyut nitelikte olmaları ve teknik bilgi ve özel uzmanlık gerektiren alanlarda idarenin etkinliğinin artırılması düşüncesi de idareye takdir yetkisi tanınmasını gerekli kılar⁵⁶⁴. Yine somut durumlara has özelliklerin dikkate alınmasına olanak sağlaması da takdir yetkisini zorunlu kılmaktadır⁵⁶⁵. Takdir yetkisinin varlığının birincil nedeninin idarenin bu yetkiye olan ihtiyacı olduğu ifade edilmektedir⁵⁶⁶. Olayın meydana geldiği zaman ve dönemin nitelikleri, başvuran kişinin özel durumu ve maddi imkanların ölçüsü de idareye takdir yetkisi tanınmasının gereklerindedir⁵⁶⁷. Dolayısıyla takdir yetkisinin eşyanın tabiatından doğduğunu söylemek mümkündür⁵⁶⁸. Son olarak yasama organının ve yargı organının takdir yetkisine sahip olması sebebiyle, devlet organları arasında eşitlik ilkesi gereğince de idareye takdir yetkisi tanınması gerekmektedir⁵⁶⁹. Takdir yetkisinin bir gereksinimden öte bir zorunluluk olduğu kabul edilmekle beraber, güçlü bürokrasilerin kontrolden çıkmasına, ayrımcılığa, hukuki belirsizliğe ve yöneticilerin yasal yükümlülüklerden kaçınması gibi sakıncaların ortaya çıkmasına olanak sağlaması

⁵⁵⁹ Karahanoğulları, takdiri olmanın idarenin yetkisinin bir niteliği olduğu ifade etmekte, ayrı bir yetki olmadığı için takdiri yetki teriminin kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Karahanoğulları (2012), s. 498.

⁵⁶⁰ Alan (1976), s. 334.

⁵⁶¹ Biz doktrindeki yaygın kullanıma ve Anayasa 125. madde ve İYUK 2. madde düzenlemelerine paralel olarak takdir yetkisi kavramını tercih ettik. Örneğin bkz. Kaya (2011), s. 8; Akyılmaz vd. (2015), s. 147; Gözler (2009), s. 942; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 505; Alan (1976), s. 336;

⁵⁶² Gözler (2009), s. 950 – 951.

⁵⁶³ Pekiner (1961), s. 2 – 3; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 505; Kaya (2011), s. 13. Takdir yetkisi çoğunlukla, bir konudaki düzenleyici metinlerin yokluğu veya yetersizliğinden doğmaktadır. Başpınar (1971), s. 64.

⁵⁶⁴ Gerçek (2006), s. 17; Kaya (2011), s. 15.

⁵⁶⁵ Öztürk (2009), s. 109; Kaya (2011), s. 15.

⁵⁶⁶ Alan (1976), s. 337.

⁵⁶⁷ Sancakdar (2012), s. 339.

⁵⁶⁸ Yayla (1964), s. 210.

⁵⁶⁹ Kaya (2011), s. 16.

sebebiyle eleştirilmekte ve hatta hukuk devletinin “Truva atı”na benzetilmektedir⁵⁷⁰. Anayasa Mahkemesi de 2014 tarihli bir kararında idareye takdir yetkisi tanınması gerekliliğini şu şekilde açıklamıştır:

“İdarelerin, kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken ne tür kararlar almaları gerektiğinin, her türlü olay ve olgu göz önünde bulundurularak önceden hukuk kurallarıyla belirlenmesi mümkün olmadığı gibi kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği dikkate alındığında uygun bir yöntem de değildir. Bu nedenle, idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur. Takdir yetkisinin amacı, idareye farklı çözümler arasından uygun ve yerinde olanı seçme serbestisi tanımaktır.”⁵⁷¹

Takdir yetkisinin niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Yasal serbestlik yaklaşımı, idarenin varacağı sonucun hukuk kuralı tarafından dayatılmadığı hallerde takdir yetkisinin olduğunu, neden – sonuç bağlantısı yaklaşımı, takdir yetkisinin işlemin neden ve sonuç unsurları arasındaki bağlantının kurulmasından doğduğunu, yasal seçenekler yaklaşımı, takdir yetkisinin hepsi yasal birden fazla sonuçtan birini seçme serbestisi olduğunu, belirsiz kavramlar yaklaşımı ise idareye yetki veren kuralda bulunan belirsiz kavramların idareye tanıdığı anlamlandırma serbestliğinin takdir yetkisi olduğunu ileri sürmektedirler⁵⁷². Yine takdir yetkisini; normlar hiyerarşisindeki kademeler arasındaki boşluğun kullanılacağı alan şeklinde, idarenin tüzel kişi olması sebebiyle takdir yetkisine sahip olduğu şeklinde, kanunlarda idari işlemin unsurları kesin sınırlarla belirlenmemiş ise takdir yetkisine sahip olduğu şeklinde ve takdir yetkisinin hukuk devletinin bir gerekliliği olduğu şeklinde açıklayan görüşler bulunmaktadır⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Kaya (2011), s. 17 – 18.

⁵⁷¹ Anayasa Mahkemesinin 13.11.2014 tarih ve 2013/95 Esas ve 2014/176 Karar sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁵⁷² Bu yaklaşımlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Karahanoğulları (2012), s. 499 – 500; Kaya (2011), s. 26 – 32.

⁵⁷³ Pekiner (1961), s. 2 -3; Gerçek (2006), s. 19 – 22. Takdir yetkisinin kaynağına ilişkin Fransız doktrinindeki görüşler için bkz. Memiş (2013), s. 149 – 150. Ayrıca bkz. Yayla (1964), s. 203 – 207.

4.3. Bağlı Yetki – Takdir Yetkisi Ayrımı

Bir idari makam, kamu hizmeti görürken mevzuatta öngörülen harici bir hareket tarzı seçme hakkına sahip değilse, belli hukuki olaylar karşısında, mevzuatta önceden belirlenmiş davranış ve çözüm şeklini benimsemek zorundaysa, mevzuat gereği belli bir işlemi yapmak ya da belli bir eylemde bulunmak yükümlülüğü altındaysa bağlı yetki söz konusudur⁵⁷⁴. Başka bir deyişle bağlı yetki, objektif hukuk kurallarının, idari işlemin sebebini ve konusunu yeterli açıklıkla ve idarenin takdirine yer bırakmaksızın belirttiği hallerde ortaya çıkmaktadır⁵⁷⁵. Bağlı yetki hallerinde idare, hukuk kurallarının kendisine verdiği emir, görev ve yetki doğrultusunda hareket etmek zorundadır, öngörülen çözüm yolunun dışına çıkamaz⁵⁷⁶. Bağlı yetki, kamu hizmetinden faydalananlara, bu yetki ile idareye yüklenen görevlerin yerine getirilmesini talep etme hakkı tanır⁵⁷⁷. Doktrinde takdir yetkisi gerçek bir iktidar yani bir kamu ayrıcalığı iken, bağlı yetkinin sadece bir yetenek yani bir kamusal zorunluluk olduğu ifade edilmektedir⁵⁷⁸. Bağlı yetki çoğunlukla ilgili hükmün yazılış tarzından, yani “alır”, “yapar”, “kararlaştırır”, “uygular” ya da “belirler” gibi emir kipi kullanılmasından anlaşılır⁵⁷⁹.

Danıştay kararları ışığında; idarenin mahkeme kararlarını uygulamada, haklarında yargılamanın men’ine karar verilenlerin görevden uzaklaştırma tedbirinin kaldırılmasında, memurluğa alınma şartlarından hükümlü olmama şartını taşımayan kişinin memurluğa alınmasında idarenin bağlı yetkiye sahip olduğu söylenebilir⁵⁸⁰. Yine Danıştay kararlarından örnek vermek gerekirse; “idarelerin bir kadroya atama yapmak için harekete geçmesi ve söz konusu kadro için aranan nitelikleri belirleyip ilan etmesi sonrasında ilan metninde öngörülen nitelik ve şartlara haiz olan adayın atanması bakımından bağlı yetki içinde olduğu kuşkusuzdur.”⁵⁸¹. Burada ayrıca belirtmek gerekir

⁵⁷⁴ M. Tataroğlu (2007). *Bilgi çağında kamu yönetiminde takdir yetkisi*. Bursa: Alfa Aktüel, s. 4; Akyılmaz vd. (2015), s. 148.

⁵⁷⁵ Alan (1976), s. 336.

⁵⁷⁶ Atay (2014), s. 509.

⁵⁷⁷ Akyılmaz vd. (2015), s. 148.

⁵⁷⁸ Yaşar (2013), s. 148.

⁵⁷⁹ Atay (2014), s. 510 – 511.

⁵⁸⁰ Akyılmaz vd. (2015), s. 149. Türk mevzuat ve içtihadından başka bağlı yetki örnekleri için bkz. Atay (2014), s. 510 – 513.

⁵⁸¹ Danıştay 8. Dairesinin 14.11.2011 tarih ve 2011/3972 Esas ve 2011/5517 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

ki; doçent ünvanlı bir öğretim üyesinin üniversitenin ilan ettiği doçentlik kadrosuna tek aday olarak başvurması örneğinde olduğu gibi, bazı hallerde başta takdir yetkisine sahip olan idarenin, ilgili kuralın öngördüğü seçeneklerin bir kısmının veya biri dışında tamamının hukuka aykırı hale gelmesiyle takdir yetkisi azalabilir veya bağılı yetkiye dönüşebilir⁵⁸². Bir idari işlemin bağılı yetki veya takdir yetkisi ile yapılmış olmasının tespiti, söz konusu işlemi denetleyecek hakimden denetim sınırlarını değiştirdiği için önem arz etmektedir⁵⁸³. Fakat bu ayırımın her zaman net bir şekilde yapılabileceğini söylemek güçtür. Şöyle ki; çoğu zaman en bağılı yetki hallerinde bile idarenin serbestçe hareket ettiği ya da pasif kaldığı görülebilmekte veya tam aksine, takdir yetkisi alanına girdiği genel olarak kabul edilen bazı işlemlerin yargı tarafından denetlenmesiyle karşılaşılabilmektedir⁵⁸⁴. Örneğin aşığıda verilen Danıştay kararında, aynı olayda bağılı yetki ve takdir yetkisi iç içe geçmiştir:

“Cumhurbaşkanı'nın Anayasanın yukarıda sözü edilen 104/2-b maddesindeki "özel af" yetkisini, koşulları taşıyıcılar bile her başvuru sahibi hükümlü için kullanmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, Cumhurbaşkanı bu konuda mutlak bir takdir yetkisine sahip iken; Adalet Bakanlığı, koşulları taşıyan her başvuruyu, yukarıda özetlenen Genelgedeki prosedüre uygun olarak, Cumhurbaşkanı'nın takdirine sunma konusunda "bağılı yetki" içindedir.”⁵⁸⁵.

Takdir yetkisi ise idarenin, ne zaman, nerede, nasıl bir işlem yapacağının hukuk kuralları ile baştan emredici şekilde belirlenmediği durumlarda ortaya çıkar⁵⁸⁶. Bir başka ifadeyle takdir yetkisi; maddi olayın değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi, harekete geçme zamanının tayini ve belli bir yönde hareket edip etmeme olanağı noktalarında ortaya çıkar⁵⁸⁷. 11 Mart 1980 tarihinde kabul edilen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin Tavsiye Kararı”nda ise takdir yetkisi; “idareye alınacak karar konusunda belli ölçüde serbestlik tanıyan, yasal

⁵⁸² Karahanoğulları (2012), s. 508 – 509.

⁵⁸³ Alan (1976), s. 334.

⁵⁸⁴ Yayla (1964), s. 202.

⁵⁸⁵ Danıştay 10. Dairesinin 19.3.2007 tarih ve 2006/6659 Esas ve 2007/1390 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

⁵⁸⁶ Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 506.

⁵⁸⁷ Memiş (2013), s. 151.

olarak kabul edilebilir kararlar arasından uygun gördüğünü seçme imkanı veren yetki” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁸⁸.

İdari işlemin yetki⁵⁸⁹, şekil ve amaç unsurlarında idarenin takdir yetkisi olmadığı kabul edilmektedir.⁵⁹⁰ Çünkü idare hukukunda yetkiler kanunla verilir, şekil serbestisi yoktur ve tüm idari işlemler kamu yararı amacı gütmek zorundadır⁵⁹¹. Yani idari işlemin sadece sebep ve konu unsurlarında idarenin takdir yetkisi söz konusu olabilir⁵⁹². Bu başlıkta sadece sebep unsuru bakımından takdir yetkisinden bahsedilecek, takdir yetkisinin konu unsurundaki görünüşleri ise aşağıda incelenecektir.

Sebeb unsurunu incelerken de bahsedildiği üzere kanunlar kimi zaman idari işlemin sebebini kamu düzeni ya da milli güvenlik gibi genel ve soyut kavramlarla belirler. Bu gibi hallerde idarenin soyut sebebi somutlaştırırken takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁵⁹³. Burada ortaya çıkan sorun ise, söz konusu kavramların somutlaştırılmasının tümüyle idarenin sübjektif değerlendirmesine mi bırakıldığı yoksa bunların objektif nitelik mi taşıdıklarıdır⁵⁹⁴. Danıştay’ın konuya bakış açısı şu şekildedir: “İdari işlemlerde takdir yetkisi, nesnel (objektif) ölçüler içinde yasal amaca ve kamu hizmeti gereklerine uygun biçimde kullanılabilir.”⁵⁹⁵. Örneğin, bir kolluk

⁵⁸⁸ O. Karahanoğulları (1996). İdari takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin r(80)2 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tavsiye kararı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1 – 4), s. 327. Takdir yetkisinin bir çok tanımı için bkz. Kaya (2011), s. 18 – 26.

⁵⁸⁹ “Anayasaya göre, idari makamlar kullandıkları yetkiyi kanundan alırlar. Kanuni idare ilkesi uyarınca, idarenin yetkileri ve bu yetkiyi kullanacak makamlar kanunla belirlenir. İdari işlemlerin hukuken geçerli sayılması için kararların kanunla yetkili kılınan makam ve kişilerce alınması gerektiğinden idari makamların işlemin yetki unsuru üzerinde takdir yetkisi olamaz.” Danıştay 1. Dairesinin 31.12.2000 tarih ve 2000/29 Esas ve 2000/59 Karar sayılı kararından aktaran Atay (2014), s. 517.

⁵⁹⁰ Atay (2014), s. 516; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 508. İdari işlemin şekil unsurunda da takdir yetkisi olabileceği yönündeki görüş için bkz. Eroğlu (1985), s. 52; Giritli vd. (2013), s. 131. İdari işlemin maksat unsurunda da takdir yetkisi olabileceği yönündeki görüş için bkz. Tuncay (1972), s. 153 – 154. İdari işlemin ancak sebep ve şekil unsurlarında takdir yetkisi olabileceği yönündeki görüş için bkz. Akyıldız (2008), s. 471.

⁵⁹¹ Çağlayan (2013), s. 161; Alan (1976), s. 338 – 340.

⁵⁹² Alan (1976), s. 339; Gürbüz (2011), s. 150; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 508; Karavelioğlu ve Karavelioğlu (2009), s. 311. Sebeb unsuru incelenirken de bahsedildiği üzere, Gözler idarenin sebep unsurundaki değerlendirme yetkisine değerlendirme marjı adını vermekte dolayısıyla takdir yetkisinin işlemin ancak konu unsurunda olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 945 – 946. Aynı yönde görüş için bkz. Memiş (2014), s. 253 – 254.

⁵⁹³ Atay (2014), s. 517; Karahanoğulları (2011), s. 10; Kaya (2011), s. 46; Karavelioğlu ve Karavelioğlu (2009), s. 310.

⁵⁹⁴ Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 506. İdare tarafından somut olayda değerlendirilen belirsiz kavramların, idari yargıda denetlenip denetlenemeyeceği yahut ne ölçüde denetlenebileceğine ilişkin Alman idare hukuku doktrinindeki görüşler için bkz. Yılmaz (2011), s. 1026 – 1029.

⁵⁹⁵ Danıştay 12. Dairesinin 24.4.1978 tarih ve 1977/1349 Esas ve 1978/955 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

işleminin yapılabilmesi için kamu düzenini tehlikeye sokan bir olayın var olması gerekir, kamu düzeni de belirsiz bir kavram olmakla birlikte objektif bir anlam taşımaktadır⁵⁹⁶. Fakat somut olayın, bahsi geçen belirsiz kavramların kapsamına girip girmediğini objektif olarak belirlemek mümkün değilse, bu konuda bir kuşku mevcutsa, idarenin takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilip yaptığı değerlendirmenin hukukiliğinin tartışılmaması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁹⁷.

İdari işlemlerin sebebi kanunda açıkça yazabileceği ya da belirsiz kavramlarla ifade edilebileceği gibi hiçbir sebep belirtilmemiş de olabilir. İşte bu hallerde de idarenin sebep unsurunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁵⁹⁸. İdari işlemin sebebinin kanunda belirtilmemiş olmasına, Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesinin 1. fıkrasındaki, "Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler." düzenlemesi örnek gösterilebilir. Bu durumda idareye geniş bir takdir yetkisi tanındığı kabul edilmekle birlikte, takdir yetkisinin sınırsız olduğu düşünülemez. Örneğin Danıştay konuyla ilgili bir kararında kamu yararı ve hizmet gereklerinin gözetilmesi gerektiğini ifade etmiştir:

"Anılan madde ile memurların naklen atanması hususunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, dava konusu idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır."⁵⁹⁹

Bir başka kararda; müfettiş yardımcılığı sınavını kazanan kişinin, arşiv araştırması ve güvenlik soruşturmasının sürdüğü gerekçesiyle atama işlemi yapılmamıştır. Temyiz incelemesinde Danıştay, "Anayasa ve yasa ile belirlenen ilke ve kuralların bir yana bırakılarak, atama işleminin yetkili makamın subjektif değerlendirmesine bırakılması durumunda, takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi muhtemeldir. Böyle bir uygulama,

⁵⁹⁶ Kaya (2011), s. 47.

⁵⁹⁷ Günday (2011), s. 156.

⁵⁹⁸ Karavelioğlu ve Karavelioğlu (2009), s. 310; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 470; Kaya (2011), s. 212.

⁵⁹⁹ Danıştay 5. Dairesinin 25.1.1995 tarih ve 1994/6864 Esas ve 1995/428 Karar sayılı kararı.

Anayasa’da ifade edilen ‘kanun önünde eşitlik’ ilkesinin ve ‘kamu hizmetine girme hakkı’nın ihlali niteliğini taşıır” diyerek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁶⁰⁰.

2010 tarihli bir karara konu teşkil eden olayda ise, davalı idareye on adet iç denetçi kadrosu tahsis edilmiş, söz konusu kadrolara gerekli şartları taşıyan on müfettiş başvurmuş, başvuranlardan beşinin ataması yapılmıştır. Ataması yapılmayan davalı bu zımni ret işlemini idari yargıya taşımıştır. Ankara 16. İdare Mahkemesi, yeterli boş kadro bulunmasına rağmen objektif bir neden olmadan davacının bu kadroya atanmaması işlemini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Konumuz çerçevesinde ifade edecek olursak; ilgili maddede (5018 sayılı Kanun geçici md. 5/1) atama işlemi için sebep unsuru gösterilmemiş, idare mahkemesi ise sebep gösterilmese de idarenin objektif bir nedene dayanması gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir. Fakat temyiz incelemesinde Danıştay 5. dairesi, olaydaki atama işleminin idarenin takdir yetkisi kapsamında olduğunu, dolayısıyla idare tarafından tercih edilen kişilere ek olarak davacının da tercih edilmesi yönünde karar verilmesinin yerindelik denetime kapsamına gireceğini belirterek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁶⁰¹.

4.4. Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi

1982 Anayasası’nın 125. maddesinin 4. fıkrası⁶⁰² ve İYUK’un 2. maddesinin 2. fıkrası⁶⁰³ açıkça idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde yargı kararı verilmesini

⁶⁰⁰ Danıştay 5. Dairesinin 13.03.2003 tarih ve 2001/5253 Esas ve 2003/796 Karar sayılı kararından aktaran Karavelioğlu ve Karavelioğlu (2009), s. 314 – 315.

⁶⁰¹ Danıştay 5. Dairesinin 12.5.2010 tarih ve 2008/4162 Esas ve 2010/3090 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁶⁰² 1982 Anayasası md. 125/4: “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.” Söz konusu hükmün tarihsel gelişimi için bkz. Akyıldız (2008), s. 467 – 469; Karahanoğulları (2011), s. 2 – 9. Danıştay bu yasaklamanın aynı zamanda idarenin takdir yetkisini kullanmasında uyması gereken sınırları da belirlediğini ifade etmektedir. “...İdarenin takdir yetkisinin denetimine yargı organları yönünden getirilen ve idari işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk açısından denetlenebilecekleri biçiminde ifade edilen kural aynı zamanda idarenin, takdir yetkisinin kullanılmasında uyması gereken sınırları da koymuş bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, idarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının daha somut bir biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisiyle donatıldıkları durumlarda idari yargı organları yapılacak denetim idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve saptanmasıyla sınırlı olup, idari yargı organlarının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da muayyen yönde bir işlem veya eylem tesisine zorunlu kılacak biçimde yargı kararı vermeleri ve böylece idari işlemlerin denetiminde, hukuka uygunluk sınırını aşarak, yerindelik denetimine girmeleri Anayasa ve yasa

yasaklamıştır. Bu yasaklamanın temelinde ise takdir yetkisinin, işlemin hukukiliği ile ilgili değil yerindeliği ile alakalı olması yatmaktadır⁶⁰⁴. Bir idari işlemin yerindelığının ise ancak yargı dışı denetim yollarıyla sağlanması mümkündür⁶⁰⁵. Bununla birlikte çağımızda hukuka bağlı bir devlette mutlak bir hareket serbestisi anlamında bir yetkinin yeri olamaz⁶⁰⁶. Başka bir deyişle takdir yetkisi, keyfi hareket yetkisi değildir, hukuka uygun olarak kullanılması gerekir⁶⁰⁷. Hukukilik ve yerindelik denetiminin sınırlarını net olarak çizmek imkansız olmakla beraber, bu sınırları tespit edenin uyumsuzlukları çözecek olan hakim olduğu söylenebilir⁶⁰⁸. İdarenin faaliyetlerini yerine getirebilmesi için idari yetkiye, hıza ve serbestiye sahip olması ne kadar zorunlu ise, idare edilenlerin hukukunun korunması, onların güvenliğinin sağlanması açısından hukuka uygun hareket etmesi de o kadar gereklidir⁶⁰⁹. Türk Hukukunda takdir yetkisinin kullanımına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamakla beraber takdir yetkisinin sınırları mahkeme içtihatları ile şekillenmiştir⁶¹⁰. Oysa örneğin Alman İdari Usul Kanunu'nun 40.

kurallarıyla ve idare hukuk ilkeleriyle bağdaştırılamaz.” Danıştay 5. Dairesinin 23.11.1987 tarih ve 1987/2389 Esas ve 1987/1620 Karar sayılı kararından aktaran Çağlayan (2013), s. 165.

⁶⁰³ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 2/2: “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler.”. “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-a maddesinde iptal davalarının idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacağı, 2/2 maddesinde idari yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacakları, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremeyecekleri, 10. maddesinde ise ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabileceği esası getirilmiştir.” Danıştay 10. Dairesinin 15.10.2002 tarih ve 200/3945 Esas ve 2002/3875 Karar sayılı kararından aktaran Y. Bal vd. (2003). *İdari yargılama usulü ile ilgili Danıştay 10. dairesinin seçilmiş kararları*. Ankara: Seçkin, s. 19 – 20.

⁶⁰⁴ Gerçek (2006), s. 15. Yerindelığın; maddi olayların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi, belirli bir yönde hareket edip etmemek imkanı ve harekete geçme zamanının tayini unsurlarından oluştuğu ifade edilmektedir. Bkz. Yayla (1964), s. 207 – 208. Karahanoğulları ise yerindelığı; “idarenin yaptığı işlemlerin aldığı kararların ürettiği hizmetin ihtiyaçlarına uygun olup olmaması” şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Karahanoğulları (2011), s. 11.

⁶⁰⁵ H. Kalabalık (2011). *İdari yargılama usulü hukuku*. Konya: Sayram Yayınları, s. 11. Mahkemelerin yerindelik denetimi yaparak karar vermeleri kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırılık teşkil eder. Bkz. Ş. Yıldız Akgül (2005). İdari yargıda re’sen araştırma yetkisi. *Eskişehir Barosu Dergisi*, (7), s. 223

⁶⁰⁶ Giritli (1957), s. 11.

⁶⁰⁷ Yaşar (2013), s. 146; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 506; Yıldız Akgül (2005), s. 223; Akyılmaz vd. (2015), s. 152.

⁶⁰⁸ Yenice ve Esin (1983), s. 137; Alan (1976), s. 354.

⁶⁰⁹ Alan (1976), s. 332; Başpınar (1971), s. 65.

⁶¹⁰ Hukukilik – yerindelik ayrımına dayanan bu denetim etkin bir denetim olduğu ve idari yargının takdir yetkisine dayanan işlemler üzerinde tam denetim yaptığı ifade edilmektedir. Karahanoğulları (2011), s. 10.

maddesinde, idarenin takdir yetkisini yetkilendirmenin amacına uygun kullanmak ve takdir yetkisinin yasal sınırlarına uymak zorunda olduğu belirtilmiştir⁶¹¹. Danıştay içtihadı birleştirme kararında, “idari kararların, mutlak takdir yetkisine dayandığını ileri sürerek yargı denetiminin dışında bırakılmasının idari hukuk ilkelerine ... aykırı düşeceği” ifade edilmiştir⁶¹². Hukuk devleti, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırmayı değil, takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılmasını sağlamayı hedeflemektedir⁶¹³.

İdarenin takdir yetkisi ile yapmış olduğu bir işlemin yargısal denetimi, aynı diğer işlemleri gibi İYUK 2. madde bağlamında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından birinin hukuka aykırılığının tespiti ile yapılacaktır. Fakat daha önce de ifade edildiği üzere idari işlemin yetki, şekil ve amaç unsurlarında idareye takdir yetkisi tanınması gibi bir durum söz konusu olamaz⁶¹⁴. Yani idari işlemin sadece sebep ve konu unsurlarında idarenin takdir yetkisi ortaya çıkabilir⁶¹⁵. Ayrıca bazı hallerde idarenin harekete geçme zamanı ve kararın uygulanacağı yerin tespiti noktalarında da takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir⁶¹⁶. Elbette bu hallerde dahi idarenin harekete geçme zamanındaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Örneğin Danıştay 1982 tarihli bir kararında, boykota katılan bir kişinin iki yıl sonra bu nedenle görev yerinin değiştirilmesini hukuka aykırı bulmuştur⁶¹⁷. Kanunun net bir süre belirtmediği durumlarda idare, iyi işleyen bir idarenin söz konusu işlemi gerçekleştirmesi için gerekli olan sürede yani bir başka ifade ile makul süre içinde işlemi tesis etmelidir⁶¹⁸.

İdarenin takdir yetkisi, işlemin yetki ve şekil unsurlarında olamayacağından, Danıştay yargısal denetim sırasında söz konusu işlemlerin yetki ve şekil unsurlarını diğer işlemlerden farksız olarak denetlemektedir⁶¹⁹. Maksat unsuru açısından ise Danıştay’ın maksat denetimi adı altında; yetki saptırmasını, bir hukuki sebebe dayanılmasını,

⁶¹¹ Yılmaz (2011), s. 1022.

⁶¹² Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 21.12.1963 tarih ve 1962/644 Esas ve 1963/35 Karar sayılı kararından aktaran Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 509.

⁶¹³ Akyılmaz vd. (2015), s. 151.

⁶¹⁴ Atay (2014), s. 516; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 508.

⁶¹⁵ Gürbüz (2011), s. 150; Alan (1976), s. 339; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 508.

⁶¹⁶ Kaya (2011), s. 90; Alan (1976), s. 342.

⁶¹⁷ Danıştay 5. Dairesinin 1982/2754 Karar sayılı kararından aktaran Yenice ve Esin (1983), s. 134.

⁶¹⁸ Atay (2014), s. 511.

⁶¹⁹ Alan (1976), s. 359.

dayanılan hukuki sebebin gerçekliğini, olayların hukuki tavsifini ve idarenin kanunu doğru yorumlayıp yorumlamadığını denetlediği görülmektedir⁶²⁰.

İdare takdir yetkisini; yasanın koyduğu sınırlar içerisinde, eşitlik ilkesini göz önünde bulundurarak, kamu yararı için ve gerekçeli olarak kullanmalı ayrıca yasalar takdir yetkisinin kullanımı için özel koşullar öngörmüşse idare bunlara uyararak kullanmalıdır⁶²¹. Danıştay'ın da takdir yetkisi ile alınmış olan işlemleri; kamu yararı ve hizmetin gereklerine uygunluk, işlemin sebebe dayalı olması ilkesine uygunluk, Anayasal ilkelere uygunluk ve kanunun özel amacına uygunluk yönlerinden denetlediği ifade edilmektedir⁶²².

İdare takdir yetkisini Anayasal ilke ve kurallara aykırı olmayacak şekilde kullanmalıdır⁶²³. Bu bağlamda idare takdir yetkisini kullanırken; sosyal devlet ilkesine, aile birliğinin korunması ilkesine, eşitlik ilkesine, idarenin bütünlüğü ilkesine, savunma hakkı ilkesine, düşünce ve kanaat hürriyetine, çalışma ve sözleşme hürriyetine, ölçülülük ilkesine ve çevrenin korunması ilkesine saygı göstermelidir⁶²⁴.

Konu unsurunda sakatlık halleri incelenirken eşitlik ilkesine aykırı işlemlerin konu unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil edeceği belirtilmişti. İdarenin takdir yetkisine sahip olduğu işlemlerde de eşitlik ilkesine uygun davranması gerekmektedir⁶²⁵. Bir başka ifadeyle, idare takdir yetkisini eşitlik ilkesini zedeleyecek sonuçlar doğuracak şekilde kullanamaz. Örneğin 2005 tarihli bir Danıştay kararına konu teşkil eden olayda; Ankara Büyükşehir Belediye Meclisinin ilgili kararında cami, mescit gibi dini yerlerden su ücreti alınmayacağı kararlaştırılmış, fakat Protestan kilisesi idare tarafından dini yerler kapsamında görülmeyerek bedelsiz su kullanımından faydalandırılmamıştır. Danıştay ise, bu tarz bir uygulamanın eşitlik ve hakkaniyet

⁶²⁰ Alan (1976), s. 360 – 363. “Takdir yetkisi kullanılarak kurulan işlemin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi, açılan bir dava sonucunda amaç yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin Anayasa ve 2577 sayılı Yasa gereği olduğu, sözü edilen denetimin ise ancak idari yargı yerlerince yapılacağı açıktır.” Danıştay 5. Dairesinin 10.10.2014 tarih ve 2012/4927 Esas ve 2014/6653 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁶²¹ Gürbüz (2011), s. 150; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 507; Akyılmaz vd. (2015), s. 153 – 154.

⁶²² Çağlayan (2013), s. 166 – 168.

⁶²³ Ersan (2008), s. 96.

⁶²⁴ Kaya (2011), s. 130 – 157.

⁶²⁵ Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 514; Akyılmaz vd. (2015), s. 153.

kurallarına uygun bulunmadığı gerekçesiyle, bahsi geçen işlemin iptali istemini reddeden idare mahkemesi kararını bozmuştur⁶²⁶.

Bir başka karara konu olan olayda ise, bir genelge ile ünite amirlerinin teklifi ve Genel Müdürün oluru ile, 40 günden fazla izin kullanan personele ikinci teşvik ikramiyesinin ödenmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Kendisine ikinci teşvik primi verilmeyen kişi bu işleme karşı açmış olduğu davada Danıştay, idarenin eşitlik ilkesine uymadığı ve takdir yetkisini objektif bir şekilde kullanmadığı gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir⁶²⁷.

Yine konu unsurundaki sakatlık hallerinden biri olarak sebep ile konu arasındaki sakatlıklarda, sebep ile konu arasındaki ölçsüzlüğün idari işlemi hukuka aykırı hale getireceğini ifade etmiştik. Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesi idarenin takdir yetkisinin kullanmasının sınırlardan biridir. Bir başka ifadeyle idare takdir yetkisini kullanırken ölçülülük ilkesine riayet etmek durumundadır⁶²⁸. İdare hukukunda ölçülülük ilkesi, idarenin işlem ve eylemi ile, başvurduğu sınırlandırma amacı arasında denge kurması anlamına gelmektedir⁶²⁹. Örneğin; alt ve üst sınırı kanunda belirlenmiş olan bir idari para cezasını tatbik ederken idarenin takdir yetkisi mevcuttur fakat; “6785 sayılı kanunun 1605 sayılı kanun ile değişik 18. maddesinde ruhsatsız iskan halinde 500 liradan 5.000 liraya kadar para cezasının verilebileceği belirtilmiş olup dava konusu belediye encümeni kararında ise hiçbir gerekçe gösterilmeden cezanın azami miktarının tatbik edilmek istenmesinde isabet görülmemiştir.”⁶³⁰. 2008 tarihli bir kararda da “Bir

⁶²⁶ Danıştay 8. Dairesinin 22.2.2005 tarih ve 2004/4350 Esas ve 2005/809 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁶²⁷ “Söz konusu esaslar ile ünite amirlerinin teklifi ve Genel Müdürün oluru ile, 40 günden fazla izin kullanan personele ikinci teşvik ikramiyesinin ödenmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise de bu yetki mutlak ve sınırsız bir yetki olmayıp, anılan yetkinin objektif olarak eşit bir şekilde, aynı durumda olan personel arasında ayırım gözetilmeyecek şekilde kullanılması gerekmektedir. Genel Müdür oluru ile olumlu ya da olumsuz yönde kullanılan bu takdir yetkisinin diğer tüm idari işlemler gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat öğeleri yönünden yargısal denetime tabi tutulması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır.” Danıştay 11. Dairesinin 8.4.2003 tarih ve 2003/8963 Esas ve 2003/1623 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

⁶²⁸ Erdem (2013), s. 990; Kaya (2011), s. 156. Fransız hukukunda ölçülülük denetiminde, yarar – zarar bilançosu tekniği kullanıldığı için bu denetime yarar zarar bilançosu denetimi adı verilmektedir ve özellikle kamulaştırma kararlarında verilen kamu yararı kararlarında kullanılmaktadır. Ayrıca ölçülülük denetimi yerindelik denetimine yol açacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. Gözler (2009), s. 970 – 976.

⁶²⁹ Oğurlu (2002), s. 21 – 31.

⁶³⁰ Danıştay 6. Dairesinin 19.12.1973 tarih ve 1973/2270 Esas ve 1973/5052 Karar sayılı kararından aktaran Kaya (2011), s. 156.

memur hakkında takdir edilen disiplin cezası ile, ilgilinin eylemi arasında adil bir denge bulunması ilkesi disiplin hukukunun temel ilkelerindendir” denilmek suretiyle ölçülülük ilkesinden faydalanılmıştır⁶³¹.

Daha önce de ifade edildiği üzere idarenin nihai amacı daima kamu yararadır. Bu duruma idare hukukunun finalist niteliği de denilmektedir⁶³². Dolayısıyla idare takdir yetkisi dahilinde olan işlemlerde de kamu yararı amacını gütmek zorundadır. Danıştay kamu yararı ve hizmet gerekleri kavramlarını birbirlerini tamamlar şekilde kullanmaktadır⁶³³. Örneğin atamalar konusundaki takdir yetkisi kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütleri ile denetlenmektedir⁶³⁴.

Takdir yetkisinin yargı mercilerince denetlendiği bir diğer hal; açıkça yanlış olan, uzman olmayan, hukukçu olmayan kimselerin dahi görebileceği nitelikteki hatalar, yani takdirde açık hata⁶³⁵ veya bir başka ifadeyle açık takdir hatalarıdır⁶³⁶. Açık takdir hatası denetimi daha ziyade Fransız Danıştay’ının içtihatlarında yer bulmakla beraber, Türk Danıştay’ının da bazı kararlarında bu ilkeye başvurduğu görülmektedir⁶³⁷. Örneğin Danıştay; Milli Eğitim Bakanlığı’nda on iki yıl daire başkanlığı yapmış kişinin, İl Kültür Müdür Yardımcılığına atanmasını iptal eden ilk derece mahkemesi kararını, takdirde açık hata bulunduğu gerekçesiyle onamıştır⁶³⁸. Açık takdir hatası meselesiyle ilgili olarak doktrinde bir çok yazar, “Gökova kararı”⁶³⁹ diye bilinen Danıştay kararını

⁶³¹ D. 8. D. 11.12.1997 T., 1995/3680 E., 1997/3928 K.

⁶³² Özay (2002), s. 322.

⁶³³ Çağlayan (2003). s. 190.

⁶³⁴ “Atamalar konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığına kanıtlanması ya da idari yargı merciiince saptanması halinde bu durumun dava konusu idari işlemin sebep ve konu yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal kararlarla kabul edilmiştir.” Danıştay 5. Dairesinin 18.09.1997 tarih ve 1995/2103 Esas ve 197/1785 Karar sayılı kararından aktaran M. Avcı (2009). *Devlet memurları kanunu kapsamında kamu görevliliğine giriş*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 180 – 181. “Sözü edilen maddelerle kamu görevlilerinin görev yerlerini ve sınıflarını değiştirme konusunda idarelere takdir yetkisi tanınmış ise de; bu yetkinin kamu yararı amacına ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılmasının zorunlu olduğu idare hukukunun yerleşmiş ilkelerindendir”. Danıştay 5. Dairesinin 22.5.1991 tarih ve 1986/1723 Esas ve 1991/933 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁶³⁵ Çağlayan (2013), s. 169.

⁶³⁶ Gözler (2009), s. 966.

⁶³⁷ Gözübüyük ve Tan (2014b), 530; Çağlayan (2013), s. 169.

⁶³⁸ Danıştay 5. Dairesinin 24.5.1999 tarih ve 1998/2282 Esas ve 1999/1682 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

⁶³⁹ Danıştay 10. Dairesinin 24.6.1986 tarih ve 1986/2738 Esas ve 1986/1451 Karar sayılı kararı. Karar ayrıca çevre hukukuna ilişkin ilk karar olma özelliğini taşımaktadır. Çağlayan (2003), s. 202.

incelemektedirler⁶⁴⁰. Danıştay söz konusu kararda takdir yetkisinin kullanılmasında açık bir hata saptanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir:

“Yetkili idari makamlarca, kamu hizmeti gerekleri, teknik ve ekonomik koşullar değerlendirilerek Gökova Körfezi kıyısında termik santral kurulması konusu, sonuç olarak yer seçimi hususundaki takdir yetkisine münceer olmaktadır. Kemerköy Termik Santralinin kurulacağı yerin belirlenmesine ilişkin dava konusu işlemlerde, maddi olguların nitelendirilmesinde ve takdir yetkisinin kullanımında açık bir hata saptanamamış olup; belirtilen hususlar dışında, termik santral yer seçimi ile ilgili idareye ait takdir yetkisini kısıtlayacak veya kaldıracak biçimde yargı kararı verilmesine de yasal olanak bulunmamaktadır.”

İdare hukukunun “kozalist” niteliği gereğince, idare hukuku içerisindeki tüm hukuksal varlıkların tüm davranışları belli bir sebebe dayanmak zorundadır⁶⁴¹. Bu ilke gereğince de, idare yaptığı işlemlerin sebebini ortaya koymak yani işlemini gerekçelendirmek zorundadır⁶⁴². Takdir yetkisi ile yapılmış olan işlemler de bu noktada bir farklılık göstermez. Şekil unsuru incelenirken ifade edildiği üzere Türk hukukunda idareye gerekçe yükümlülüğü getiren genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat mevzuatın sebep göstermediği yani idarenin takdir yetkisinin geniş olduğu durumlarda tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda, İYUK madde 20⁶⁴³ çerçevesinde idareden işlemin gerekçesinin bildirilmesi istenmektedir⁶⁴⁴. Örneğin Danıştay, bir öğretim üyesinin, jürinin olumlu görüşüne rağmen, rektör tarafından atanmaması işleminde haklı gerekçe

⁶⁴⁰ Özay (2002), s. 394; Gözler (2009), s. 967; Çağlayan (2013), s. 169; Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 530.

⁶⁴¹ Özay (2002), s. 321.

⁶⁴² Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 517; Çağlayan (2003), s. 184.

⁶⁴³ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 20/1: “Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.”

⁶⁴⁴ “İdari işlemlerin belli bir sebebe dayalı olması gerektiği idare hukukunun temel bir kuralıdır. Ayrıca işlemde sebep gösterilmesinde yasal bir zorunluluk bulunmasa dahi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20. maddesine göre, ihtilaf konusunun çözümlenebilmesi ve sağlıklı bir karar verilebilmesi için idare gerekli bilgileri ve işlemin dayanağını mahkemeye bildirmekle mükelleftir.” Danıştay 5. Dairesinin 11.5.1983 tarih ve 1981/2387 Esas ve 1983/3963 Karar sayılı kararından aktaran Kaya (2011), s. 172 – 173.

aramıştır⁶⁴⁵. Yine bir başka kararda, takdir yetkisinin neden o yönde kullanıldığının gerekçede açık bir şekilde gösterilmemesi iptal sebebi olarak kabul edilmiştir⁶⁴⁶.

Son olarak kanunun işlemin sebebini göstermemek suretiyle idareye takdir yetkisi verdiği durumlarda, Danıştay kanunun amacını yorumlamakta ve takdir yetkisini buna göre denetlemektedir⁶⁴⁷. Örneğin 1977 tarihli bir kararda Danıştay, öncelikle af yasasının amacını ortaya koymuş ve ardından davaya konu uygulamanın bu amaca uygun düşmediğini tespit etmiştir⁶⁴⁸. Danıştay bir başka kararında ise, sıkıyönetim komutanına, tiyatroları kontrol etmek ve gerektiğinde kapatmak gibi yetkiler veren 1402 sayılı kanunun 3. maddesinin amacının, kamu düzeni ve genel güvenliğin korunması olduğunu ifade ederek, karar konu teşkil eden işlemi denetlemiştir⁶⁴⁹.

ATAY'ın eserinde tam metnine yer vermiş olduğu, takdir yetkisinin varlık sebebine, tanımına, idari işlemin hangi unsurlarında bulunabileceğine ve yargısal denetimine ilişkin açıklamalar içeren, 2008 tarihli bir Danıştay kararını, takdir yetkisi doktrinine ilişkin kısa bir özet niteliği taşıdığı düşüncesiyle biz de aynen aktarıyoruz:

“Yazılı hukuk kurallarının günden günde artan ve karmaşık şekiller alan idari faaliyetlerin tüm ayrıntılarının düzenlenmesi ve her somut olaya uygulanacak çözüm yollarını göstermesi düşünülemez. Bu nedenle, kanun koyucu, genel ve çerçeveleyici kurallar koymakla yetinmekte ve yönetsel işlem ve kararların ayrıntılarını tespit etmek konusunda idareye bir serbest alan bırakmaktadır. İşte bu düzenlenmeyen alan, idarenin takdir yetkisiyle doldurabileceği alanı oluşturmaktadır. Böyle bir durumu hukuka aykırı saymak bir yana, hukukun gereği olarak kabul etmek gerekecektir.

⁶⁴⁵ Danıştay 5. Dairesinin 20.9.1988 tarih ve 1988/2086 Esas ve 1987/1336 Karar sayılı kararından aktaran Çağlayan (2003), s. 186.

⁶⁴⁶ Danıştay 12. Dairesinin 23.5.1967 tarih ve 1966/1193 Esas ve 1967/853 Karar sayılı kararından aktaran Ersan (2008), s. 96.

⁶⁴⁷ Çağlayan (2003), s. 190.

⁶⁴⁸ “...okulun 2. sınıfına kaydı yapılan davacının öğrenim süresi hesaplanırken, önceki öğrenimiyle ilgili yılların da dikkate alınması anılan af yasasıyla güdülen herhangi bir nedenle ilişkisi kesilmiş öğrencilerin öğrenimlerini tamamlamaları amacına ve hukuki bir gerçek olan affın taşıdığı içerik ve anlama uygun düşmez. Aksine bir anlayış, 1803 sayılı yasanın bazı öğrenciler için uygulanmaması sonucunu doğurur ki, bu da yasanın konuş ereğine ve yasaların genellik ve eşit uygulanması ilkesiyle bağdaştırılmaz...” Danıştay 8. Dairesinin 14.11.1977 tarih ve 1976/5286 Esas ve 1977/6093 Karar sayılı kararından aktaran Ersan (2008), s. 98

⁶⁴⁹ Danıştay 12. Dairesinin 14.6.1976 tarih ve 1975/1111 Esas ve 1976/1401 Karar sayılı kararından aktaran Çağlayan (2013), s. 168.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında belirtildiği gibi, yasa koyucu belirli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar için takdir yetkisine dayanmak suretiyle ve yasalara aykırı olmamak üzere birtakım kuralları koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır. Esasen, Anayasa'nın 8. maddesinin; yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamı da budur.

İdare, çoğu kez soyut ve genel düzenlemeler içeren kanun ya da düzenleyici işlemleri somutlaştıran, hayata geçiren, bazen de kanunları tüzük ve yönetmelik gibi daha alt düzeyde normlarla tamamlayan aktif bir teşkilattır. Dolayısıyla, idare tüm faaliyetlerinde en üst makamdan en alt makama kadar takdir yetkisi kullanacaktır.

İdarenin işlem ve kararlarında hukuka uygunluğun sağlanması ve idare edilenlerin hak ve menfaatlerinin korunması esastır. Bu esasın korunabilmesi ve sağlanabilmesi ancak idarenin takdir yetkisinin hukuk sınırları içinde kullanılmasıyla mümkün olabilecektir. Çünkü her yetkide olduğu gibi takdir yetkisi de belli sınırlar içinde vardır ve bu yetki, asla bir keyfilik aracı değildir.

Günümüzde takdir yetkisinin kullanılmasına iki şekilde sınırlama getirildiği görülmektedir. İlk olarak, bu yetki doğrudan takdir yetkisi tanıyan hukuki metinlerle (başta Anayasa olmak üzere, kanun, tüzük ve yönetmelik gibi yazılı hukuk kuralları) sınırlanmaktadır. İkinci olarak da, yargı organlarının kararlarıyla bir sınırlama getirildiği görülmektedir. Takdir yetkisine mevzuatın getirdiği sınırların incelenmesinden şu sonuç çıkmaktadır. Takdir yetkisini sınırlayan hukuk kurallarının çoğu sonuçta idare için bir bağlı yetki oluşturmaktadır. En azından sınırlanan hususta idare bağlı yetki içerisine alınmaktadır.

Genel olarak açıklanmaya çalışılan takdir yetkisinin varlığı, idare etmenin temel şartlarından biri olmakla birlikte, idare edenlerin keyfi olmaması için denetlenmeye ve sınırlanmaya ihtiyaç gösteren bir yetki durumundadır. İdari yargı yerleri tarafından gerçekleştirilen bu denetim ve sınırlama ise, 'hukuk devleti' ilkesinin doğal bir sonucudur.

Yönetmel işlemi en kısa şekilde, idarenin hukuki etki ve sonuç doğurma amacını taşıyan irade açıklamaları olarak tanımlamak mümkündür. Yönetmel işlemin belki en önemli özelliği, yönedikleri kişilerin iradelerin bağımsız olarak icrai nitelikte sonuç doğurabilmeleridir. Fakat bu özellikten, yönetmel işlemler konusunda idarenin tamamen keyfi ve serbest olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Aksine, yönetmel işlemler, kanunilik ilkesi gereği çeşitli kayıtlara ve sınırlamalara tabi tutulmuştur.

Türk pozitif hukukunda yönetmel işlemin beş unsurdan oluştuğu kabul edilmiştir. Bunlar; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarıdır. 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinin 1/a bendinde düzenlenen iptal davası da yönetmel işlemin bu unsurları belirtilerek tanımlamıştır. Yönetmel işlemler, kendilerinden önce var olan ve nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan bir nedene dayanmak zorundadır. İdare, bir yönetmel işlem tesis ettiğinde nedenini ortaya koymak yani işlemini gerekçelendirmek zorundadır.

Genel kabul; yönetmel işlemin maksat, şekil ve yetki unsurlarında takdir yetkisinin olmadığı, sebep ve konu unsurlarında takdir yetkisinin bulunduğudır. Fakat idarenin konu unsuru üzerindeki takdir yetkisi sebep unsuruna nazaran hayli sınırlıdır.

Takdir yetkisinin, yönetmel işlemin sebep unsuru üzerinden ortaya çıkışı ile bu unsura bağlı biçimde oluşan yetkinin sınırsız olarak kabul edilmesi, yargısal faaliyetin işlerliğini azaltacak ve de hak arama özgürlüğünü zedeleyecektir. Ayrıca, bu durum; idare açısından da sıkıntılı sonuçlar doğuracak, işlemin sebebini ortaya koymakta zorluk çekmesine neden olacaktır.

İdare hukukunda sebep, idareyi bir işlem tesisine sevk eden etkenleri ifade eder. Sebep, hem yönetsel işlemin dayanağını hem de işlemin yapılaş gerekçesini oluşturur. İdareyi bir işlem tesisine iten sebepler bir hukuki işlem olabileceği gibi bir maddi olay da olabilir. Mevzuat işlemin sebebini açıkça göstermişse takdir yetkisinden bahsedilmeyecek, idarenin bu unsur yönünden bağlı yetki içinde olduğu kabul edilecektir. Buna karşılık mevzuat işleminde sebep unsurunu göstermemekle birlikte bir sebep gösterilmesini öngörmüşse veya sebep konusunda hiç düzenleme getirmemişse idarenin takdir yetkisi devreye girecektir.”⁶⁵⁰

4.5. Takdir Yetkisinin Konu Unsuruna Yansıması

İdareye alacağı kararın konusunu serbestçe seçme imkanı sağlaması sebebiyle, takdir yetkisi büyük ölçüde idari işlemin konu unsuru üzerine dağılmıştır⁶⁵¹. Yasaların sebebe bağlı olarak idarenin harekete geçip geçmeyeceğini, ne yönde hareket edeceğini belirlemediği veya birden fazla seçenek öngördüğü durumlarda idarenin takdir yetkisi olduğu kabul edilir⁶⁵². Bu sebeple, idarenin konu unsurundaki takdir yetkisi araştırılırken sebebe bağlı olarak konusu gösterilmiş işlemler ile sebebe bağlı olarak konusu gösterilmeyen işlemler şeklinde bir ayırım yapılmaktadır⁶⁵³. Zira belirli bir sebebe bağlı olarak belirli bir konunun öngörüldüğü işlemlerde idarenin yetkisi bağlı yetkidir⁶⁵⁴. Sebep ile konu arasındaki bağın açıkça öngörülmediği hallerde ise idarenin takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir.

Nadir de olsa idarenin takdir yetkisine sahip olduğu kanunda veya yönetmelikte açıkça ifade edilir⁶⁵⁵. Fakat genellikle idareye yetki veren normdaki yüklem, “karar verebilir”, “yapabilir” ya da “uygulayabilir” gibi yeterlik eylemiyle (-ebilir) yazılmış olmasından takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılır⁶⁵⁶. Örneğin 5683 sayılı kanunun 19.

⁶⁵⁰ Danıştay 2. Dairesinin 22.01.2008 tarih ve 2007/1114 Esas sayılı kararından aktaran Atay (2014), s. 520 – 522.

⁶⁵¹ Alan (1976), s. 341; Hacıbrahimoglu (2012), s. 97. Hatta takdir yetkisinin idari işlemin sadece konu unsurunda olabildiği savunulmaktadır. Bkz. Memiş (2014), s. 253 – 254; Gözler (2009), s. 946.

⁶⁵² Çağlayan (2013), s. 163; Gözler (2009), s. 946.

⁶⁵³ Kaya (2011), s. 222.

⁶⁵⁴ Karatepe (1991), s. 101.

⁶⁵⁵ Karahanoğulları (2011), s. 10; Gözler (2009), s. 948.

⁶⁵⁶ Karahanoğulları (2011), s. 10; Gözler (2009), s. 948. Karahanoğulları, idarenin bu hallerdeki takdir yetkisinin de kullanılmasının zorunlu olduğunu yani hüküm –ebilir ifadesi ile yazılmış olsa dahi sebep

maddesinde⁶⁵⁷ “edilebilirler” ifadesi kullanılmıştır. Danıştay da söz konusu maddeyle ilgili bir uyuşmazlıkta idareye geniş takdir yetkisi tanındığını ifade etmiştir⁶⁵⁸. Fakat idareye yetki veren normun bu şekilde “–ebilmek” kalıbı ile yazıldığı her durumda takdir yetkisine sahip olduğu sonucuna varılması mümkün değildir. Örneğin Danıştay bazı kararlarında “geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir” hükmünün, bu şartları taşıyanlara zorunlu olarak uygulanması gerektiğini aramaktadır⁶⁵⁹.

İdarenin konu unsurunda takdir yetkisine sahip olduğu bir diğer hal ise, değerlendirme durumları adı verilen, idareden uzmanlık gerektiren bir değerlendirmenin beklendiği hallerdir⁶⁶⁰. Bu durumlarda, İmar Kanunu’nun 39. maddesine göre mahallinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu yapının yıkılacak derecede tehlikeli olup olmadığını tespit eden rapor örneğinde olduğu gibi, objektif genel anlayışa göre yapılması gereken değerlendirmelerde idarenin takdir yetkisine sahip olmadığı, memur hukukuyla ilgili olarak yapılan bazı değerlendirmeler ve sınav değerlendirmelerinde ise takdir yetkisinin bulunduğu şeklinde bir ayırım yapılmaktadır⁶⁶¹.

Özellikle sınav kağıtlarında ya da jüri değerlendirmelerindeki idarenin takdir yetkisi ve yargısal denetimi konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır⁶⁶². Örneğin TUNCAY, sınav kağıtlarının değerlendirilmesi konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmadığını, zira bunların teknik konular olduğunu ve teknik konularda takdir

gerçekleştiğinde idarenin işlemi yapıp yapmama noktasında serbest olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Karahanoğulları (2012), s. 500 – 501.

⁶⁵⁷ 5683 Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun md. 19: “İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye’den çıkmağa davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye’yi terk etmeyenler sınır dışı edilebilirler.”

⁶⁵⁸ “Aktarılan yasa hükümlerinde yer alan, siyasi ve idari icaplara aykırı hareket örf ve adetle yahut siyasi icabatla telif edilemeyerek durum, kamu düzenini bozmak niyeti, kamu düzenini bozanlara katılmak ya da yardım etmek amacıyla geldiğinin sezilmesi gibi tanımlamalarla idareye yurda girişine izin verilecek veya yurttan kalmasına izin verilecek yabancılarla ilgili olarak karar almak konusunda geniş takdir yetkisi tanındığı açıktır.” Danıştay 10. Dairesinin 19.10.1995 tarih ve 1993/3535 Esas ve 1995/4616 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.01.2016)

⁶⁵⁹ Kaya (2011), s. 40 – 41.

⁶⁶⁰ Karatepe (1991), s. 75; T. B. Balta (1972). *İdare hukuku I genel konular*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, s. 137; Karavelioğlu ve Karavelioğlu (2009), s. 310.

⁶⁶¹ Kaya (2011), s. 51 – 52.

⁶⁶² Bu konuda ayrıca bkz. T. Tan (1996). Sınav ve jüri değerlendirmelerinin yargısal denetimi. *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 51 (1), s. 409 – 423.

yetkisinin bulunmadığını ileri sürmektedir⁶⁶³. GÖZLER ise, bir öğretim üyesinin sınavda sorulan sorulara verdiği notun tamamıyla öğretim üyesinin takdir yetkisine ilişkin olduğunu belirttikten sonra, Danıştay'ın sınavlarda not verme işlemlerini denetlediğini oysa bunun yerindelik denetimine girdiğini, mahkemelerin bu davalarda başvurduğu bilirkişilerin değerlendirmesinin öğretim üyesinin değerlendirmesinden daha doğru ve yerinde olamayacağını bu sebeplerle idari yargı organlarının not takdiri işlemlerini incelemekten vazgeçmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Yazar aynı şekilde yüksek lisans ve doktora tezlerinin reddi hakkındaki jüri kararlarının, doçentlik sınavının yayın incelemesi kısmında başarısız sayılma işlemlerinin ve profesörlük kadrosuna atanma işlemlerinin denetlenmesini de eleştirmektedir⁶⁶⁴. BALTA da, sınavlarda not verilmesi işlemlerinin takdir yetkisi dahilinde olduğunu düşünmektedir⁶⁶⁵. GÖZÜBÜYÜK ve TAN, bu tür işlemlerin tümüyle yargı denetimi dışında bırakılamayacağını fakat, hem yargının yükünün azaltılması adına hem de idari denetim mekanizmalarının gelişmesi için yargısal denetimin sınırlı tutulması gerektiğini ifade etmektedirler⁶⁶⁶. YAŞAR da uzman kurulların görüşlerine dayanan idari kararların ve bilimsel jüri kararları ile eşdeğer adaylar arasında yapılan seçimin yargı tarafından denetlenmesini eleştirmektedir⁶⁶⁷. Almanya'da da sınav kararları ve sınav kararlarına benzeyen bilimsel değerlendirmeye gerek duyulan kararlarda idarenin takdir yetkisinin geniş olduğu ve yargılama yetkisinin sınırlılığının kabul edildiği ifade edilmektedir⁶⁶⁸. Aynı şekilde Fransız Danıştayının da bu davalarda açık değerlendirme hatası denetimi dahi yapmadığı belirtilmektedir⁶⁶⁹.

Uygulamaya baktığımızda, bir çok yazarın da dile getirdiği üzere idari yargı yerleri bu tarz değerlendirme işlemlerini denetlemekten kaçınmamaktadır⁶⁷⁰. Örneğin Ankara 3. İdare Mahkemesi, doktora tezinin reddi işlemini, bilirkişilerce davacının tezinin, “daha önce başarılı sayılan tezlerden daha düşük düzeyde bulunmadığı ve dolayısıyla başarılı

⁶⁶³ Tuncay (1972), s. 156.

⁶⁶⁴ Gözler (2009), s. 955 – 958.

⁶⁶⁵ Balta (1972), s. 138.

⁶⁶⁶ Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 524.

⁶⁶⁷ Yaşar (2013), s. 148 – 149.

⁶⁶⁸ Yılmaz (2011), s. 1028.

⁶⁶⁹ Gözler (2009), s. 956.

⁶⁷⁰ Örneğin bkz. Yaşar (2013), s. 148; Gözler (2009), s. 955.

sayılması gerektiği kanaatine varıldığı” gerekçesiyle iptal etmiştir⁶⁷¹. Bununla birlikte test yöntemiyle yapıp optik okuyucularla değerlendirilen, üniversitelerin vize ya da final sınavları ya da ÖSYM tarafından yapılan sınavlarda, Danıştay’ın iptal başvurularını; cevap kağıtlarının optik okuyucular yardımıyla okunması, iki hatta üç defa değerlendirilmesi ve optik okuyucuların takdir hatası yapmalarının mümkün olmaması gerekçeleriyle bilirkişi incelemesine gerek duymadan reddettiği görülmektedir⁶⁷². Kanaatimizce Danıştay’ın, sınav değerlendirmelerine ilişkin davalara bakmayı tamamen reddetmemesi; fakat bu davalardaki denetimi yetki, şekil ve maksat unsurlarıyla açık takdir hatası denetimiyle sınırlı tutması, hukuk devleti ilkesi açısından yerinde olacaktır.

İdarenin genel olarak takdir yetkisine sahip olduğu diğer bir hal ise izin durumlarıdır⁶⁷³. Örneğin Danıştay, Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesi⁶⁷⁴ gereğince avukatların görevleri sebebiyle işledikleri suçlara ilişkin, Adalet Bakanlığı’nın soruşturma izni verme yetkisinin takdir yetkisi kapsamında olduğunu ifade etmiştir⁶⁷⁵. Fakat burada her izin durumunda idarenin takdir yetkisine sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Danıştay da, “koşulların gerçekleşmesi halinde ön işletme ve işletme ruhsatı verilmesi arama ruhsatının tabii bir sonucu olup, ilgili dairenin arama ruhsatı hak sahibine ön

⁶⁷¹ Ankara 3. İdare Mahkemesinin 25.5.1989 tarih ve 1987/812 Esas ve 1989/796 Karar sayılı kararından aktaran Gözübüyük ve Tan (2014b), s. 525. Tan bu kararı hukuki açıdan isabetsiz görmektedir. Bkz. Tan (1996), s. 422.

⁶⁷² Kaya (2011), s. 56 – 57.

⁶⁷³ Kaya (2011), s. 63; Gözler (2009), s. 948.

⁶⁷⁴ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 58/1: “Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranmaz.”

⁶⁷⁵ “1136 sayılı Avukatlık Yasasının 58. maddesinde avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı takipleri aynı yasanın 58. maddesine göre Adalet Bakanının vereceği izne bağlanmıştır. Bu iznin verilmesi ile ilgili kişi hakkında soruşturma yapılabilmekte, verilmemesi durumunda ise soruşturma yapılamamakta ve kamu davası açılmamaktadır. Bu konuda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kuşkusuzdur.

Söz konusu idari iznin verilmesinin veya verilmemesinin hukuka uygun olup olmadığı yargı denetimi dışında tutulması mümkün değildir. Bunun yargıda denetlenmesinin yerindelik denetimi olmadığı açık olup, 1136 sayılı Yasanın 58. maddesi uyarınca oluşturulan Adalet Bakanlığının ilgili hakkında soruşturma yapılmaması yolundaki işlemlerinin idarenin takdir hakkının kullandığı...” Danıştay 8. Dairesinin 15.6.1999 tarih ve 1997/1763 Esas ve 1999/3899 Karar sayılı kararından aktaran Coşgun (2008), s. 75.

işletme veya işletme ruhsatı vermemek gibi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.”
diyerek idarenin buradaki yetkisinin bağlı yetki olduğunu ifade etmiştir⁶⁷⁶.

Sonuç

İdare, faaliyetlerinin çoğunu idari işlemlerle yerine getirir. Bu sebeple idarenin attığı her adımda idari işlemler mevcuttur. İdare hukukunda bu denli önem arz eden idari işlemin; mevzuatta, yargı kararlarında ya da doktrinde görüş birliği ile kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır.

İdari işlem, netice itibarıyla bir hukuki işlemdir. Hukuki işlem ise, hukuki sonuca yönelmiş irade açıklaması manasına gelmektedir. Hukuk düzeninde değişiklik ortaya çıkaran insan davranışlarına da hukuki eylem adı verilmektedir. Hukuki işlemlerde irade, hukuk düzeninde bir sonuç yaratmaya yönelikken; hukuki eylemlerde maddi alemde bir sonuç yaratmaya yöneliktir.

İdari işlemler ile idari eylemler de benzer şekilde birbirinden ayrılmaktadır. İdare faaliyetlerini yerine getirirken hukuki tasarrufa başvurduğunda idari işlem, maddi tasarrufa başvurduğunda ise idari eylem söz konusu olur. İdari işlemlerin idari eylemlerden ayrılmasında bir idari işlemin uygulaması niteliğindeki eylemlerin tespiti önem arz etmektedir; zira idari yargılama usulü açısından idari eylem, bir idari işlemin uygulaması niteliğinde olmayan, idari işlemle bağlantısı bulunmayan eylemleri ifade eder. İdari işlemin uygulanması eylemleri ise, idari işlemlerin hukuki rejimine tabidir.

İdari işlemin ne olduğunun net biçimde belirlenebilmesi için sadece idari eylemle farklarının ortaya konması yetersiz kalır. Hukuki işlem tanımının idareye uyarlanması; idarenin, hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanlarına, idari işlem denmesi sonucuna götürür. Fakat pozitif hukuk açısından bu sonuç, bir çok yanlışlık içermektedir. İlk olarak; özel hukuk kişilerinin kamu gücüne dayanarak yapmış oldukları bazı işlemler ile, yasama ve yargı organlarının idari fonksiyona ilişkin bir takım işlemleri idari işlem kabul edilmektedir. İkinci olarak da, idarenin yapmış olduğu

⁶⁷⁶ Danıştay 1. Dairesinin 11.10.1989 tarih ve 1989/123 Esas ve 1989/148 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.01.2016)

özel hukuk sözleşmeleri, özel mallarının işletilmesine ilişkin işlemler ile KİT'lerin üçüncü kişilerle yapmış oldukları işlemler idari işlem değil, özel hukuk işlemidir. Bu açıklamalar ışığında idari işlem; kamu gücü ayrıcalıklarına dayanan, hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanları şeklinde tanımlanabilir.

Geniş anlamda idari işlemler kavramına idarenin iki yanlı işlemleri de girmektedir. İdare ile ilgisinin karşılıklı olarak açıkladıkları iradelerin uyuşumuyla meydana gelen işlemlere, iki yanlı idari işlemler adı verilir. Tek yanlı işlemler ise, ilgisinin rıza ve muvafakatine ihtiyaç olmadan, idarenin tek yanlı iradesiyle hukuki sonuç doğuran işlemlerdir. İdari işlemlerin büyük çoğunluğunu tek yanlı işlemler oluşturmaktadır.

Tek yanlı idari işlemler, bireysel idari işlemler ve düzenleyici idari işlemler şeklinde iki alt başlığa ayrılır. Belirli kişi ve durumlara ilişkin işlemlere bireysel işlem; genel ve soyut kurallar koyan, kişilik dışı işlemlere ise düzenleyici işlemler adı verilmektedir. Bir işlemin, bireysel ya da düzenleyici işlem olmasının tespiti; yürürlüğe girme şekli ve geri alma şartları gibi bir çok noktada önem arz eder.

Daha önce de ifade edildiği üzere, idareye kamu yararı amacını yerine getirebilmesi için, özel hukukta bulunmayan bir takım ayrıcalıklar tanınmıştır. Bu ayrıcalıklar idari işlemi, özel hukuk işlemlerinden farklılaştıran özelliklerdir. Bu bağlamda tek yanlılık ve icrailik; idarenin tek yanlı olarak açıkladığı iradesinin, ilgisinin rızası olmasa dahi hukuki sonuçlarını doğurabilmesini ifade eder. İdari işlemlerin çoğunluğunu icrai işlemler oluşturmakla beraber, icrai olmayan idari işlemler de mevcuttur. İcraailik, bir işlemin iptal davasına konu olabilmesi noktasında önem arz eder; çünkü İYUK md. 14 gereğince bir işleme karşı iptal davası açılabilmesi için kesin ve yürütülebilir olması gerekir.

Re'sen icra edilebilirlik ise; idarenin almış olduğu kararı kendisinin uygulayabilmesidir. Dolayısıyla icraailik ve re'sen icra edilebilirlik birbirini tamamlayan fakat birbirinden farklı kavramlardır. İcraailik özelliği sayesinde idare, ilgisinin rıza ve muvafakatine ihtiyaç duymadan işlem tesis edebilir. Bu aşamada işlem hukuk alanında doğmuş; fakat maddi aleme henüz yansımamıştır. Re'sen icra edilebilirlik özelliği de idareye, hukuk alanında doğmuş olan kararın, herhangi bir aracıya gerek olmadan maddi aleme aktarılabilmesi yetkisini verir. Kural re'sen icra edilebilirlik olmakla birlikte, kanunla

bu kurala istisnalar getirilmesi mümkündür. Ancak idare almış olduğu kararın icrası için cebir kullanmak durumundaysa, kural idarenin cebri icra yetkisine sahip olmamasıdır. Zira cebri icrada; kişinin malvarlığı ya da fiziki varlığı üzerinde bir sınırlama söz konusudur.

Hukuka uygunluk karinesi, idari işlemin hukuka uygun olarak tesis edildiği varsayımına dayanır, bu sebeple de idari işlem, hukuka aykırılığı mahkeme kararıyla tespit edilene dek uygulanmaya devam edilir. Hukuka uygunluk karinesine kanunla istisnalar getirilmesi mümkündür. İdari işlemlerin özelliklerine bakıldığında, idareye kamu yararı amacını yerine getirebilmesi için bir çok ayrıcalık tanındığı görülmektedir. Bu şekilde güçlü yetkilerle donatılmış olan idare karşısında, bireyin ezilmemesi ancak hukuk devletinin tam anlamıyla hayata geçirilmesi ile mümkündür.

Hukuk devleti ilkesi en kısa ifadesiyle hukukla bağlı devleti ifade eder. Bu bağlamda yasama, yürütme ve yargı organları, hukukun kendilerine çizdiği sınırlar içerisinde kalmalıdır. Yürütme organının bir parçası olarak idarenin de bu noktada bir istisna teşkil etmediği kuşkusuzdur. İdarenin hukuka uygunluğunun sağlanmasında en önemli etken, idari işlem ve eylemlerin bağımsız mahkemeler tarafından denetlenmesidir. Türk hukukunda idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi, idari yargıda iptal davası ile olmaktadır. İYUK md. 2 gereğince, iptal davalarında idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden denetimi yapılmaktadır. Bu sebeple de idari işlemin bu beş unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir.

İdari işlemin yetki unsuru, idari işlemin temelini oluşturan irade açıklamasının, kim ya da kimlerce yapılabileceğini ifade eder. İdare hukukunda yetkisizlik esas olduğundan bir makam ancak kanunla yetkili kılındığında işlem yapabilir. Yine aynı sebepten yetkiler istisnai nitelik arz eder. Bilindiği üzere, hukukta kural istisnaların dar yorumlanmasıdır. Yetki kurallarından çıkan sonuç, bir idari işlemi yapmaya yetkili olarak kanunda hangi makam gösterilmişse işlemi onun yapmasıdır. Bu kuralın bir takım istisnaları bulunmaktadır. İlk olarak yetki paralelliği ilkesi gereğince, bir idari işlemi yapan makam, kanunda aksi öngörülmedikçe, söz konusu işlemi değiştirmeye, kaldırmaya ya da geri almaya da yetkilidir. İkinci olarak yetki devri ve imza devri müesseseleri, kanunda yetkili makam olarak gösterilmemiş makamların, idari işlem tesis edebilmelerine olanak tanır. Yetki devri ile imza devrinin ortak noktaları

bulduğu gibi bir çok farklılıkları da bulunmaktadır. Yetki kurallarının bir diğer istisnası ise vekalettir. Kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi gereğince yetkili makamın görev başında bulunmadığı zamanlarda da idarenin görevlerini yerine getirmesi gerekmektedir. Vekalet; vekalet verme ve vekaleten atama olmak üzere iki farklı şekilde gerçekleştirilebilir. Yetki kurallarının son istisnası ise fiili memur teorisidir. Bu teori gereğince; aslında yetkili olmayan kişilerin yapmış oldukları işlemler, üçüncü kişileri korumak adına geçerli sayılabilmekte ve olağanüstü durumlarda kamu hizmetini yürütme zorunluluğu olmayan kimselerin kamu yararını sağlamaya yönelik işlemleri hukuka uygun kabul edilmektedir.

İdari işlemin yetki unsuru; kişi, yer, konu ve zaman öğeleri bakımından incelenmektedir. Kişi bakımından yetki, bir kamu tüzel kişisi tarafından yapılan idari işlemin, o kamu tüzel kişisi adına irade açıklamaya yetkili olanlarca yapılmasını ifade eder. Konu yönünden yetki, her idari makamın işlem yapmaya yetkili olduğu konuda işlem yapabilmesidir. Yer yönünden yetki, idari makamların yetkilerini kullanabilecekleri coğrafi sınırları ifade eder. Zaman yönünden yetki ise, idari makamların, idari işlemleri yetkili oldukları süre içinde kullanabilmeleridir. İdarenin yapmış olduğu bir işlemde, yetki kurallarına aykırılık varsa ve sayılan istisnalarda biri mevcut değilse söz konusu işlem yetki unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil eder.

İdarenin, yasama ve yargı organlarının faaliyet alanına giren konularda işlem yapması durumunda fonksiyon gaspı ortaya çıkar. İdareye tamamen yabancı veya idare adına irade açıklama yetkisi olmayan kişilerin idare adına irade açıklaması durumunda ise yetki gaspı söz konusu olur. Fonksiyon gaspı ve yetki gaspı ile sakat işlemler hukuk alanında hiç doğmamış kabul edilir. Aslında idare adına karar alma yetkisi bulunan bir makamın, bir başka makamın görev alanındaki bir konuda işlem yapmasında ise yetki tecavüzü vardır. Yetki tecavüzünün yaptırım yokluk değil iptal edilebilirliktir. Lakin buradaki sakatlık açık ve barizse, uzman olmayan bir kişi tarafından bile hemen anlaşılabiliriyorsa, ağır ve bariz yetki tecavüzü söz konusu olur, ki bu durumda yaptırım yine yok hükmünde sayılmazdır.

Doktrinde şekil ve usul kuralları; bazen ayrı başlıklar altında, bazen şekil ve usul başlığı kullanılarak, bazen de sadece şekil unsuru başlığında incelenmektedir. Bu çalışmada da İYUK md.2 ve doktrindeki ağırlıklı görüş doğrultusunda, şekil unsuru başlığı tercih

edilmiştir. Bu bağlamda şekil unsuru, hem idari işlemin dış dünyaya yansıma biçimini hem de idari işlemin yapılmasında izlenen usulü ifade eder. İdare hukukunda kural olarak şekil serbestisi yoktur; idari işlemler yazılı şekilde yapılmalıdır. Yine şekil unsuru bakımından idare, kanunla gerekçe gösterme zorunluluğu altında bulunduğu hallerde gerekçe göstermezse, söz konusu işlem hukuka aykırı hale gelir. Kanunda bir idari işlemin yapılabilmesi için; teklif usulü veya danışma usulü (zorunlu danışma veya uygun görüş) öngörüldüğü hallerde, idarenin bu usullere riayet etmemesi, işlemi şekil – usul açısından sakat hale getirir. Türk hukukunda ilgili hakkında bir karar alınmadan önce, savunma ve görüşünün alınması zorunluluğunu öngören bir genel düzenleme bulunmamaktadır (bu konudaki temel düzenleme, yalnızca memurlar ve diğer kamu görevlileri için öngörülmüş olan Anayasa'nın 129. maddesidir). Fakat Danıştay, kanaatimizce doğru bir şekilde; ilgilisinin hak ve özgürlüklerini sınırlandıran, idari yaptırım niteliğindeki idari işlemlerde, kanunda öngörülme dahi, savunmanın alınması koşulunu aramaktadır. Usul kurallarına ilişkin bir diğer husus da, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, idari işlemin yapılmasında izlenen usulün; işlemin geri alınmasında, değiştirilmesinde ve kaldırılmasında da uygulanmasını öngören şekilde – usulde paralellik ilkesidir. Şekil unsurundaki her sakatlık idari işlemin iptali sonucunu doğurmaz. Zira idari işlemin sonucunu etkileyecek nitelikteki sakatlıklar ve idare edilenlerin haklarını korumaya yönelik kuralların ihlali iptal sonucunu doğururken, bunlar dışındaki sakatlıklar tek başlarına işlemin iptali için yeterli sebep teşkil etmezler. Bu noktada hangi sakatlıkların asli sakatlık kapsamına gireceğine mahkemeler somut olayın niteliklerine göre karar vermektedirler.

İdarenin her işlemi bir sebebe dayanmak zorundadır. Bu sebep önceden belirlenmiş, objektif ve kanıtlanabilir nitelikte olmalıdır. İlk olarak idari işlemin sebebi kanunda açıkça yazabilir. İdare bu halde sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini ve kanunda belirtilen şartları taşıyıp taşımadığını araştırmalıdır. İkinci olarak idari işlemin sebebi, kamu düzeni gibi sınırları belirsiz kavramlarla gösterilmiş olabilir. Bu halde de idare mevcut bir sebebe dayanmalı ve sebep kanunda gösterilen belirsiz kavrama altlanabilir olmalıdır. Son olarak idari işlemin sebebinin hiç gösterilmediği durumlarda idarenin geniş bir takdir yetkisi vardır. Fakat bu halde dahi idare mevcut bir sebebe dayanmalı ve bu sebep kamu yararına yönelik olmalıdır.

Çalışmamızda bir çok sefer dile getirildiği üzere idarenin kamu yararı dışında bir maksat gözetmesi mümkün değildir. Bu sebeple tüm idari işlemlerin maksat unsurunu kamu yararı oluşturur. Fakat bazı işlemler için, yine kamu yararı başlığı altında daha özel amaçlar öngörülmüşse idare bunlara riayet etmek zorundadır. İdarenin; kişisel amaçla, siyasal amaçla, üçüncü kişilerin korunması amacıyla veya kanunun öngördüğü özel amaç dışında bir amaçla yapmış olduğu işlemler, yetki saptırması teşkil eder.

Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan, idari işlemin konu unsuru ise idari işlemin doğuracağı hukuki sonucu ifade etmektedir. İdari işlemlerin konusu, özel hukuk işlemlerinde olduğu gibi, mümkün ve meşru olmalıdır. Fakat bu ortak yanların haricinde idari işlemlerin konusu, özel işlemlerin konusundan bir çok noktada ayrılır. İdare hukukuna hakim olan temel ilkelerden biri kanunilik ilkesidir. Bu ilkenin konu unsuruna yansımaları ise, idari işlemlerin konularının kanunla veya düzenleyici işlemlerle önceden belirlenmiş olmasıdır. İdari işlemin konu unsurunda ortaya çıkan sakatlıklar da idarenin işlemin konusunu serbestçe belirleyememesinden doğmaktadır.

İdari işlemin konu unsurundaki sakatlık hallerinin sınıflandırılmasında doktrinde farklı metotlar izlendiği görülmektedir. Bu çalışmada doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında; konunun imkansız olmaması, kanuna (hukuka) aykırı işlemler, geçmişe etkili işlemler ve kazanılmış haklara aykırı işlemler ile sebep ve konu arasındaki ilişkinin sakatlığı başlıkları kullanılmıştır.

İdari işlemin konusu imkansız olmamalıdır. Buradaki imkansızlık; hukuki bir imkansızlık olabileceği gibi, maddi bir imkansızlık da olabilir. Kanaatimizce imkansızlığı, işlemin yapıldığı andaki imkansızlık olarak değerlendirmek gerekir. İdari işlemin konusunun imkansız olması durumunda, idari yargı mercilerinin yokluk kararı verdiği görülmektedir. Yokluğun, iptal edilebilirliğe göre çok daha ağır ve istisnai bir yaptırım olması sebebiyle, bu kararlar verilirken azami derecede ehemmiyet gösterilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

İdarenin kanuna ya da daha geniş anlamıyla hukuka aykırı sonuç doğuracak işlemleri konu unsuru açısından sakatlık arz eder. Bu çok geniş ifadenin altı, söz konusu hukuka aykırılıklar kategorize edilmek ve içtihatlardan örnek verilmek suretiyle doldurulmaya çalışılmıştır. Esasında bu çalışmada ele alınan hukuka aykırılıkların tamamının, ya

doğrudan bir kanunun ya da Anayasa’da vücut bulan hukuk devleti ilkesinin ihlalinden doğduğu söylenebilir. Zira Fransız hukukunda da konu unsurundaki sakatlıklara “kanunun ihlali” veya “hukuk kuralının ihlali” adı verilmektedir.

İdarenin yapmış olduğu işlem, kanunda açıkça yasaklanmış bir sonucu doğuruyorsa, konu unsuru bakımından hukuka aykırıdır. Anayasa’nın 10. maddesinde pozitif karşılığını bulan, eşitlik ilkesi de yasak konular kapsamında değerlendirilebilir. Benzer şekilde, Anayasa’nın 13. maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabileceğinden, bunları sınırlayan idari işlemler konu bakımından sakattır. Kanuni bir dayanak olmadan, idare edilenlere yükümlülük getiren işlemler için de aynı durum söz konusudur. Belirli bir statüdekilere uygulanabilecek bir hükmün, uygulama alanı genişletilmek suretiyle, bu statü dışındakilere uygulanması da aynı şekilde konu unsuru bakımından hukuka aykırıdır.

Anayasa’nın 138. maddesi devletin tüm organlarına mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü getirmektedir. Bu bağlamda idarenin de aynı yükümlülük altında olduğu kuşkusuzdur. Esasında bu hüküm, hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucudur. Zira mahkeme kararlarına uyulması zorunluluğunun olmadığı bir ortamda, yargı organının herhangi bir işlevi kalmayacaktır, ki bu da kuvvetler ayrılığı ilkesinin fiilen sona ermesi anlamına gelecektir. İdarenin mahkeme kararlarına uymaması, mahkeme kararlarını değiştirmesi ya da uygulamasını geciktirmesi, Anayasa’nın ilgili maddesinin ihlali anlamına geleceğinden yasak konular kapsamına girdiği şüphesizdir. Hatta burada hukuka aykırılığın barizliği nedeniyle kimi yazarlar, açıkça hukuka aykırı işlemler başlığı altında incelemektedirler. Taşındığı öneme binaen ve mahkeme kararının gereklerinin yerine getirilmemesi, iptal edilmiş kararın aynısının alınması, mahkeme kararının etkisini ortadan kaldırmak için işlem yapılması, yargı kararının şeklen uygulanması ve belli bir konuda istikrar kazanmış olan içtihatlarla aykırı işlem yapılması gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceğinden; bu hallerin hepsi mahkeme kararlarına uyulmaması şeklinde ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

İdarenin işlem tesis ederken uyması gereken bir diğer husus normlar hiyerarşisidir. Bu bağlamda normlar hiyerarşisinde kendisinden üst konumda bulunan kurallara aykırı işlemler, konu unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil ederler. Benzer şekilde idarenin işlem tesis ederken; yeni kanun - eski kanun, özel kanun – genel kanun uygulamasını

göz önünde bulundurması gerekmektedir. İdarenin hukuk kuralını yanlış yorumlaması ve bu sebeple yanlış bir işlem tesis etmesi de sıklıkla karşılaşılan hukuka aykırılıklardan biridir. İdarenin uygulaması gereken bir hukuk kuralını uygulamaması da aynı şekilde hukuka aykırılık teşkil eder.

Geriye yürümezlik ilkesi, bir idari işlemin ancak geleceğe yönelik olarak sonuç doğurabilmesini ifade eder. Bu kuralın, iptal kararının uygulanması işlemleri ya da geri alma kararları gibi bir takım istisnaları mevcuttur. Dolayısıyla geriye yürümezlik ilkesinin istisnaları kapsamına girmeyen, geriye yürür nitelikteki işlemler konu unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil eder. Geriye yürümezlik ilkesi ile kazanılmış haklara saygı ilkesi yakın kavramlar olmakla birlikte, bir ayniyet göstermezler. Zira her geriye yürüyen işlem kazanılmış hakkın ihlali sonucunu doğurmayacağı gibi, kazanılmış hakları ihlal eden her işlem de geriye yürümezlik ilkesini ihlal etmez. Kazanılmış hak, nesnenin ya da kişinin bulunduğu statüden doğan ve kendisi açısından kesinleşmiş bir hakkı ifade eder. Kazanılmış hakları ihlal eden işlemler de konu unsuru bakımından sakatlık taşır.

İdari işlemin konu unsuru ile sebep unsuru arasında çok yakın bir bağ bulunmaktadır. Zira genellikle hukuk kuralları, hangi sebebin hangi sonucu doğuracağını öngörürler. Bu iki unsur arasındaki bağdaki kopukluk ise idari işlemi hukuka aykırı hale getirir, ancak; sakatlık direkt olarak konu unsurunda doğmaz. Eğer kanunda öngörülen sebep gerçekleşmiş fakat kanundakinden farklı bir sonuç gerçekleştiren işlem yapılmışsa konu unsuru; kanunda öngörülen sebep gerçekleşmeden bu sebebe bağlanan işlem yapılmışsa sebep unsuru sakat hale gelir.

Sebeup unsuru ile konu unsuru arasındaki ölçsüzlük de idari işlemin konu unsurunda hukuka aykırılık meydana getirir. En kısa ifadesiyle ölçülülük, amaç ile araç arasındaki dengeyi ifade eder. Ölçülülük ilkesi; elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık alt ilkelerinden oluşur. Bu ilkenin önemi özellikle idari yaptırımlar ve kolluk işlemlerinde ortaya çıkmaktadır.

İdari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde belki de en hassas nokta takdir yetkisinin denetlenmesidir. Takdir yetkisi özünde bir seçim serbestisini ifade eder. İdare hukuku açısından takdir yetkisi ise idarenin hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kalarak

iki farklı tercihten birini seçebilmesidir. Dolayısıyla takdir yetkisi keyfilik anlamına gelmez. İdarenin faaliyet alanlarının genişliği, bu alanların önceden tüm detaylarıyla düzenlenmesinin imkansızlığı, somut durumların özelliklerinin dikkate alınması gerekliliği gibi bir çok sebep idareye takdir yetkisi tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim idareye takdir yetkisi tanınmasının, bir zaruriyet olduğu noktasında bir tartışma bulunmamaktadır. Asıl problem idareye tanınmış olan bu yetkinin ne şekilde ve ne ölçüde denetlenebileceğinde ortaya çıkmaktadır.

Bağlı yetki ise; idarenin hangi durumda, ne şekilde davranmak zorunda olduğunun kanunla önceden belirli olmasını ifade eder. Dolayısıyla takdir yetkisi ile bağlı yetki arasında bir zıtlık olduğu söylenebilir. İdare hukukunda yetkilerin kanunla verilmesi, şekil serbestisi olmaması ve idari işlemlerin kamu yararı amacı gütmek zorunda olması; idari işlemin bu unsurlarında takdir yetkisi bulunmasına engel teşkil eder. Dolayısıyla idarenin ancak sebep ve konu unsuru üzerinde takdir yetkisi bulunabilir. Sebep unsurundaki takdir yetkisi, işlemin sebebinin kanunda belirsiz kavramlarla gösterildiği ya da hiç gösterilmediği durumlarda karşımıza çıkar.

Hem Anayasa hem de İYUK, idarenin takdir yetkisini kaldıracak nitelikte karar verilmesini ve yerindelik denetimi yapılmasını yasaklamaktadır. Aslında bu düzenlemeler de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Şöyle ki; yargının, idarenin kararlarının yerindeliğini denetlemesi, onu adeta bir üst idare makamı haline getirecek ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Diğer yandan yerindelik denetimine girmemek adına denetlenmeyen işlemler de, hukuk devletinin bir gereği olan idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olması ilkesiyle uyumsuzluk içerisinde olacaktır. Ayrıca idareye takdir yetkisi tanınmasının sebeplerinden biri de, idarenin kamu yararı amacını etkin ve verimli bir biçimde yerine getirebilmesini sağlamak olduğuna göre; takdir yetkisi de hukuk devleti ile yakın bir ilişki içerisinde. Burada ifade edilmek istenen şudur; her ne kadar idarenin takdir yetkisi ve takdir yetkisinin denetlenmesi birbirlerine zıt kavramlar gibi dursa da; her ikisi de hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesinde rol oynamaktadır.

Takdir yetkisi, idareye hukukun dışına çıkabilme imkanı tanımaz, bu sebeple de hukuka uygunluğu her zaman denetlenebilir. Buradaki sorun; idarenin bir işlemde takdir yetkisine sahip olmasının, en az iki seçenektan birini tercih etmesi anlamına gelmesi ve

yargının bu tercihleri denetleyip denetleyemeyeceği noktasında doğmaktadır. Hukukilik – yerindelik denetiminin çizgisini de bu nokta oluşturmaktadır.

İdarenin yetki, şekil ve maksat unsurlarında takdir yetkisi söz konusu olamayacağından; takdir yetkisi ile yapılmış işlemlerin, bu unsurlarının denetimi herhangi bir özellik arz etmez. Fakat takdir yetkisi dahilindeki sebep ve konu unsurunun denetiminde yargı organları yerindelik denetimine girmek adına sınırlı bir denetim uygulamaktadır. Danıştay’ın, takdir yetkisi kullanılarak yapılan işlemleri; anayasal ilkelere uygunluk, lllk ilkesine uygunluk, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygunluk, açık takdir hatası, gerekçe ilkesine uygunluk ve kanunun amacına uygunluk yönlerinden denetlediği görülmektedir.

Takdir yetkisi idari işlemin konu unsurunda değişik şekillerde karşımıza çıkabilir. İlk olarak, nadir de olsa idarenin takdir yetkisine sahip olduğu ilgili hükümde açıkça yazabilir. İkinci olarak, idareye yetki veren kuraldaki fiilin yazım tarzından (karar verebilir, uygulayabilir vs.) takdir yetkisi olduğu anlaşılabilir. nc olarak idarenin teknik konulara ilişkin değerlendirmelerinin de takdir yetkisi kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada özellikle sınav ve jüri değerlendirmelerinin yargısal denetimi doktrinde tartışmalara sebep olmaktadır. Son olarak kanunda idareye belli bir konuda izin verme yetkisi tanındığında, idarenin genel olarak bu konuda takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir.

Kaynakça

- Akıncı, M.; Aktalay, A.; Sevgili D.; Gündüz, F. E.; Açımuş, H. B.; Bayar, İ. N.; Avcı, M. ve Yavuzdoğan, S. (2013). *İdare hukuku I*. (Ed. M. Akıncı, M. Avcı), İstanbul: Lisans Yayıncılık.
- Akipek, Ş. (1995). Tamamlayıcı olgunun hukuki işleme etkisi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44 (1 -4), 269 – 292.
- Akyazan, A. E. (2009). Maddi açıdan idari işlemler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 85, 220 – 240.
- Akyıldız, A. (2008). Danıştay ve hukuk devleti. *Hukuk devleti hukuki bir ilke siyasi bir ideal*. (Ed: A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük). Ankara: Adres Yayınları, ss. 457 – 553.
- Akyılmaz, B. (2000). *İdari usul ilkeleri ışığında idari işlemin yapılış usulü*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akyılmaz, B.; Sezginer, M. ve Kaya, C. (2015). *Türk idare hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Alan, N. (1976). Konu unsuru bakımından takdir yetkisi ve kanuna aykırılık. *İdare hukuku ve idari yargı ile ilgili incelemeler I*. Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 330 – 369.
- Aslan, Z. (1994). *İdari yargıda yürütmenin durdurulması*. İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım.
- Atakan, A. (2010). Avrupa insan hakları mahkemesinin takdir yetkisi doktrinine ilişkin bir inceleme. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16 (3 -4), 29 – 36.

- Atay, E. E. (2014). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Atay, Y. Ş. (2011). *Türk hukukunda adsız düzenleyici işlemler*. Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü.
- Avcı, M. (2002). *Devlet memurlarının atanmasında idarenin takdir yetkisi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi.
- Avcı, M. (2009). *Devlet memurları kanunu kapsamında kamu görevliliğine giriş*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Avcı, M. (2012). Spor federasyonlarının hukuki niteliği, idari teşkilat içindeki konumu ve bağımsızlığı sorunu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXX (2), 3 – 20.
- Avcı, M. (2013). Türkiye’de memurları naklen atama işleminin unsurları bakımından idarenin takdir yetkisi. *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan Cilt I*, 589 – 616.
- Ayanoğlu, T. (2004). *Uyuşmazlık mahkemesi kararlarına göre idari eylemin tanımlanması*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Ayanoğlu, T. (2012). İnsan zararlarına ilişkin tam yargı davalarını çözme görevini asliye hukuk mahkemelerine vermek reform mu yoksa fantezi mi?. *İstanbul Barosu Dergisi*, 86 (2), 71 – 81.
- Aydın, A. (2014). İdari yargı çerçevesinde anayasa yargısında yokluk. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 5 (13), 623 – 651.
- Bal, Y.; Karabulut, M. ve Şahin, Y. (2003). *İdari yargılama usulü ile ilgili Danıştay 10. dairesinin seçilmiş kararları*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Balkar, K. G. (1956). İdarenin takdir salahiyeti. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 11 (4), 124 – 134.
- Balta, T. B. (1972). *İdare hukuku I genel konular*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.

- Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü (1991). *Türk hukuk lûgati*. Ankara: Başbakanlık Basımevi.
- Başpınar, R. (1971). İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetime tabi tutulması. *Danıştay Dergisi*, 1 (3), 59 – 85.
- Bilgin, H. (2008). İdari işlemin şekil unsuru. *Adalet Dergisi*, 31, 194 – 214.
- Coşgun, M. (2008). *İptal davasında kesin ve yürütülebilir işlem kavramı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi
- Coşkun, S. ve Karyağdı, M. (2001). *İdari yargılama usulü*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Çağlayan, R. (2003). Türk hukukunda idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (3 – 4), 171 – 208.
- Çağlayan, R. (2013). *İdari yargılama hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Çağlayan, R. (2015). *İdare hukuku dersleri*. Ankara: Adalet Yayınları.
- Çıtak, H. A. ve Erdoğan, M. (2012). Yasama tekniğinde yeni bir eğilim: Kanun formunda bireysel idari işlemler. *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, 256 – 275.
- Demirkol, S. (1998). İptal davasında idari işlemin beş unsuru. *Sayıştay Dergisi*, 29, 65-89.
- Demirkol, S. (2001). İdare hukukunda idari eylemler olgusu. *Sayıştay Dergisi*, 40. <http://dergi.sayistay.gov.tr/Default.asp?sayfa=3&id=311> (Erişim tarihi: 2.2.2015).
- Derdiman, R. C. (2010). *İdare hukuku*. Bursa: Alfa Aktüel Yayınları.
- Duran, L. (1982). *İdare hukuku ders notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Erdem, J. G. (2013). Ölçülülük ilkesinin idarenin takdir yetkisinin kullanımındaki yeri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62 (4), 917 – 1005.

- Eren, F. (2014). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Erkut, C. (1990). *İptal davasının konusunu oluşturma bakımından idari işlemin kimliği*. Ankara: Danıştay Yayınları.
- Eroğlu, H. (1985). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ersöz, A. K. (2012). İdare hukuku ve idari yargı alanında anayasa değişikliği ile ilgili bazı öneriler. *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, 397 – 402.
- Gerçek, A. (2006). *Türk vergi hukukunda idarenin takdir yetkisi*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık.
- Giritli, İ. (1957). *Türk devlet şurası içtihatlarına göre idarenin yetkisini saptırması*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Giritli, İ.; Bilgen, P.; Akgüner T. ve Berk, K. (2013). *İdare hukuku*. İstanbul: Der Yayınları.
- Gözler, K. (2003). *Hukuka giriş*. Bursa: Ekin Yayınevi.
- Gözler, K. (2009). *İdare hukuku cilt I*. Bursa: Ekin Yayınevi.
- Gözler, K. ve Kaplan, G. (2011). İdari eylemlerden kaynaklanan zararlara ilişkin davalar adli yargının görev alanına sokulabilir mi?. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 63, 36 – 41.
- Gözler, K. ve Kaplan, G. (2015). *İdare hukuku dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi.
- Gözübüyük, A. Ş. (2012). *Yönetmelik yargı*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2014a). *İdare hukuku cilt I*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2014b). *İdare hukuku cilt II idari yargılama hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Günday, M. (2011). *İdare hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Gürbüz, R. (2011). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.

- Hacıbrahimoğlu, N. (2012). *Yargı kararları ışığında takdir yetkisi ve yerindelik denetimi, 2010 Anayasa değişikliğinin bu duruma muhtemel etkisi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi.
- İnceoğlu, M. M. ve Paksoy, M. S. (2013). Bedensel zararlarda ve ölüm halinde zararın belirlenmesi (TBK m. 55). *Journal of Yaşar University*, 8 (özel sayı), 1383 – 1407.
- Kaboğlu, İ. Ö. (2006). *Anayasa hukuku dersleri (genel esaslar)*. İstanbul: Legal Yayınevi.
- Kağıtcıoğlu, M. (2012). İdari işlemin icrailiği. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 103, 267 – 284.
- Kahveci, Y. (2006). *İdari işlemlerde yetki unsuru*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi.
- Kalabalık, H. (2011). *İdari yargılama usulü hukuku*. Konya: Sayram Yayınları.
- Kalabalık, H. (2014). *İdare hukukunun temel kavram ve kurumları*. Konya: Sayram Yayınları.
- Kaplan, G. (2007). İdare hukukunun arkaik ve anakronik bir kurumu: “Fiili yol”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1 – 2), 887 – 918.
- Karahanoğulları, O. (1996). İdari takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin r(80)2 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tavsiye kararı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1 – 4), 323 – 337.
- Karahanoğulları, O. (2011). İdarenin yargısal denetimine yönelik anayasa değişiklikleri ve takdir yetkisinin yargısal denetimi. *Mülkiye Dergisi*, 35 (270), 43 – 64 (http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/yargidenetimin_insicirilanmasi.pdf).
- Karahanoğulları, O. (2012). *İdarenin hukukla kavranması: yasallık ve idari işlemler*. Ankara: Turhan Kitabevi.

- Karatepe, Ş. (1991). İdarenin takdir yetkisi. *Türk İdare Dergisi*, 63 (392), 63 – 119.
- Karavelioğlu, C. ve Karavelioğlu, E. C. (2009). *Açıklama ve son içtihatlarla idari yargılama usulü kanunu*. Ankara: Karavelioğlu Hukuk Yayınevi.
- Kaya, C. (2011). *İdarenin takdir yetkisi ve yargısal denetimi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Kılıçoğlu, A.M. (2008). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kuluçlu, E. (2008). Türk hukuk sisteminde normlar hiyerarşisi ve sayıştay denetimine etkileri. *Sayıştay Dergisi*, (71), 3 – 22.
- Memiş, E. (2014): *Genel idare hukuku notları*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Oğurlu, Y. (2002). *Karşılaştırmalı idare hukukunda ölçülülük ilkesi*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Oğurlu, Y. (2003). *İdare hukukunda kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentiler sorunu*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Oğuzman, M. K. ve Öz, T. (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Onar, S. S. (1952). *İdare hukukunun umumi esasları*. İstanbul: Marifet Basımevi.
- Onar, S. S. (1966). *İdare hukukunun umumi esasları cilt I*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Özay, İ. H. (2002). *Günüşiğinde yönetim*. İstanbul: Alfa Yayınları.
- Öztan, B. (2007). *Medeni hukuk'un temel kavramları*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öztürk, K. B. (2009). *Fransız ve Türk hukukunda idarenin düzenleme yetkisinin kapsamı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özyörük, M. (1973). *İdare hukuku dersleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

- Pekiner, V. (1961). İdarenin takdir yetkisi. *Ankara Barosu Dergisi*, (4), 1- 8.
- Sancakdar, O. (2012). *İdare hukuku teorik çalışma kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Sevgili Gençay, F. D. (2014). Adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yeri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63 (2), 397 – 417.
- Sezginer, M. (1991). *İdari işlemlerde amaç unsuru bakımından hukuka aykırılık*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi.
- Sezginer, M. (2000). *İptal davasının uygulama alanı bakımından ayrılabilir işlem kuramı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tan, T. (1970). *İdari işlemin geri alınması*. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Tan, T. (2011). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Tan, T. (1996). Sınav ve jüri değerlendirmelerinin yargısal denetimi. *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 51 (1), 409 – 423.
- Tataroğlu, M. (2007). *Bilgi çağında kamu yönetiminde takdir yetkisi*. Bursa: Alfa Aktüel Yayınları.
- Tuncay, A. H. (1972). *İdare hukuku ve idari yargının bazı sorunları*. Ankara: Başbakanlık Basımevi.
- Ulu, G. (2012). *İdari işlemin yetki unsuru*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Yaşar, H. N. (2013). *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları.
- Yayla, Y. (1964). İdarenin takdir yetkisi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 30 (1-2), 201 – 211.
- Yayla, Y. (2010). *İdare hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Yenice, K. ve Esin, Y. (1983). *Açıklamalı – içtihatlı – notlu idari yargılama usulü*. Ankara: Arısan Matbaacılık ve Ambalaj Sanayii.
- Yıldırım, R. (2014). *Türk idari rejimi dersleri (cilt II)*. Konya: Mimoza.

- Yıldırım, R. ve Avcı, M. (2015). *Türk idari rejimine giriş*. Ankara: Astana Yayınları.
- Yıldırım, T. (2010). *İdari yargı*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Yıldırım, T.; Yasin, M.; Karan, N.; Özdemir, H. E.; Üstün, G. ve Tekinsoy, O. (2012). *İdare hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Yıldız Akgül, Ş. (2005). İdari yargıda re'sen araştırma yetkisi. *Eskişehir Barosu Dergisi*, (7), 215 – 227.
- Yılmaz, D. (2011). Alman idare hukukunda idarenin takdir yetkisi ve takdir yetkisinin yargısal denetimi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXXIX (1-2), 1019 – 1032.
- Yılmaz, D. (2014). *İdari işlemin icrailik özelliği*. Ankara: Astana Yayınları.
- Yılmaz, E. (1992). *Hukuk sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- <http://algul.av.tr/hukukibilgiler.htm>
- <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>
- <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>
- www.nisanyansozluk.com

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesinin 25.5.1976 tarih ve 1976/1 Esas ve 1976/28 Karar sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesinin 2.7.2009 tarih ve 2005/66 Esas ve 2009/102 Karar sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 tarih ve 2007/44 Esas ve 2009/148 Karar sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesinin 24.3.2010 tarih ve 2007/77 Esas ve 2010/50 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesinin 16.2.2012 tarih ve 2011/35 Esas ve 2012/23 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesinin 13.11.2014 tarih ve 2013/95 Esas ve 2014/176 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesinin 12.11.2015 tarih ve 2015/43 Esas ve 2015/101 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesinin 12.11.2015 tarih ve 2014/196 Esas ve 2015/103 Karar sayılı kararı.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 14.4.1973 tarih ve 1972/2 Esas ve 1973/10 Karar sayılı kararı.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 22.12.1973 tarih ve 1969/8 Esas ve 1973/14 Karar sayılı kararı.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 27.3.1998 tarih ve 1966/606 Esas ve 1998/163 Karar sayılı kararı.

Danıştay İdari Davalar Genel Kurulunun 4.10.2007 tarih ve 2007/265 Esas ve 2007/1819 Karar sayılı kararı.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 27.12.2007 tarih ve 2007/939 Esas sayılı kararı.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 21.4.2011 tarih ve 2007/1800 Esas ve 2011/267 Karar sayılı kararı.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 11.6.2014 tarih ve 2014/255 Esas sayılı kararı.

Danıştay 1. Dairesinin 19.12.1988 tarih ve 1988/336 Esas ve 1988/355 Karar sayılı kararı.

Danıştay 1. Dairesinin 11.10.1989 tarih ve 1989/123 Esas ve 1989/148 Karar sayılı kararı.

Danıştay 2. Dairesinin 14.5.2007 tarih ve 2004/7995 Esas ve 2007/2085 Karar sayılı kararı.

Danıştay 3. Dairesinin 27.2.2014 tarih ve 2011/4416 Esas ve 2014/849 Karar sayılı kararı.

Danıştay 4. Dairesinin 23.05.2011 tarih ve 2009/248 Esas ve 2011/4403 Karar sayılı kararı.

Danıştay 4. Dairesinin 13.10.2011 tarih ve 2008/7216 Esas ve 2011/7431 Karar sayılı kararı.

Danıştay 4. Dairesinin 11.6.2014 tarih ve 2014/1303 Esas ve 2014/4385 Karar sayılı kararı.

Danıştay 5. Dairesinin 22.5.1991 tarih ve 1986/1723 Esas ve 1991/933 Karar sayılı kararı.

Danıştay 5. Dairesinin 21.11.1996 tarih ve 1996/795 Esas ve 1996/3565 Karar sayılı kararı.

Danıştay 5. Dairesinin 24.5.1999 tarih ve 1998/2282 Esas ve 1999/1682 Karar sayılı kararı.

Danıştay 5. Dairesinin 29.6.2007 tarih ve 2006/3804 Esas ve 2007/3778 Karar sayılı kararı.

Danıştay 5. Dairesinin 12.5.2010 tarih ve 2008/4162 Esas ve 2010/3090 Karar sayılı kararı.

Danıştay 5. Dairesinin 10.10.2014 tarih ve 2012/4927 Esas ve 2014/6653 Karar sayılı kararı.

Danıştay 6. Dairesinin 11.2.2004 tarih ve 2002/4645 Esas ve 2004/685 Karar sayılı kararı.

Danıştay 7. Dairesinin 30.11.1998 tarih ve 1997/2708 Esas ve 1998/4234 Karar sayılı kararı.

Danıştay 7. Dairesinin 23.10.2002 tarih ve 2000/4274 Esas ve 2002/3384 Karar sayılı kararı.

Danıştay 7. Dairesinin 16.11.2005 tarih ve 2002/4300 Esas ve 2005/2763 Karar sayılı kararı.

Danıştay 7. Dairesinin 2.4.2009 tarih ve 2007/6465 Esas ve 2009/1777 Karar sayılı kararı.

Danıştay 8. Dairesinin 5.4.1989 tarih ve 1987/850 Esas ve 1989/232 Karar sayılı kararı.

Danıştay 8. Dairesinin 5.2.1990 tarih ve 1988/820 Esas ve 1990/145 Karar sayılı kararı.

Danıştay 8. Dairesinin 11.12.1997 tarih ve 1995/3680 Esas ve 1997/3928 Karar sayılı kararı.

Danıştay 8. Dairesinin 11.2.1999 tarih ve 1996/940 Esas ve 1999/416 Karar sayılı kararı.

Danıştay 8. Dairesinin 22.2.2005 tarih ve 2004/4350 Esas ve 2005/809 Karar sayılı kararı.

Danıştay 8. Dairesinin 14.11.2011 tarih ve 2011/3972 Esas ve 2011/5517 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesinin 26.5.1992 tarih ve 1991/4571 Esas ve 1992/2237 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesinin 27.4.1994 tarih ve 1992/4550 Esas ve 1994/1856 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesinin 27.06.1994 tarih ve 1993/2471 Esas ve 1994/3107 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesinin 19.10.1995 tarih ve 1993/3535 Esas ve 1995/4616 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesinin 19.3.2007 tarih ve 2006/6659 Esas ve 2007/1390 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesinin 15.9.2008 tarih ve 2006/946 Esas ve 2008/6084 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesinin 16.12.2009 tarih ve 2009/5590 Esas ve 2009/10533 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesinin 20.7.2010 tarih ve 2007/7981 Esas ve 2010/6186 Karar sayılı kararı.

Danıştay 11. Dairesinin 8.4.2003 tarih ve 2003/8963 Esas ve 2003/1623 Karar sayılı kararı.

Danıştay 11. Dairesinin 4.4.2006 tarih ve 2005/2927 Esas ve 2006/1625 Karar sayılı kararı.

Danıştay 11. Dairesinin 30.4.2010 tarih ve 2008/15126 Esas ve 2010/3656 Karar sayılı kararı.

Danıştay 11. Dairesinin 11.10.2011 tarih ve 2011/6087 Esas ve 2011/4902 Karar sayılı kararı.

Danıştay 11. Dairesinin 7.12.2011 tarih ve 2008/10755 Esas ve 2011/7473 Karar sayılı kararı.

Danıştay 12. Dairesinin 24.4.1978 tarih ve 1977/1349 Esas ve 1978/955 Karar sayılı kararı.

Danıştay 12. Dairesinin 8.2.2001 tarih ve 1999/3488 Esas ve 2001/392 Karar sayılı kararı.

Danıştay 12. Dairesinin 22.2.2006 tarih ve 2004/4382 Esas ve 2006/539 Karar sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 28.4.2015 tarih ve 2011/1034 Esas ve 2015/1633 Karar sayılı kararı.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 13.6.1994 tarih ve 1994/5 Esas ve 1994/7 Karar sayılı kararı (RG: 1.7.1994, sayı 21977).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.9.2013 tarih 2012/3-1927 Esas ve 2013/1406 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 14.04.1989 tarih ve 1989/2636 Esas ve 1989/6666 Karar sayılı kararı.