

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

TÜRK HUKUKUNDA YARGI DENETİMİ DIŞINDA
TUTULAN İDARİ
İŞLEMLER

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
HALİME HACIOĞLU

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR . YAVUZ ATAR

KONYA - 2008

ÖNSÖZ

Devletin üstün gücüne karşı yargı yoluna gidilebilmesi bireylere tanınmış bir haktır. Buna rağmen, Türk hukukunda yargısal denetime tabi tutulamayacak bir takım idari işlemler kategorisi oluşturulmuştur. Böylece yargısal denetime tabi tutulamayan bu idari faaliyet alanlarında, hukuk devleti ilkesi askıya alınmış; bireylerin hak arama özgürlüğü ellerinden alınmıştır. Söz konusu kısıntılar belli idari faaliyet alanlarıyla sınırlı olsa bile hukuk devletiyle bağdaşmadığı açıktır.

Günümüz devlet örgütlenmesinde ulaşılan en ileri ve çağdaş düzey olan hukuk devletini aşındıran bu düzenlemelerin niteliği, gerekliliği, denetlenmesi halen tartışılan ve bir an önce çözüm bulması gereken bir konudur. Bu nedenle çalışmamızın konusunu “Türk hukukunda yargı denetimi dışında tutulan idari işlemler” oluşturmaktadır. Bu çalışma sırasında her idari işlemle ilgili mahkeme kararları ve doktrinel tartışmalar irdelenerek konuya farklı bakış açıları ile ışık tutulmaya çalışılmıştır.

TÜRK HUKUKUNDA YARGI DENETİMİ DIŞINDA TUTULAN İDARİ İŞLEMLER

ÖZET

Hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri idarenin yargısal denetime tabi tutulmasıdır. İdare, tesis ettiği idari işlemlerle, bireylere haklar ve sorumluluklar yüklemekte ya da bir takım mahrumiyetler getirmektedir. İdarenin bu üstün gücüne karşı yargı yolu kapatılmak suretiyle bireylerin hak arama özgürlüklerinin ellerinden alınması hukuk devleti ile bağdaştırılmaz. Buna rağmen, 1982 Anayasasında ve yürürlükteki hukukumuzda “idarenin yargısal denetimi” olgusu kabul edilmekle beraber, gerek Anayasada, gerek yasalarda yapılan düzenlemelerle, bir takım idari işlemlerin yargı denetimi dışında bırakıldığı da bilinen bir gerçektir. Anayasada yer alan ve yargı denetimi dışında tutulan bu işlemler; Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları, Sayıştay’ın kesin nitelikli kararları, Yüksek Seçim Kurulu kararları ve Yüksek Hakem Kurulu kararlarıdır. Kanunla getirilen sınırlamalar ise; bazı kanunlarda yer alan uyarma ve kınama cezaları, sıkıyönetim komutanlarının işlemleri, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarıdır. Bu çalışmamızda “Türk hukukunda yargı denetimi dışında tutulan idari işlemler” başlığı altında söz konusu kısıntıların tamamı incelenmiştir.

ADMINISTRATIVE ACTS HELD ABROAD FROM THE JUDICIAL CONTROL IN TURKISH LAW

SUMMARY

One of the most important elements of a rule of law is subjecting administration to the judicial control. The administration by establishing administrative acts charges rights and responsibilities to individuals or brings some deprivations. Against the big power of the administration, bereaving the freedom of legal remedies of individuals by closing the judicial remedy can not be adapted with the rule of law. Yet, in 1982 Constitution and current law, the event of “ The judicial control of administration” accepted, eighter in constitution or in laws, it is clear that some administrative acts are excluded from the judicial control. These acts which are excluded from judicial control and partaking in Constitution are: The president’s own acts, Supreme Military Council’s decisions, decisions of Supreme Council of Judges and Public Prosecutors, Exchequer Court’s exact decisions, decisions of Supreme Committee of Elections and decisions of High Board of Arbitration. Restraints according to laws are: deficiency and condemnation punishments in some laws, martial law commander’s acts and arbitration awards about benefit stipulation and agreements. In this study, all the curtailments are analysed under the topic of “Administrative Acts Held Abroad From the Judicial Control in Turkish Law”.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	II
ÖZET.....	III
SUMMARY.....	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
KISALTMALAR CETVELİ.....	IX
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ İŞLEM KAVRAMI VE İDARİ İŞLEMİN YARGISAL DENETİMİ

I. İDARİ İŞLEMİN TANIMI VE UNSURLARI.....	3
A. İdari İşlemin Tanımı.....	3
B. İdari İşlemin Unsurları.....	5
1- Yetki Unsuru.....	5
2- Şekil Unsuru.....	6
3- Sebep Unsuru.....	7
4- Konu Unsuru.....	8
5- Amaç Unsuru.....	9
C. İdari İşlemin Sınırı.....	9
II. İDARİ İŞLEMİN YARGISAL DENETİMİ.....	13
A. Hukuk Devletinde İdari İşlemin Denetlenmesi Gereği.....	13
B. İdari İşlemin Yargısal Denetimi.....	15
1- Yargısal Denetimin Amacı ve Gerekliliği.....	15
2- Yargısal Denetimde Uygulanan Sistemler.....	16

3- Türk İdari Yargısının Özellikleri.....	17
C. İdari İşlem Denetiminin Sınırları.....	18
1- Hukuka Uygunluk Denetimi.....	19
2- Yerindelik Denetimi.....	29
3- Takdir Yetkisinin Denetimi.....	20
4- İdari Eylem Ve İşlem Niteliğinde Karar Verilememesi.....	21
5- Yargının Kendisini Sınırlaması.....	21
D. İdari İşlemin Denetimini Etkileyen Haller.....	22
1- Hükümet Tasarrufu (Yargı Kısıntısı).....	23
2- Yasama Kısıntısı.....	23

İKİNCİ BÖLÜM

CUMHURBAŞKANININ TEK BAŞINA YAPTIĞI İŞLEMLER

I. CUMHURBAŞKANININ HUKUKİ DURUMU.....	25
II. CUMHURBAŞKANININ TEK BAŞINA YAPTIĞI İŞLEMLER.....	29
A. Sadece Cumhurbaşkanıca Tesis Edilen İşlemler.....	33
B. Başka Organlarca Tesis Edilip Cumhurbaşkanı İradesiyle Sonlandırılan İşlemler.....	33
C. Tek Başına Yaptığı İşlemlerin Yargısal Denetimi	34
III. İŞLEMLERİN DENETİME AÇILMASI SORUNU.....	37

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKSEK ASKERİ ŞURA KARARLARI

I. YÜKSEK ASKERİ ŞURA'NIN YAPISI VE GÖREVLERİ.....	39
A. Yüksek Askeri Şura'nın Tarihçesi.....	39
B. Yüksek Askeri Şura'nın Yapısı.....	41

C. Yüksek Askeri Şura'nın Görevleri.....	42
D. Yüksek Askeri Şura'nın Çalışma ve Karar Alma Usulleri.....	44
II. YÜKSEK ASKERİ ŞURA KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	44
III. YÜKSEK ASKERİ ŞURA KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ SORUNU.....	46

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KARARLARI.....	53
I. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN YAPISI VE GÖREVLERİ.....	54
A. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Tarihçesi.....	54
B. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Yapısı	59
C. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Görevleri.....	61
1- Karar Organı Olarak.....	61
2- İtiraz Mercii Olarak.....	61
II. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	62
III. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ.....	64

BEŞİNCİ BÖLÜM

YARGI DENETİMİ DIŞINDA TUTULAN DİĞER İDARİ İŞLEMLER

I. SAYIŞTAY KARARLARI.....	70
A. Sayıştay'ın Tarihçesi	70
B. Sayıştay'ın Yapısı ve Görevleri.....	71
1- Sayıştay'ın Yapısı	71
2- Sayıştay'ın Görevleri	72

C. Çalışma Yöntemi	73
1- Ön İnceleme Aşaması	74
2- Yargılama Aşaması	74
3- Temyiz Aşaması	75
D. Sayıştay'ın Denetim Alanı	75
E. Sayıştay'ın Konumu ve Kararlarının Hukuki Niteliği	75
F. Sayıştay Kararlarının Yargısal Denetimi ve Denetime Açılması Sorunu ..	82
II. YÜKSEK SEÇİM KURULUNUN İDARİ İŞLEMLERİ	83
A. Yüksek Seçim Kurulu'nun Yapısı	85
B. Yüksek Seçim Kurulu'nun Görev ve Yetkiler	86
C. Yüksek Seçim Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği	88
..... D. Yüksek Seçim Kurulu Kararlarının Denetimi	90
III. UYARMA VE KINAMA CEZALARI	91
A. Memurların Disiplin İşlemleri	91
B. Silahlı Kuvvetler Mensupları ve Hakim ve Savcılara İlişkin Disiplin İşlemleri	95
IV. SIKIYÖNETİM KOMUTANININ İDARİ İŞLEMLERİ	97
V. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ	103
VI. YÜKSEK HAKEM KURULU KARARLARI	105
SONUÇ	107
KAYNAKÇA	110

KISALTMALAR CETVELİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AMKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AYİM.	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
C.	: Cilt
D	: Daire
DD.	: Danıştay Dergisi
E.	: Esas
HSYK.	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TSK.	: Türk Silahlı Kuvvetleri
Y.	: Yıl
YAŞ.	: Yüksek Askeri Şura
YSK.	: Yüksek Seçim Kurulu

GİRİŞ

Devlet örgütlenmesinin yüzyıllar boyunca geçirdiği çeşitli aşamalardan sonra ulaştığı en ileri ve çağdaş düzey, çoğulcu, demokratik “hukuk devleti”dir. Demokratik hukuk devleti, kurallar ve kurumlar rejimidir. Bu rejimin en önemli unsuru ve aşaması şüphesiz sistemin özü olan devletin tüm organlarının yargı denetimine tabi tutulmasıdır.

Hukuk devleti, kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı, yönetenlerin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulduğu, böylece kişilere hukuk güvenliğinin sağlandığı devlet demektir. Bu devlet şekli, kişilerin devlet gücü karşısında korunmaları gereksiniminden doğmuş olup, amacı, devlet gücünün baskı yönetimine ve kaba kuvvete dönüşmesini önlemektir. Bu nedenle, hukuk devleti kavramı, devlet gücünün kötüye kullanılması ihtimaline karşı alınması gereken önlemlerin tümünü içermektedir. Bu önlemlerin en önemlisi üstün gücü kullananları denetleyecek, gerektiğinde yaptırım uygulayacak olan yargısal organların kurulması ve işletilmesidir.

Hukuk devletinin gerçekleştirilmesi için sadece yargısal denetim yeterli değildir. Bunun yanında temel hakların güvenliği, erklerin ayrılması, demokratik rejimin gerçekleştirilmesi, yasaların genelliği ilkesinin sağlanması, kazanılmış haklara saygı gösterilmesi, devletin sorumluluğu ilkesinin benimsenmesi, yargıçların bağımsızlığı ve yansızlığının sağlanması gerekmektedir.

1982 anayasası, Türkiye Cumhuriyeti’ni hukuk devleti olarak nitelendirmektedir. Elbette ki bu, devlet içindeki tüm kamusal yaşamın ve idarenin yargısal denetime tabi tutulabilmesi ile mümkündür. Nitekim idari rejimin doğal sonucu olarak, idarenin işlem ve eylemleri yargısal denetime tabi tutulmaktadır .

1982 anayasasında ve yürürlükteki hukukumuzda “idarenin yargısal denetimi” olgusu kabul edilmekle beraber, gerek Anayasada, gerek yasalarda yapılan düzenlemelerle, bir takım idari işlemlerin yargı denetimi dışında bırakıldığı da bilinen bir gerçektir. Anayasada yer alan ve yargı denetimi dışında tutulan bu işlemler; Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararları, Sayıştay’ın kesin nitelikli kararları, Yüksek Seçim Kurulunun kararları, Yüksek Hakem Kurulu

kararlarıdır. Kanunla getirilen sınırlamalar ise; bazı kanunlarda yer alan uyarma ve kınama cezaları, sıkıyönetim komutanlarının işlemleri, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarıdır.

Yargısal denetim alanında öngörülen sınırlamaların bilinmesi, idari yargı yerlerinin yargısal denetimde sınırlarının çizilmesi için önem arz etmektedir. Zira, hukuka uygunluk bloku içerisinde yapılacak yargısal denetim, idarenin bu denetimden bağışık tutulan eylem ve işlemlerini kapsamayacak, kısıtlama nedeniyle bu kategorideki eylem ve işlemlerin hukuka uygun olup olmadıkları asla bilinemeyecektir.¹ Bu anlamda devlet gücü, kısıtlı olan alanlar için sınırlandırılmayacak ve keyfiliğin önlenmesi sağlanamayacaktır.

Tezimizin konusu, “Türk hukukunda yargı denetimi dışında tutulan idari işlemler” olması nedeniyle, ilk bölümde idari işlemin tanımı, unsurları, sınırları ve denetlenmesi konuları irdelenmiştir. Bu irdelemenin temel amacı, sonraki bölümlerde incelenecek olan işlemlerin yargı denetimine tabi tutulması için gerekli olan “idari işlem kimliği”ni taşıyıp taşımadıklarının ortaya konulmasına ışık tutulmasıdır. 2 nci 3 üncü ve 4 üncü bölümlerinde ise, anayasal düzenleme ile yargı denetimi dışında tutulan işlemler ele alınmıştır. Bunlar sırasıyla, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarıdır. 5 inci bölümde ise denetlenmeyen diğer idari işlemler incelenmiştir .

Söz konusu işlemler, öncelikle onları tesis eden kurumların kurumsal yapılarının tarihsel süreç içerisindeki gelişimi, şu anki durumu; kurumların ve tesis ettikleri idari işlemlerin hukuksal niteliği ve bu işlemlerin denetlenmesi konusunda yapılan tartışmalar mahkeme kararları ile birlikte değerlendirilmiştir.

¹ DEMİRKOL, Selami, İdari Yargı Denetiminin Sınırı Yargılama Yetkisine Çizilen Sınır ve Bu Sınırı Belirleyen Temel Kriterler, İstanbul Barosu Dergisi, S. 7-9, 1996, s.383.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ İŞLEM KAVRAMI VE İDARİ İŞLEMİN YARGISAL DENETİMİ

I. İDARİ İŞLEMİN TANIMI VE UNSURLARI

A. İdari İşlemin Tanımı

İdari işlemin yasal bir tanımı olmadığı gibi herkesçe kabul edilen ortak bir tanımı da bulunmamaktadır. Daha çok idari yargılama hukukunda iptal davasının konusu olarak tanımlanmaya ve çerçevesi çizilmeye çalışılan idari işlem, idari usul hukukunun gündeme gelmesi ile birlikte idari işlem yapma sürecindeki usul açısından da ele alınmaya başlanmış ve unsurları belirlenmeye çalışılmıştır.

İdari işlem her şeyden önce bir hukuki işlemdir. Bu nedenle idari işlemi tanımlamadan önce hukuki işlemi tanımlamak gerekmektedir. Hukuki işlem, ehliyetli bir hak sahibinin hukuki bir durum doğurmak, var olan hukuki durumu değiştirmek ya da ortadan kaldırmak için yaptığı irade açıklamasıdır.² Bu tanımda belirtilen ehliyetli hak sahibi, kamu hukuku açısından yetkili makamdır, irade açıklamasında bulunan hak sahibinin kullandığı yetki ise devlet yetkisi olup, bu işlem, kamu hukuku işlemi olarak nitelendirilir; özel hukuk açısından ise yetkili makam kişi olup, hak sahibinin kullandığı yetki ise subjektif bir haktır. Bu kapsamda tesis edilen işlem de özel hukuk işlemi olarak nitelendirmeye tabi tutulmaktadır.

İdari işlemin pek çok tanımı vardır. Genel olarak idari işlem idari makam ve mercilerin idare işlevleri ile ilgili kamu hukuku alanında tesis ettikleri tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikte (icrai) bir hukuki tasarruf³ olarak tanımlanmaktadır. Başka bir tanımda ise idari işlem, idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması⁴ şeklinde nitelendirilirken, bir başka tanımda, idari işlemin tek yanlı hukuksal işlem olduğu ve idarenin iradesini açıklaması ile hukuksal sonuçlarını doğurduğu⁵ ifade edilmektedir. İptal davasının konusunu oluşturması açısından idari işlem, idari makamların kamu gücü kullanarak, idare hukuku alanında yaptıkları ve

² ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, İstanbul-1966, s.258.

³ YENİCE Kazım- ESİN Yüksel, İdari Yargılama Usul Kanunu, Ankara-1983, s.12.

⁴ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C. I, Bursa-2003, s.549.

⁵ GÖZÜBÜK A. Şeref- TAN Turgut, İdare Hukuku Genel Esasları, C. 1, Ankara-2001, s.367.

çeşitli hak veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklaması⁶ şeklinde tanımlanmaktadır.

Fransız hukukunda da idari işlem uzun süre tanımlanamamış, daha sonra iptal davası bakımından konu ele alınmıştır. Delvolve idari işlemi, bir idari otorite tarafından yapılan, onayları alınmayan kişilerin hak ve yükümlülüklerini tek taraflı olarak etkileyen işlem olarak tanımlamaktadır.⁷ Bu tanımda, onayları alınmayan üçüncü kişilerin hukuki durumlarını etkileme özelliğinden bahsedilerek idari işlemin bir başka özelliği ortaya konulmuştur.

İdari işlem tanımlarının çeşitli olmasının nedeni olarak, idare hukukunun kodifike edilmemiş yeni bir hukuk dalı olması, ayrıca hayat şartları içerisinde sürekli yenileniyor olması gösterilebilir. Bununla beraber, idari işlemlerinin denetimi etkili şekilde yargı organları tarafından yapılması nedeniyle idari işlemle ilgili en güncel ve etkin tanımların da daha çok yargısal orijinli olduğu gerçeği kanıksamaz.

Bu durumda kavramın, yargı mercilerince nasıl yorumlandığı konusu önem kazanmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında idari işlemi şu şekilde tanımlamıştır; “...*Bir tasarruf veya kararın idari işlem sayılabilmesi için; o tasarruf veya kararın kamu kurumunca yada idare örgütünün içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir. Başka bir deyişle, bir kamu kurumunun kamu hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili kararları idari nitelik taşıyan kararlardır ...*”⁸

Danıştay, bir İçtihadı Birleştirme Kararında idari işlemin tanımına ilişkin olarak şu ifadeyi kullanmıştır, “...*İdari işlem kısaca, idare makamlarının idare fonksiyonu ile ilgili konularda aldığı tek taraflı icrai karar olarak nitelendirilir.*”⁹

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise bir kararında, idari işlemi idari yargıya konu olabilmesi açısından ele alarak şu değerlendirmeyi yapmıştır, “...*idari yargı yerinde hukuka uygunluk denetimi yapılarak iptali söz konusu olabilecek işlemler, idari makamlarca kamu hizmeti yükümlülüğünün ifası için kamu gücü kullanarak idare hukuku dalında sonuç doğuracak mahiyette olmalıdır. Bu açıdan idare hukuku esas ve ölçülerine göre idari işlemin yapıcı ögesi organik yapısından ibaret değildir.*”

⁶ AKYILMAZ Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara-2000, s.26.

⁷ AKYILMAZ, s.30.

⁸ Anayasa Mahkemesi, 25.5.1976 günlü, E:1976/1, K:1976/28 sayılı kararı, R.G: 16.8.1976 gün, S. 15679.

⁹ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 14.4.1973 günlü, E:1972/2, K:1973/10 sayılı kararı, R.G: 12.7.1973, S. 14592.

Daha açık bir deyişle esas işlevi ve devlet yapısı içindeki yeri itibariyle idari makam konumunda bulunan kamu dairelerinin her türlü irade beyanı, yetki kullanımı idari işleme vücut vermez. Kullanılan yetki ile serdedilen kamusal irade, etki ve sonuçlarını idare hukuku alanında göstermelidir.”¹⁰

İdari işlem, idari fonksiyonun araçlarından en önemlisi olarak da karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan idari işlemin idari yargılama usulünde olduğu gibi idari usul bakımından da özel bir değeri vardır. İdari işlem idari faaliyetin düzenlenmesi ve denetlenmesine ilişkin bir kavramdır ve kanunların uygulanmasını sağlayarak genel, soyut kuralların somutlaştırılıp kişiselleştirilmesini sağlamaktadır. Bu nedenle idari işlemi oluşturan “iradenin” hukuki işlemlerdekinden farklı özelliklere sahip olması her iki işlemi ayrı hukuki statülere tabi kılmıştır.

Yapılan tüm tanımlar dikkate alındığında idari işlemi oluşturan temel unsur olarak daha çok şunların sayılabileceği düşüncesindeyiz; ilgilinin rıza ve muvafakatına bağlı olmaksızın idari makamlarca tek yanlı olarak ortaya konulması, idare hukuku alanında ilgililerin hukuki durumlarında değişiklik yaparak yeni bir hukuki durum yaratması ya da mevcut hukuki durumlarını ortadan kaldırması veya değiştirmesi, hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak hukuka aykırılığı mahkeme kararı ile tespit edilene kadar hukuki etkilerini devam ettirmesi.

B. İdari İşlemin Unsurları

İdari işlemin, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olmak üzere altı unsuru vardır. Bu ayrım doktrin ve yargı içtihatları ile kabul edilmiştir.

1- Yetki Unsuru

İdari işlemin kim tarafından yapıldığı, irade açıklamasında bulunanın ehil bir kimse olup olmadığı, ehil kişinin konu, yer, zaman itibari ile yetki sahibi olup olmadığı gibi işlemi tesis edeni irdeleyen bir unsurdur. Yetki unsurunun bir takım özellikleri bulunmaktadır. Bunlar:

¹⁰ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 1. Dairesi, 30.3.1993 günlü, E:1992/42, K:1993/209 sayılı kararı, AYİM Dergisi, S. 8, 1993, s.194-195.

- İdare hukukunda yetkiler anayasa ve kanunlardan kaynaklanır. Bu husus anayasanın 6 ncı maddesinde “hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanmaz” şeklinde ifade edilmektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi gereği yetkiler ancak meclis tarafından ihdas edilebilmektedir.
- İdare hukukunda yetkiler “verilmiş yetki” niteliğindedir. Bir kişiye anayasa veya kanunla yetki verilmemiş ise o kişi yetkisizdir. İdare adına herhangi bir işlem yapamaz.
- İdare hukukunda yetkiler istisnaidir. İdari makamlar kendiliklerinden bir yetkiye sahip olmadıklarına ve sahip oldukları yetkiler kendilerine anayasa ve kanunla verilmiş olduğuna göre, idari makamların yetkisiz olması kural, yetkili olması ise istisnadır. Dolayısıyla idari makamların yetkileri ”istisnai yetki” dir.
- İdare hukukunda yetkiler dar yoruma tabi tutulur. Yetki hususunda geniş yorum ve kıyas yapılamaz. İdare hukukunda yetkiler kamu düzenine ilişkindir. Yetki hususundaki hukuka aykırılık, açılan bir davada davacı tarafından davanın her aşamasında ileri sürülebilir, bu durum, hakim tarafından re’sen gözetilmesi gerekmektedir.
- İdare hukukunda yetkiler kullanılması zorunlu, vazgeçilmez ve devredilmez niteliktedir. Yetkilerin kullanılması subjektif bir hak değil bir görevdir. Bu nedenle de vazgeçilememekte ve devredilememektedir.
- İdare hukukunda yetki sakatlıkları sonradan düzeltilemez.¹¹

2- Şekil Unsuru

Hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmeye yönelik iradenin kendisi ile açıklandığı şeye şekil denilmektedir.¹² Kısacası şekil iradeyi hukuk alemine taşıyan bir unsurdur. Şeklin bir unsur olarak gündeme gelmesinin nedenlerinden biri, idari işlemin varlığının ıspatı için gerekli olması, diğer ve asıl önemli bir nedeni, o işlemin hangi makam veya merci tarafından ve nasıl yapılmış olduğunun ancak

¹¹ GÖZLER, s.630-638.

¹² GÖZLER, s.711.

şeklinden anlaşılıyor olmasıdır.¹³ İdare hukukunda şekil açısından esas olan yazılılıktır. Ancak bazen sözlü ifadelerde hukuki bir değer kazanabilmektedir.

İdari işlemlerin gerekçelendirilmesi kural değildir.¹⁴ İdare hukukunda esas olan idari işlemin iptal edilene kadar hukuka uygun tesis edildiğinin kabulüdür. Bu nedenle, tesis edilen bir işlemin yazılı olarak gerekçelendirilmesi gerekmez. Ancak idari işlem dava konusu edildiği takdirde idare, işlemin gerekçesini yazılı olarak sunmak zorundadır. Kısaca özetlemek gerekirse her ne kadar gerekçe yazılması kural olmasa da, idarenin hiçbir işlemi gerekçesiz olamaz, bütün işlemlerinin hukuki bir gerekçeye dayanması gerekmektedir.

3- Sebep Unsuru

İdareyi bir işlem yapmaya sevk eden hukuki ve fiili etkidir.¹⁵ Bu etkenler idari işlemden önce gelir ve onun dışında yer alırlar. İdare bir işlemi tesis ederken, sadece yetkili olması yetmez ayrıca işlemin tesisi için aranan sebeplerinde oluşması gerekmektedir. İdare hukukunda idari işlemde sebep çoğunlukla idarenin takdirine bırakılmamış kanunlar tarafından düzenlenmiştir. Bazen kanun işlemin sebebini açıkça belirtmekte iken; (örneğin, 650 sayılı devlet memurları kanununun 125 inci maddesinin (E) bendinde ifade edilen “izinsiz ve özürsüz bir şekilde bir yıl içinde toplam otuz gün göreve gelmeyen memur görevinden çıkarılır”) bazen de belirsiz kavramlarla sebep unsurunu belirtmektedir. (Örneğin, kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık, genel ahlak gibi muğlak ve geniş ifadeler.) Bazen de kanun sebep unsuru hiç belirtmemektedir. Ancak unutulmaması gerekir ki idarenin sebepsiz hiçbir davranışı olamaz ve bütün davranışlarının her sebebi de mutlaka hukuka uygun olmak zorundadır.¹⁶ Sebep unsurunun belirtilmediği durumlarda idare takdir yetkisine sahip olsa da bu yetki mutlak ve sınırsız değildir.

¹³ ÖZAY İlhan, Gün Işığında Yönetim, İstanbul-2004, s.491.

¹⁴ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara-2003, s.10.

¹⁵ GÖZLER, s.768.

¹⁶ ÖZAY, s.500-507.

4- Konu Unsuru

Bir hukuki işlemin konusu, onun doğurduğu hukuki sonuçtur.¹⁷ Hukuk alanında meydana getirdiği değişikliktir. Özel hukukta taraflar mümkün ve meşru olması şartıyla irade özerkliği ve sözleşme serbestliği ilkesi gereği serbestçe konuyu belirleme yetkisine sahip iken, idare hukukunda işlemlerin konusunu belirlemede ne idarenin ne de ilgilinin bir serbestisi yoktur. İdarenin sadece konusu kurallarla belirlenmiş işlemi yapıp yapmama veya işlemlerden birini tercih etme serbestisi vardır.

İdari işlemin sebep unsuru ile konu unsuru arasında yakın bir ilişki vardır. Belirli sebepler varsa idare bazen belirli işlemleri yapmak zorunda bırakılmıştır. Bazen de böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Birinci durumda bağlı yetki, ikinci durumda ise takdir yetkisi söz konusudur. Her ikisi arasındaki en önemli fark, bağlı yetkide işlemin sebebi yasal düzenlemelerle belirlenmiş olduğundan mahkemeler sadece sonucun belirlenmiş olan sebeple oluşup oluşmadığını incelerken; takdir yetkisinde, idareye bir seçim hakkı tanındığından seçim hakkını kullanan idarenin tesis edeceği işlemin denetimi mahkemelerce kısıtlı bir şekilde yapılmaktadır.

İdari işlem unsurlarından yetki, şekil, amaç unsurları, idarenin kanuniliği ve kamu yararı ilkesi gereği yasal düzenlemelerle belirlendiğinden takdir yetkisi bu unsurlarda kullanılmamaktadır. Takdir yetkisi konu unsurunda, açık ya da örtülü bir şekilde yetki verildiği takdirde kullanıldığı tartışmasız olsa da sebep unsurunda kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır.¹⁸ Bu konuda genel kabul gören görüş takdir yetkisinin kullanılabilmesi yönündedir.

Sebeple ilgili olarak takdir yetkisinin olmadığını ileri süren görüş, takdir yetkisi ve değerlendirme kavramları üzerinde durmakta ve bunların farklı olduğu tezinden yola çıkarak şu gerekçeye dayanmaktadırlar. Değerlendirme, idari işlemin sebep unsurunda sahip olduğu bir yetki olup, idare bu yetkisini belirsiz kavramlarla sebep gösterildiği takdirde, belirsiz olan kavramları yorumlayarak ve sebebin bu belirsiz kavram açısından hukuki tasnifini yapmak suretiyle kullanır. Bu nedenle değerlendirme işlemi, idari işlemin hukukiliği ile ilgili olduğundan işlemin yargısal

¹⁷ GÖZLER, s.805.

¹⁸ ÇAĞLAYAN Ramazan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi" AÜEHFD, C. 7, S. 3-4, Aralık-2003, s.186.

denetimi mümkündür.¹⁹ Takdir yetkisi ise, değerlendirme işlemine benzese de bu işlemden farklıdır ve sadece işlemin yerindelik sorunu ile ilgili olup konu unsurunu ilgilendirir ve yargı denetimi dışındadır.

5- Amaç Unsuru

İdari işlemle ulaşılmak istenen nihai sonuçtur.²⁰ Sebep unsuru ile yakın olduğu düşünülse de sebep unsuru daha çok idari işlemi yapmaya iten etken iken; amaç unsuru, bu işlemle ulaşılmak istenen sonuçtur. Bütün idari işlemler kamu yararı amacını gütmektedir. Bununla beraber bazı idari işlem ve kararlar için bu genel ve değişmez amacın yanı sıra, kanunlarla daha özel ve somut amaçlar öngörülmüş olabilir. Örneğin kolluk işlemlerin amacı kamu düzeni sağlamaktır. Amaç yönünden de bazı hukuka aykırılıklar doğabilir. Buna “yetki saptırması” denilmektedir. Özel hukuktaki hakkın kötüye kullanılmasına benzetilebilir. Burada işlemi yapan makam o işlemi yapmaya yetkili olduğu gibi işlemi kanunun öngördüğü şekilde ve usul kurallarına göre yapar. Konu bakımından da bir aykırılık yoktur, ancak o işlemi yapmadaki amacı kamu hizmeti değil kişisel veya siyasal çıkar sağlamak, ya da üçüncü kişiye yarar sağlamak gibi bir takım gerekçeler olduğu için işlem bu nedenle hukuka aykırı kabul edilir.

C. İdari İşlemin Sınırı

İdari işlemin sınırı, onu ortaya koyan idarenin fonksiyonel sınırı ile aynıdır. Bu nedenle, idari işlemin sınırını çizmek için öncelikle idareyi tanımlamak ve onun fonksiyonel sınırını ortaya koymak gerekmektedir. İdari işlemi tesis eden idare, en genel manada bir devlet fonksiyonudur. Devlet ise devl kökünden gelen Arapça kökenli bir sözcük olup elden ele geçen iktidar, saltanat anlamına gelmektedir. Başlangıçta bir hükümdar ya da hükümdar ailesine ait egemenlik ve saltanat anlamında kullanılırken, sonraları kapsamı genişletilerek tüm ülkeyi içine alan soyut anlamda egemenlik ve saltanat anlamında kullanılmaya başlanmıştır.²¹ Günümüz toplumlarındaki devlet yapısını tanımlamak için pek çok deneme yapılmıştır. Georg Jellinek geçen yüzyılın son bitiminde bir tanımlamada bulunarak devleti, belli bir

¹⁹ GÖZLER, s.821.

²⁰ GÖZLER, s.851.

²¹ GİRİTLİ İsmet-SARMAŞIK Jale, Anayasa Hukuku, Ekim-2001, İstanbul, s.29.

ulusu olan, belli bir ülkede yaşayan ve bir devlet gücü ile donatılmış insan topluluğu²² olarak nitelendirmiştir. Bu tanım üç öge kuralı olarak da anılmaktadır.

Tarihten günümüze kadar her devlet devamlılığı için çeşitli sistemler öngörmüştür. Günümüz devletlerinde ise daha çok bireyi koruyan ve öne çıkaran devlet biçimleri oluşturulmuştur. Bu biçimin en önemli argümanı mutlak monarşinin belirli ölçülerle yetkisinin kısıtlanması hedefinden yola çıkan güçler ayırımıdır. Ülkemiz anayasasıyla da kabul edilen bu yöntem ilk önce Aristoteles tarafından tasvir ve tahlil edilmiştir. Onun “danışılan ve yol gösteren”, “yöneten” ve “yargılayan” güçleri birbirinden ayırdığı ileri sürülür. Ama bu ayırım modern güçler ayırımı ilkesi ile sadece dış benzerliği vardır. Bu kavramın oluşması daha çok John Locke, Lord Bolin Bore ve özellikle Montesquieu’nun çalışmalarına dayanır. Montesquieu’ye göre her devlette üç çeşit kudret vardır. Birinci kudrete bağlı olarak prens veya makam sahibi, devamlı veya muvakkat zaman için kanunlar yapar, mevcut olanları değiştirir veya kaldırır. İkincisi ile ise sulh yapar veya harp yapar. Elçiler gönderir veya kabul eder, istilaları önler ve güvenliği sağlar. Üçüncüsü ile de, suçları cezalandırır veya kişiler arasındaki anlaşmazlıkları çözer.²³ Yazar devletin faaliyetlerini böylece böldükten sonra, vatandaşların hür olabilmeleri için bu faaliyetlerin ayrı ellere verilmesini savunmaktadır. Ancak devlet faaliyetlerini birbirinden ayırırken hukuki bir kıstasa başvurmamış, faaliyetleri sadece maddi muhtevaları, hatta gayeleri itibari ile sınıflandırmaya tabi tutmuştur.

Kuvvetler ayrılığı nazariyesinin devlet fonksiyonlarının hukuki tasnifine esas teşkil etmesi, Rousseau’nun kanun teorisi ile beraber Fransız İhtilali mevzuatına girmesi ve bunun daha sonra da hukukçular tarafından sistemleştirilmesi ile mümkün olmuştur. Rousseau hukuk işlemlerinin maddi kritere göre ayrılmasının öncüsüdür. Yazara göre genel, objektif ve gayri şahsi işlemler kanundur ve genel irade yani yasama tarafından yapılması gerekir. Kanunların belli kişilere veya olaylara uygulanması ise subjektif işlem olarak yürütmeyi teşkil eder ve bu bir veya birkaç kişiye bırakılmalıdır.

Günümüz dünyasında devlet fonksiyonları aynı anlayışa dayanarak ayrıştırılmaktadır. Bu kapsamda genel olarak yargı fonksiyonu, “...bağımsız

²² DOEHRİNG Karl, Genel Devlet Kuramı, Çeviren: Ahmet MUMCU, İstanbul -2002, s.24.

²³ GÜNEŞLİ Turan, Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara-1965, s.8.

mahkemelerin hukuki uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını kesin olarak çözüme ve karara bağlama fonksiyonu...” olarak tanımlanmıştır. Bu fonksiyonun bağımsızlık ve kesin hüküm verme şeklinde iki özelliğinin altı çizilmiştir.²⁴

Fonksiyonel olarak yargılama işlevi, bağımsız mahkemelerde, hakimlik ve savcılık teminatına sahip görevlilerin yargılama usulü kuralları çerçevesine önlerine gelen uyumsuzlukları çözüme işlevidir. Organ olarak ise bu işlevin tarafsız ve bağımsız mahkemelerce yerine getirileceği Anayasanın 9 uncu ve 138 inci maddesinde ifade edilmektedir. 9 uncu madde bağımsız mahkemelerin tanımını şu şekilde yapmaktadır; “...hiçbir organ, makam, merci veya kişi tarafından yargı yetkisini kullanırken kendilerine emir ve talimat verilemeyen, genelge gönderilemeyen, tavsiye ve telkinde bulunulamayan, kararları yasama ve yürütme organlarını bağlayan, kararları bu organlarca hiçbir surette değiştirilemeyen ve yerine getirilmesi geciktirilemeyen, görevlerinde bağımsız ve teminatlı hakimlerden meydana gelen kuruluşlardır.”²⁵

Dolayısıyla idarece verilen bir disiplin cezası maddi anlamda bir yargılama faaliyeti gibi gözükse de fonksiyonel ve organik açıdan bir yargılama faaliyeti değildir. Yine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları kesin olsa da bir yargı organı değildir.

Yargı erki incelendiğinde, görevleri, görevlerinin ortaya koyduğu sonuçlar ve işlevi yerine getiren organ itibariyle tamamen yasama ve yürütme erki ile ayrıştırılabilirken, yasama ve yürütme erki zaman zaman aynı görevi görüyor gibi gözükülebilmektedirler.

Maddi anlamda yasama; genel ve soyut norm koyma, değiştirme ve kaldırma faaliyetidir.²⁶ Yasama işlevinin anayasal bir tanımının yapılması zordur. Ancak, organ olarak ayırt edilmesinde hiçbir problem bulunmamaktadır. Nitekim Anayasanın 7 nci maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi eliyle kullanılacağı açıkça belirtilmiştir. Bu yetkinin kapsamına hangi işlemlerin girdiği ise 87 nci maddesinde sayılmıştır. Yasama yetkisi, anayasanın çeşitli maddelerinde yasama organının düzenleyebileceği ve kararlaştırabileceği açıkça belirtilmiş olan konularla sınırlıdır. Bu işlemler kısaca, kanun, uluslararası anlaşmalar, meclis kararları ve denetim işlemleri olarak ifade edilebilir.

²⁴GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa-2000, s.428, (http://www.anayasa_gen.tr/hukukdevleti.htm), 5.1.2007.

²⁵GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.426.

²⁶ERDOĞAN Mustafa, Anayasa Hukuku, Ankara-2005, s.261.

Yürütme işlevi, kamu işlerinin yürütülmesini ifade etmektedir. Bu işlevin önemli bir kısmı kanunların uygulanmasını sağlamak oluşturur. Anayasa yürütme işlevini de tanımlamamaktadır. Ancak onun bir yetki ve görev olduğu ayrıca bu işlevin anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirileceği belirtilmekle, bu işlevi yasamanın ortaya koyacağı somut bir tasarrufa bağlamıştır. Nitekim yürütme organı kaynağını kanundan almayan bir tasarrufta bulunamaz. Organ olarak Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve Bakan eli ile yürütülen yürütme işlevinin iki fonksiyonu bulunmaktadır. Birinci fonksiyonu idare fonksiyonu, ikinci fonksiyonu ise yürütmenin salt siyasal nitelikteki işlevleridir. Salt siyasal nitelikteki işlevleri bir idari işlem niteliğinde değildir. Daha çok anayasa hukuku ve devletler hukukunun konusunu oluşturmaktadır.

Ülkemizde, bu üç temel devlet fonksiyonu Anayasanın çizdiği çerçevede içerisinde üç erke dağıtılmış ve ilgili maddelerinde şu ifadeler kullanılmıştır: 7 nci maddede “yasama yetkisi Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez”, 8 inci maddede “yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve Kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”, 9 uncu maddede “yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır”. Burada cevaplanması gereken önemli soru, üç erkin görev paylaşımında gerek maddi, gerek hukuksal anlamda mutlak olarak birbirinden bağımsız olup olmadıklarıdır. Bu soruya verilecek cevap, aslında kuvvetler ayrılığının sınırını da ortaya koyacak dolayısı ile idarenin yerini tespit etmek kolaylaşacaktır.

İdari işlevin içeriğini idare etmek, ihtiyaçların belirlenmesi ve giderilmesi, kişi mal ve değerlerin korunmasına yönelik sürekli olarak yapılması gereken kamu hizmetlerini görme oluşturur. Dolayısıyla fonksiyonel anlamda idare, devletin salt yasama, yürütme ve yargı fonksiyonu dışında kalan topluma karşı üstlendiği tüm kamusal faaliyetleri²⁷ olup, yasama ve yargı organı dışında kalan ve yürütme organının doğal uzantısı konumundaki kurum ve kuruluşları kapsar.²⁸ Nasıl ki yasama fonksiyonu yasama işlemleriyle, yargı fonksiyonu yargı işlemleriyle yerine getiriliyorsa idare fonksiyonu da idari işlemlerle yerine getirilmektedir.

Gerek yasama organı, gerek yargı organı salt yasama ve yargılama işlemleri yapmamakta bunun yanında tek taraflı olarak kamu gücü kullanmak suretiyle kendi devamlılıklarını sağlamak için bir takım idari işlemler tesis etmektedir. Bu faaliyetler,

²⁷ DARENDELİ, s.71.

²⁸ YILDIRIM Ramazan İdare Hukuku Dersleri I, Konya-2005, s.4.

yasama ya da yargı fonksiyonu içinde değil idari fonksiyon içinde düşünülmemekte ve işlemler yargısal denetime tabi tutulmaktadır. Konuya örnek olarak mahkemelerin kalem işlerinin yürütülmesi ve mahkeme personelinin yönetimi verilebilir.²⁹ Yasama organı ve yargı organı idari fonksiyona dahil işlemler yapabilmelerine karşılık, idare organları salt yasama ve yargı fonksiyonuna dahil işlemler yapamazlar.

Toparlanacak olursa, idari işlemlerle yerine getirilen idari fonksiyon, kamu yararı amacını gerçekleştirmek için özel kişilerle eşit olmayan üst yetki ve ayrıcalıklarla donatılarak yerine getirilen sürekli bir devlet fonksiyonu olup yukarıda da bahsedildiği gibi yasama, yürütme ve yargı erkleri tarafından yerine getirilmektedir.

II. İDARİ İŞLEMİN YARGISAL DENETİMİ

A. Hukuk Devletinde İdari İşlemin Denetlenmesi Gereği

Toplumsal örgütlenmenin yüzyıllar boyu “mülk” ve “polis devleti” gibi çeşitli aşamalardan geçtikten sonra ulaştığı çağdaş, en ileri düzey ve düzen, kuşkusuz çoğulcu ve demokratik hukuk devletidir.³⁰

Hukuk devleti, devleti yöneten iktidar sahiplerinin egemenliği karşısında kişilere bağımsız “haklar ve özgürlükler çerçevesi” tanıyan ve iktidar sahiplerine bu haklar çerçevesinde yapılacak müdahale ve tecavüzlere karşı yargı garantisi koyarak iktidar sahibi kurum ve kişilerin bu iktidarı Anayasaya, öbür yasalara ve hukukun temel ilkelerine uygun biçimde kullanılmasını sağlayan devlettir. Daha kısa bir deyişle, eğer bir devlette yasama, yürütme hatta bir ölçüde yargı organının bütün tasarrufları kural olarak yargı denetimine bağlı ise, o devlete hukuk devleti denilmektedir.³¹ Hukuk devletinde, haklar ve özgürlükler lütfedilmez. Devletin görevi hukuk içinde olanları güvence altına almaktır. Burada devlet esasen sınırlı doğmuş bir varlıktır. Nitekim

²⁹ “Yargı fonksiyonu ile ilgili olmayan işlemlerin yargıçlardan kurulu organlar ya da mahkemeler ve hatta sadece yargıçlar tarafından yapılıyor olması, bunların yargısal işlem sayılmasına dayanak oluşturmaz. İdare işlevine ilişkin olarak yapılan işlemler hangi makam tarafından yapılırsa yapılsın idari işlem sayılarak idari yargı denetimine tabi olması gerekir. Nitekim yargı mercilerinin sırf mahkeme olmalarından dolayı bu sıfatla yaptıkları ayrılabilen faaliyet ve işlemleri idari faaliyet ve işlem teşkil eder...” Danıştay 5. Dairesi, 17.05.1996 günlü, E: 1995/4416, K: 1996/1911 sayılı kararı, D.D, S. 92 , s.45.

³⁰ ÖZAY, s. 9.

³¹ VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, “ Türk Anayasası Açısından Hukuk Devleti Kavramı”, Danıştay Dergisi, Ankara-1973, S. 11, s.14.

hukuk devletinde bu sınırlılığı devlet kendisi taahhüt etmiştir. Örneğin, “yasadışı suç ve ceza olmaz”, “yargılamadan kimse cezalandırılmaz” birer devlet taahhüdüdür.³²

Çoğulcu demokratik toplum düzeninde hukukun üstünlüğünü sağlamanın temel koşullarından en önemlisi, kamu gücünün her günkü görünüşü olarak ifade edilen idarenin hukuka uygun kurulması ve faaliyette bulunmasıdır. Dolayısıyla idare işlevinin tabii olduğu ilke ve kuralları düzenleyen idare hukuku, hukukun üstünlüğünü sağlamada yaşamsal öneme sahiptir. Diğer koşullar ise; temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, devlet faaliyetlerinin belirliliği, hukukun genel ilkelerine bağlılık, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargı güvencesi, kanuni hakim güvencesi, idarenin mali sorumluluğu ve idarenin yargısal denetimi şeklinde sayılabilir.³³ Bu koşullar sayesinde idarenin hukuka bağlılığı etkin bir şekilde sağlamış, idare edenlerin kanunsuz ve keyfi davranışları önlenmiş olmaktadır.

Hukuk devletine Anayasanın çeşitli maddelerinde şu şekilde yer verilmektedir: 2 inci maddesinde, “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir. Ayrıca 5 inci maddede de, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan engelleri kaldırmak, Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Yine Anayasa'nın 8 inci maddesinde; yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiş, 123 üncü maddesinde; idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilerek idarenin yasallığı ilkesi vurgulanmıştır. Anayasa'nın 11 inci maddesinde de; Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Belirtilen maddeler dışında Anayasa'nın 68 inci maddesinde yer alan siyasi partilerle ilgili düzenlemede de; siyasi partilerin tüzük ve programları ile

³² SELÇUK Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara-1998, s.321.

³³ ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara-2004, s.113-122; GÜNDAY, s. 39; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara-2005, s. 23.

eylemlerinin, diğer bir takım ilkeler dışında hukuk devleti ilkesine de aykırı olamayacağı vurgulanmaktadır.³⁴

B. İdari İşlemin Yargısal Denetimi

1- Yargısal Denetimin Amacı ve Gerekliđi

İdarenin üzerinde uygulanan seçim dışındaki denetim yollarından biri ve en etkili yargı denetimidir. Demokratik bir toplumda yönetimin kendisini hukuk kurallarına bağlı sayması, bu kuralların dışına çıktığında kendini yaptırım karşısında bulması hukuk devleti anlayışının zorunlu bir öğesi ayrıca sonucudur. İdarenin eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi tutularak, bir yandan yürütmenin hukuk kurallarına uyması sağlanmakta, diğer yandan idare edilenler, yürütmenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuş olmaktadır.

İdarenin yargısal denetimi, hukuk devleti düzeninde bireylere tanınmış bir hak olup, bütün demokratik ülkelerde yerleşmiş bir kuraldır. Yargı denetimi sayesinde yürütmenin hukuka bağlılığı etkili bir biçimde sağlanmış olur.³⁵

Bireyin ve haklarının korunması öncelikle, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da düzenlenmesi ve güvence altına alınması ile mümkündür. Toplumda kişinin hak ve özgürlüklerinin yalnız kişiler arasında, birbirlerine karşı korunması yeterli değildir. Kişinin, idarenin hukuka aykırı davranışlarına karşı korunması da gereklidir.

Bir hukuka aykırılık söz konusu olursa yargının faaliyete geçerek hukuka aykırılığı ortadan kaldırması ve hukuka aykırı davranış nedeniyle ortaya çıkan zararın tazminini sağlaması gerekmektedir. Bu nedenle, hukuk devletinde hukukun en büyük güvencesi, yargı örgütü ve onun başında bulunan yüksek mahkemeler olmaktadır. Yargısal denetim ile, yürütmenin tutum ve davranışlarından dolayı haksızlığa

³⁴ 68 inci maddenin konuya ilişkin düzenlemeyi içeren dördüncü fıkrası hükmü şu şekildedir: “Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.”

³⁵ ÜNLÜÇAY Mehmet, “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü”, (<http://www.danistay.gov.tr/1-idarenin-yargisal-denetimi-ve-hukukun-ustunlugu.htm>), 24.3.2008.

uğrayan kimse, yetkili yargı yerine başvurarak, idari işlemin iptalini, kendisine yapılan haksızlığın giderilmesini isteyebilir.³⁶

2- Yargısal Denetimde Uygulanan Sistemler

Yürütme organının eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi konusunda iki sistem uygulanmaktadır. Bunlardan birincisi, bu denetimi genel yargı organlarına bırakan ve özellikle Anglo-Amerikan ülkelerinde uygulanan “yargı birliği” sistemidir. Bu sistemde tek bir yargı organı vardır ve devletle fert arasındaki hukuki uyuşmazlıklar, tıpkı fertler arasındaki hukuki uyuşmazlıklar gibi bu yargı organlarınca, yani genel mahkemelerce çözülür. İkinci sistemde ise; yürütmenin eylem ve işlemlerinden doğan hukuki uyuşmazlıkların çözümünü, genel mahkemelere değil, özel bir takım yargı kuruluşlarına, yani idare mahkemelerine bırakır. “İdari yargı” adı verilen bu sistem, Fransa’da doğmuş ve oradan diğer Kara Avrupası ülkelerine yayılmıştır. Türkiye’de de yüzyıla aşkın bir süredir bu sistem uygulanmaktadır.³⁷ Yargı birliği sisteminin uygulandığı ülkelerde, yargı bir bütün olarak örgütlenmiştir, yargı düzeninin tepesinde tek bir yüksek mahkeme bulunmaktadır. Mahkemeler, idare ile birey aynı düzeyde tutmakta, bunlara aynı hukuk kuralları uygulanmaktadır. Ancak bu sistem, idarenin görevlerinde ortaya çıkan gelişme ve genişleme nedeniyle yetersiz kaldığı için yoğun eleştirilere uğramış, bunun sonucunda İngiltere’de bireylerle idare arasındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere yarı yargısal kuruluşlar kurulmuştur. ABD’de de benzer sistem yürürlüktedir. İdari yargı sistemi ise, yukarıda belirttiğimiz gibi, Fransa’da ortaya çıkmış, Fransız Devrimi’nden sonra gelişmiş ve tüm Kara Avrupası üzerindeki ülkelere yayılmıştır. Bu sistem, Avrupa dışında ayrıca Mısır ve Lübnan gibi bazı Ortadoğu ülkelerinde de benimsenmiştir. Bu sistemde adli yargı dışında idari yargı yapısı mevcuttur. İdari yargı, idarenin idare hukukunda düzenlenen faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklara bakan, kendine özgü kuralları ve yargılama yöntemleri olan ayrı bir yargı düzenidir.³⁸

İdari yargı sisteminin uygulaması ülkelere göre farklılık arz etmektedir. Bu nedenle uygulanan düzenlerin özelliklerine göre, idari yargı sistemi kendi içerisinde

³⁶ GÖZÜBÜYÜK , Yönetim Hukuku, s.2.

³⁷ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetim Hukuku, s.3-5; ÖZBUDUN, s.114; ALPAR Erol, “Yönetim Hukuku ve Özellikleri”, AYİM Dergisi, S.15, Ankara-2001, s.14.

³⁸ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s.5.

gruplara ayrılmaktadır. Kuruluş yönünden idari yargı yerleri, kimi ülkelerde Danıştay tipi denilen sistemde, kimi ülkelerde ise mahkeme biçiminde örgütlenmiştir. Danıştay tipi sistemde; Fransa’da ve ülkemizde olduğu gibi, idari yargı, idare ile bağları olan, yargısal görevleri yanında bir takım idari görevleri de olan, başında Danıştay olarak isimlendirilen bir kuruluşun yer aldığı idari yargı yerlerinden oluşur. Bu sistem en yaygın idari yargı sistemidir.³⁹ Diğer düzende ise, idari yargı hizmeti yalnızca yargı görevi bulunan ve tam bir mahkeme niteliğine sahip kuruluşlarca yürütülmektedir. Almanya ile bazı Orta Avrupa ülkelerinde uygulanan bu sistem, idari mahkemeler ile başlarında yer alan yüksek idare mahkemelerinden oluşmaktadır.

3- Türk İdari Yargısının Özellikleri

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Türkiye’de mevcut olan idarenin yargısal denetim sistemi, Fransa’dan etkilenerek gelişen idari yargı sistemidir. Bu nedenle idarenin eylem ve işlemlerinin çok büyük bir bölümünün yargısal denetimi, idari yargı yerlerinde yapılır. Kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabidir.

Öncelikle idari yargı sistemimiz, Fransa’dan farklı olarak dayanağını Anayasa’dan almaktadır. Kuruluş yönünden idari yargı yerleri, Danıştay tipi sistemde örgütlenmiştir. Danıştay, hem idari görevleri hem yargısal görevleri olan bir yüksek mahkemedir. Anayasa Mahkemesi, bir kararında adli ve idari yargının görev ayrımı ile idari yargı sistemine ilişkin olarak bir takım değerlendirmelerde bulunurken⁴⁰ oldukça yeni tarihli bir kararında idari yargı sistemimizin geniş görevli yapılmış olduğunu vurgulamıştır. İdari yargı sistemimizde “genel görev” ilkesi

³⁹ ÖZBUDUN, s.114.

⁴⁰ “...Belirtilen nedenlerle kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır. Anayasa'nın yürütme bölümünde yer alan 125 nci maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemlerini yargı denetimine bağlı tutulduktan sonra, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir. Anayasa'nın belirlenmiş olduğu bu kurallar, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da yer alan idari yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır. Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125 nci maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir.” Anayasa Mahkemesi, 08.10.2002 günlü, E:2001/225, K:2002/88 sayılı kararı, R.G: 26.2. 2003 gün, S. 25032.

uygulanır. İdari işlem ve eylemlere karşı, ayrıkçı bir durum yoksa idare mahkemelerinde dava açılır. İdari yargının görev alanı oldukça geniştir.

İdarenin yargısal denetimi, iptal ve tam yargı davaları yoluyla yapılmaktadır. İptal davaları, hukuka aykırı olan idari eylem ve işlemlerin ortadan kaldırılmasını, tam yargı davaları ise, idarenin hukuka aykırı eylem ya da işlemlerden doğan haksızlıkların giderilmesini amaçlayan dava türleridir. Bu husus 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2 nci maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir, "İdari dava türleri şunlardır: İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları...".

İdari yargı alanındaki ilk derece idari yargı yerleri, bağımsız mahkeme niteliğindeki kuruluşlardır. Bunlar, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi olarak örgütlenen genel görevli mahkemelerdir. Son olarak, idari yargıda iki yüksek mahkeme bulunmaktadır. Bunlar, Danıştay ve AYİM'dir. AYİM özel görevli bir yüksek mahkemedir.⁴¹

C. İdari İşlem Denetiminin Sınırları

İdari işlem denetiminin yapılmasında temel kriter, hukuka uygunluk olup, yargı yetkisi hukuka uygunluğun denetimi ile sınırlıdır. Bu ilke, Anayasa'nın 125 inci maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça şu şekilde ifade edilmiştir, "Yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirmesini kısıtlayacak idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı vermez." Anayasa'daki hükme paralel düzenleme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2 nci maddesinde yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında; "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

⁴¹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s.18.

yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.” düzenlemesi yer almaktadır. Ayrıca 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun 21 inci maddesinin 2 nci fıkrasında da benzer hüküm bulunmaktadır. Anayasa ile getirilen ilke, kanunlarda da aynen tekrar edilmiş, farklı olarak idari mahkemelerin yerindelik denetimi⁴² yapamayacağı belirtilmiştir.⁴³

Yargı organlarınca hukuka uygunluk denetimi yapılırken, yukarıda belirtilen Anayasal ve yasal sınırlamalar dikkate alınmaktadır. Hangi durum ve koşullarda söz konusu sınırlayıcı nedenlerin gerçekleşmiş sayılacağı içtihatlarla belirlenmektedir. Gerek yasal düzenlemelerle, gerek oluşan içtihatlarla kabul edilen sınırlamalara konunun açılığa kavuşması için kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

1- Hukuka Uygunluk Denetimi

Anayasa ve kanunlarla getirilen sınırlamaların ilki hukuka uygunluk denetimidir. İdarenin işlem ve eylemleri üzerinde yargı denetimi kural olarak hukuka uygunluk açısından yapılmaktadır. İdarenin işlem ve eylemlerinin ihtiyaca uygun olup olmadığı sorunu yargı denetimi dışındadır. İdari yargı yerleri denetim görevini yaparken verdikleri kararlarda idarenin kanuni yetkilerini kaldıramaz, sınırlayamaz ve kısıtlayamaz.

2- Yerindelik Denetimi

İdari yargı merciinin yerindelik denetiminde bulunması; yargının idareye karışması, politikasını saptaması, yasama, yürütme ve kamuoyuna karşı sorumluluğu bulunmayan hakimin, idarenin yerini alması demektir. Bu da erkler ayrılığı sisteminde mümkün değildir. Mahkemenin görevi, hukuka aykırı işlemi iptal etmek ya da şartları mevcut ise idareyi tazminata mahkum etmektir. Nitekim idari hakim, takdir yetkisinin kullanılmasını değil idari faaliyetin yasallığını denetler. Ancak çizgileri çokta net olmayan ve zaman zaman birbirinin alanına giren yerindelik ve

⁴² Yerindelik, bir idari işlem veya eylemin yapılmasında zaman, mekan, hal ve şartların icaplarına göre idari gerekler uyarınca davranmak olup, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmayan kısmında kalan bölümdür. Yani her olayın özelliği ve koşulları gözetilerek idarece en uygun seçimin yapılması hali olarak tanımlanabilir. Danıştay’ın bir kararında yerindelik denetimini şu şekilde ifade etmiştir, “...idarenin nesnel değerlendirilmesi olanağı bulunmayan işleyiş zorunluluklarının ya da hukuksal sınırlar içerisindeki seçeneklerden birine karışılması”.

⁴³ YENİCE- ESİN, s.127-140.

yasallık sınırı çizmek o kadar da kolay olmamaktadır. Bu tür durumlarda son çözümü yargı yeri ortaya koymaktadır. Çoğu zaman olayların niteliğine göre çözüm tarzı değişmektedir. Gerek Türk gerek Fransız Danıştay'ı bu konuda kesin ölçüler getirmemiştir.

İdarenin işlemlerinde yerindelik denetimi, yargı dışı yollarla yapılır. Kamuoyu denetimi ile idari ve siyasi denetim, idarenin eylem ve işlemlerinin yerindelik denetiminin yollarındandır. Yine yürütme erkinin yasama organı tarafından çeşitli yollarla yapılan denetimi, yerindelik denetimini de içerir. Demokratik hukuk devletinde, yargı dışı yollarla yapılan bu yerindelik denetimi, oldukça sağlıklı ve etkin işler. Yürütme erkinin siyasi tercihlerindeki isabetlilik, halkın yerindelik denetiminden hak ettiği tepkiyi alır. Bunun sonucunda haklı bulunmayan yürütme erki, yaptırım olarak seçimlerde halkın iradesine boyun eğmek zorunda kalır.⁴⁴

3- Takdir Yetkisinin Denetimi

İdari yargı yetkisi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olup, idari yargı mercii, idareye tanınan takdir yetkisini kaldıracak biçimde karar veremez. Kanun koyucunun idareye takdir yetkisi tanınmasının amacı, idari davranışın ve bu davranışın koşullarının önceden, her yönü ve ayrıntısı ile düzenlenemeyeceğinden somut olaylarda adil ve uygun bir çözümün bulunmasıdır. Hukuk devletinde idarenin takdir yetkisi sınırsız değildir. İdare bu yetkiyi kullanırken, takdir yetkisini veren kanunun objektif anlamı ve amacı ile sınırlı bir serbestiye sahiptir. Bu bakımdan, idarenin takdir yetkisini kullandığı işlemlerin denetiminde, işlemin sebep unsuru yönünden denetimi mümkündür. Bu amaçla sebeplerin, fiilen ve hukuken mevcut olup olmadığı, hukuki hata bulunup bulunmadığı hususlarının tespit edilmesi gerekmektedir. Yargı mercii, takdir yetkisini, işlemin dayanağı olan olaylar, hukuksal değerlendirme, kavram nitelemesi ve diğer usul ve esasa ilişkin hukuk kuralları içinde hukuka uygunluk denetimine tabi tutacaktır.⁴⁵

⁴⁴ İŞTEN İnanç, Avrupa Birliği Sürecinde Kararları Yargı Denetimi Dışında Tutulan Anayasal Kurumlar, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara-2006, s.76. (<http://www.yök.gov.tr/>),10.06.2006.

⁴⁵ AKILLIOĞLU Tekin, "Yönetmelik Yargı ve Denetiminin Etkinliği", AMİD, C.23, S.1, Mart-1990, s.9.

4- İdari Eylem ve İşlem Niteliğinde Karar Verilememesi

İdari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemez. Bu sınırlama, yargı ile yürütme ve idarenin farklı devlet işlevleri olmalarının doğal sonucudur. Bu nedenle idari yargı mercii, henüz ortada idarece tesis edilmiş idari bir işlem yokken, idareyi işlem yapmaya zorlayacak nitelikte bir karar veremeyeceği gibi idarenin yerine geçerek karar vermesi de söz konusu olamaz. Mahkeme, işlemi iptal ederken ya da tazminata hükmederken hukuka uygunluk noktasında bazen yol göstermekte kılavuzluk etmektedir. Bu sadece kanuna uygun işlemin nasıl tesis edilmesi gerektiğinin bildirilmesidir.

5- Yargının Kendisini Sınırlaması

Hukuka uygunluk denetimi yapan idari yargıç önüne gelen uyuşmazlıkta idarenin takdir yetkisi kullandığını ve işlemin bu şekilde tesis olduğunu anladığında, yasal düzenleme uyarınca vereceği kararın, takdir yetkisini ortadan kaldırıp kaldırmayacağına bakmayacak artık takdir yetkisinin kullanılıp kullanılmadığını irdeleyecektir. Bazı durumlarda yargı yerleri kendi kendilerini sınırlayarak, işlem ve işlemin tesisinin idarenin takdir yetkisi dahilinde olduğu gerekçesi ile idarenin takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı konusuna girmeyerek kendini sınırlama yolunu seçmektedir.

Yargılama usulüne ilişkin dava dilekçelerinde yapılan ilk incelemelerin dar yorumlanması nedeni ile hakimin davayı red ederek esasa girmemesi de bir sınırlandırma olarak kabul edilebilir.⁴⁶

Danıştay birçok kararında idari yargı denetiminin sınırlarını açıkça vurgulamaktadır. Danıştay, atama kararının iptali istemiyle açılan bir davada, idari işlemlerin yargısal denetiminin hukuka uygunlukla sınırlı olmasının Anayasanın ve 2577 Sayılı Kanunun gereği olduğu, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacağını⁴⁷ belirtmiş başka bir kararında ise, idari yargı mercilerinin yargısal denetim yaparken idarenin yerine geçecek biçimde, diğer bir ifadeyle idari işlem niteliğinde, yargısal karar veremeyecekleri ve yerindelik denetimi

⁴⁶ DEMİRKOL, s.384-408.

⁴⁷ Danıştay 5. Dairesi, 13.10.1992 günlü, E:1989/1847, K:1992/2607 sayılı kararı (<http://www.danistay.gov.tr/>), 14.03.2006.

yapamayacaklarını⁴⁸ hükme bağlamıştır. Diğer bir kararda da takdir yetkisinin denetiminde kullanılan ölçütler sayılmıştır.⁴⁹

D. İdari İşlemin Denetimini Etkileyen Haller

Devletin kamu gücünü koruma ve yönlendirme gibi bazı özellikleri, beraberinde idari yargı organlarının üzerinde denetim yapmaktan çekindikleri bir takım işlemleri meydana getirmektedir. Bu işlemler, onları ortaya koyan organlar açısından sınıflandırılmaktadır. İşlemlerin denetimi etkilemesinin nedenleri birbirinden farklı olsa da sonuçta mahkemeler işlemi denetlemekten el çekmektedir. Bunlar hükümet tasarrufu ve yasama tasarrufudur.

1- Hükümet Tasarrufu (Yargı Kısıntısı)

İdarenin yargısal denetiminde, yargı organının kendi takdiri ile bazı idari işlem ya da eylemleri yargı denetimi dışında görmesi, Kıta Avrupası ülkelerinde hükümet tasarrufu olarak, Anglo-Amerikan sistemlerde ise devlet tasarrufu ya da siyasi meseleler olarak anılmaktadır.

Hükümet tasarrufu deyimi ile hükümetin veya hükümet dışındaki yönetsel bir kuruluşun yargı denetimi dışında kalan bazı “üst siyasi yönetim” etkinlikleri anlatılmak istenir.⁵⁰ Yürütme ve idarenin bazı alanlardaki işlemleri; siyasi nitelikleri ağır basan, büyük ulusal çıkarları, ulusal yararları ilgilendiren, ülkenin savunmasına, ulusal güvenliğine, devletin dış politikasına ilişkin kararları içerir. Bu tür işlemlerin yargısal denetimden geçirilmesi, idari yargı yerlerince uygun görülmemiş, bunun sonucunda da hükümet tasarrufu kabul edilen işlemlere karşı açılan davaların yargı

⁴⁸ Danıştay 5. Dairesi, 12.10.1999 günlü, E:1999/4356, K:1999/2905 sayılı kararı, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 14.03.2006.

⁴⁹ “Anayasa ve yasa kurallarına göre, idari yargı yerlerinin, idari işlemler üzerindeki yargısal denetimi, bu işlemlerin hukuka uygunluklarının saptanmasından ibarettir. Bu denetim, idarelere yapacakları eylem ve işlemler bakımından takdir yetkisi tanınan kimi durumlarda, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının, nesnel davranılıp davranılmadığının belirlenmesi ile sınırlı olmaktadır. Olayda, açık bulunan yardımcı doçentlik kadrosuna davacı ile birlikte bir başka kişinin daha başvurduğu, Yasanın öngördüğü biçimde oluşturulan jürinin görüşü esas alınarak, idarece takdir yetkisinin bu kadroya her ikisinin de atanmaması yolunda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Burada, davalı idare takdir yetkisini mutlak ve sınırsız kullandığından, oluşturulan işlemlerin kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırı olduğundan söz edilemeyeceği açıktır...” Danıştay 8. Dairesi, 23.01.1997 günlü, E:1995/131, K:1997/206 sayılı kararı, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 14.03.2006.

⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK, Yönetsel Yargı, s.20.

merciince incelenmeksizin ön şartlar bakımından reddedilmesi ile bu deyim ortaya çıkmıştır.⁵¹

Bu işlemlere mahkemeler “siyasi sebep ve düşünce” ya da “işlemin mahiyeti icabı” gibi hukuk dışı nedenlerle bakmamakta ve ön koşullar nedeniyle davayı reddetmektedirler. Her ne kadar idare tarafından tesis edilmesi nedeniyle işlem kavramı kullanılsa da alında hükümet tasarrufları iptal davasına konu olması açısından bir idari işlem değildir.⁵²

2- Yasama Kısıntısı

Yasama kısıntısı, tüm unsurlarıyla birlikte idari yargı denetimine konu olan kesin ve icrai nitelikteki bir işlemin yargısal denetiminin Anayasa ya da yasalara konulan bir hükümlerle engellenmesi olarak tanımlanır.⁵³

Türkiye’de 1924 Anayasası döneminde idari işlemler aleyhine yargı yolunu kapayan kanunlar çıkarma yoluna gidilmiştir. Danıştay ise ilgili idari işlemleri takdir alanına hasretmek, buna karşılık, şekli ve maddi unsurları denetime tabi tutmak suretiyle, daraltıcı bir yorum yaparak, bu tür kanunların sakıncalarını bir dereceye kadar azaltma yoluna gitmiştir. 1961 Anayasasının 114 üncü maddesinde “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.” hükmü getirilerek hukuk devletini zedeleyen bu tür uygulamalar önlenmiştir. Ayrıca önceki Anayasa döneminden kalan yasama kısıntısı içeren kanunlar da Anayasa Mahkemesince iptal edilerek ya da yasama organınca değiştirilerek yürürlükte bu yönde hüküm içeren kanun bırakılmamıştır.

1961 Anayasası’nda 20 Eylül 1971 tarihinde 1488 Sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklik sonrasında 114 üncü madde; “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.” şeklini almış ve bu ifade 1982 Anayasası’nın 125 inci maddesi ile korunmuş ancak Anayasanın kendisi bir takım işlemleri yargı denetimi dışında tutmuştur. Anayasanın 125 inci maddesinde Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şura kararlarını,

⁵¹ İŞTEN, s.78.

⁵² GÖZLER, s.539.

⁵³ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s.27; KALABALIK Halil, İdari Yargılama Hukuku, Ankara-2003, s.21 YILDIRIM Ramazan, “Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış”, AYİM Dergisi, S.14, Ankara-2000, s.14.

159 uncu maddesinde, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarını ve 160 ıncı maddesinde, Sayıştay'ın kesin hükümlerini bu kapsamda saymıştır.⁵⁴

Anayasada yer alan istisnalar dışında ayrıca yasalarla da bazı işlemler tamamen yargı denetimi dışında tutulmuştur bunlar; 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu (m.21/son) ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda (m.135 ve 136) yer almaktadır. Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır.

Yukarıda sayılan Anayasa ve kanun hükümleri dışında da yasama kısıntıları mevcuttur. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanuna göre (m.111, 131, 132), Yüksek Seçim Kurulu'nun re'sen ya da itiraz üzerine verdiği kararlar kesin olup, bu kararlara karşı hiçbir mercie veya kanun yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Yine 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda, (m. 55) Yüksek Hakem Kurulu kararlarının kesin olduğu belirtilmiş, böylelikle Yüksek Hakem Kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapatılmıştır.⁵⁵

⁵⁴ KALABALIK, s.20.

⁵⁵ KALABALIK, s. 25; GİRİTLİ İsmet-P.BİLGİN-T.AKGÜNER, İdare Hukuku, İstanbul-2001, s.117.

İKİNCİ BÖLÜM

CUMHURBAŞKANININ TEK BAŞINA YAPTIĞI İŞLEMLER

I. CUMHURBAŞKANININ HUKUKİ DURUMU

Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanlığı teşkilatı Anayasamızın 100 ile 109 uncu maddeleri arasında düzenlenmiştir. Devletin başı olan Cumhurbaşkanı Türkiye Cumhuriyetinin ve ulusun birliğini temsil eder.⁵⁶ Parlamenter sistemde Cumhurbaşkanının belirlenmesinde çok değişik usuller öngörülmektedir. Kimi ülkelerde parlamento, kimi ülkelerde özel bir seçim kurulu, kimi ülkelerde ise seçim değil atama ile⁵⁷ seçilebildiği gibi, halk tarafından seçilmesi de mümkündür. 2007 yılında yapılan anayasa değişikliğine kadar, Türkiye’de Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince yedi yıllığına seçiliyordu.⁵⁸ Türkiye’de bu güne kadar Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi sistemi, siyasal partilerin fonksiyonlarının ortadan kalkacağı, daha fazla merkezîyetçiliği getireceği ve halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının kendisinin seçiminde destek çıkan partilere kendini daha yakın hissedeceğinden tarafsız olamayacağı⁵⁹ gibi endişelerle uygulanmamıştır. 2007 yılında Anayasanın 101 inci maddesinde yapılan değişiklikle artık Cumhurbaşkanı 5 yıllığına halk tarafından seçilmektedir.

Cumhurbaşkanı esas itibariyle yürütme erki içinde olup kural olarak sorumluluğu bulunmayan bir organdır. Cumhurbaşkanının gerçekleştirdiği işlemlerin geçerli olabilmesi için, bu işlemlerin, konuyla ilgili bakan veya başbakan tarafından imzalanması gerekmektedir.⁶⁰ Bu durumda sorumluluk, yürütmenin diğer organı olan hükümete ait olacak ve Cumhurbaşkanın imzasını taşıyan işlemler bu işlemlerden dolayı sorumlu tutulan organların işlemleri haline dönüşecektir. Cumhurbaşkanının bu işlemlerde imzasının bulunması devletin başı olmasından kaynaklanmaktadır. İşte parlamenter rejimin temelini oluşturan karşı imza kuralının esası da budur. Bütün bunlardan çıkarılan sonuç ise, parlamenter hükümet sistemlerinde Cumhurbaşkanları kural olarak tek başına işlem yapamayacaklarıdır.

⁵⁶ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s.68.

⁵⁷ GÖZLER Kemal, “Cumhurbaşkanının Seçimi:Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2, S.9, Mayıs-2007, s.24.

⁵⁸ GÖZLER, İdare Hukuku, s. 196.

⁵⁹ ÖZTÜRK N. Kemal, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Geleneği ve 1982 Anayasasındaki Düzenlemenin Parlamenter Sistemle Uyumu”, Amme İdaresi Dergisi, C:25, S:1, Mart-1992, s.70.

⁶⁰ ÖZTÜRK, s.74.

Parlamente sistemde karşı imza kuralı bir zorunluluk olsa da bu kuralın Cumhurbaşkanının bütün yetkileri için geçerli olup olmadığı tartışma konusudur. Gerçekten de bazı devletlerde karşı-imza kuralı esas olmakla birlikte, Cumhurbaşkanına siyasi sorumluluk gerektirmeyen, tek başına kullanabileceği bazı istisnai yetkiler tanınmaktadır. Bu yetkiler, Cumhurbaşkanına devletin başı sıfatıyla ve tarafsızlığı nedeniyle tanınmış yetkililerdir. Bir çok yeni Anayasada, Cumhurbaşkanının devletin başı olmasından kaynaklanan yetkilerini tek başına kullanacağı hükme başlanmıştır. 1958 Fransız Anayasası, Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, 1975 Yunanistan Anayasası bunlara örnek gösterilebilir.⁶¹ Türkiye’de Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla tek başına işlem yapacağı görüşü, 1924 Anayasasından 1961 Anayasasına kadar gelmiştir. 1961 ve 1982 Anayasaları Cumhurbaşkanlarını sistemi koruyucusu ve denge unsuru olarak kabul etmiş, bu nedenle yetkilerini arttırılmıştır. Bu kapsamda 105 inci madde de yer alan, “...Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.” ifadesiyle karşı imza kuralına istisna getirerek Cumhurbaşkanının tek başına tesis ettiği işlemleri yargı denetimi dışında tutmuştur.⁶²

Anayasada, Cumhurbaşkanının tek başına işlem tesis edebileceği ve bunların yargı denetimi dışında olduğu açık hükmüne rağmen, bu işlemlerin hangileri olduğu sayılmamıştır. Oysa, Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerin belirlenmesi, bu işlemlerin tabi olacağı rejimi belirlemek açısından önemlidir.

Cumhurbaşkanı göreve başlarken Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde ant içer. Ant içme hukuksal olmaktan ziyade manevi tarafı ağır basan bir davranıştır.

Cumhurbaşkanının tarafsızlığı ise parlamente rejimin bir prensibidir ve onun mantığının bir sonucudur. Gerçekten, parlamente rejimde, parlamento ve hükümet arasındaki uyumsuzluklarda, bunları çözecek bir "hakeme" ihtiyaç vardır. Bu hakem rolünü halkın hakemliği bir yana en iyi durumda yapacak kimse Cumhurbaşkanıdır. Anayasamızın 8 inci maddesinde yer alan “yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı

⁶¹ ÖZTÜRK, s.74.

⁶² ÖZBUDUN, s.310.

ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” hükmü ile 101 inci maddesinde yer alan, “Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer” hükmü bunu açıkça ifade etmektedir. Tarafsızlığının doğal bir sonucu olarak herhangi bir kişiyi yada düşünceyi savunur bir tavır alamayacak ve şahsi politika gütmeyecektir. Cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisinin kesilmesi, parlamento üyeliğinin sona ermesine ilişkin kurallar bu tarafsızlığını sağlamak için getirilmiştir.

Cumhurbaşkanı yürütme organı içinde devletin tarafsızlığını sağlaması gereken bir takım görevler yüklenmiştir. Ama bazı yönleri itibariyle idare ile yakın ilişki içinde olup bir takım idari işlemler tesis etmektedir. Anayasanın 104 üncü maddesinde Cumhurbaşkanının görevleri sayılırken yasama, yürütme ve yargı ile ilgili görevleri şeklinde üç başlık altında anlatılmıştır. Bunlar dikkatli bir şekilde incelendiğinde bu makama devlet içinde önemli görevlerin verildiği görülmektedir. Yasama ve yargı ile ilgili olan görevleri anayasa hukukunu ilgilendirmekte iken yürütme ile ilgili görevleri daha çok idare hukukunu ilgilendirmektedir. Ancak bu kapsamda ki bazı görev ve yetkiler yinede anayasa hukukunu ilgilendirdiği kabul edilmektedir.

Cumhurbaşkanı, devletin başı olmak sıfatıyla “Türkiye Cumhuriyetinin ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını devlet organlarının düzeni ve uyumlu çalışmasını gözetir.”⁶³ Cumhurbaşkanın bu amaçla yapacağı görevler ve kullanacağı yetkiler, Anayasanın 104 üncü maddesinde ilişkin oldukları devlet organına göre sınıflandırılmıştır. Bunlardan yasama ile ilgili görevleri şunlardır:

- Gerekeli gördüğü takdirde yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisinde açılış konuşması yapmak,
- Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırmak,
- Kanunları yayımlamak,
- Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek,

⁶³ Anayasa madde 104/1.

-Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğünde halkoyuna sunmak,

-Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi iç tüzüğünün, tümünün veya belirli hükümlerini Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine iptal davası açmak,

-Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimlerinin yenilenmesine karar vermek.

Yürütme ile ilgili görevleri şunlardır:

-Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek,

-Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek,

-Gerekli gördüğü hallerde bakanlar kuruluna başkanlık etmek veya bakanlar kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak,

-Yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı temsilcileri kabul etmek,

-Milletlerarası anlaşmaları onaylamak ve yayımlamak,

-Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek,

-Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek,

-Genelkurmay Başkanını atamak,

-Milli Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmek

-Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan etmek ve kanunu hükmünde kararname çıkarmak,

-Kararnameleri imzalamak,

-Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak,

-Devlet Denetleme Kurulu üyelerini ve Başkanını atamak,

-Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak,

-Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek,

-Üniversite rektörlerini seçmek.

Yargı ile ilgili görev ve yetkileri ise:

-Anayasa mahkemesi üyeleri, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını, ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Vekilini, Askeri Yargıtay Üyelerini, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmektir.

Bunların dışında Cumhurbaşkanı, Anayasa ve Kanunlarla verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir. Cumhurbaşkanı bazı kanunlarla verilen seçme ve atama görevleri ise şunlardır: 2945 sayılı Kanununa göre (m.6) Cumhurbaşkanı Radyo ve Televizyon Kuruluna doğrudan üç üye başka kuruluşlarca gösterilecek adaylar arasından da beş üye seçer. Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu TRT nin yayın ilkelerini kontrol eden ve denetleyen bir idari kurul olduğuna göre faaliyetlerinden Bakanlar Kurulu sorumlu olacaktır. Benzer şekilde 2876 Sayılı Atatürk Kültür Dil Ve Tarih Yüksek Kurumu Kanununa göre (m.5) Cumhurbaşkanı Kurumun Yüksek Kuruluna dört üye, 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanununa göre (m.53) Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kuruluna üç üye seçer.

II. CUMHURBAŞKANININ TEK BAŞINA YAPTIĞI İŞLEMLER

Başka hiçbir idari veya yargısal makam veya merciin katılımı olmadan, sadece kendi değerlendirmesi ve tercihi doğrultusunda yaptığı işlemler “Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁴

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri 104 üncü maddede belirtildiği halde, tek başına yapacağı işlemler Anayasa’da açıkça belirtilmemiştir. Oysa Danışma Meclisi tarafından hazırlanan Anayasa tasarısında Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler, Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunu düzenleyen maddede tek tek sayılmıştır. Bunlar Yasama ile ilgili olanlar; Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırmak, kanunların kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi iç tüzüğünün tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil ve esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak, Anayasa Mahkemesinden iptal kararlarının yeniden incelenmesini istemek, Türkiye Büyük

⁶⁴ GİRİTLİ-BİLGİN- AKGÜNER, İdare Hukuku, s.113.

Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek. Yürütme alanına ilişkin olanlar; Başbakanı atamak, gerekli gördüğü halde bakanlar kurulunu toplantıya çağırmak, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama nedeniyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak, idam cezasını müebbet ağır hapse çevirmek, üniversite rektörlerini seçmek. Yargı ile ilgili olanlar; anayasa mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Cumhuriyet Başsavcısı ve vekilini Askeri Yargıtay Üyelerini, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Üyelerini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek⁶⁵ şeklindeydi. Sonraki aşamada ise Milli Güvenlik Konseyi, “Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı kararların ayrıca sayılmasında zorunluluk görülmemiştir.” gerekçesi ile tasarıdaki iki maddeyi birleştirmiş ve Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere ilişkin düzenlemeyi metinden çıkarmıştır.⁶⁶ 1982 anayasasında hangi yetkilerin devlet başkanı olduğundan dolayı hangi yetkilerinin ise yürütmenin sorumsuz kanadı olmasından dolayı Cumhurbaşkanına verildiği açık değildir.

Avrupa Birliği üyesi olan parlamenter Cumhuriyetlerde de genelde Cumhurbaşkanına önemli yetkiler tanınmadığı, Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği az sayıda yetkilerin Anayasalarda belirlendiği görülmektedir. Örneğin: Federal Alman Cumhuriyeti Anayasasının 5 inci. maddesi, Federal Başkanı, Federal Başbakanının atanması ve görevden alınması, Federal Parlamentonun feshi, Federal Başbakanın ve Bakanların görevlerine devamına ilişkin istek belirtmesi yetkilerinin tek başına kullanabileceğini belirtmiştir. Yunanistan Cumhuriyeti Anayasasının 35 inci maddesi, Başbakanın atanması, buna ilişkin olarak 37 nci maddedeki yetkilerin kullanılması, parlamentonun feshi, parlamentonun kabul ettiği bir kanunun geri gönderilmesi ve Cumhurbaşkanlığı görevlilerinin atanmasını Cumhurbaşkanının tek başına kullanacağı yetkiler olarak saymıştır. İtalya Cumhuriyeti Anayasası 89 uncu maddesi Cumhurbaşkanına ait yetkilerden, yasa koyma niteliğini taşıyan yetkilerle yasada özel olarak belirtilen yetkilerin bakanlar kurulu başkanı tarafından imzalanacağı kuralını içermektedir.

Cumhurbaşkanının hangi yetkilerini tek başına kullandığı ancak ilgili maddenin içeriğinden yorum yolu ile çıkarılabilir. Böyle bir ayırımda bile Cumhurbaşkanın devlet başkanı olarak sahip olduğu yetkileri tek başına kullanıp kullanamayacağı

⁶⁵ Danıştay Mecmuası, Tutanak Dergisi, 1982, C. 10, S. 166’ya 4 üncü ek, s.27.

⁶⁶ ÖZBUDUN, s.311-316.

problemi çözüme kavuşmamaktadır.⁶⁷ Anayasa’da Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler çok sayıda olup, bunlar önemli konuları ilgilendirmektedir. Anayasa Cumhurbaşkanına bazı yetkileri, tarafsız devlet başkanı sıfatı nedeniyle tanımıştır. Bu yetkilerin siyasal bakımdan taraflı olan hükümetle paylaşılması, bu yetkilerin mahiyetine ve amaçlarına uygun düşmez.⁶⁸ Bu nedenle Cumhurbaşkanının tarafsız devlet başkanı sıfatından kaynaklanan yetkilerini tek başına kullanabileceği kabul edilmektedir. Buna göre yürütme yetki ve görevlerinden, Başbakanı ataması, (bakanlar kurulunun atanması işlemi ise karşı imza kuralına tabidir) Devlet Denetleme Kurulu üyelerini ve başkanını ataması, Yükseköğretim Kurulu üyeliklerine doğrudan doğruya yaptığı atamalar, Devlet Denetleme Kurulu’na inceleme, araştırma ve denetleme yaptırması, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile ilgili olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarması, idari kurum ve kuruluşlara atama yapması; yasama alanındaki görev ve yetkilerinden, TBMM’yi gerektiğinde toplantıya çağırması, seçimlerin yenilenmesine karar vermesi, kanunları tekrar görüşülmek üzere Meclis’e iade etmesi, kanunların iptali için Anayasa Mahkemesi’nde dava açması, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğünde halkoyuna sunması; yargı alanındaki göreve yetkilerinden, Yüksek Yargı Organlarına ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na üye seçmesi işlemleri Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler olarak kabul edilmektedir.⁶⁹ Yine rektör atamalarına ilişkin işlemin Cumhurbaşkanınca tek başına kullanılabilmesi belirtilen Danıştay 8 inci Dairesinin çok yakın tarihli bir kararında şu ifadeler yer verilmiştir, “...Rektörlük seçimine ilişkin düzenlemelere Anayasanın 130 ve 2547 sayılı Yasanın 13/a maddesinde yer verildiği, Anayasanın verdiği yetkiye istinaden Yasa ile getirilen usulden farklı olarak rektör atama işlemlerinin ayrıca ilgili bakan ve başbakan tarafından imzalanma zorunluluğu bulunmadığı, esasen herhangi bir bakanlığın bağlı ve ilgili bir kuruluşu olmayan yüksek öğretim kurumlarının rektörlerinin atanması konusunda karşıt imza kuralının aranmasının Anayasanın bu kuruluşlar için öngördüğü özerklik yapısına da aykırı olacağı, bu kurallar doğrultusunda Üniversite ve Yükseköğretim Genel Kurulunda yapılan oylamalar sonucu Cumhurbaşkanlığına sunulan adayların seçilmesine yönelik işlemlerde,

⁶⁷ ÖZTÜRK N. Kemal, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Geleneği ve 1982 Anayasasındaki Düzenlemenin Parlamenter Sistemle Uyumu”, Amme İdaresi Dergisi, C.25, S.1, Mart-1992, s.70.

⁶⁸ ÖZBUDUN, s.314.

⁶⁹ ÖZBUDUN, s.314; GÖREN Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, Eylül-1997, s.233; GÖZLER, İdare Hukuku, s.270; ÖZTÜRK, s.77-90.

Yasanın belirlediği usul ve esaslara aykırılık oluşturacak bir husus tespit edilmediği, rektör olarak atanma yeterliğine sahip olduğu anlaşılan üç kişiden birinin Cumhurbaşkanı tarafından takdir yetkisi kullanılarak seçilip atanması işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı ...”⁷⁰ Aynı dairenin daha önceki bir kararında ise, Milli Eğitim Bakanı ve Başbakanın önereceği üç kişi arasından seçeceği birini kurucu rektör olarak atama işlemini, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlem olarak kabul etmemek suretiyle işlemi iptal etmiştir.⁷¹ Ancak bazı yetkileri tek başına yapıp yapmadığı hususunda tam bir görüş birliği mevcut değildir.

Diğer yandan, Anayasa Cumhurbaşkanına devlet başkanı sıfatı dışında, yürütme alanına ilişkin olarak da icrai nitelik taşımayan, tamamen törensel veya temsili nitelikte bir takım yetkiler tanımıştır. Bunlar; gerekli gördüğünde yasama yılının ilk günü TBMM’de açılış konuşması yapması, gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmesi veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırması, TBMM adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmesi, Milli Güvenlik Kurulu’nu toplantıya çağırması ve bu Kurul’a başkanlık etmesi yetkileridir. Bu yetkilerin de Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılması, niteliklerine uygun düştüğü gibi, bu yetkilerin Başbakanla birlikte kullanılması ise anlamsızdır.⁷²

Anayasa’nın 125 nci maddesinin ikinci fıkrası ve 105 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeler ile Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında bırakıldığını belirtmiştik. Gerçi 105 nci maddede Cumhurbaşkanının işlemleri aleyhine Anayasa Mahkemesine gidilemeyeceğine ilişkin hüküm fazladan yapılmış bir düzenlemedir. Zira bu hüküm mevcut olmasa dahi, yine de Cumhurbaşkanının işlemleri aleyhine Anayasa Mahkemesi’ne gidilemez.⁷³ Çünkü Cumhurbaşkanının bu işlemleri Anayasa Mahkemesi’nin görev alanına girmemektedir ve Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkileri Anayasa’da tahdidi olarak sayılmıştır.

⁷⁰ Danıştay 8. Dairesi, 16.02.2007 günlü ve E.2006/9, K.2007/805 sayılı kararı, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 5.4.2008.

⁷¹ Danıştay 8. Dairesin 31.5.1995 günlü, E:1994/5965, K:195/1797 sayılı kararı, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 5.4.2008.

⁷² ÖZBUDUN, s.314.

⁷³ ÖZBUDUN, s.315; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s.109; AKARSU Ayhan, Türk İdari Yargısında Yasama Kısıntıları, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997-Ankara. s.63.

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere yönelik Anayasa’da öngörülen yargı bağımsızlığı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2 nci maddesinde ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun 21 nci maddesinde yer alan düzenlemelerle tekrarlanmıştır.⁷⁴ 1602 Sayılı Kanundaki “Cumhurbaşkanının tasarrufları” deyimini ile, Cumhurbaşkanının tüm tasarrufları değil, Anayasadaki düzenleme doğrultusunda Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler kastedilmektedir.⁷⁵

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerini değerlendirirken şöyle bir ayrıma gidilmektedir; baştan sona kadar cumhurbaşkanını tek başına yaptığı işlemler ile başka kurum ya da kuruluşların işlemin oluşma safahatında dahil olup en son Cumhurbaşkanınca yapılan seçim işlemleri.

A. Sadece Cumhurbaşkanı’nca Tesis Edilen İşlemler

Bu durumda işlemi baştan sona kadar Cumhurbaşkanı tek başına gerçekleştirmektedir. Devletin başı olarak bulunduğu makamı temsilen yapılan işlemler devlet tüzel kişiliği ile ilgili olmaktadır. Cumhurbaşkanının iradesinin bu anlamda makam adına hukuki sonuçlar doğurması için yeterli gözükmektedir. Başbakanı atamak, Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi iç tüzüğünün, tümünün veya belirli hükümlerini Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine iptal davası açmak gibi görevler buna örnek gösterilebilir.

B. Başka Organlarca Tesis Edilip Cumhurbaşkanı’nın İradesiyle Sonlandırılan İşlemler

Bu işlemlerde işlemin konusunu oluşturan hukuki sonucun ortaya çıkabilmesi için Cumhurbaşkanının iradesi yeterli olmayıp, birden fazla iradenin aynı sonuca

⁷⁴ Konuyla ilgili olarak, 2577 Sayılı Kanunun 2 nci maddesinde; “Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetimi dışındadır.” hükmü, 1602 Sayılı Kanunun 21 inci maddesinde ise; “Cumhurbaşkanının, Yüksek Askeri Şuranın tasarrufları ve Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır.” hükmü yer almaktadır.

⁷⁵ AKARSU, s.63.

yönelik biçimde açıklanması yasal olarak aranmaktadır. Kuşkusuz buradaki birden fazla irade aynı hukuki sonucu doğurmaya yönelik olmaktadır.

Belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacıyla bir birini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlem olan zincir işlem⁷⁶ şeklinde oluşan atama ve seçme işlemleri bu niteliktedir. 2945 sayılı TRT Kanununa göre(m.6) Cumhurbaşkanı Radyo ve Televizyon Kuruluna doğrudan üç üye başka kuruluşlarca gösterilecek adaylar arasından da beş üye seçmesi ve rektör seçimi gibi.

C. Tek Başına Yaptığı İşlemlerin Yargısal Denetimi

Parlamente rejimlerde yürütme organının sorumlu kanadı hükümet olduğundan, icrai nitelikteki işlemlerin bu makam tarafından yapılması asıldır. Sorumsuz kanadını temsil eden Cumhurbaşkanının işlem yapması durumunda ise, sorumluluğun üstlenilmesi bakımından karşı-imza kuralı işletilir. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerde, karşı-imza bulunmadığından siyasi sorumluluk mevcut değildir. Bu işlemlerin yargısal denetiminin de mümkün olmadığı düşünülürse, denetimin yapılmadığı bir takım işlemler karşımıza çıkmaktadır. Bu durumun icrai nitelikteki işlemler bakımından parlamente demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşması oldukça zordur.

Konuyla ilgili bir görüşe göre, Cumhurbaşkanının tek başına gerçekleştireceği işlemlerde hataların nadiren yapılacağı belirtildikten sonra, yanlış bilgi verilmesi ve yetkinin saptırılması durumlarında incelenmenin sadece biçimsel olarak yapılmasının mümkün olduğu, bunun da ancak şekli koşulların var olup olmadığı yönüyle yapılması ve sebep unsurunun takdirinin yargı denetimi dışında bırakılması gerekmektedir.⁷⁷

Başka bir görüşe göre ise, karşı imza kuralını genel ilke olarak kabul eden 1982 anayasası bu kuralın istisnasının olabileceğini kabul ederken bu istisnanın Anayasa ve diğer kanunlarla kabul edilebileceğini belirtmiştir. Ancak buna rağmen gerek Anayasada, gerek kanunlarda açıkça bu kurala istisna olarak bir hüküm getirilmemiştir. Şüphesiz mevzuatımızda Cumhurbaşkanına yetki veren yığınla kanun vardır, ancak bu hükümler Anayasanın 104 üncü maddesinde olduğu gibi

⁷⁶ ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara-1990, s. 122.

⁷⁷ ALPAR, “Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları”, s.125.

Cumhurbaşkanına yetki vermekten ibarettir. Hiçbirisi verilen bu yetkinin Başbakan ve ilgili Bakanın imzasına ihtiyaç olmadan sadece Cumhurbaşkanının imzasıyla kullanılabileceğini açıkça öngörmemektedir. Cumhurbaşkanının tek başına işlem yapabilmesi genel kuralın istisnası olduğuna göre, bu istisna dahilinde olan yetkilerin açıkça öngörülmesi gerekmektedir. Anayasa ve diğer kanunlarda böyle bir belirleme yapılmadığına göre Türkiye’de karşı imza kuralının bir istisnası yoktur. O halde Cumhurbaşkanının istisnasız bütün işlemleri, karşı imza kuralına tabi olup denetlenmelidir. Bu durumda, Bakanlar Kuruluna dayanmayan veya Başbakan ve ilgili bakanın karşı-imzasını taşımayan Cumhurbaşkanın işlemi yok hükmünde olacaktır.⁷⁸

Tek başına yapılan işlemlerin genel olarak yargı denetimi dışında olduğunun kabul edilmesine rağmen yargılama tekniği olarak konuya farklı bir bakış açısı getiren bir başka görüş ise şu yöndedir; çeşitli organların karar ve katkısıyla birbirinin peşin sıra dizilen ve her aşamada bir müstakillik ve bir kesinliği bulunan işlemler Cumhurbaşkanının yaptığı son işlem ile sonlandırılmaktadır. Bu oluşum aşamasında yer aldıkları idari süreç ve statülerden bağımsız olarak farklı bir takım hukuki sonuçlar yaratabilen işlemler, söz konusu işlem silsilesinden ayrılarak iptal davasına konu edilebilmektedir. Nitekim böyle bir durumda bu işlemler Cumhurbaşkanınca tek başına yapılan işlemler kapsamında kabul edilmemektedir. Zincirin halkalarını oluşturan işlemler, idari bir davaya konu olabilecek nitelikte bulduklarından, Cumhurbaşkanının iradesi ile sonlanmaları halinde dahi, önceki bölümleri yargısal denetime tabi olacak, eğer bir hukuka aykırılık var ise bu işlemler iptal edilebilecektir. Önceki işlemlerin iptal edilmesi durumunda, Cumhurbaşkanınca tesis edilen işlem de dayanağını kaybedeceğinden, doğal olarak hükümsüz kalacaktır.⁷⁹

Kanaatimizce, ekseriyetin kabul ettiği ve uygulanan görüş olan tek başına yapılan işlemlerin tamamen yargı denetimi dışında tutulması hem Anayasanın, hem diğer kanunların amacına daha uygundur. Ancak, Cumhurbaşkanınca tek başına yapılacak işlemlerin, parlamenter rejimle yönetilen demokratik batı ülkelerinde olduğu gibi, hem az sayıda, hem de Anayasa’da belirlenmiş olarak ortaya konması gereklidir. Anayasamızda bu işlemler açıkça belirtilmediğine göre, özellikle görevleri gereği konuyu belirleyici işlevi üstlenen yüksek yargı organlarının

⁷⁸ GÖZLER, İdare Hukuku, s.206.

⁷⁹ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, Ankara-2004, s.109; AKARSU, s.71.

Anayasa'nın ilgili hükümlerini parlamenter demokrasinin esaslarını dikkate alarak yorumlamaları önem arz etmektedir.⁸⁰

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen konuya ilişkin davalarda dar yorumlama eğilimini Anayasal gerekçelerle ortaya koymaktadır. Nitekim konuya ilişkin olarak incelenen bir kararda, Cumhurbaşkanının, yürütme alanına ilişkin yetkilerden siyasi sorumluluk gerektiren icrai nitelikteki yetkilerini karşı-imza ile kullanabileceğini, yürütme alanına giren ancak siyasi sorumluluk gerektirmeyen yetkileri ile devletin başı olması sıfatıyla kendisine tanınan yasama ve yargı ile ilgili yetkilerini, karşı-imza kuralı aranmadan tek başına kullanabileceğini belirtmiştir.⁸¹ Karar kısaca şu şekildedir, “...Bugünün parlamenter sisteminde yürütme sorumluluğu hükümettedir. Bunun sonucu olarak da, günümüzde devlet başkanının bir kararının başbakan ve ilgili bakanlar tarafından imzalanmasından çok, aslında başbakan ve ilgili bakan tarafından alınan bir kararın devlet başkanınca imzalanarak biçimsel olarak tamamlanması söz konusudur... Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer yasalarla tek başına yapabileceği belirtilen işlemler dışında kalan yürütme kapsamındaki bütün kararlarının hukuksallık kazanabilmesi için, Başbakan ve ilgili bakanlar tarafından imzalanmaları; Başbakan ve tüm bakanların imzaladıkları Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile ilgili bakanın imzasını taşıyan müşterek kararnamenin de geçerlilik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması Anayasal bir zorunluluktur... Cumhurbaşkanının yürütmenin başı olarak karşı-imza kuralı gereği imzalayacağı kararnameler, 104 ncü madde uyarınca, yürütme alanına ilişkin görev ve yetkileri ile sınırlı anlaşılmalıdır. Anayasa'daki, Cumhurbaşkanının... bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır, kuralı ancak, yürütmeye ilişkin olan ve Bakanlar Kurulunun siyasal sorumluluğunu gerektirecek kararlar anlamında yorumlanmalıdır. Tersine durumda, yürütme alanında yer alan ve icrai yetkiler kullanan kişi ve kuruluşların eylem ve işlemlerinden siyasal yönden sorumlu tutulabilecek hiçbir makamın bulunmaması parlamenter sistemin mantığıyla bağdaşmaz. Bu nedenle karşı-imza kuralı yürütme alanındaki atamalarda geçerlidir. Oysa Anayasa'nın 104 ncü maddesinde Cumhurbaşkanına kimi Yüksek Mahkemeler ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini atama yetkisi verilmesi yürütmenin başı sıfatıyla değil, Devletin başı olması dolayısıyla verilmiştir. Bunların,

⁸⁰ AKARSU, s.68.

⁸¹ İŞTEN, s.97.

Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılabilir yetkilerden olduğunda kuşku ve duraksamaya yer bulunmamaktadır”⁸².

III. İŞLEMLERİN DENETİME AÇILMASI SORUNU

Anayasanın bu günkü durumuyla genel bir bakış açısı içinde sunmaya çalıştığımız yukarıda belirtilen görüş ve uygulamaların hukuk devleti ve parlamenter sistemle çatıştığı ortadadır. Nitekim parlamenter sistemde devlet başkanı sorumsuzdur, demokrasilerde yetki sahibi olmak için sorumluluk sahibi olmak gerekmektedir. Bu durumda sorumsuz devlet başkanının yetkilerinin de bulunmaması gerekir. Oysa 1982 anayasasında Cumhurbaşkanının sistem içindeki genel konumu oldukça güçlendirilmiş yetkilerinin sayısı artırılmıştır. Anayasanın 119, 120, 121,122 nci maddelerinde Cumhurbaşkanı Bakanlar Kuruluna başkanlık edeceği ve birlikte Kanun Hükmünde Kararname çıkaracakları ifade edilmiştir, ayrıca Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırması, başkanlık etmesi ve gündemi belirlemesi gibi yetkilerinin olması koruyucu rolünü açıkça ortaya koymuştur. Her ne kadar Milli Güvenlik Kurulunun kararlarının doğrudan bir yaptırım gücü olmasa da uygulamada Kurul kararlarının görüş bildirmenin çok ötesinde olduğu ortadadır. Yine birçok yüksek yargı kurumu üyelerini seçmektedir. Yargıtay üyelerini seçmemekte ancak Yargıtay üyelerini seçen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçtiğinden Yargıtay üye seçimlerine de etkili olmaktadır. Cumhurbaşkanının yargı organlarına yaptığı seçme ve atamalara toplu olarak bakıldığında adeta Cumhurbaşkanı milli takımı maça hazırlayan bir teknik direktör gibi futbolcuları (hakimleri) seçmekte ve oynayacakları yeri belirlemektedir. Bu durum, yargının bağımsızlığına ilişkin ortaya çıkan şüpheleri kuvvetlendirmektedir.⁸³ Yine yasaları meclise geri gönderme yetkisiyle aktif politikaya müdahale etmektedir. Bu şekliyle Cumhurbaşkanı bir siyasi güç odağı haline dönüştürülmüş, yetkilerini kullanma tarzıyla kurumlar arası dengeleri şekillendiren etkenlerden birisi haline getirilmiştir.⁸⁴

⁸² Anayasa Mahkemesi'nin 27.04.1993 günlü, E:1992/37, K:1993/18 sayılı kararı, AMKD, S.31/1, s.103, R.G: 12.10.1995 gün , S. 22431.

⁸³ ÖZTÜRK, s.90.

⁸⁴ ERÖZDEN Ozan, “1982 Sisteminde Cumhurbaşkanını Sorgulamak”, İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, C. 13, 1991, s.151.

İlk bölümde de ifade edildiği gibi her şeyden önce bir işlem ya da eylemin yargı denetimine tabi olması için idarece tesis edilmesi ve bir idari işlem niteliğine haiz olması gerekmektedir. Oysa işlemlerin bazıları salt yasama veya salt yargı alanındadır. Bu nitelikteki faaliyetler idare alanında olmadıklarından denetlenmemektedir. Bu işlemler Cumhurbaşkanına yürütmenin başı sıfatı ile değil devletin başı olması nedeniyle tanınmış olup, idare fonksiyonu içinde olmayan ve idari işlem niteliği bulunmayan, mahiyetleri gereği takdir ve tercihleri içeren ve yargı denetimine uygun olmayan işlemlerdir. Bunların yargı denetimi dışında bırakılmasının da hukuk devleti ilkesiyle çelişir bir yönü bulunmamaktadır.⁸⁵

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı icrai ve idari nitelik taşıyan işlemlerden zincir işlem niteliği taşıyan ve kesin ve icrai nitelikte olan her halka işlem, yargı denetimine tabi kılınmaktadır. Ancak, halka işlemin son aşaması yine denetim dışı kaldığı bir gerçektir.

Hukuk devletini bir devlet şekli olarak ön gören bir Anayasanın daha fazla bu nitelikte kamburlar taşıması mümkün değildir. Yeni yapılacak Anayasa ile bu problemlerin çözüm bulması gerektiği kanısındayız. Elbette parlamenter sistemin Cumhurbaşkanına temsil noktasında verdiği veya salt yasama ya da salt yargı alanındaki işlemlerin denetlenmesi beklenemez. Ancak icrai nitelikteki işlemlerin mutlaka denetime açılması gerekmektedir.

⁸⁵ ÖZBUDUN, s.315; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.169-178.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKSEK ASKERİ ŞURA KARARLARI

Yüksek Askeri Şura hakkındaki kısıtlama, Milli Güvenlik Konseyi döneminde gerçekleştirilen yasama kısıntılarından birisi olarak ortaya çıkmıştır. 1602 sayılı AYİM Kanunu'nda değişiklik yapan 25 Aralık 1981 tarihli ve 2568 Sayılı Kanun ile Yüksek Askeri Şura Kararları yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Daha sonra yürürlüğe giren 1982 Anayasası'nın 125 inci maddenin 2 nci fıkrası ile de Anayasa metnine alınmıştır. Madde şu şekildedir “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır.”

I. YÜKSEK ASKERİ ŞURA'NIN YAPISI VE GÖREVLERİ

A. Yüksek Askeri Şura'nın Tarihçesi

Yüksek Askeri Şura, Cumhuriyet döneminde ilk olarak 22 Nisan 1341 (1925) tarihli ve 636 sayılı Şurayı Askerinin Teşkilat ve Vezaifi Hakkında Kanun⁸⁶ ile oluşturulmuştur. Cumhuriyetin kuruluşu ile birlikte asker kişilerin işlem ve eylemlerinden doğan ihtilaflara 1924-1934 yılları arasında Danıştay tarafından bakılmıştır. 2515 sayılı Milli Müdafaa Vekaletinde Zat İşleri Son Tetkik Mercii Encümeni teşkil ettirilerek 1934-1938 yılları arasında söz konusu ihtilaflar bu makamca incelenmiştir. 1938 de Askeri Yargıtay bünyesinde özel bir idari daire oluşturularak ihtilaflar bu dairece incelenmiş, 1953 yılında bu uygulamaya son verilerek yeniden Danıştay tarafından incelenmeye başlanmıştır.⁸⁷ Yüksek Askeri Şura'nın kuruluşu 1961 dönemi içinde olmuştur. Bu dönemi ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır.

⁸⁶ RG: 29.4.1925 günlü, S. 98

⁸⁷ ALPAR Erol, “Askeri İdari Yargı Denetimi ve Avrupa Birliği ile Uyum Çerçevesinde Mevzuatımızdaki Değişiklikler”, AYİM Dergisi, S.19, K.1, Ankara-2004 , s.3.

1961 - 1971 dönemi ; bu dönemde daha Yüksek Askeri Şura kurulmadığından asker kişileri ilgilendiren idari işlem ve eylemlere karşı izlenen yol 1961 Anayasasından önceki dönemin aynısıdır. Bu tarihte Şura'nın görevlerinin çoğu Genelkurmay Başkanınca ifa edilmektedir. Genelkurmay Başkanının yaptığı idari işlemler ve eylemler Danıştay'ın denetimine tabidir.⁸⁸ Danıştay tarafından yapılan denetim, zamanın idari yargıyı genişletme yönündeki hukuki anlayışı nedeniyle, bazen hukuka uygunluk denetimi sınırlarını aşiyor, özellikle Silahlı Kuvvetlerin en üst yönetim kadrosu olan general terfilerinde idarenin takdir yetkisinin denetimine kadar gidiyordu.⁸⁹ Bu durum 1971 yılına kadar aynı şekilde devam etmiştir. Daha sonra, bu Kanunu yürürlükten kaldıran 17 Temmuz 1972 tarihli ve 1612 sayılı Yüksek Askeri Şura'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun⁹⁰ ile Şura yeniden düzenlenerek bu günkü şeklini almıştır.

1972-1980 dönemi ; 12 Mart muhtırası ile başlayan bu dönemde hem Yüksek Askeri Şura, hem de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurulmuştur. Bu dönemde asker kişileri ilgilendiren idari işlem ve eylemlerin yargı denetimi, Danıştay'dan alınarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesine bırakılmıştır. Yüksek Askeri Şura Kararlarına karşı da bu mahkeme dışında bir yargı yerine başvurma imkanı kalmamıştır. Bu mahkemenin üyelerinin beşte ikisinin hakim sınıfindan olmayan kurmay subaylar olması ve bu mahkemenin hakim sınıfında olan üyelerinin özlük haklarının Genelkurmay Başkanınca yürütülmesi mahkemenin tarafsızlığına gölge düşürmüştür.

1980 - 1982 olağanüstü döneminde tüm yetkiler Milli Güvenlik Konseyindedir. Yüksek Askeri Şura'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanuna, 13.10.1980 Tarihinde, 2217 sayılı Kanunla geçici bir madde ilave edilmiştir. Bu geçici maddeye göre; Milli Güvenlik Konseyinin devamı süresince Yüksek Askeri Şura üyeleri içinde Başbakan ve Milli Savunma Bakanı çıkarılmıştır. Milli Güvenlik Konseyi Başkanı, Yüksek Askeri Şura Başkanı olmuştur. Bu olağanüstü dönemde alınan kararların tamamına karşı yargı yolu kapalıdır.

Anayasa'nın hazırlanması sırasında Danışma Meclisince kabul edilen metinde mevcut olmayan bu yasama kısıntısı, maddeye Milli Güvenlik Konseyi tarafından eklenmiştir. Konsey gerekçesinde; *“Yüksek Askeri Şura'nın, TSK'da görevli*

⁸⁸ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, E:1962/644, K:1963/351, RG: 20.10.1964 günlü.

⁸⁹ AKARSU, s.92.

⁹⁰ R.G: 20.7.1972 günlü, S. 14251

personelin terfi ve emeklilikleriyle ilgili kararlarının özellik ve önemi dikkate alınarak, bunların idari yargı denetimi dışında kalmasını sağlamak” amacından söz edilmektedir. Bu açıklamadan, Konseyce, TSK’da görevli personelin terfi ve emeklilikleriyle ilgili kararların yargı organı önünde tartışma konusu yapılmasının istenmediği ve Silahlı Kuvvetlerin üst düzey kadrosunun seçimi ve oluşturulması faaliyetine, yargı dahil herhangi bir organ tarafından yapılabilecek bir etkinin engellenmek istendiği, bu tip etkilerin askeri disiplini zayıflatıcı sonuçlara yol açabileceğinin değerlendirildiği anlaşılmaktadır. 1982 Anayasasının kabul edilmesiyle Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı yargı yolu kapatılmıştır. Artık hiçbir karara karşı yargı yolu açık değildir.

Anayasanın 125 inci maddenin 2 nci fıkrasında yer alan hüküm şu şekildedir, “...Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır.” Anayasa’da Yüksek Askeri Şura ile ilgili bir düzenleme yapılmamış bu konudaki düzenleme 1972 tarihli 1612 sayılı Yüksek Askeri Şura’nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile yapılmıştır. Kanunun 9 uncu maddesinde; Yüksek Askeri Şura’nın yönetimi, çalışma usulleri, Genel Sekreterliğin her türlü iş ve işlemlerinin Yüksek Askeri Şura’ca kabul edilecek bir İç tüzükle düzenleneceği belirtildiğinden, 10 Şubat 1975 tarihinde kabul edilen Yüksek Askeri Şura İç tüzüğü ile ayrıntılı düzenleme yapılmıştır.⁹¹

B. Yüksek Askeri Şura’nın Yapısı

Yüksek Askeri Şura’nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 9 ncu maddesinde; Yüksek Askeri Şura’nın yönetimi, çalışma usulleri, Genel Sekreterliğin her türlü iş ve işlemlerinin Yüksek Askeri Şuraca kabul edilecek bir iç tüzükle düzenleneceği belirtilmesi üzerine 10 Şubat 1975 tarihinde kabul edilen Yüksek Askeri Şura İç tüzüğü ile ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Kanunun 2 nci maddesinde, Yüksek Askeri Şura’nın kuruluşu düzenlenerek şu hükümler getirilmiştir; Şura, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Savunma Bakanı, Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı, Ordu Komutanları, Donanma Komutanı ile Silahlı Kuvvetler kadrolarında bulunan orgeneral ve oramirallerden oluşmaktadır. Silahlı Kuvvetlerde orgeneral ve oramiral kadrolarının değiştirilmesi durumunda, Şura’nın

⁹¹ İŞTEN, s.42.

üye sayısı da buna bağlı olarak değişecektir. 636 Sayılı Kanun üye sayısını on beş ile sınırlamaktaydı (m.3). Mevcut durumda ise, ikisi oramiral, on ikisi ise orgeneral olmak üzere toplam on dört asker üye Şura'ya katılmaktadır. Bu sayıya Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanları dahildir. Yüksek Askeri Şura'nın Başkanı Başbakandır. Başbakan bulunmadığında Genelkurmay Başkanı Yüksek Askeri Şura'ya Başkanlık eder (m.2).⁹² Yüksek Askeri Şura'nın genel sekreteri ise Genelkurmay ikinci başkanıdır. (m. 6)

C. Yüksek Askeri Şura'nın Görevleri

Yüksek Askeri Şura'nın Görevleri 1612 sayılı Yüksek Askeri Şura'nın Kuruluşu ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 3 üncü maddesinde belirtilmiştir. Buna göre Yüksek Askeri Şura'nın görevleri şunlardır:

- Genelkurmay Başkanlığınca hazırlanan askeri stratejik (Konseptin) tespiti ve gerektiğinde yeniden gözden geçirilmesi hususlarında görüş bildirmek,
- Silahlı Kuvvetlerin ana program ve hedefleri ile ilgili konularda görüş bildirmek,
- Silahlı Kuvvetlerle ilgili olup önemli görülen kanun, tüzük ve yönetmelik taslaklarını inceleyip görüş bildirmek,
- Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya Milli Savunma Bakanının lüzum gördükleri hallerde Silahlı Kuvvetlerle ilgili diğer konular hakkında görüş bildirmek,
- Diğer kanunlarla verilen görevleri yapmak.

Yüksek Askeri Şuranın diğer kanunlarla verilen görevleri biçiminde belirlenen görevlerinin büyük bir kısmı 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nda yer almaktadır. 926 sayılı TSK Personel Kanunu ile Yüksek Askeri Şura'ya verilen görevler şunlardır:

- Her yıl albay kadro miktarını belirlemek (m.41/b),

⁹² Mülga 636 Sayılı Kanunun ilk halinde Şura'nın tabii başkanı Cumhurbaşkanı idi. 636 Sayılı Kanunda 30.05.1949 tarihinde yapılan değişiklikle (Bkz. 03.06.1949 tarih ve 7223 sayılı R.G.), Şura'nın tabii başkanı Başbakan olarak değiştirildi. Ayrıca aynı değişiklikle Başbakan tarafından davet edilen bakanların da Şura toplantılarında bulunacakları düzenlendi (md. 2).

- Albaylardan o yıl için hizmet kadrosu fazlası olduğu tespit edilenleri kadrosuzluktan emekliye sevk etmek (m.41/c, 50),
- Gerektiğinde Genelkurmay Başkanının teklifi ile Tuğgeneral -Tuğamiral, Tümgeneral - Tümamiral rütbelerinin kontenjan miktarlarında değişiklik yapmak (m.49/c),
- Her terfi yılı için yıllık kontenjan verilmesi mümkün olmayan Orgeneral - Oramirallerin yıllık kontenjanlarının, kadro ve hizmet gerekleri esas alınarak hangi yıllarda kullanılacağı saptamak (m. 49/c),
- Düzenlenen bu miktarlara göre terfi sırasına giren albaylardan tuğgeneral - tuğamiral olacakların yıl kontenjanının kara, deniz ve hava kuvvetlerindeki sınıflara ve Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığındaki dağılımını, Genelkurmay Başkanının teklifi üzerine kadro ve hizmet gerekleri esas alınarak tespit etmek (m. 49/c),
- Hizmet ve görev ihtiyacı sebebiyle buldukları rütbede hizmete devam etmelerinde zaruret görülen general ve amirallerden her yıl en fazla 36 general ve amiralin (Zaruri hallerde hizmetin gereklerine göre Genelkurmay Başkanının teklifi ile bu miktar 47'ye kadar arttırılabilir.), Genelkurmay Başkanının teklifi üzerine üçte iki çoğunlukla alınacak karar ile bir yıl daha aynı rütbede hizmete devam etmelerine karar vermek (m. 49/d),
- Haklarında disiplinsizlik ve ahlaki durumları nedeniyle Silahlı Kuvvetlerde kalmalarının uygun olmayacağına ilişkin sıralı sicil üstlerince işlem başlatılan subay ve astsubaylardan, durumlarının Yüksek Askeri Şura'da incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin, Silahlı Kuvvetlerde kalıp kalmayacaklarına karar vermek (m.50, 94),
- General ve Amiral terfilerini karara bağlamak (m.47, 54).⁹³

Belirtildiği üzere Yüksek Askeri Şuranın görevleri kısaca, Türk silahlı kuvvetlerine mensup subay, astsubay ve generallerin terfi, emeklilik işlemleri, silahlı kuvvetlerin iç bünyesine ilişkin sorunların çözümü için işlem tesis etmek ve görüş bildirmek olarak sınırlandırabiliriz. Gerek Anayasa ve gerekse yasa koyucu Yüksek Askeri Şura tarafından tesis olunan bu tür işlemlerin yargı denetimi dışında tutulması

⁹³ İŞTEN, s.43-45.

gerektiğini hükme başlamış ve buna gerekçe olarak da anılan işlemlerin “özellikli” olması gösterilmiştir.⁹⁴

D. Yüksek Askeri Şura’nın Çalışma ve Karar Alma Usulleri

Yüksek Askeri Şura, normal olarak bütün üyelerinin katılımı ile toplanır. Toplantıya katılmaya engeli olanlar, katılamayacaklarını Şura Genel Sekreterine önceden bildirirler. Olağan toplantılardan biri Ağustos ayının ilk haftasında, diğeri Genelkurmay Başkanınca belirlenecek zamanda olmak üzere yılda iki kez yapılır. Ancak, Genelkurmay Başkanı’nın istemi üzerine de o yıl içerisinde ayrıca toplanılabilir.

Yüksek Askeri Şura, kararlarını toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile alır. Ancak kuruluş yasasında toplantı yeter sayısı belirtilmemiştir. Oylarda eşitlik halinde başkanın oyu çoğunluğu belirler ise de, üyelerin terfi işlemleri ile ilgili konulardaki oy hakkı ve değerlendirme notu eş değerdedir . Oylama işlemi, aksine bir karar alınmadıkça açık olarak yapılır. Toplantıya katılmayan üyeler, gündemdeki konular hakkında görüşlerini yazılı olarak bildirebilirler. Yüksek Askeri Şura üyeleri; kendilerinden kıdemli veya eşiti olan general ve amirallerin yükselme veya emeklilikleri ile ilgili konularda yapılacak toplantılara katılamazlar.

Yüksek Askeri Şura toplantıları gizli olarak yapılır. Görüşmelerin ve alınan kararların açıklanması veya yayımlanması yasaktır. Ancak açıklanmasına Yüksek Askeri Şura’nın kararıyla müsaade edilen konular Genel Sekreterlik aracılığı ile yayınlanır.

Yüksek Askeri Şura’nın terfi işlemleri ile ayırma işlemlerine ait çalışma usulleri ve kararlarını nasıl alacağı, TSK Personel Kanunu’nun 57 nci maddesi gereğince Subay Sicil Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

II. YÜKSEK ASKERİ ŞURA KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1612 sayılı Yüksek Askeri Şura’nın Kuruluşu ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 3 üncü maddesi incelendiğinde, kanunla Yüksek Askeri Şura’ya verilen

⁹⁴ ALPAR Erol, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Yargılama Yetkisi ve Sınırları”, Amme İdaresi Dergisi, C. 21, S.1, Mart- 1988, s. 58.

asli görevin görüş bildirmek, danışma, istişare işlevini yerine getirmek olduğu görülmektedir. Bu nitelikteki kararlar kişilerin fiili ve hukuki durumlarını etkilemediği ve menfaatlerini ihlal etmediğinden idare hukuku ölçeğinde idari işlem değillerdir. Yüksek Askeri Şuranın diğer kanunlarda yer alan görevlerinden istişari görev niteliğine haiz olan bir takım kararları da doğası gereği yargı denetimine elverişli değildir.

Bunun yanında, Yüksek Askeri Şuranın birel işlem gibi sonuçlar doğuran veya birel işlem konumundaki ilgililerin, doğrudan hukuki durumlarını etkileyen bir takım kararları vardır. Bu kararların icrai nitelik taşımaları nedeniyle idari işlem olduğu hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır.⁹⁵

926 sayılı TSK Personel Kanununa dayanarak alınan kararları, alınma şekline bakarak iki grupta inceleyebiliriz.⁹⁶ Birinci grupta, sadece Şura tasarrufu ile oluşan ve başka hiçbir organın katılımı ya da katkısı bulunmadan alınan kararlar yer almaktadır. Mesela, Genelkurmay Başkanı'nın teklifi ile Tuğgeneral – Tuğamiral ve Tümgeneral - Tümamiral rütbelerinin kontenjan miktarlarında değişiklik yapmak (926 Sayılı Kanun, m.49/c) bu neviden bir karar olup, doğrudan Şura'nın tasarrufu ile sonuçlanır ve başka bir organın katılımı ya da katkısına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bunlar kural olarak idari işlem niteliğindedir.

926 Sayılı Kanun gereğince Şura tarafından alınan kararların ikinci grubunda ise, zincir-işlem teorisi çerçevesinde gerçekleşen, ilk safhada Şura'nın kararına esas teşkil eden başka bir organca yapılan icrai nitelikli bir diğer işlem bulunmaktadır. Şura kararı, bu işleme dayanılarak oluşturulmakta ve sonuçlanmaktadır. Bu işlemde; haklarında disiplinsizlik ve ahlaki durumları nedeniyle Silahlı Kuvvetlerde kalmasının uygun olmayacağına ilişkin sıralı sicil üstlerince işlem başlatılan subay ve astsubaylardan, durumlarının Yüksek Askeri Şura'da incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin, Silahlı Kuvvetlerde kalıp kalmayacaklarına Şura tarafından karar verilmektedir (926 Sayılı Kanun, m.50 ve 94). Buna göre, Şura tarafından bu karar alınmadan önce, ilgili Kuvvet Komutanlığınca “Silahlı Kuvvetlerde kalması uygun değildir.” kararını içeren sicilin düzenlenmesi

⁹⁵ALPAR Erol, “Hukuk Devleti İlkesi ve Avrupa İnsan Hakları Çerçevesinde Askeri Disiplin Hukukunun Değerlendirilmesi”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S. 22, Ankara-2007, s.45-46; ŞENLEN Süheyla, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri, İstanbul-1996, s.55.

⁹⁶ AYİM 1. Dairesi, 20.10.1998 günlü, E:1997/694, K:1998/856 sayılı kararına dayanarak söz konusu ayırım yapılmıştır.

gerekmektedir. Şura kararı, bu işleme dayanılarak tesis edilmektedir. Burada birbirini takip eder şekilde yapılan işlemler, birbirinden bağımsız nitelikli münferit idari işlemlerdir.⁹⁷

III. YÜKSEK ASKERİ ŞURA KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ SORUNU

Yüksek Askeri Şura kararları, 1982 anayasası dönemine kadar yargı denetimine tabi idi. Yargısal denetim, 1972 yılında AYİM kurulana kadar Danıştay'ca yapılmıştır.

1612 Sayılı Kanunda, Yüksek Askeri Şura'nın kararlarının yargı denetimi dışında olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu kısıtlama, Anayasa'nın 125 inci maddesinin ikinci fıkrası ile getirilmiş bulunmaktadır.

1612 Sayılı Kanunun Yüksek Askeri Şura'ya sınırları belirli olarak verdiği asli görevin görüş bildirmek, danışma, istişare işlevini yerine getirmek olduğunu görmüştük. Bu nitelikteki kararları kişilerin fiili ve hukuki durumlarını etkilememesi ve menfaatlerini ihlal etmemesi nedeniyle idare hukuku ölçeğinde idari işlem niteliği taşımamaktadırlar. Bu nedenle yargı denetimi dışındadırlar.

Yüksek Askeri Şuranın 1612 Sayılı Kanunda öngörülen ve istişari görevlerden soyutlanamayacak yapıdaki diğer kanunlarda yer alan görevlerine ilişkin kimi kararları, doğası gereği ve kural olarak yargı yerinde denetime elverişli değildir. Her terfi yılı için yıllık kontenjan verilmesi mümkün olmayan Orgeneral - Oramirallerin yıllık kontenjanlarının, kadro ve hizmet gerekleri esas alınarak hangi yıllarda kullanılacağı saptamak (m. 49/c), Düzenlenen bu miktarlara göre terfi sırasına giren albaylardan tuğgeneral - tuğamiral olacakların yıl kontenjanının kara, deniz ve hava kuvvetlerindeki sınıflara ve Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığındaki dağılımını, Genelkurmay Başkanının teklifi üzerine kadro ve hizmet gerekleri esas alınarak tespit etmek (m. 49/c) gibi kararlar, kişiler bazında olmayıp savunma konsepti kapsamında kural işlemleri oluşturur. Yargısal denetimleri halinde bu denetim, hukuka uygunluk sınırını aşip yerindenlik denetimine dönüşeceği açıktır. Oysa Anayasanın “yargı yolu” başlıklı 125 inci maddesinin 3 üncü fıkrası ile 1602 sayılı Askeri Yüksek İdaresi Mahkemesi

⁹⁷ AKARSU, s.81.

Kanununun ikinci fıkrasında, yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı tutmuş ve bu yetkinin yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayan idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde kullanımını yasaklamıştır.

926 Sayılı Kanunla Yüksek Askeri Şura'ya verilen görevler kapsamında alınan kararlar sonucu oluşan işlemler, icrai nitelikli işlemler olup, bunların idari işlem oldukları konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. İdari yargı tarafından denetimine tabi olması gereken bu işlemler, Anayasa'da ve 1612 Sayılı Kanun'da yer alan kısıtlamalar nedeniyle yargı denetimi dışında bulunmaktadır. Bunlar da yukarıda belirtildiği gibi ikili bir ayırımla incelenecek olursa; sadece Yüksek Askeri Şura tarafından tesis edilen ve idari işlem niteliğine haiz olan kararlar yargı denetimine tabi olabilecekken yasama kısıtı nedeniyle yargılanmamaktadır. Yüksek Askeri Şuranın başka organların katkısıyla tamamladığı işlemlerde, özellikle ayırma işlemlerinde, haklarında disiplinsizlik ve ahlaki durumları nedeniyle Silahlı Kuvvetlerde kalmasının uygun olmayacağına ilişkin sıralı sicil üstlerince işlem başlatılan subay ve astsubaylardan, gerekli görülenlerin Silahlı Kuvvetlerde kalıp kalmayacaklarına Şura tarafından karar verilmektedir. Buna göre, Şura tarafından bu karar alınmadan önce, ilgili Kuvvet Komutanlığınca "Silahlı Kuvvetlerde kalması uygun değildir." kararını içeren sicilin düzenlenmesi gerekmektedir. Şura kararı, bu işleme dayanılarak tesis edilmektedir. Burada birbirini takip eder şekilde yapılan işlemlerin, birbirinden bağımsız nitelikli münferit idari işlemler olduğunu açıklamıştık. Zira bu işlem icrai nitelikli bir idari işlem olup, Şura kararından bağımsızdır. Bu işlemin hukuka aykırı olarak tesis edilmesi her zaman mümkündür. Bu nedenle işlemin, hukuka uygunluk denetiminin yargı organınca yapılabilmesi hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Nitekim Şura kararları dışındaki ayrılabilen zincir işlemler mahkemelerce denetime tabi tutulabilmektedir. Ancak uygulamada AYİM konuya ilişkin olarak önüne gelen davalarda zincir-işlem teorisini genellikle kabul etmemektedir. Nitekim Mahkeme 26.5.1994 tarihli bir kararında açıkça bu teoriyi kabul etmediğini ifade etmektedir. Kararın gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır; "*Davacı, hakkındaki ayırma işleminin değil, bunun dayanağını teşkil eden " Silahlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir" Şeklindeki ayırma sicilin iptalini istemekle beraber; bu sicilin, yargı denetimi dışındaki nihai ayırma*

işleminde ayrılarak yargı denetimine tabi tutulmasının, mevzuatın bu konudaki amir düzenlenmesini etkisiz bırakarak hukuken hatalı bir yaklaşım teşkil etmesi ve bu niteliği itibariyle tek başına ‘‘ayrılabilir işlem’’ kuramı uyarınca dava konusu yapılabilmesine hukuken imkan bulunmaması nedeniyle söz konusu talebin inceleme kabiliyeti yoktur.’’⁹⁸ Bu nitelikte başka kararları da bulunmaktadır.^{99, 100}

AYİM sadece zincir işlemlerde değil Şura’nın tüm işlemlerine ilişkin önüne gelen davalarda istikrarlı olarak, Şura kararlarının Anayasa ve 1602 Sayılı Kanun ile yargı denetimi dışında tutulduğunu, bu nedenle bu kararlar hakkında yargısal bir denetim yapmanın mümkün olmadığını belirterek, davaların inceleme kabiliyeti bulunmadığından reddine karar vermektedir.¹⁰¹

AYİM Daireler Kurulunun 2000 yılında verdiği bir kararında, Şura’nın gerek 1612 Sayılı Kanunda, gerekse 926 Sayılı Kanunda düzenlenmiş olan görevleri kapsamında yaptığı işlemleri, nitelikleri yönünden ayrıntılı olarak inceleyerek, bu işlemlerin yargısal denetimleri konusunda detaylı açıklamalarda bulunmuştur. Kararda 1612 Sayılı Kanununun 3 üncü maddesiyle Yüksek Askeri Şura’ya verilen görevler sayılarak bu görevlerin sınırları belirlenmiş olarak verildiği ve asli görevin görüş bildirmek, danışma, istişare olduğu belirtilmiştir.¹⁰² Kararın ilk kısmında Şura’nın görevleri niteliklerine göre ayrılarak denetimleri irdelenmiştir. Konuya ilişkin oldukça isabetli tespitlerin bulunduğu kararda şu ifadeler kullanılmıştır;

⁹⁸ AYİM, 20.3.2001 günlü, E:2001/343, K:2001/401 sayılı kararı, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 13.3.2007.

⁹⁹ AYİM, 26.5.1994 günlü, E:1993/10, K:1994/175, sayılı kararı, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 13.3.2007.

¹⁰⁰ “...Davacının subay statüsündeyken Yüksek Askeri Şura kararıyla disiplinsizlik nedeniyle ayırma işlemine tabi tutulduğu anlaşılmaktadır. Anayasa’nın 125/2 ve 1602 Sayılı Kanununun 21/3 nci maddelerinde Şura kararlarının yargı denetimi dışında olduğu hüküm altına alınmaktadır. 926 Sayılı Kanununun 50/c ve Subay Sicil Yönetmeliği’nin 91 ve 92 nci maddeleri uyarınca, sıralı sicil üstlerince ya da Kuvvet Personel Başkanlıklarınca doğrudan yapılacak değerlendirme sonucu düzenlenecek ayırma sicilleri üzerine Şuraca alınan kararlarla disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle ayırma işleminin tesisinde; Şura kararı, işlemin sebep unsurunu oluşturmaktadır. Şura’ca alınan karar sonrasında, üçlü kararname ile statüden çıkarılma işleminde idarenin yetkisi, bağlı yetkidir. İdare, Şura kararı üzerine sicilen emeklilik işlemi tesis etmek zorundadır. Davacı, hakkındaki ayırma işleminin değil, bunun dayanağını teşkil eden ‘Silahlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir’ şeklindeki ayırma sicilinin iptalini istemekle beraber; bu sicil yargı denetimi dışındaki nihai ayırma işleminden ayrılarak yargı denetimine tabi tutulmasının, mevzuatın bu konudaki amir düzenlenmesini etkisiz bırakacak hukuken hatalı bir yaklaşım teşkil etmesi ve bu niteliği itibariyle tek başına ‘ayrılabilir işlem’ kuramı uyarınca dava konusu yapılabilmesine hukuken imkân bulunmaması nedeniyle, söz konusu talebin inceleme kabiliyetinin olamayacağı izahtan varestedir.” AYİM 1. Dairesi, 20.03.2001 günlü E:2001/343, K:2001/401 sayılı kararı, AYİM Dergisi No:16, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 19.1.2007.

¹⁰¹ Anayasa’nın 125 inci maddesindeki yargı denetim yasağı YAŞ kararının iptali ile birlikte bu karara dayalı tam yargı davalarını da kapsadığından; davacının YAŞ kararı nedeniyle uğradığını öne sürdüğü zararların inceleme kabiliyeti bulunmadığı belirtilmektedir.

¹⁰² AYİM Daireler Kurulu, 22.06.2000 günlü, E:1999/121, K:2000/56 sayılı kararı, AYİM Dergisi, S.15, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 19.1.2007.

- “...idari davalarda menfaat ihlali dava şartlarındandır. Bu nedenle Şura'nın görüş bildirme niteliğindeki kararları nesnel nitelikleri yanında idare hukuku ölçüğünde de yargı denetimi dışındadır.”

- “...Yüksek Askeri Şura'nın, Kuruluş Yasasında öngörülen ve istişari nitelikteki görevlerinden soyutlanamayacak yapıdaki diğer kanunlarda yer alan görevlerine ilişkin kimi kararları da doğası gereği ve kural olarak yargı yerinde denetime elverişli değildir. ...kararlar kişiler bazında olmayıp savunma konsepti kapsamında kural işlemler oluşturur ve yargısal denetimleri yerindelik ölçüğünde bir denetime dönüşür ki işin niteliği gereği böyle bir denetimin hukuka uygunluk sınırını aşacağı açıktır.”

- “...Bir de Yüksek Askeri Şura'nın birel işlem gibi sonuçları olan veya doğrudan birel işlem konumundaki ilgililerin doğrudan hukuken etkilendiği kararları söz konusudur. Davaya konu TSK.'nden ayırma işleminde olduğu gibi, bu tür kararların hukuki denetimi sorunu ve gereği farklılık göstermektedir. ...”

Kararın devamında ise denetimin gereği¹⁰³ ve karşılaşılan sorunlar irdelenmiştir. Başlıklara ayırarak ifade edilecek olursa karar şu şekildedir;

- Türk Pozitif Hukuk Normları Karşısında Denetim Olanığı

“...Çağdaş evrensel hukuk normları ve Anayasa'nın öngördüğü insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti ilkeleri gereği olarak Şura'nın TSK.'nden ayırma gibi ilgililerin fiili ve hukuki durumlarını etkileyen birel nitelikteki işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi kapsamında olmaması düşünülemez ise de, anılan işlemler pozitif hukuk kurallarımız açısından denetlenmezlik konumundadır... Öncelikle belirtilmesi gereken husus şudur ki Anayasanın 125 nci maddenin birinci fıkrası tüm idari eylem ve işlemler için geçerli genel kuralı ifade etmektedir. Oysaki ikinci fıkra Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Şura kararlarıyla sınırlı ve ayırık bir hüküm getirmektedir. Bir konuyu hukuken düzenleyen hükümlerin, konunun geneline yönelik kurallarının yanında ayırık hallere ilişkin özel hükümleri de içeriyor olması halinde bu özel hükümlerin öncelikli olarak geçerli olduğu ve uygulanacağı, hukukun bilinen temel esaslarındandır. Bu itibarla Şura kararı söz

¹⁰³ “... Şura kararlarının hukuka uygunluk yönünden denetimi fiili bir zorunluluktur. Zira kimi eksik değerlendirme ve bilgilendirmelerden kaynaklı olarak anılan yüksek kararlarına da bazı hatalar yansıtılabılır...”

konusu ise Anayasa'nın 125 nci maddesinin ikinci fıkrasının ihmal edilmesi ve genel kural niteliğindeki birinci fıkrasına uygulama önceliği verilmesi düşünülemez. ...bir de Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimi dışında tutulmasına karşın dava konusu işlemin Milli Savunma Bakanlığının onayı ve siyasi otoritenin katkısıyla oluşturulduğu ve böylece Yüksek Askeri Şura kararı olmaktan çıktığı nedeniyle denetiminin mümkün hale geldiği söylenebilir. Ancak, iptali istenen ayırma işleminin yapıcı unsuru Yüksek Askeri Şura kararıdır. Nitekim, davacının ayırma işleminin Yüksek Askeri Şura kararıyla yapıldığı fiili ve hukuki gerçeğini yadsımak olanak dışıdır. ... yargı yasağının istisari nitelikte olanlar dışındaki icrai niteliği olan idari işlemler için getirilmiş olduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır.”

- Yargı Yasağının Kapsamı

“...Her ne kadar davacı tarafından doğrudan doğruya Şura kararına dayalı olarak emeklilik işleminin iptali istenmemiş ise de, buna dayanılarak maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulmuştur. Maddi ve manevi tazminata hükmedilebilmesi için işlemin dayanağını oluşturan Şura kararının hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin zaruri olduğu, dolayısıyla işlemin hukuka uygunluk denetiminin yapılmasından sonra bu konuda hüküm verilmesinin gerekeceği dikkate alındığında davanın; doğrudan doğruya Şura kararının yargı denetimine tabi olup olmaması sorunu ile ilgili bulunduğu ve Şura kararlarına karşı yargı denetimi yapılamayacağından, davacının maddi ve manevi tazminat istemiyle açtığı davanın da, inceleme kabiliyeti bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır...”

Hukuk devleti ilkesinin günümüzde ulaştığı noktada, tüm idari eylem ve işlemler gibi Şura kararlarının da yargısal denetimine tabi olması, hak arama hürriyetinin bir gereği olarak görülmektedir. Yüksek Askeri Şura'nın idari bir kuruluş olarak tesis ettiği icrai nitelikli idari işlemlerin yargısal denetime açılması gerektiği düşüncesi, öğretilerde baskın görüş niteliğindedir. Bu kapsamda, sonuçları itibarıyla personelin mesleki hayatını yakından etkileyen disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle ayırma işlemleri yer almaktadır. Kamuoyunda yoğun olarak eleştiri konusu yapılan bu işlemler, teknik açıdan tam anlamıyla idari işlem niteliği taşımaktadırlar. Bu işlemlerin, personelin mesleki statüsünü sona erdirmesi bakımından, sonuçları oldukça ağırdır.

Haklarındaki ayırma işlemi, YAŞ kararına dayalı şekilde tesis edilen subay ve astsubaylar, Anayasanın 125 inci maddesindeki kuralı bilmelerine karşın salt iç hukuk yollarının tüketilmesi amacıyla bu ayırma işlemine karşı AYİM de dava açmakta; AYİM ce verilen ‘ inceleme kabiliyeti bulunmayan davanın reddine’ kararı sonrasında da, bu şekilde ayırma işlemine tabi tutulmalarının Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin ilgili hükümlerine¹⁰⁴ aykırı düştüğü savıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurumaktadırlar. Uzun yıllar süre gelen bu uygulama, nihayet AİHS nin süzgecinden de geçmiş, anılan mahkeme yüze yakın davayı aşağıda özetlenen gerekçelerle reddetmiştir.

“ başvuran askeri bir meslek seçmekle, sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların, askeri disiplin gereği kendisi bakımından uygulanabileceğini baştan kabul etmiş demektir. Ayrıca, üye Ülkeler orduları için askeri hizmetin gereklerini yansıtan bir emre karşı olan bazı fiil ve davranışları yasaklayan disiplin tüzükleri kabul edebilirler.”

“Hükümetlerin ceza ve disiplin hukukunu ayrı tutma hakkı bulunmaktadır. Başvuranın ordudan azledilmesi ile ilgili olarak, verilen ayırma cezası askeri disiplin kuralları çerçevesinde nitelendirebileceğinden; bu yönüyle şikayetler AİHS nin 6 ncı maddesi kapsamında değerlendirilemez.”

“ AİHS nin 9 uncu maddesi tarafından güvence altına alınan düşünce ve inanç özgürlüğü aynı zamanda Silahlı Kuvvetler Mensupları için de geçerli olmakla beraber; sözleşme maddeleri uygulanırken ve yorumlanırken askeri hayatın özellikleri ve mensupları üzerindeki etkisi dikkate alınmak durumundadır. Başvuran askeri bir kariyer seçmekle Silahlı Kuvvetler mensuplarının hak ve özgürlüklerine sivillere uygulanamayacak bazı sınırlamalar getirilebileceği olasılığını başlangıçta kabul etmiş demektir ve bunun doğal sonucu olarak askeri bir personelin islami bir harekete katılmaması gerekmektedir. 9 askeri üyeden oluşan bir komitenin saptamasına göre, başvuran hakkındaki YAŞ kararına dayanak olan onun dini inançları yada eşinin türban takması değil; askeri disiplini bozacak fiil ve davranışlarda bulunması (bazı tarikatlara üye olması), bunun sonucuda laiklik ilkesiyle bağdaşmayan bazı tavırlar sergilemesine dayalı bulunmaktadır. Dolayısıyla başvuranın ordudan azledilmesi, onun AİHS in 9 uncu maddesiyle güvence altına

¹⁰⁴ Özellikle adil yargılama hakkını düzenleyen 6 ncı maddeye, düşünce ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9 uncu maddeye, iç hukuka başvurabilecek bir mercii varlığını arayan 13 üncü maddeye aykırı düşmektedir.

alınan haklara müdahale teşkil etmemektedir.”¹⁰⁵ Sonuç olarak bu özetlerde anlatılan gerekçelerle başvurular kabul edilemez bulunmuştur.

¹⁰⁵ ÇUBUKLU Hıfzı, “Atama, Ayırma ve Sicil İşlemleri Konusunda Askeri Yüksek İdare Mahkemesince Yapılan Yargısal Denetim ve Uygulamada Görülen Aksaklıklar” AYİM Dergisi, S. 19, K.1 Ankara -2004 s.85-87 .

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KARARLARI

Hukuk devletinin temel gereklerinden birisi, bağımsız bir yargı organının bulunmasıdır. Bağımsız yargı organının varlığı ise, bu örgütün temsilcileri olan hakimlerin bağımsızlıkları ile hakimlik teminatı denen mesleki statülerinin tam anlamıyla güvence altına alınmasına bağlıdır. Bugün demokratik rejimin işlediği ülkelerde, hakimlerin bağımsızlığını sağlamak ve özlük haklarını güvence altına almak maksadıyla genellikle bu işlemleri yerine getirmekle görevli bağımsız kurulların oluşturulduğu görülmektedir. Ülkemizde de 1961 anayasası ile bu sistem kabul edilerek ilk kez hakimlerle ilgili işleri yerine getirecek bir kurul kurulmuştur.

1982 anayasasının 159 uncu maddesinde ise Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu şu şekilde düzenlenmiştir; “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar.

Kurulun Başkanı, Adalet Bakanındır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkan vekili seçer.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hakimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir. Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

Kurulun görevlerini yerine getirmesi, seçim ve çalışma usulleriyle itirazların Kurul bünyesinde incelenmesi esasları kanunla düzenlenir. Adalet Bakanlığının merkez kuruluşunda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hakim ve savcılarının muvafakatlarını alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.

Adalet Bakanı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hakim ve savcılarını geçici yetki ile görevlendirebilir.”

I. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULUNUN YAPISI VE GÖREVLERİ

A. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Tarihçesi

Kuvvetler birliğini esas alan 1924 tarihli Anayasamızda, yargıya ilişkin ayrıntılı düzenleme bulunmadığı gibi, yargının yasamaya karşı bağımsızlığını sağlayacak hüküm ve kurumlara da yer verilmemiştir. 1924 anayasasında konuyla ilgili hükümler “Kuvvei Kazaiye” başlıklı dördüncü fasılda düzenlenmiştir. İlgili hükümlerde hakimlerin görevlerini yaparken bağımsız oldukları, yasama ve yürütme erklerinin yargı kararlarına uymak, onları yerine getirmek ve değiştirmemek zorunda oldukları, hakimlerin kanunda öngörülen haller dışında görevlerine son verilemeyeceği, ayrıca nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, atama ve görevlerine son verme şartlarının özel bir kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasanın bu hükmü doğrultusunda önce 1926 yılında 766 Sayılı Kanunda, daha sonra da bu kanunu yürürlükten kaldıran 4.7.1934 tarih ve 2556 sayılı Hakimler Kanununda bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Bu Kanunla Yargıtay Başkanının başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı ve 4 Yargıtay üyesiyle, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri Genel Müdürü, Hukuk İşleri Genel Müdürü ve Özlük İşleri Genel Müdüründen oluşan hakim ve savcılarının terfi işleriyle görevli bir ayırma meclisi kurulmuştur. Ayırma meclisi hakimler ve savcılar ayrı olmak üzere, iki grup halinde görevini yerine getirmiş, Yargıtay Başkanının başkanlığında toplanan ilk grup, hakimlerin terfi defterini, Cumhuriyet Başsavcısının başkanlığında toplanan ikinci grup ise savcılarının terfi defterini hazırlamıştır. Hakim ve savcılarının atamaları ise Adalet Bakanlığı tarafından yapılmıştır.¹⁰⁶ Bu dönemde hakimler devlet memuru durumunda olup, atama ve diğer özlük işlerinde yürütme organının ağırlığı mevcuttur.¹⁰⁷ Özellikle diğer memurların tabi olduğu 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu’na tabi olmaları

¹⁰⁶ ÜNVER Yener, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, İÜHFM, C. LIII, S.1-4, İstanbul-1991, s.170-171.

¹⁰⁷ KUNTER Nurullah, “Türkiye’de Kaza Kuvveti”, İÜHFM, C. XXV, İstanbul-1960, s.1-4.

nedeniyle, hakimlik teminatının önemli unsurlarından olan emekliye sevk yasağı uygulanmamıştır.

1961 Anayasası'nda hakimlerin bağımsızlığını sağlamaya ve hakimlik teminatını güvence altına almaya yönelik bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Öncelikle hakimlerin bütün özlük işlerinde karar vermek üzere, Anayasa'nın 143 üncü maddesi ile Yüksek Hakimler Kurulu kurulmuştur. Bu kurulun kurulmak istenmesinin en önemli sebebi, 1961 Anayasasına gelinceye kadar, hakimlerin özlük işlerinin düzenlenmesi yetkisinin Adalet Bakanlığında olması nedeniyle, bu yetkinin hakimler üzerinde daima bir baskı aracı olarak kullanılmasıdır. İktidar, hakimleri keyfi olarak emekliye sevk etmiş ve istekleri doğrultusunda karar vermeyen hakimleri keyfi bir takım işlemlerle cezalandırma yoluna giderek yargıyı kendi faaliyetlerinde bir araç olarak kullanmak istemiştir. Bu yüzden 1950 li yıllarda yürürlükte olan hakimler rejimine bir tepki olarak, hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük işlemlerinin yine hakimler tarafından yürütülmesi anlamına gelen "kooptasyon" sistemi¹⁰⁸ kabul edilmiştir.¹⁰⁹

Kurula ilişkin düzenlemeler; Anayasa'nın 143 üncü maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 22.04.1962 tarihli, 45 sayılı Yüksek Hakimler ve Yüksek Savcılar Kurulu Kanunu ile yapılmıştır. Düzenlemelerin ilk halinde Kurul, 18 asıl ve 5 yedek olmak üzere toplam 23 hakimden oluşmaktadır. Üyelerin görev süresi 4 yıldır. Anayasa'nın 143 üncü ve 45 Sayılı Kanunun 5 inci maddesine göre; Kurulun üyelerinin 8'inin (6 asıl, 2 yedek) Yargıtay'ca, 7'sinin (6 asıl, 1 yedek) birinci sınıfa ayrılmış hakimlerce, 7'sinin ise (3'er asıl ve 1 yedek) TBMM ve Cumhuriyet Senatosu tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Kanunda, Yüksek Hakimler Kurulu'nun bağımsız olduğu, hiçbir makam ya da merciinin Kurula emir ve talimat veremeyeceği, Adalet Bakanının gerekli gördüğünde Kurulun toplantılarına katılabileceği, ancak oy verme hakkının bulunmadığı, hakimler hakkında disiplin işlemi yapma yetkisinin Kurula ait olduğu, yapılacak soruşturmanın Kurulun kendi müfettişlerince yapılacağı düzenlenmiş, ayrıca Kurul üyelerinin, görevleri süresince başka iş ve görev yapmaları da yasaklanmıştır.¹¹⁰ Bir hakimın her ne sebeple olursa

¹⁰⁸ ÖZBUDUN, s.360-361.

¹⁰⁹ ÜNAL Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı, S. 65, s.91-133.

¹¹⁰ İŞTEN, s.30-34.

olsun meslekten çıkartılması hakkındaki karar genel kurulun salt çoğunluğuyla alınacağı hükmü getirilmiştir.

1961 Anayasası'nda savcılarla ilgili olarak bu nitelikte bir kurulun oluşturulması öngörülmemiş, sadece 137 nci maddede Başsavcıdan söz edilmiş ve bu kişinin yüksek mahkeme hakimleri ile aynı hükümlere tabi olacağı belirtilmiştir.

Diğer yandan, Kurul sadece adliye mahkemeleri hakimlerinin özlük işleri hakkında yetkilidir. 1961 Anayasası, Danıştay hakimlerinin özlük işleri hakkında karar verme yetkisini Yüksek Hakimler Kurulu'na vermemiş, bu konuda özel bir sistem meydana getirmiştir.¹¹¹

Kısacası bu dönemde, yürütmenin hakimlerin tayin, terfi, görev yerlerinin değiştirilmesi, görevlerine son verilme ve diğer konulardaki yetkilerine son verilerek, özlük işlerinde karar verme yetkisi bağımsız bir organ olan Yüksek Hakimler Kuruluna tanınmıştır. Bu dönemde Yüksek Hakimler Kurulunun kararları, bir öneri veya danışma niteliğinde olmayıp, hiçbir makam veya merciinin onayına tabi olmadan sonuç doğuran ve icrası zorunlu olan kararlar şeklindedir.¹¹²

Bu düzenlemeler bir takım eleştirilere maruz kalmıştır. Bunlardan İlki, Hakimler Kuruluna seçilen üyelerin bir kısmının yasama meclisince belirlenmesine yöneliktir. Üyelerin, üye seçilmek amacıyla yasama meclisinde siyasi bir destek arayacakları ve senatoda çoğunluğu sağlayan bir siyasi iktidarın kendi politik eğilimine yakın olan kişileri seçeceği ileri sürülmüştür. Bir diğer eleştiri, yasama meclisleri tarafından yapılan seçimlerin zamanında yapılmamış olmasının olumsuz bir durum yaratacağıdır. Ayrıca söz konusu kurula birinci sınıfa ayrılmış hakimlerin üye seçilmesinin yerinde olmadığı, bu durumun birtakım sakıncaları beraberinde getireceği, örneğin seçimlere bölgecilik ve tavizciliğin karışacağı, görev süreleri sonucunda tekrar hakimliğe döneceklerinden görevleri sırasında, “sonra ne olur” düşüncesiyle tutuk kalacaklarıdır. Günümüzde de tartışılan diğer bir eleştiri ise, bu Kurulun kendisine ait bir bütçesinin olmamasının kurulun bağımsızlığına gölge düşürerek, Kurulu bakanlık bünyesinde bir genel müdürlük seviyesine dönüştüreceği yönündedir.

¹¹¹ ÖZBUDUN, s.362.

¹¹² ÜNAL, s.79.

Bütün bu düşüncelerin ve uygulamada karşılaşılan güçlüklerin de etkisiyle, Anayasanın konuyu düzenleyen 143 ve 144 üncü maddeleri 20.9.1971 tarih, 1488 Sayılı Kanunla değiştirilmiş ve Kurul yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle Kurul üyelerinin tamamının seçimi Yargıtay Genel Kuruluna verilmiştir. Yasama organının üye seçim hakkına son verilmiştir. Kurulun üye sayısı 11 asıl ve 3 yedek üyeye indirilmiştir. Adalet Bakanının yetkileri kısmen arttırılmış, Kurula başkanlık yapması imkanı getirilmiş, ayrıca oy verme hakkı da tanınmıştır.¹¹³ Bu değişikliğe kadar yargı denetimine açık olan ve Danıştay’ca incelenen Kurul kararlarına karşı artık yargı yolu kapatılmıştır.¹¹⁴ Ancak, Kurul kararı disiplin ve meslekten çıkarma cezalarıyla ilgili ise, kararın bir defa daha incelenmesini Adalet Bakanının veya hakkında karar verilen hakimin isteyebileceği düzenlenmiştir.

Yapılan bu değişikliklere de bir takım eleştiriler getirilmiştir. Bu eleştiriler; saf kooptasyon sisteminin hakimleri bir birine bağımlı hale getireceği, seçme hakkının sadece Yargıtay üyelerine değil tüm hakimlere verilmesinin gerektiği, böylesine önemli bir kuruluşun dolaylı ya da dolaysız olarak milli iradeye dayanmamasının doğru olmadığı, işlemlerin kesin nitelikte olmasının “yargı teknokrasisi” niteliğindeki imtiyazlı hakimler sınıfı oluşumuna sebep olacağı gibi yargı organının toplumdaki değişimlere duyarsız kalacağı, ayrıca yargı yasağının hukuk devletiyle çeliştiği yönündedir.¹¹⁵ Nitekim bu eleştiriler haklı görülmüş olmalı ki yargı yasağını ön gören hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından şu gerekçe ile iptal edilmiştir; *“Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurmayı engelleyen dava konusu ‘bu karar aleyhine başka mercilere başvurulamaz’ tümcesi Türkiye Cumhuriyeti niteliklerinden olan İnsan Hakları ve Hukuk Devleti ilkelerini bozmakta olduğundan Anayasa’nın 9 ncu maddesindeki ‘değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez’ yasağının içine girer; bu nedenle Anayasa’ya aykırıdır.”*¹¹⁶ Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, hükmü, Anayasa’nın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuş, ayrıca ilk kez bu kararında bir uluslararası normu, Türkiye’nin 6366 Sayılı Kanunla onayladığı “İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri

¹¹³ TANİLLİ Server, Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş, 1993, s.552; ÖZBUDUN, s.360; ÜNAL, s.73-82.

¹¹⁴ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s.107.

¹¹⁵ ÖZBUDUN, s.361.

¹¹⁶ Anayasa Mahkemesi, 27.1.1977 günlü, E:1976/43, K:1977/117 sayılı kararı, RG: 21.4.1977 gün, S. 15916, AMKD, S.15, s.106-131; ÜNVER, s.180; GÜNDAY, 1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları, I inci Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), Ankara-1991, s.141; ÖZBUDUN, s.363; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s.30.

Koruma Sözleşmesi”nin 6 ncı maddesi hükmünü bir ölçü norm olarak kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından sonra Danıştay, Kurul kararlarına karşı açılan davalara, 1981 yılında 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu çıkarılana kadar bakmaya devam etmiştir.

20.9.1971 tarih, 1488 sayılı Kanunla, savcılık teşkilatında da değişiklikler yapılmış. Cumhuriyet savcılarının, Yargıtay Üyeliklerine seçilmeleri dışında kalan bütün özlük işleri ve disiplin cezaları ile meslekten çıkartılmaları hakkında karar verme yetkisi ayrı bir kurul olan Yüksek Savcılar Kuruluna bırakılmıştır. Bu Kurulun kararlarının kesin olduğu ve bunlar hakkında başka bir merciye başvurulamayacağı hükmü getirilmiştir. Ancak disiplin ve meslekten çıkarma ile ilgili kararların bir defa daha incelenmesi, Adalet Bakanı ve hakkında karar verilen savcının istemiyle söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Kurul Adalet Bakanının başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulunca seçilen üç asıl ve iki yedek üye, Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdüründen kurulmaktadır. İdari görevleri nedeniyle savcılar Adalet Bakanlığına bağlıydılar ve denetimleri ile haklarındaki soruşturma Adalet Bakanlığı müfettişleri veya üst dereceli savcılar eliyle yürütülmektedir. Cumhuriyet Başsavcılarını yüksek hakimlere tanınan bazı teminat hükümlerinden faydalanabiliyorlardı.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen iptal kararında, Yüksek Savcılar Kuruluna da değinerek, bu Kurulun, Yüksek Hakimler Kurulundan farklı bir durumunun olduğu, savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı oldukları, bu nedenle Kurulun daha çok memur durumunda bulunan kişilerle ilgili olduğu ve bu kişilerin hakimlerin bağımsızlıklarından faydalanamayacakları, bu durumda, böyle bir kurulun kararlarını Yüksek Hakimler Kurulu kararları ile bir tutmanın yanlış olduğu belirtilmiştir.

Daha sonra çıkarılan 13.5.1981 tarih ve 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, Yüksek Hakimler kurulunu kaldırıp Yüksek Savcılar Kurulu ile birleştirerek yerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu oluşturmuştur. 1982 anayasasının konuyu 159 uncu maddesinde düzenlemesinden sonra, 3.6.1983 günlü, 2835 sayılı Kanun ile 2461 sayılı Kanunda bazı değişiklikler yapılmış ve Kurul bu günkü halini almıştır. 1982 Anayasasında 1961 den farklı olarak, üyelerin Yargıtay tarafından seçilmesine son verilerek, Yargıtay ve Danıştay’ın kendi üyeleri arasından gösterecekleri üçer aday içinden

Cumhurbaşkanınca seçilmesi öngörülmüştür. Yine sadece adliye mahkemeleri hakimleri hakkında karar verilmesi sistemine son verilerek adli ve idari hakim ve savcılarının tüm özlük işlemlerine karar vereceği düzenlenmiştir.

B. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yapısı

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısını Anayasanın 159 uncu maddesi şu şekilde ifade etmektedir; “Kurulun Başkanı Adalet Bakanı'dır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl, iki yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulu'nun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulu'nun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca dört yıl için seçilir. Kurul, seçimle gelen üyeleri arasından bir başkan vekili seçer” (Ay.m. 159/2). 1982 Anayasasıyla hakim ve savcılar hakkında yapılacak soruşturmaların Adalet Bakanlığı bünyesindeki Adalet Müfettişlerince yapılacağı düzenlenmiştir. Ancak karar, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca verilmektedir. 1961 Anayasasında bu kurulların kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulabiliyorken 1982 Anayasasıyla bu imkan kaldırılmıştır.

2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda da; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bağımsız olduğu, Kurul'u temsil ve Kurul adına beyanda bulunma yetkisinin Başkan'a ait olduğu, Kurul'da yapılan işlemler ve bunlarla ilgili görüşmelerin gizli olduğu hükme bağlanmıştır. Kurul kararlarını salt çoğunlukla alır ve üyeler kabul veya ret şeklinde oy kullanırlar. Çekimser oy ret sayılır. Ayrıca Kurul'un Adalet Bakanlığında toplanacağı ve Kurul'un işlerinin Adalet Bakanlığınca yürütüleceği düzenlenmiştir.

HSYK'nın Yargıtay ve Danıştay'dan gelen üyelerinin, Yargıtay ve Danıştay'daki görevleri devam etmekte, Yargıtay ve Danıştay'daki asıl görevlerine ek olarak HSYK üyeliği yapmaktadırlar. Uygulamada ise üyeler bu görevlerinin dışındaki diğer görevlerini fiili olarak yerine getirmemektedirler.

HSYK'nın çalışma usulleri, Kanunun 24 üncü maddesi gereğince hazırlanıp 14.07.1981 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren “Hakimler ve

Savcılar Yüksek Kurulu Yönetmeliği” ile düzenlenmiştir. Bu yönetmelikte Kurul’un çalışma şekline ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.¹¹⁷

HSYK, atama ve nakillerde uygulanacak ilkeleri bir yönetmelikle tespit eder ve bu yönetmelik Resmi Gazetede yayınlanır. Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdürlüğü, atama ve nakil isteyen hakim ve savcıların taleplerini, sicillerini ve diğer durumlarını inceleyerek Atama ve Nakil Yönetmeliğine uygun olarak bir taslak hazırlar ve HSYK'na sunar. Söz konusu taslak, ilgililerin gizli ve açık sicilleri ve diğer belgelerle birlikte Kurul tarafından bir ay içinde incelenerek ve gerekirse değişiklikler de yapılmak suretiyle kesin şeklini alır ve Adalet Bakanlığına tevdi edilir. Bakanlık ise Kurul kararına uygun olarak düzenleyeceği kararnameyi devlet başkanının onayına sunar.

Görüldüğü gibi HSYK bir karar organı olarak görev yapmakta, verdiği kararların uygulanması ise, Adalet Bakanlığına ait bulunmaktadır.

Bu gün Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kendine özgü bir sekreteryası yoktur. Sekreteryaya görevi Adalet Bakanlığı'nca yerine getirilmektedir. Asıl işleriyle bağları devam eden Kurul üyeleri bakanlıkça belirlenen gündemi görüşmek için belirlenen günlerde Adalet Bakanlığında toplanırlar. Gündemde görüşülen işlere ilişkin ön çalışmalarda Kurulun etkisi veya katkısı yoktur. Ön çalışmalar bakanlık birimlerince hazırlanır ve toplantı günü Kurula sunulur. Kurul bütün hakim ve savcıların özlük işlerini ve diğer işlemlerini görmekle görevlidir. Bu da gündemin çok yoğun olmasına sebep olmaktadır. Toplantı günlerinin belirli olması ve Kurul üyelerinin asıl işleriyle ilgilerinin kesilmemesi gerçeği karşısında hakimler için son derece önemli kararların alındığı bu toplantılarda yeterli bir incelemenin ve değerlendirmenin yapıldığını savunmak son derece güçtür.

1982 anayasası döneminde kurulan HSYK'nın mali bağımsızlığının olmayışı bir eksiklik olarak görülmektedir. Yapacağı harcamalar için idarenin onayını almak zorunda olan bir kurul idare karşısında tam bir bağımsızlık sağlayamaz. İdare, yapılmasını istemediği işleri, mali sebepleri bahane göstererek sürüncemede bırakabilir. Yargılamanın işleyişinden memnun olmayan idarenin, onun ihtiyaçlarını düşük tutarak, yargı faaliyetinin görünümünü gereklerine göre işleyişini engelleme olanağı vardır.

¹¹⁷ 14.07.1981 tarih ve 17400 sayılı R.G.

C. Hakimle ve Savcılar Yüksek Kurulunun Görevleri

HSYK, başta Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık mahkemesi üyelerinin seçimleri olmak üzere, diğer bütün hakim ve savcıların atama, nakil, terfi ve disiplin gibi bütün özlük işleriyle görevlendirilmiştir, (2461 Sayılı Kanunu m.4). Kurul bu görevini karar organı ve itirazları inceleme kurulu olarak yerine getirecektir.

1- Karar organı olarak

HSYK'nın görevlerinin, genel hatlarıyla Anayasa'nın 159 ncu maddesinde, ayrıntılı olarak 2461 Sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde düzenlendiğini belirtmiştik. Bu düzenlemelere göre Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun görevleri şunlardır:

- Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile Uyuşmazlık Mahkemesinin askeri yargı dışından gelen üyelerini seçmek.

- Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hakim veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlamak.

- Hakim ve savcıların; Mesleğe kabul etme, Atama ve nakletme, Geçici yetki verme, Her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayırma, Kadro dağıtma, Meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, Disiplin cezası verme, Görevden uzaklaştırma işlemlerini yapmak.

- Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Kurul başkanının yokluğunda, başkan vekilinin daveti üzerine üye tamsayısı ile toplanır. Kurulun başkan vekilinin başkanlığında toplanması veya asıl üyelerin toplantıya katılmaması hallerinde, üye tam sayısının sağlanması için, kıdemlerine göre yedek üyeler kurula davet edilir. Kurul kararları salt çoğunlukla alınır.(m. 10) Kurul kararının tebliğinden itibaren 10 gün içinde, Adalet Bakanı veya diğer ilgililerin, kurul kararının yeniden incelenmesini isteme hakları vardır.(m.l 1)

2- İtiraz mercii olarak

Kurulca yeniden incelenerek verilen karara karşı, ilgililer tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde itirazda bulunabilirler. Bu tür itirazlar, Adalet Bakanının veya Adalet Bakanının yokluğunda başkan vekilinin başkanlığında seçimle gelen asıl ve yedek üyelerden oluşan "İtirazları inceleme kurulu"nda incelenerek sonuçlandırılır. Bu kurulun toplantılarına başkan hariç en az 8 üyenin katılması ve kararın, katılan

üyelerin oy çokluğu ile alınması şarttır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bunlar aleyhine başka hiçbir idari veya yargı merciine başvurulamaz.

II. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

HSYK kararların hukuki niteliğini belirlemek yargısal denetimlerinin yapılabileceğini tartışabilmek bakımından önemlidir. Kurulun kararları idari yargının görev alanına giren idari işlem niteliğinde olduğu kabul edilirse idari yargı denetimine tabi olacak, idari işlem olarak kabul edilmediği takdirde ise idari yargı denetimi mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda en çok tartışılan konulardan biri de Kurulun bir yargı organı olup olmadığıdır. Nitekim Kurulun, yargı organı olduğu kabul edildiği takdirde kararları idari işlem olarak değerlendirilemeyecektir.

Doktrinde hakim olan görüşe göre; HSYK'nın çoğunluğu yüksek dereceli hakimlerden oluşmuş olsa da bir yargı organı değil, hakim ve savcılarının özlük hakları konusunda kesin nitelikte kararlar veren idari bir kuruluştur. Bu nedenle yaptığı işlemler de açıkça idari işlem niteliği taşımaktadır.¹¹⁸

20.9.1971 tarih, 1488 sayılı kanunla Anayasada yapılan değişiklik sonucunda Hakimler Kuruluna yargı yolunun kapatılması üzerine bu hükmün iptali istemiyle açılan davada, Anayasa Mahkemesince Kurulun bir yargı organı olmadığı belirtilmiş ve konuya ilişkin şu değerlendirme yapılmıştır; *“Kurul’un yapısında Adalet Bakanının başkan olarak bulunması nedeniyle, bir yürütme görevlisinin mahkemeye başkanlık etmesi düşünülemeyeceğinden, Kurul’un yargısal bir kurul, kararlarını da yargısal nitelikli karar sayılması olanaksızdır... idari nitelikteki bir kurulu yüksek dereceli Yargıtay üyelerinden oluşması kararlarının Yargıtay denetimi dışında bırakılmasını gerektirmez....”*¹¹⁹

Öğretide azınlıkta bulunmakla birlikte, Kurul’un tam olarak idari nitelikli bir kuruluş olmadığını, kararlarının da aynı şekilde tam bir idari karar sayılamayacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Buna göre yargı yolu, bir idari işlemin hukuka aykırılığı halinde ilgilinin mutazarrır olmaması için işin hakim önüne götürülmesidir. Olay zaten yüksek hakimler önünde değerlendirilmektedir. Kurul’un idari bir görev

¹¹⁸ ÖZBUDUN, s. 363; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 857; ÜNVER, s. 186; ÜNEN, s. 617; DARENDELİ, s. 76.

¹¹⁹ Anayasa Mahkemesi, 27.9.1977 günlü, E:1977/82, K:1977/117 sayılı kararı, RG: 4.1.1978 gün, S.16169.

yaptığı iddiası doğru değildir. Kurul'un yaptığı iş belki normatif olarak idaridir, ama hakkında hüküm verdiği kişiler hakim ve savcı, hüküm verenler yüksek mahkemelerin bu iş için seçilmiş yüksek hakimleri, evraklar dava dosyası tarzında ve uygulanan usul de bir üst mahkeme müzakeresi şeklinde olduğuna göre iş, adeta adli bir veçhe kazanmaktadır. Bu nedenle, Kurul'un işlevi ne tam idari, ne tam adli niteliktedir; kendine özgü bir yapısı bulunmaktadır.¹²⁰

Kurulun bir tür mahkeme olduğunu ileri süren görüş ise, son karar mercii bir kurulsu ve kurulun kararlarına karşı olağan mahkemeye başvuru imkanı yoksa, bu kurulun AİHM tarafından mahkeme olarak kabul ediliyor olmasına dayanmaktadır.¹²¹ Yine bu doğrultudaki bir başka görüşte ise, Kurulun kendi konusunda kesin ve yargısal kararlar alabilen, Yüksek Mahkeme düzeyinde bir kuruluş olduğu düşünülerek, Kurulun aslında yargısal nitelikte bir organ olduğu ileri sürülmektedir¹²²

Başka bir görüşte ise; Kurulun kararlarını, üyelerini bizzat aynı kurulun seçtiği Danıştay'ın denetimine tabi tutmak, yargı sistemi içindeki hiyerarşi anlayışına ters düştüğü gibi, istenilen sonucun alınması da mümkün değildir. Çünkü bu takdirde HSYK, Danıştay üyelerini kendi düşünceleri doğrultusunda karar verecek kişiler arasından seçme eğiliminde olacaktır. Kaldı ki, Kurul kararlarına karşı yargı yolunun tam olarak kapatıldığı da iddia edilemez. Zira Kurul kararlarına karşı, yüksek hakimlerden oluşan ve bağımsız bir mahkeme gibi çalışan İtirazları İnceleme Kurulu'na başvurmak mümkündür. Bununla beraber, bir yasa değişikliği ile, Adalet Bakanı ve bakanlık müsteşarının İtirazları İnceleme Kurulu'na katılmamaları sağlandığı takdirde, Kurul salt hakimlerden oluşan bir yüksek mahkeme niteliğine kavuşacağından, bu konudaki eleştirileri büyük ölçüde ortadan kaldırmak mümkün olabilir.¹²³ denilmektedir.

AYİM de bir kararında; HSYK'nın kurulmasıyla yargının, yargıçlar tarafından idare edilmesi sisteminin benimsendiğini vurgulayarak, Yargıyı, idare etmediğine göre, varoluş nedeni idarenin yargısal denetimini yapmak olan idari yargının, Başkanı durumundaki Adalet Bakanı hariç tümü yargıçlardan oluşan Kurulun

¹²⁰ İBRAHİMHAKKIOĞLU Uğur, "Yargı Bağımsızlığı", Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001), Ankara, Yayın No:12, s.666.

¹²¹ İNCEOĞLU Sibel, "Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımında Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi", Danıştay'ın 139 uncu Kuruluş Yıldönümü ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 11.5.2007, s. 11.

¹²² DURAN Lütfi, "Adliye Genel Yargı Yeri" Amme İdaresi Dergisi, C.2, S.1, Mart-1984, s.5.

¹²³ ÜNAL, s.91-133.

kararlarını denetlemesi açıklamasız kalacaktır. Eğer böyle bir denetim yapılacaksa, o zaman zaten Yüksek Kurulu oluşturmanın anlamı kalmayacaktır. Kurul'un yapısı ve işleyişindeki özelliklere dikkat çekerek, faaliyetinin idari bir faaliyet olarak görülemeyeceği sonucuna varmaktadır.¹²⁴

Kanaatimizce, bir kurulun yasama, yürütme veya yargı organı içinde nitelendirilebilmesi için önce yaptığı işe bakmak lazımdır. HSYK hakim ve savcılarının mesleki sorunları, tayinleri, nakilleri, terfileri gibi idari işlerle uğraştığına göre yasama ve yargı organı içinde olmadığı açıktır, kararları da yargısal bir işlev sonucunda oluşan yargısal bir karar olmadığından gerek maddi, gerek fonksiyonel olarak idari bir görev icra ettiği kabul edilmesi gerekir. Kurulun işlemlerine karşı, hukuk devletinin bir gereği olarak yargı yoluna müracaat edilebilmesi gerekmektedir.¹²⁵ Bir an için, Kurul kararlarının yargısal olduğunu kabul etsek bile, mahkemelerin kararlarına karşı temyiz yolu kabul edilmiştir. Kurul kararlarının bu anlamda bile denetime tabi olması gerekir. Aksi takdirde, Kurul'un yanılmazlığına dayanarak işlemlerinin sürekli hukuka uygun olduğu görüşü kabul edilmiş olacaktır. Bu da, "yargı teknokrasisi" oluşmasına neden olacaktır.

Bütün bunların yanında, HSYK'nın Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile Uyuşmazlık Mahkemesinin askeri yargı dışından gelen üyelerini seçmek görevlerini farklı bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekmektedir. Zira bu görevlerin idari işlem niteliklerinden ziyade tercih, takdir gibi özellikleri öne çıkmaktadır ve bunlar sonuçlarını yargısal alanda göstermektedir. Bu bakımdan Kurul'un yüksek yargı üyelerini seçme işlemlerinin, tam anlamıyla yargısal işlem olmamakla birlikte idari işlem niteliğinde de olmadığı kanaatindeyiz.¹²⁶

III. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

Yukarıda HSYK'nın tarihçesini anlatırken 20.9.1971 tarih, 1488 sayılı kanunla Anayasada yapılan değişiklik sonucunda Hakimler Kuruluna yargı yolunun kapatıldığını belirtmiştik. 1971 Değişikliğinin gerekçesinde, "*Esasen çoğunluğu*

¹²⁴ AYİM Daireler Kurulunun 30.06.1994 günlü, E:1994/38, K:1994/1 sayılı kararı, AYİM Dergisi No:9, AYİM İnternet Sitesi, (<http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/>), 03.03.2006.

¹²⁵ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s.363; ÇAĞLAYAN, s. 38; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 28- 29.

¹²⁶ İŞTEN, s.107; AKARSU, s.108.

yüksek mahkeme üyelerinden oluşan bir kurulun kararlarına karşı başkaca teminat yolu düşünülmesine gerek görülmemiştir.” açıklaması yapılmıştır. Bu gerekçe inandırıcı değildir. Çünkü, her şeyden önce Kurul'da teminatla donatılmamış olan Adalet Bakanı ve Müsteşarı vardır. Gerekçedeki, "*Kurul üyelerinin çoğunluğunun hakimlerden oluştuğu*" ibaresi doğru olmakla birlikte, kararlar hakimlerin çoğunluğu ile çıkmayabilir. Bir karar için hakim üyelerden üç tanesinin muhalefet ettiğini farz edelim; geriye kalan iki hakim üye kararın çıkması lehinde olsunlar. Bu durumda karar çıkmayacaktır. Buna karşılık HSYK'nın diğer iki üyesi Adalet Bakanı ile Müsteşarı yönünde oy kullansınlar, bu kararın çıkmasında etkili olan hakim üyeler değil, parti mensubu olabilen bakan ile idarenin elemanı olan üyeler olacaktır. Gerekçede atlanan bir nokta da şudur: Kurul üyelerinin çoğunluğu hakim üyelerden oluşsa bile, Kurulun yaptığı işler ve aldığı kararlar idari niteliktedir. Yani, Kurul "yargı" yetkisiyle donatılmamıştır.

Söz konusu bu değişiklik, Anayasa Mahkemesince şu gerekçe ile iptal edilmiştir. "*...6366 sayılı Kanunla Türkiye'nin de katıldığı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan tarafsız ve müstakil bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni bir surette dinlenmesini istemek hakkına haizdir diye yazılıdır... Anayasada da cumhuriyetin insan hakların dayandığını açıklamış ve kurallarını koymuştur. Bu nedenle Yüksek Hakimler Kurulunun kararlarının yargı denetimini engelleyen dava konusu kural insan hakları ilkesine aykırıdır. ...yargı denetimine başvurulmaması Cumhuriyetin hukuk devleti ilkesiyle ters düşer.... Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz tümcesi Türkiye Cumhuriyeti niteliklerinden olan insan hakları ve hukuk devleti ilkesini bozmakta olduğundan Anayasanın "değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" yasağının kapsamı içine girer bu nedenle Anayasaya aykırıdır.*"¹²⁷

12 Eylül 1980 tarihinde, Türkiye'de yaşanan askeri darbe sonrasında, askeri yönetim icraatlarının yargı denetiminden muaf olmasına taraftar olmaları nedeniyle

¹²⁷ Anayasa Mahkemesi, 27.9.1977 günlü, E:1977/82, K:1977/117 sayılı kararı, RG: 4.1.1978 gün, S.16169.

işlemleri yargı denetimine tabi olan Yüksek Hakimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulunu lağvederek yargı yolu kapatılmış yeni bir Kurul oluşturulmuştur.¹²⁸

1982 Anayasası'nda, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na ilişkin düzenleme 159 uncu maddede yapılmıştır. Bu maddenin dördüncü fıkrası ile, Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı hükmü getirilmiştir. Bu hükme paralel düzenleme, 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 12 nci maddesinde yer almaktadır.

1982 Anayasasının 159 ncu maddesinin gerekçesinde; *“Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulmuş ve görevini bu esaslar dâhilinde yapmakla görevlendirilmiştir. Kurulun çoğunluğu hâkimlik teminatını haiz olanlardan meydana gelmektedir.”* açıklaması yer almaktadır. Görüldüğü üzere, gerekçede Kurul kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasının sebebine ilişkin her hangi bir açıklama yapılmamıştır. Sadece Kurulun, çoğunluğu hakimlik teminatını haiz olanlardan meydana geldiği belirtilmekle yetinilmiştir. Bu bakımdan, madde gerekçesi konumuzla ilgili olarak aydınlatıcı olmadığı gibi, yeterince bilgi verdiği söylenemez.

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı değişmiştir. Yüksek Mahkemenin bu yönde vermiş olduğu bir kararında şu ifadeler yer verilmiştir; *“...öğretide Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı gereği politik bir organ olan hükümetle bağlantılı olmadığı, Anayasa koyucunun Kurul'u “yargının hükümeti”, yani kendi içindeki “yürütme” olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle de Kurul'un atama kararlarının genel yürütme işlemlerinden değildir. Kaldı ki Anayasa kurallarına dayanılarak alınan bu kararlar her hangi bir danışma ve önerme niteliğindeki kararlar olmayıp, hiçbir makam ve merciinin onayına gerek olmaksızın hukuksal sonuç doğuran yürütülmesi zorunlu kararlardır”*.¹²⁹

Danıştay, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra Kurul kararlarına karşı açılan davalarda, öncelikle dava konusu işlemin Kurul'un görev alanına girip girmediği hususunu incelemektedir. Konu Kurul'un görev alanına giren bir konu ise, Anayasa'nın 159 ve 2461 Sayılı Kanununun 12 nci maddesinde yer alan amir hükümler

¹²⁸ ÜNEN Emil, “Bir 12 Eylül Kalıntısı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, İstanbul Barosu Dergisi, C.72, S.1,2,3, 1998, s.615.

¹²⁹ Anayasa Mahkemesi, 27.04.1993 günlü, E:1992/37, K:1993/18 sayılı kararı, AMKD, S.31, C.1, s.102; AKARSU, s.105.

doğrultusunda karar vermekte ve işlemin yargı yoluna kapalı olduğu gerekçesiyle dosyayı incelememektedir. Kurul, kendi görev ve yetkisinde olmayan bir konuda karar almış ise, söz konusu davanın esasının idari yargıda incelenmesini mümkün görmekte ve dosyayı incelemektedir. Bu konuda verdiği bir kararda da şöyle denilmiştir; “...*Bu genel saptama karşısında davaya bakıldığında, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca alınan ilke kararı dava konusu yapıldığından, öncelikle davaya konu olan ilke kararının Kurulun görev ve yetkisi dahilinde alınıp alınmadığının tespiti gerekmektedir. Eğer Kurul görev ve yetkisinde olmayan bir konuda karar almış ise ancak bu halde söz konusu davanın esasının idari yargıda incelenmesi mümkün bulunmakta aksi halde, yukarıda belirtildiği üzere Kurulun yetkili ve görevli olduğu konularda aldığı kararlara karşı Anayasa hükmü ile yargı yolu kapatılmış olduğundan, bu kararlara karşı açılan davalarda idari yargı yerince davanın esasının incelenmesi olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle, öncelikle davaya konu olan ilke kararının Kurulun görev ve yetkisi içinde alınıp alınmadığının tespiti gereklidir. ...birinci sınıf olmanın bir yükselme çeşidi olduğu ve bu konuda değerlendirme ve karar alma görev ve yetkisinin Kurula ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Anayasa'nın 159/4 maddesi ile Kurulca alınan gerek düzenleyici nitelikte gerekse bireysel nitelikteki görevi dâhilindeki işlemlere karşı dava yolu kapatılmış bulunduğundan, anılan Yasa hükmü uyarınca Kurulca alınan ilke kararının iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenme imkânı bulunmamaktadır*”.¹³⁰ Aynı yaklaşımla incelenen bir davada da yine aynı nitelikte karar vermiştir.¹³¹

Yukarıda anlatılan diğer konularda olduğu gibi zincir işlem teorisi gereği Kurulun kararından önceki aşamada yer alan işlemlere karşı dava açılabilir. Danıştay Beşinci Dairesince verilen bir kararda, zincir işlem teorisinden yola çıkarak dava konusu işlemin, HSYK işleminden önceki bir aşama yer alan Adalet Bakanlığı işlemi olduğu belirtilerek, davanın esastan incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Kararda şu ifadeler yer verilmiştir; “...*Bir başka deyişle, Adalet Bakanının merkez teşkilatında çalışan hakimler ve savcılar için Hakimler ve Savcılar*

¹³⁰ Danıştay 11. Dairesi, 17.02.2004 günlü, E:2003/916, K:2004/728 sayılı kararı, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 28.3.2008.

¹³¹ “*Bu durumda, yapılacak yargılamanın özünü, düzenlenen sicil oluşturması ve olayda adı geçenlerin terfi edemediği yolundaki dava konusu edilemeyen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararının dayanaklarından birisini oluşturması nedeniyle tek başına dava konusu edilebilecek bir işlem olmadığı gerekçesiyle işin esası incelenmeden verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.* Danıştay 2. Dairesi, 16.10.2006 günlü, E:2006/1198, K:2006/2813 sayılı kararı, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 28.3.2008.

Yüksek Kuruluna yaptığı teklif, ilgili hakim veya savcının merkez teşkilatında bulunduğu görevden alınması sonucunu doğuran kesin nitelikte bir idari işlemdir. Olayda, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulunda Müfettiş olarak görev yapan davacı, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine müfettişlik görevinden alınmış, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca çıkartılan 2003 yılı Temmuz Dönemi Hakim-Savcı Atama Kararnamesi ile Ankara Cumhuriyet Savcılığına atanmıştır. Bu durumda, davacının müfettişlikten alınması yolundaki Adalet Bakanlığı teklifinin, iptal davasına konu edilebilecek kesin ve icrai bir işlem niteliğini taşıdığı açık olduğundan, anılan teklifin; atamaya esas somut bilgi ve belgeleri içerip içermediği, takdir yetkisinin idarece kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden yerinde kullanılıp kullanılmadığı açısından yargısal denetime tabi tutulması gerekirken Mahkemece yapılan nitelendirmede ve davanın usulden reddi yolundaki kararda hukuki isabet görülmemektedir.”¹³²

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, idare hukukumuzun kaynağını teşkil eden Fransız idare hukukunda farklı bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir. Yüksek Hakimler Kurulu, 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 65 inci maddesinde düzenlenmiş olup, kararlarının yargı denetimine kapalı olduğuna ilişkin Fransız Anayasası'nda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Nitekim Fransa'da, disiplin konusundaki kararları hariç olmak üzere, Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı, Fransız Danıştay'ına başvurulabilmektedir.¹³³ Fransız yazarlar, bunun mümkün olmaması halinde, hakimlik teminatının zayıflamış olacağını belirtmektedirler. Kurul'un, disiplin kurulu olarak verdiği kararlar ise kesin olup, bunlar hakkında başka hiçbir yargı organına başvurmak mümkün değildir. İtalya' da, 1948 Tarihli İtalyan Cumhuriyeti Anayasası, Yüksek Hakimler Kurulu'nu öngörmüştür. Kurul kendi kendini yönettiği gibi ayrı bir bütçeye de sahiptir. Kurul kararları, idari işlem olarak kabul edilmiş ve yargısal denetime tabi oldukları ilgili yasada öngörülmüştür. Kurulun disiplin işlemlerine ilişkin dairesinin verdiği kararlara karşı da Yüksek Temyiz Mahkemesi Daireler Kurulu önünde itiraz imkanı sağlanmıştır.¹³⁴ Amerika Birleşik Devletlerinde ise, şikayet üzerine yapılacak soruşturma özel bir komite tarafından yapılmakta, Bölge Yargısal Konseyi soruşturma raporunu değerlendirerek bir karar vermektedir. İlgili yargıç verilen karara Birleşik Devletler Yargısal

¹³² Danıştay 5. Daire, 28.06.2004 günlü, E:2003/6399, K:2004/3046 sayılı kararı, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 28.03.2006.

¹³³ ÖZBUDUN, s.363; ÜNVER, s.186.

¹³⁴ ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sonuçları, Ankara-2001, s. 38.

Kurulunda itiraz edebilmektedir. Bu itiraz imkanları dışında verilen kararlara karşı yargı denetimi bulunmamaktadır.¹³⁵ Türkiye’de ise 1982 Anayasasına göre hiçbir şekilde yargı yoluna müracaat edilememektedir. Sadece 2461 Sayılı Kanun uyarınca, karar aleyhine İtirazları İnceleme Kurulu’na müracaat edilebilmektedir. Kaldı ki, bu Kurul, asıl üyelere yedek üyelerinde eklenmesiyle oluşan bir kurul olduğundan, bu yolun da etkili bir başvuru veya hak arama yolu olduğunun kabulü tartışılır mahiyettedir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nde en sıradan, en basit bir kamu görevlisine tanınmış olan hukuksal güvencenin hakim ve savcılardan esirgenmesi nedeniyle, hakim ve savcılarının güvenceli ve görev yaptıkları mahkemelerin de bağımsız olduklarından söz edilemeyecektir.

Kanaatimizce, Kurul’un gerek Anayasa’da, gerekse 2461 Sayılı Kanunda sayılmış olan görevleri bakımından bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Kurul’un hakim ve savcılarının özlük işlerine yönelik kararlarının yargısal denetime açılması gerektiği hususunda hiçbir duraksama bulunmamaktadır. Ancak, yüksek mahkeme üyelerinin seçilmesine ilişkin görevin yoğun olarak takdir yetkisi kullanılan tercih faaliyetleri olduğu ve Anayasa’nın 125 nci maddenin amir hükmü gereğince, takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği açıktır. Bu bakımdan yüksek yargı üyelerini seçme işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulmasının, sonuçları bakımından bir mahsurunun bulunmadığı, ancak bu işlemlerin de takdir yetkisi dışında kalan yetki ve şekil unsurları yönünden yargısal denetime tabi tutulabileceği¹³⁶ yolundaki kanaat oldukça isabetlidir.

¹³⁵ İNCEOĞLU, s.6.

¹³⁶ AKARSU, s. 110; İŞTEN, s. 115.

BEŞİNCİ BÖLÜM

YARGI DENETİMİ DIŞINDA TUTULAN DİĞER İŞLEMLER

I. SAYIŞTAY KARARLARI

Anayasanın 160 ıncı maddesinde Sayıştay için şu ifadeler yer almaktadır; “Sayıştay, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. Sayıştay’ın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren on beş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz.

Vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararları esas alınır.

Mahalli idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması Sayıştay tarafından yapılır.

Sayıştay’ın kuruluşu, işleyişi, denetim usulleri, mensuplarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işleri, Başkan ve üyelerinin teminatı kanunla düzenlenir.”

A. Sayıştay’ın Tarihçesi

Sayıştay’a benzer görev yapan kuruluşların tarihi çok eskidir. Devletle birlikte varlık kazanmışlardır. Devletin görevlerini yerine getirirken büyük harcamalar yapması, onu yapılan harcamaları denetlemeye mecbur etmiştir. Böylece Sayıştay’a benzer müesseseler doğmuştur.

Osmanlı İmparatorluğunda, denetleme müessesesinin ne zaman kurulduğu kesin olarak bilinmemekle birlikte, bu vazifeyi yerine getiren Baş Muhasebe, Fatih Kanunnamesi’nde rastlanmaktadır. Baş muhasebe, Defterdarlığın (Maliye Bakanlığının) işlemlerini denetlerdi. Baş Defterdarın (Maliye Bakanının), hazine aleyhine emirlerini redde yetkiliydi. 3 Zilhicce 1281 (1866) tarihinde Divan-ı

Muhasebat Nizamnamesi ile Divan-ı Muhasebat (Sayıştay) doğmuştur. 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin (Anayasa) 105'inci maddesinde Sayıştay'ın, hem idari kararlar hem de yargıyla ilgili kararlar vereceği düzenlenmiştir. Ancak bir Anayasa kuruluşu olduğu için, idari kararlardan ve yargı hükümlerinden dolayı, Danıştay'ın denetimine tabi değildi. 1920-1923 yılları arasında Sayıştay faaliyette bulunmamış, 1923 yılında Divan-ı Muhasebat adıyla yeniden kurulmuştur. Gerek 1876 da ilan olunan Kanuni Esasi de, gerek bundan sonra kabul edilen bütün anayasalarda Sayıştay, anayasal bir kurum olarak yerini almıştır.

1961 anayasasında Sayıştay yürütme bölümünde ve 127 inci maddesinde düzenlenmiştir. Sayıştay'ın, kuruluşunu, işleyişini denetim usullerini, mensuplarıyla ilgili hükümleri 21 Şubat 1967 tarih ve 832 sayılı kanunla düzenlemiştir. Sayıştay'ın kuruluşu, görevlerine göre (idari ve yargı) düzenlenmiştir. Daireler, Daireler Kurulu, Temyiz Kurulu ve Genel Kurul idari ve yargısal işlere bakar. Memurlar Seçim ve Disiplin Kurulu ve Yüksek Disiplin Kurulu ise Sayıştay'ın iç düzeniyle ilgili kurullardır.

1982 anayasasında Sayıştay, yargı bölümünde ve 160'ıncı maddede düzenlenmiştir. Buna rağmen yüksek mahkemeler arasında sayılmamaktadır. Anayasa, Sayıştay kararlarına karşı başka yargı organlarına başvuruyu önlemiş ve kararlarının kesin olduğunu bildirmiştir.

B. Sayıştay'ın Yapısı ve Görevleri

1- Sayıştay'ın Yapısı

Sayıştay, görevlerini kurul olarak yerine getirir. Sayıştay'ın görevleri ile ilgili kurullar; Daireler, Temyiz Kurulu ve Genel Kurul'dur. Sayıştay yargı görevlerini daireler ve temyiz kurulu eliyle yerine getirir. Denetimin planlanması, uygulanması ve sonuca bağlanması faaliyetleri mevzuat çerçevesinde, herhangi bir organın müdahalesi olmaksızın doğrudan Sayıştay'ca yürütülmektedir. Sayıştay, ayrıntılı denetim usul ve esaslarını örgüt yasası çerçevesinde doğrudan kendisi belirlemektedir.

Daireler, birer hesap mahkemesi niteliğinde olup bir başkan ve altı üyeden oluşur. Daireler, sorumluların hesaplarını ilgili yasalara göre inceleyip yargılayarak haklarında beraat ya da tazmin kararı verir. Daireler; Sayıştay'ın hem idari

görevlerini, hem de yargısal görevlerini yerine getiren kuruluşlardır. Danıştay'dakinin aksine, idari görev yapan dairelerle yargı görevi yapan daireler birbirinden ayrılmamıştır. Her daire bir hesap mahkemesi gibi çalışır. Daireler kararını oy çokluğuyla verirler.

Hesaplar üzerinde ön inceleme denetçiler tarafından yapılır. Bu denetim sırasında ortaya çıkan yasaya aykırı durumlardan dolayı saymanlar “Daire” tarafından “tazmine” mahkum edilirler. Dairenin verdiği yargı kararlarının temyiz yolu ile incelenmesini sağlamak için temyiz kurulu oluşturulmuştur. Bu kurulun başkan ve üyeleri dört yıl için Sayıştay Genel Kurulu'na seçilir. Temyiz Kurulu, dört daire başkanı ve her daireden alınan iki üyeden oluşur. Temyiz Kurulu üyelerinin her yıl dörtte biri yenilenir.¹³⁷

Anayasaya göre Sayıştay'ın başkan ve üyeleri azledilemezler, kendi istekleri olmadıkça emekliye ayrılamazlar. Sayıştay bütçesi yürütme organının müdahalesi olmaksızın doğrudan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmaktadır. Birinci Başkan Sayıştay bütçesinin ita amiridir. Sayıştay Birinci Başkanı yedi yıllık bir süre için, Sayıştay üyeleri ise herhangi bir süre kaydı olmaksızın Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilmekte; denetçiler de Sayıştay tarafından açılan yarışma sınavındaki başarı derecelerine göre işe alınmaktadırlar. Sayıştay Birinci Başkan ve üyeleri azlolunamazlar ve kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevk edilemezler. Meslek mensuplarına yargıçlar için öngörülen teminat tanınmıştır.

2- Sayıştay'ın Görevleri

Sayıştay'ın denetim ve yargılama olmak üzere iki temel görevi bulunmaktadır. Bu görevlerden biri “idari” diğeri “yargısal” niteliktedir. Sayıştay'ın idari görevleri arasında bütçenin uygulamasını denetlemek, kesin hesapları incelemek ve görüşünü Millet Meclisi Başkanlığına bildirmek, mali kararlarda TBMM'ye raporlar vermek vize, tescil, uygunluk bildirimi, idari nitelikteki kararların birleştirilmesi gibi görevler yer alır; yargı görevleri arasında da, gelir gider ve mal işlemleri, bu işlemlere ilişkin sayman hesaplarını incelemek ve sorumluların “zimmet” ya da “beraatına” ilişkin karar vermek gibi, görevler yer alır.

¹³⁷ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s.58.

Sayıştay'ın görev ve yetkileri 832 sayılı Kanunun 28 ve 29'uncu maddelerinde sayılmıştır. 28 inci maddede Sayıştay aşağıda gösterilen görevleri yerine getireceği ifade edilir:

- Genel ve katma bütçeli dairelerin, sermayesinin yarısı veya yarısından fazlasına katılmak suretiyle sabit veya döner sermayeli veya fon şeklinde kurulan kurum ve teşebbüslerin, Kanunlarla Sayıştay denetimine tabi tutulan diğer kurumların bütün gelir, gider ve mallarıyla nakit, tahvil, senet gibi kıymetlerinin (Emanet niteliğinde olanlar dahil) alınıp verilmesini, saklanma ve kullanılmasını denetler. Sorumluların hesap ve işlemlerini yargılayarak kesin hükme bağlar.

- Devlete ait ikraz, istikraz ve taahhütlerle çeşitli kaynaklardan bağış ve yardım suretiyle elde edilen nakdi veya ayni kıymetleri, Hazine bonolarını, bütün kefalet, kredi ve Hazine avanslarını kaydedip denetler.

- Genel ve katma bütçelere ilişkin genel uygunluk bildirimlerini, Anayasada belirtilen süre içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar.

- Gerektiğinde mali işlere ve hesap usulleriyle gelir tahakkuk sistemlerine dair Millet Meclisine rapor verir.

- Denetimine tabi kuruluşların hesap ve işlemlerinin incelenmesi sonucunda gerekli gördüğü hususlara dair Millet Meclisine rapor verir.

- Sayıştay, kanunlarla kendisine verilen diğer görevleri yerine getirir.

Madde hükmünün ilk paragraftaki bölümünde sayılan görevler yargısal nitelikli; kalan diğer bölümünde yazılı olanlar ise denetim fonksiyonu ile ilgili görevlerdir. Sayıştay gerek kuruluş kanunuyla gerekse diğer kanunlarla verilen görevlerini yerine getirebilmek için bir takım yetkiler kullanmak zorundadır. Zira kendisine yükletilen görevler etkin bir yetkilendirmeyi de gerektirir. Sayıştay'ın gerek denetim, gerekse yargılama aşamasında kullanabileceği yetkiler 832 sayılı Kanunun 29'uncu maddesinde belirtilmiştir.¹³⁸

¹³⁸ SAYIN İsmail Hakkı, Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Ankara-1999, s.83.

C. Çalışma Yöntemi

Çalışmalarını belgeler üzerinde kapalı olarak yapar, gerek görürse ilgilileri çağırarak dinleyebilir, hesaplarını yargılarken işleri üç aşamada yürütmektedir. Bunlar ön inceleme, yargılama ve temyiz aşamasıdır.¹³⁹

1- Ön İnceleme Aşaması

Sayıştay'da hesaplar üzerinde ön inceleme Sayıştay denetçileri tarafından yapılır. Denetçiler hesapları incelerken özellikle, ödemelerle ilgili kağıtların ve kayıtların birbirine uygun olup olmadığını, gelir ve giderlerin yasalara ve bütçeye uygunluğunu araştırırlar ve raporlarında sorumluluğu gerektiren bir durum olup olmadığını açıkça belirtirler. Sorumluluğu gerektiren bir durum karşısında kaldıklarında, saymanın yazılı savunmasını alır ve kendi görüşleriyle birlikte rapora eklerler. Sayıştay'daki yargılamada, denetçinin raporu esas alınır.

2- Yargılama Aşaması

Sayıştay'da hesapların yargılanması daireler tarafından yapılır. Birinci Başkan, incelenmesi bitirilen ve raporu hazır olan hesapları, yargılamak üzere dairelere verir. Daireler kendilerine gelen işler hakkında savcının görüşünü alırlar. Daireler gerek görülürse hesabı yargılanan saymandan yeniden açıklama ve bilgi isteyebilirler. Sayıştay dairelerinde yürütülen yargılama işleri, saymanların hesapları konusundaki raporlar üstünde bir hesap yargılaması şeklinde olur. Çeşitli belgeler incelenip değerlendirilerek, yapılan harcamaların kanuna ve usule uygunluğu tespit edilir. Hesapların yargılanması sonunda beraat, zimmet veya tazmin kararı verilir.

Sayıştay Kanununun 45'inci maddesine göre sorumluluğun doğması için, gelir, gider, mal ve kıymetlerin mevzuata uygun olarak tahakkuk ettirilmemesi, alınmaması, harcanmaması, verilmemesi, saklanmaması veya idare edilmemesi yeterli olup, bu hallerin varlığından ilgililerin kusurlarının olup olmadığı aranmaz. Aynı kanununun 46'ncı maddesinde de hesaplar üzerindeki denetimlerin mevzuata uygunluk yönünden yapılacağı vurgulanmış olup, kişilerin kusurlarının var olup olmadığını araştırmaya gerek olmadığı vurgulanmaktadır. Bu tür bir sorumluluk literatürde kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmektedir .

¹³⁹ YILDIRIM Ramazan, İdare Hukuk Dersleri 1, Konya-2005, s.57.

3- Temyiz Aşaması

Sayıştay'ın yargı kararları üzerine, temyiz, karar düzeltmesi ve yargılamanın iadesi yollarına başvurulabilir. Ancak bu başvuru, Sayıştay bünyesindeki, bu konuyla ilgili görevli organlara olabilir. Sayıştay dışındaki başka bir yargı organına olamaz. Sayıştay'ın kesin hükümleri hakkında, ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren 15 gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi talebinde bulunabilirler. Vergi ve benzeri mali yükümlülükler ve ödemeler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararları esas alınır. Daire kararları, Sayıştay içinde bulunan Temyiz Kurulu'na başvurarak temyiz edilebilir. Temyiz incelemesi dosya üzerinde olur. Temyiz Kurulu, daire kararını ya aynen, ya da değiştirerek onaylar, ya da bozar. Daireler bozma kararına uymak zorundadır.

D. Sayıştay'ın Denetim Alanı

Yürürlükteki mevzuata göre bakanlıklar ve bağlı genel müdürlükler gibi genel bütçeli daireler; Üniversiteler, Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü gibi katma bütçeli idareler; Devlet Orman İşletmeleri ve evlet hastaneleri gibi döner sermayeli kuruluşlar; afetler ve çevre fonları gibi fon şeklindeki kuruluşlar; belediyeler ve il özel idareleri gibi özel bütçeli kuruluşlar ve devlet tiyatroları, Devlet Opera ve Balesi gibi farklı bütçe rejimi bulunan kuruluşlar yer almaktadır. Sayıştay; denetimine tabi kurumların cari, yatırım ve transfer harcamalarını denetlediği gibi bu kurumların bütün gelirlerini ve taşınmazlar dahil mallarını, ikraz, istikraz, kredi ve avans işlemlerini de denetlemektedir.¹⁴⁰

Kamu iktisadi teşebbüsleri, Özelleştirme İdaresinin özelleştirme işlemleri, kimi bütçe dışı fonlar ve bazı özerk idareler Sayıştay denetimine tabi değildir.

E. Sayıştay'ın Konumu ve Kararlarının Hukuki Niteliği

Sayıştay kararlarının hukuki niteliği ve buna bağlı olarak denetimi sorunu kurumun kurulduğu tarihten bu yana tartışılmıştır. Sayıştay kararlarını nitelendirmek için öncelikle Sayıştay'ın hukuki niteliğini tespit etmek gerekmektedir.

¹⁴⁰ GÜNDAY, s. 384.

Sayıştay'ın bir mahkeme olarak kabul edilip edilemeyeceği konusundaki tartışmaların 1924 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarına kadar uzandığı söylenebilir. Aslında Osmanlı Divan-ı Muhasebat'ı daha kuruluşundan itibaren, görev alanı ve türü zaman içinde değişmekle birlikte daima bir yargı mercii veya yargısal denetim yapan kurum olarak da örgütlenmiş böylece bir yargı mercii halini alan Sayıştay'ın kararlarına karşı, Danıştay'a temyizen müracaat imkanı getirilmişti.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında bazı ülkelerde Sayıştaylara yargı yetkisi verilirken, diğer bazı ülkelerde bu tür bir yetkinin söz konusu olmadığı gözlenmektedir. Nitekim Almanya, İngiltere, Hollanda ve Luxemburg Sayıştaylarının yargı yetkisi olmadığı halde, Fransa Belçika, İtalya, İspanya, Portekiz ve Yunanistan gibi bazı Kıta Avrupası ülkelerinde Sayıştayların yargı yetkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda; İtalya, İspanya, Portekiz Sayıştaylarında üyeler yargıç unvan ve statüsüne sahiptir. Yunanistan Sayıştay'ının ise 116 üyesinden 24'ü yüksek yargıç statüsündedir. Diğer taraftan; Sayıştayların yargı yetkisinin ülkelere göre farklı yapı ve düzeylerde uygulandığı gözlenmektedir. Örneğin İspanyada ilk derece mahkemesi olarak hüküm vermekte ve kararları aleyhine Yüksek Mahkeme nezdinde temyiz yoluna gidilebilmektedir. Buna karşılık Fransız bölge hesap mahkemelerinin kararları Sayıştay'da; Sayıştay kararları da Danıştay'da temyiz edilmektedir. Portekiz ve Yunanistan'da ise Sayıştay yargımın bir parçasıdır ve diğer mahkemelerle eşit düzeydedir.¹⁴¹

Bizde ise 1876 Kanun-u Esasi ve 1924 Anayasası'nda Sayıştay'a yargı yetkisi verilmediği halde Sayıştay kuruluş yasasıyla verilen yargı yetkisini kullanmıştır. Kararlarına karşı dava açılmayacağı ise Danıştay İçtihadı Birleştirme kararıyla belirlenmiştir.¹⁴² Sayıştay kararlarının Danıştay'a götürülmemesi şeklindeki uygulama 1961 Anayasasına kadar devam etmiştir. Nihayet, 127 nci maddesinde Sayıştay'a sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak görevi verilmiştir. Kesin hükme bağlama terimine bir yargı kararı şeklinde bakılacak olursa Sayıştay'a yargı görevi tanındığı söylenebilir.¹⁴³ 1965 yılında Danıştay Dava Daireleri Kurulunun konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda şu değerlendirme yapılmıştır; “*Anayasanın Kurucu Mecliste görüşülmesi sırasında Sayıştay'ın yargı*

¹⁴¹ UZ Abdullah, Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay 'ın Yargısal Kimliği, AÜHFD, Y. 2005, C. 54, S.4, s.363.

¹⁴² Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 28.4.1939 günlü, E:1939/82, K:1939/98 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, D.D, 1939, S. 9, s. 58.

¹⁴³ SAYIN, s.90.

*organları arasında yer alması hususunda verilen önerenin reddedilmiş olduğu, Sayıştay'ın 127. maddedeki düzenleme yerinin idare içinde yer aldığı, kaldı ki, Anayasanın 7. maddesine göre yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılabilceği, bu nedenle Anayasa'nın idare bölümünde yer alan, Türk Milleti adına hüküm vermeyen Sayıştay'ın nihai hüküm vermeye yetkili bir yargı organı olarak kabulüne imkan olmadığı, bununla beraber 127. madde ile sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamakla görevlendirilmiş olan Sayıştay'ın muhasip ve diğer ilgililer hakkında zimmete hüküm veren sui generis bir alt idare mahkemesi olarak kabulünün gerektiği ve kararlarının temyizden Danıştay'da görüşüleceği”.*¹⁴⁴ Daha sonra 21 Şubat 1967 tarihinde yürürlüğe giren 832 sayılı Sayıştay Kanunuyla “Sayıştay’ca verilen ilamlar aleyhine Danıştay’a başvurulamaz” hükmü getirilmiştir. Söz konusu hükmün iptali için açılan dava sonucunda, Anayasa Mahkemesinin 1973 yılında verdiği iptal kararında, Sayıştay’ın Anayasa’nın “Yargı” bölümünde yer almadığı, Sayıştay Başkan ve üyelerine Anayasa’da yargıçlık güvencesi tanınmadığı, Sayıştay’ın uyuşmazlıkları çözmekle görevli bir yargı mercii olmadığı ve yaptığı denetimin hukuki açıdan idari bir nitelik taşıdığı, dolayısıyla Sayıştay’ın mahkeme olamayacağı ifadesine yer verilmiştir.¹⁴⁵ Mahkemelerin, Sayıştay ile ilgili yukarıda değinilen ve birbiriyle çelişen kararlarındaki yaklaşımı doktrinde haklı olarak eleştiri konusu yapılsa da gerek yargısal kararlarda, gerek öğretide, Sayıştay’ın hukuk düzenindeki yeri ile ilgili görüşler üç başlık altında toplanabilir. Bunlar;

- Sayıştay’ın bir yüksek mahkeme olduğu,
- Sayıştay’ın bir yüksek mahkeme değil ancak bir idare mahkemesi olduğu,

¹⁴⁴ Dava Daireleri Kurulunun altı üyesi Sayıştay’ın yargı mercii olmadığı, kararlarının da yargısal nitelikli olmadığı ve bu sebeple davanın iptal davası olarak görülmesi gerektiği gerekçesi ile üç üyesi de çoğunluk görüşünün esasına katılmadıkları için muhalif kalmışlardır. Hemen belirtelim ki, bu karardan üç yıl sonra, Danıştay Dava Daireleri Kurulu anayasaya aykırılık itirazını Anayasa Mahkemesi önüne götüren 1967 tarihli kararında, bu içtihadından dönmüş ve Sayıştay’ın bir idari kurul olduğuna ve işlemlerinin idari işlem olduğuna dolayısıyla kararlarının iptal davasına konu olacağına karar vermiştir. Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 7.5.1965 günlü, E:1964/1007, K:1965/89, sayılı kararı.

¹⁴⁵ Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu iptal kararında dayandığı neden ve gerekçeler şöylece özetlenebilir. a) Anayasa, Sayıştay’ı bir yargı mercii olarak öngörmemiş, bir yargı yeri gibi hüküm verme yetkisi ile donatmamış ve bu kuruluşun kararlarına karşı yargı mercilerine başvurma yolunu da kapatmamıştır. b) Anayasanın 127. maddesindeki “kesin hükme bağlamak” deyiminin “kesin işleme bağlama”, “kesin sonuca bağlama”, “kesin idari karara bağlama” kavramlarının ötesinde bir anlamı yoktur. Sayıştay ilamı diye adlandırılan belgeye icra dairelerince infazı gerekli bir mahkeme hükmü niteliği verilemez. Bu hükmün sadece delil niteliği vardır. Sayıştay’ın TBMM adına görev yapması da sorumluları şahsen borç altına sokacak öznel kararlar vermesini haklı gösteremez. Çünkü TBMM’nin bile böyle bir yetkisi yoktur. c) 45. maddede yer alan Sayıştay ilamları aleyhine Danıştay’a başvurulamayacağı hükmü Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine, yine yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını öngören Anayasanın 7. maddesine aykırıdır. Anayasa Mahkemesi, 6.3.1973 günlü, E:1972/76, K. 1973/11 sayılı kararı, AMKD, S. 11, s. 126-179.

- Sayıştay'ın yargı yetkisi olmayan idari bir denetim organı olduğu, görüşleridir.

Bunların yanında, Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemleri hakkında verdiği kararları yasama işlemi olarak kabul eden görüşte yer almaktadır. Sayıştay'ın yargısal kararları üzerinde hiçbir yargı denetiminin olamayacağı ancak ilgililere haklarındaki kararların tebliği üzerine tebliğ işleminin iptalini dava konusu edebilecekleri ifade edilmektedir. Ancak bu görüş kabul etmek, yasamaya yardımcı olan bir kurumu yasama erkine dahil etmek demek olur ki bu da mümkün gözükmemektedir. Nitekim hazırladığı raporlarla sadece yasama erkine değil bir oto kontrol sağlamak adına yürütme erkine de yardımcı olan bu kurum denetim kapsamında bulunan bütün birimleri ayrı ayrı denetler ve sorumluluğu çoğunlukla uygulayıcılar bazında ele alır. Oysa yasama denetiminde hükümetin genel hesapları kabul veya reddedilir. Bu kurumun yasama ve yürütmeye yönelik ikili işlevlerine rağmen her iki erkin de tamamlayıcı ve doğrudan organı değildir. Devletin otonom ve bağımsız bir organı olan Sayıştay görevleri hükümet veya parlamento tarafından belirlenmiş olmayıp Anayasa ve yasalarca belirlenmiştir.¹⁴⁶

1982 anayasası Sayıştay'ı Üçüncü Kısımın Üçüncü bölümünde “Yargı” başlığı altında düzenlemiş ve bu haliyle Sayıştay'ın yargı organı olup olmadığı yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili 11.7.1991 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, Sayıştay'ın yargı organı olmadığı, aksine yargı yolu kapalı olan kararlar alabilen kendine özgü bir anayasal kurum olduğu¹⁴⁷ sonucuna varmıştır. Söz konusu karar şu gerekçelere dayandırılmıştır: Sayıştay'ın Yargı bölümünde düzenlenmiş olmasının Sayıştay'ı yüksek yargı yeri olarak nitelermeye yetmeyeceği, Anayasada yüksek yargı organları ve yargı düzenlerinin tek tek sayılmasına rağmen Sayıştay'ın bunlar arasında gösterilmediği. Sayıştay'ın denetleme ve sorumluların hesaplarını kesin hükme bağlama görevini TBMM adına yaptığı, bu denetimin yargısal değil özel yöntemler kullanılarak yapılan ve özü itibarıyla idari nitelikte bir denetim olduğu. Ayrıca Sayıştay'ın gerek iç düzenlemesinde gerek çalışma yöntemlerinde yüksek yargı organlarına benzer düzenlemelerin gözlemlendiği, ancak bunun Anayasa koyucunun değil kanun

¹⁴⁶ KÖSE, H. Ömer, “Parlamentar Sistemde Sayıştay'ın Yeri ve İşlevi”, Sayıştay Dergisi, S.39, Ekim-Aralık- 2000, s.39.

¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 11.7.1991 günlü, E: 1990/39, K:1991/21 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 27, Cilt: 1, Ankara-1993, s. 448 vd. RG.:23 Mayıs 1991, sayı, 21236.

koyucunun tercihi olduğu, Sayıştay Yasasında yer alan “yargılama”, “hüküm”, “temyiz”, “içtihadı birleştirme” ve “ilam” gibi terimlerin kullanılmasının Sayıştay’ın işlevinin yargısal nitelikte olduğunu göstermeyeceği, kesin hüküm ibaresinin yargısal anlamda değil başka bir organca yeniden inceleme ve değiştirilememe anlamında olduğu, Sayıştay kararlarına karşı Yüksek Askeri Şura ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna benzer şekilde yargı yolunun kapatılmış olmasının onu yargı organı haline getirmeyeceği, TBMM adına görev yapan bir kuruluşun yargı organı olamayacağı, Sayıştay üyelerinin güvencesi ile yargıç güvencesinin birbirinden ayrı olduğu belirtilmiştir.

Bu konudaki teorik tartışmalar ise şu şekildedir: Uz’ a göre; Anayasanın 164 üncü maddesinin son fıkrasında “hesap yargılaması” ibaresi yer almaktadır ki, bu da Sayıştay’ın bir yargı mercii olarak kabul edilmesi gerektiğini gösterir. Kaldı ki, Sayıştay’ı bir mahkeme olarak kabul etmeyenler bile gördüğü işlevin bir yargılama işlevi olduğu ileri sürmektedirler. Eğer Sayıştay yargılama işlevini yerine getiriyorsa, Anayasanın yargı yetkisini düzenleyen 9 uncu maddesi uyarınca Sayıştay’ın bağımsız bir yargı mercii olduğunun kabulünde anayasal bir zorunluluk vardır. Diğer yandan Sayıştay Yasasının 14 üncü maddesinde Sayıştay Dairelerinin bir hesap mahkemesi olduğu açıkça belirtilmektedir. Aynı şekilde Sayıştay Yasasının sekizinci bölümü “yargılama” başlığı altında Sayıştay’ın yargılama görevini düzenlemektedir. Bu bölüm altında Sayıştay ilamlarının infazını düzenleyen 64 üncü maddede Sayıştay ilamlarının İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre infaz olunacağı belirtilmekle, Sayıştay kararlarına bir yargı kararı niteliği kazandırılmaktadır. Yine Sayıştay Yasasının “Kanun Yolları” başlıklı 67 ve devamı maddelerinde de “temyiz”, “iade-i muhakeme”, “karar düzeltme” gibi yargı mercilerine özgü kurumlara yer verilmiştir. Bütün bunlardan sonra denilebilir ki, Sayıştay aynı Danıştay’da olduğu gibi denetim ve inceleme gibi idari görevlerinin yanında yargılama görevi de olan bir yargı merciidir.¹⁴⁸

Gözler, Tanör ve Yüzbaşıoğlu’na göre de; sorumluların hesap işlerini kesin hükme bağlama faaliyeti sırasında Sayıştay’ın bir mahkeme olarak kabulü gerekir. Sayıştay Anayasa’nın Yüksek Mahkemeler başlığı altında düzenlenmiş değildir. Ancak 1995 yılında yapılan değişiklikten sonraki haliyle Anayasanın 68 inci maddesinde, “...Sayıştay dahil Yüksek Yargı Organları...” ibaresi yer almaktadır. Bu

¹⁴⁸ UZ, s.372

ibare esas alındığında, Sayıştay'ın yüksek mahkemeler arasında sayıldığı sonucunu çıkartabiliriz. Eğer Anayasa koyucunun böyle bir niyeti olmasaydı bu ibareyi, örneğin "...Sayıştay ve yüksek yargı organları" şeklinde düzenlemesi gerekirdi. Bu tespitlerden hareketle Sayıştay'ın bir yüksek mahkeme olduğu söylenebilir.¹⁴⁹

Bu konuda Günday'da; Sayıştay'ın idari görevleri yanında sorumluların hesap ve işlemlerini hükme bağlama, yani yargı görevinin de bulunduğu, hatta Sayıştay'ın 1982 Anayasası'nda yüksek mahkemeler arasında sayılmamış olmakla beraber, bir nevi yüksek hesap mahkemesi durumuna sokulduğunu¹⁵⁰ belirtmektedir. Ancak Anayasa'da Sayıştay'ın bir yüksek mahkeme olmadığı yönünde değerlendirmelere açık düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu bağlamda; gerek Anayasa'daki düzenleniş yeri, gerekse vergi ve benzeri mali yükümlülükler konusunda Sayıştay ile Danıştay kararları arasında çıkacak uyuşmazlıklarda Danıştay'ın kararının esas alınacağı düzenlemesi, Sayıştay'ın yüksek mahkeme olamayacağı yorumlarını beraberinde getirebilir.¹⁵¹

Esen'e göre ise; Sayıştay'ın inceleme ve denetleme işleri bakımından bir mahkeme niteliğinde olmadığı açık olmakla birlikte, 1982 anayasası'nın Sayıştay'a ilişkin düzenlemeleri dikkate alındığında, sorumluların yargılanması işlevi bakımından Sayıştay'ın bir mahkeme olarak kabul edilmesi gerekir¹⁵² Doktrinde Aliefendioğlu ve Özbudun'da bu yönde bir yaklaşımı benimsemektedirler Nitekim Özbudun'a göre, 1982 anayasası'nın Sayıştay'ı yargı bölümünde düzenlemiş olması ve kararlarının kesin dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamayacağını belirtmesi karşısında Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti sırasında mahkeme olduğunun kabul edilmesi gerekir.¹⁵³

Erkut' a göre, organik bakımdan yargı bölümü için de düzenlenmiş olsa da idari yetki ve görevleri olan bir yüksek kuruldur.¹⁵⁴

İnan'a göre, Sayıştay bir yüksek mahkeme olmadığı gibi, mahkeme olarak da kabul edilemez, Sayıştay ve Danıştay'ın kararları arasında çıkacak uyuşmazlıklarda Danıştay kararlarının direk esas alınması, kurumun kararlarına gölge düşürmekte ve

¹⁴⁹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 843.

¹⁵⁰ GÜNDAY, s. 384.

¹⁵¹ UZ, s.373.

¹⁵² ESEN Selin, İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesinin Yaptığı İlk İnceleme, Ankara-1996, s. 77.

¹⁵³ ÖZBUDUN, s. 379.

¹⁵⁴ ERKUT, s.162.

yüksek yargı organı olmadığını göstermektedir. Mahkemeler Türk milleti adına karar verirken Sayıştay'ın böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Bununla beraber Anayasanın sistematigi içerisinde yargı bölümünde düzenlenmesi nedeniyle bir yargı kuruluşudur. Sayıştay bir mahkeme olmadığı için kamu görevlilerinin sorumluluklarına hükmetmemesi gerekmektedir. Sadece yapılan işlemlerin doğru olup olmadığına karar vermelidir.¹⁵⁵

Kanaatimizce, Sayıştay'ın 1982 Anayasası düzenlemesi karşısında yüksek mahkeme olarak değerlendirilmesi zorlama bir yorum olsa da, en azından yargılama yetkisi olduğu ve yargılama faaliyeti sırasında bir yargı erkine dönüştüğü kabul edilmelidir. Aksi halde Sayıştay'ın gördüğü işlevi, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelere ait olduğu hükmünü içeren Anayasanın 9 uncu maddesi ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırmakta güçlük çekeceğimiz muhakkaktır.¹⁵⁶

Sayıştay kararlarının hukuki nitelikleri konusunda da bir görüş birliği mevcut değildir. Bazıları, kararların yargısal nitelik arz ettiğini ifade etse de, bazıları idari nitelikte olduklarını kabul etmektedirler. Bu konuda Başpınar, Sayıştay'ın sorumlular yahut onların hesaplarına ilişkin kararlarından daire kararları, yargısal değilse de temyiz kurulu kararlarının yargısal nitelik arz ettiğini ifade etmektedir.¹⁵⁷

İşten'e göre, Sayıştay'ın dairelerde öncelikle yaptığı işlemler, herhangi bir anlaşmazlık ve uyuşmazlık çıkmaksızın bir dizi hesap ve işlemin incelenmesi faaliyetidir. Örneğin bütçenin uygulanmasını denetlemek, kesin hesapları incelemek, görüşünü Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek gibi. Bu işlemlerinin yargısal nitelikte bir işlem olarak kabul etmek mümkün değildir. Ancak Sayıştay'ın birde Anayasada belirtildiği üzere devlet hesapları ile ilgili kesin hükme varma faaliyeti vardır. İncelemeler sonucunda sorumlu saymanlar hakkında beraat ya da zimmet ve tazminata hükmetmek gibi kararlar verilmekte ve bu kararlar en son temiz kurulunda incelendikten sonra kesin hüküm halini almaktadırlar. Bu işlemlerle ilgili olarak yapılan işlemlerin yargısal nitelikte olduğu kabul edilmelidir.¹⁵⁸

Anayasa Mahkemesi, Sayıştay işlemlerinin yargısal nitelikte olmadığını belirtmektedir. Yüksek Mahkemenin 1973 yılında verdiği kararda “ *kesin hükme*

¹⁵⁵ İNAN Atilla, “Sayıştay Uygulaması ve Sayıştay'ın Yargı Düzenindeki Yeri”, D. D., S:56-57, Ankara-1985, s.44.

¹⁵⁶ SAYIN, s. 100.

¹⁵⁷ BAŞPINAR Recep, ‘Sayıştay Kararlarının Yargısal Denetimi’, DD, Y.3, S:12-13, 1974 , s.23.

¹⁵⁸ İNANÇ, s. 124.

bağlamanın bir yargı kararı niteliğini taşımadığı, bir yönetim işlemi olduğunu”, belirtmiş, yine yukarıda belirtilen 1991 tarihli kararında da söz konusu işlemlerin, “*özel yöntemler kullanılarak yapılan ve özü itibarıyla idari nitelikte bir tür denetim*” olduğunu ifade etmiştir.

F. Sayıştay Kararlarının Yargısal Denetimi ve Denetime Açılması Sorunu

Anayasanın 160. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “...bu kararlar dolayısı ile idari yargıya başvurulamaz” şeklindeki hüküm uyarınca, Sayıştay kararlarının mahkemelerce denetimi mümkün değildir. Ancak denetime açılıp açılmaması hususu her zaman tartışılmıştır.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde Divan-ı muhasebat’ın kararları Şurayı devlet tarafından temyiz edilmekteydi. Cumhuriyet döneminde bir müddet devam eden uygulama Danıştay’ın 1939 yılında verdiği içtihadı birleştirme kararı ile sona ermiştir. 1961 Anayasasının kabulünden sonra kararların denetlenmesi konusu Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun yukarıda zikredilen kararı ile aşılarak Danıştay’ca yargısal denetimlerine devam edilmiştir. 832 sayılı Sayıştay kanununun 45 inci maddesi ile getirilen Sayıştay’ca verilen ilamlar aleyhine Danıştay’a başvurulamayacağına ilişkin hüküm ile denetim yolu engellenmiştir. Ancak 1961 Anayasasının 114 üncü maddesi uyarınca idari yargı denetiminin bütün idari işlemlerde uygulanması kuralı gereği bu yasama kısıntısının iptali istemi ile Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. Anayasa mahkemesinin 6.3.1973 günlü E: 1972/56, K: 1973/11 sayılı kararı ile, Sayıştay ilamı diye adlandırılan belgelerle bir uyumsuzluğun çözümediği, herhangi bir anlaşmazlık olmaksızın bir dizi hesap ve işlemlerin incelenmesi ve ilgililerin sorumlu oldukları veya olmadıkları yolunda bir sonuca varıldığı tespiti ile iptaline karar verilmiştir. Bundan sonra Sayıştay kararları da denetlenmeye devam olunmuştur. En son 1982 Anayasasının 160 inci maddesi ile denetime son verilmiştir.

Danıştay, Sayıştay’ca verilen kararların yargısal nitelikte olanlarını incelememektedir. Bu kararların gerekçelerinde hangi kararlarının yargısal niteliğe haiz olduğunu ortaya koymaktadır. 2002 yılında verdiği bir kararda, konuyla ilgili olarak şu genel hükmü koymuştur; “...Anayasanın 160/1. maddesinde idari yargı yoluna başvurulamayacağı öngörülen kararlar, Sayıştay’ca ilgilileri hakkında hesap

yargılaması sonucu verilen tazmin ya da beraat kararlarıdır. Bu davada ise, ne dava konusu edilen işlemler Sayıştay'ın yargısal nitelikteki kararlarıdır, ne de davacılar, bu kararların ilgilisi olarak hesapları yargılanan saymanlardır. Dolayısıyla, Anayasanın 160/1. maddesi kapsamında olmayan bu davanın esasının incelenmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Aksi durum, idarenin her türlü işlem ve eylemlerinin yargısal denetimini öngören Anayasanın 125. maddesine aykırı olacaktır."¹⁵⁹ 1997 yılında verdiği başka bir kararında ise konuyla ilgili daha geniş ifadeler yer vermiştir.¹⁶⁰

Tartışmalar genel itibariyle kesin hükme bağlama özelliğine dayanmaktadır. Bu faaliyet, sayman hesaplarının Sayıştay'a gönderilişinden bu hesaplara ilişkin ilamların düzenlenmesine kadar geçen safhaları kapsamaktadır. Bu safhalara ilişkin bir işlem, idari işlem niteliğine haiz ise dava açılması ayrılabılır işlem kuralına göre mümkün olabilmektedir. Sayıştay'ın yargısal görevlerinin yerine getirilmesi için öncelikli olarak denetimin yapılmış olması gerekmektedir. Bu nedenle yargısal görevlerin denetim görevinden soyutlanmış olduğunu düşünmek yanlıştır.

II. YÜKSEK SEÇİM KURULUNUN İDARİ İŞLEMLERİ

Demokratik ülkelerde seçimlerin özgür bir ortamda ve dürüst bir şekilde yapılmasının lüzumu, denetim mekanizmasının varlığını gerektirir. Seçimlerin yönetimi ve denetimi ile seçim uyumsuzluklarını çözümü uygulamada ya yasama

¹⁵⁹ Danıştay 8. Dairesi, 13.3.2002 günlü, E:2001/2261, K:2002/1442 sayılı kararı, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 28.3.2008.

¹⁶⁰ "...Sayıştay'ın idari ve yargısal olmak üzere iki ana görevi bulunmaktadır. Sayman hesaplarının yargılama yoluyla kesin hükme bağlanması "yargısal"; sözleşme ve bağutların tescile tabi tutulma işlemi de idari görevlerine birer örnek oluşturur. Sayıştay'ca sözleşme ve bağutların tescile tabi tutulma işlemi bir ön denetimdir. Yargısal nitelikte değildir. Aynı şekilde, Sayıştay Daireler Kurulu veya Dairelerinin, sözleşme ve bağutın tescili işlemi sırasında verdikleri kararlar da idari nitelikte kararlardır. Nitekim, Sayıştay Daireler Kurulunca vize veya tescilinden kaçınılan, mevzuatın açıkça yasaklamadığı kadro ve ödenek dağıtım işlemleri ile sözleşme ve bağutların, sorumluluğun ita amirlerince üstlenilmesi halinde, durumun gereğiyle Sayıştay'a bildirilmiş olması şartıyla uygulanabileceği yolundaki hüküm yasa kuralı ile bir işlemin vize veya tescil edilmiş olmasının sorumluları bağlamayacağı gibi, Sayıştay'ın yargı yetkisini kısıtlamayacağı yolundaki hüküm "tescil" işleminin idari nitelikte olduğunu göstermektedir. Bu durumda, Sayıştay Daireleri ve Daireler Kurulunun tescil nedeniyle önlerine gelmiş olan konularda verdikleri kararların idari yargı yerlerinde davaya konu olabileceği açıktır. Bakılan davada; davanın, Sayıştay Daireler Kurulunun ... tarih ve ... sayılı kararı ile, bu karara dayanılarak ihalenin iptal edilmesine ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açıldığı halde, temyizden incelenen idare mahkemesi kararında bu hususa değinilmeden uyumsuzluğun esası incelenerek davanın reddine karar verilmiştir" Danıştay 10 uncu Dairesi, 13.3.1997 günlü, E:1996/10055, K:1997/903 sayılı kararı, (<http://www.danistay.gov.tr/>), 28.3.2008.

meclisinin denetimi ya da yargı denetimi ile yapılmaktadır. Belçika ve İtalya'da seçimlerin denetimi meclis tarafından yapılmaktadır.¹⁶¹

Ancak denetimin siyasi bir organ tarafından yapılması seçimlerin dürüstlüğü açısından sakıncalı olabilmektedir. Nitekim ülkemizde bu durum gözetilerek seçimlerin denetimi parlamentodan alınarak bağımsız yargıya verilmesi fikri 1961 Anayasası ile Anayasaya girmiş ve 1982 de de bu durum korunmuştur. Dünyada birçok ülke, bu sistemi uygulamaktadır. Örneğin, Fransa' da Anayasa Konseyince, İsviçre'de Federal Mahkemece, Azerbaycan'da Anayasa Mahkemesince,¹⁶² şimdilerde Almanya gibi ülkelerde de yargı organınca denetimler yapılmaktadır.

Türkiye'de seçimlerin yönetim ve denetimi çeşitli aşamalardan geçerek bu günkü konumuna gelmiştir. 16.02.1950 tarih ve 5545 sayılı Milletvekilleri Seçim Kanunu ile; İllerde ve ilçelerde Seçim Kurulları oluşturulmuş, Ankara'da görev yapmak üzere Yüksek Seçim Kurulu kurulmuştur. Bu Kanun ile, seçim güvenliği, yönetimi ve denetimi yeni kurallara bağlanmış, seçim sürecinde yargı denetimi esası getiren Kanun, seçim işlerinin seçim kurullarınca yürütüleceği ve seçim kurullarının bütün işlerin görülmesinde yargıç gözetim ve denetimine tabi olacağını da hükme bağlamıştır.

Yüksek Seçim Kurulu, 5545 Sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu ile kurulmuş, 26 Nisan 1961 tarih ve 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda yer almıştır. 5545 Sayılı Kanunla getirilen esaslar, 298 Sayılı Kanunda da korunmuş ve aynı içerikte düzenlenmiştir.

1982 anayasasının 79 uncu maddesinde seçimlerin yönetim ve denetimi düzenlenmiştir. düzenleme şu şekildedir; “Seçimler, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır. Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçimi tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulundur. Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.

¹⁶¹ YILMAZ Zekeriya, “Seçimlerin Denetimi ve Yüksek Seçim Kurulu”, Terazi Hukuk Dergisi, S.2, Ekim-2006, s.84-87.

¹⁶² ÜNLÜ, Ahmet, Hamdi, “Yüksek Seçim Kurulunun Niteliği Üzerine” Danıştay Dergisi, S. 105, 2003-Ankara, s.2.

Yüksek Seçim Kurulunun ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.

Yüksek Seçim Kurulu yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurullarınca kendi üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğunun gizli oyu ile seçilir. Bu üyeler, salt çoğunluk ve gizli oyla aralarından bir başkan ve bir başkan vekili seçerler.

Yüksek Seçim Kuruluna Yargıtay ve Danıştay'dan seçilmiş üyeler arasından ad çekme ile ikişer yedek üye ayrılır. Yüksek Seçim Kurulu Başkanı ve Başkan vekili ad çekmeye girmezler.

Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi işlemlerinin genel yönetim ve denetimi de milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere göre olur.”

A. Yüksek Seçim Kurulunun Yapısı

16 Şubat 1950 tarih ve 5545 Sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanununun 120 inci maddesi, Yüksek Seçim Kurulunun kuruluş biçimini açıklamaktadır.

Maddeye göre, Yüksek Seçim Kurulu bir başkan ve on üyeden teşekkül eder. Yargıtay Başkanı Kurulun Başkanıdır. Kendisinin bulunmadığı hallerde, Kurulda mevcut daire başkanlarından, yoksa üyelerden en kıdemlisi başkana vekalet eder. Kurul üyeleri Yargıtay ve Danıştay Başkan ve üyeleri arasından kendi Genel Kurullarınca beşer asıl ve üçer yedek olmak üzere kur'a ile tespit olunurlar. Süresi biten Yüksek Seçim Kurulu üyeleri yerine her 2 yılda bir Ocak ayının ilk haftasında yenisi seçilir.

Yüksek Seçim Kurulu, 1961 anayasasının "Cumhuriyetin Temel Kuruluşu" bölümü ile 1982 anayasasının "Cumhuriyetin Temel Organları" bölümünde ve "Seçimlerin Genel Yönetimi ve Denetimi" başlığı altında yer almıştır. Böylece Yüksek Seçim Kurulu Anayasal bir kurum haline gelmiştir.

B. Yüksek Seçim Kurulunun Görev ve Yetkileri

Yüksek Seçim Kurulunun görev ve yetkileri; 5545 Sayılı Kanunun 123 üncü maddesi ile 298 Sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde ayrıntılarıyla belirtilmiştir. Buna göre,

- Seçimlerde, içine oy pusulası konulacak olan zarfların, icabında her seçim için başka renk ve ölçüde olmak ve gerek piyasada, gerek Devlet Malzeme Ofisinde imal edilen veya ettirilen veya depolarında bulunan zarfların renklerinden ve ölçülerinden farklı ve kağıdında "Türkiye Cumhuriyeti Yüksek Seçim Kurulu" filigranı bulunmak üzere, yeteri kadar özel zarf imal ettirmek ve bu imalatı, kağıt hamurundan başlayarak zarfın, imaline ve teslim alınmasına kadar olan safhalarını; yapılacak işin hacmi, süresi ve niteliği dikkate alınarak belirleyeceği kendi üye veya üyelerinin veya imal ve teslim yerinde yetki vereceği ilçe seçim kurulu başkanının, il seçim kurulu başkanı ya da üyesi hakim veya hakimlerinin devamlı gözetim ve denetimi altında yaptırmak ve bu zarfları il seçim kurullarına, her ilin ihtiyacına yetecek sayıda, alındı belgeleri karşılığında göndermek,

- Özel zarfların imali için gerekli "Türkiye Cumhuriyeti Yüksek Seçim Kurulu" filigran kapları ile zarf ölçü kalıplarını yaptıırıp gerekli miktarda kağıt ve zarf imalinden sonra saklamak,

- Katlanıp bir kenarı yapıştırıldıktan sonra zarf haline gelebilen "Türkiye Cumhuriyeti Yüksek Seçim Kurulu" filigranını taşıyan birleşik oy pusulalarını, her (400)'ü ve her (400)'lük paketi, aynı numarayı taşımak üzere bastırmak ve her sandık için bir paket, ilçe seçim kurullarına zamanında ulaştırmak,

- Oyunu kullanan seçmenin parmağının işaretleneceği özel boyayı ithal veya imal ettirmek, sandık kurullarında zamanında bulundurmak, saklamak.

- Bu Kanunda söz konusu edilen bütün işlemlerin gerektirdiği form, evrak, liste gibi her türlü bağlı kağıdın tasarım ve baskısını yaptırmak, il ve ilçe seçim kurullarında zamanında ve ihtiyacı kadar ulaşımını sağlamak,

- Tüzüklerine göre ilk genel kongresini yapmış olup, illerin en az yarısında ve en az altı ay evvel il ve ilçe teşkilatını kurmuş bulunan siyasi partilerin adlarını, ilçe seçim kurullarının yeniden kurulması için öngörülen ayların ikinci haftasında tespit ve ilan etmek,

- İl ve ilçe seçim kurullarının teşekkülünü sağlamak, il seçim kurullarının teşekkülüne, işlemlerine ve kararlarına karşı yapılacak itirazları, oy verme günündün önce ve itiraz konusunun gerektirdiği süratle, kesin karara bağlamak,

- Adaylığa ait itirazlar hakkında bu Kanun ve özel kanunları gereğince kesin karar vermek,

- İl seçim kurullarınca, oy verme günü işlemleri hakkında verilmiş olan kararlara karşı yapılan itirazları derhal inceleyip kesin karara bağlamak,

- İl seçim kurullarınca düzenlenen tutanaklara karşı yapılan itirazları inceleyip kesin karara bağlamak,

- Seçimlerden sonra, kendisine süresi içinde yapılan, seçimin sonucuna müessir olacak ve o çevre seçiminin veya seçilenlerden bir veya bir kaçının tutanağının iptalini gerektirecek mahiyette itirazları, alt kurullara yapılan itirazların silsilesine ve sürelerine uygunluğunu araştırmaksızın inceleyip kesin karara bağlamak,

- İl seçim kurulları başkanlıklarınca seçim işlerinin yürütülmesi hakkında sorulacak hususları derhal cevaplandırmak ve seçimin bütün yurtda düzenle yapılmasını sağlayacak tedbirleri almak ve bu hususta gereken genelgeleri zamanında yapmak,

- Siyasi partilerin milletvekili genel ve ara seçimlerine ve belediye başkanlığı ile belediye meclisi, il genel meclisi üyelikleri genel ve ara seçimlerine katılabilmeleri için illerin en az yarısında, oy verme gününden an az altı ay evvel teşkilat kurmuş ve büyük kongrelerini yapmış olmaları veya Türkiye Büyük Millet Meclisinde gruplarının bulunması şarttır. Bir ilde teşkilatlanma, merkez ilçesi dahil o ilin ilçelerinin en az üçte birinde teşkilat kurmayı gerektirir. Bu esaslar dairesinde seçime katılabilecek siyasi partiler tespit ve seçimin başlangıç tarihinden on gün, seçimin yenilenmesi halinde yenileme kararının ilanından sonraki beş gün içinde ilan etmek.

- Seçmen Kütüğü Genel Müdürlüğü kuruluş ve işleyişi ve diğer çalışma konuları ile ilgili ilkeleri belirlemek, yönetmelikleri yayınlamak, programlarını yapmak ve denetlemek.

- Kanunla kendisine verilen başkaca görevleri yapmak.

C. Yüksek Seçim Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği

Yüksek Seçim Kurulu, bir mahkeme olarak kabul edilirse kararları yargı kararı, idari organ olarak kabul edilirse kararları idari karar olacaktır. Bu aşamada oluşan duraksamanın giderilmesi için seçimlerin yargı organının genel yönetimi ve denetimi altında yapılacağına ilişkin anayasal hükme dikkat edilmesi gerekir. Öncelikle hükmün “yargı” ifadesinden bu aşamadaki organların nitelik olarak yargılama faaliyeti içinde olduğu, ikinci olarak yapılan faaliyetin “yönetim” ve “denetim” faaliyeti olduğu görülmektedir.

İlk olarak “yargı organları” ifadesini ele alırsak, bu organların YSK ve il ve ilçe seçim kurulları olduğu görülecektir. Madde “yargı” ifadesini kullanmasına rağmen Kurulu, Anayasanın Yüksek Mahkemeler kısmında değil de, seçimlerin genel yönetimi ve denetimi başlığı altında “yasama” bölümünde düzenlenmesi ise Kurulun mahkeme olup olmadığı noktasında kuşku uyandırmaktadır. Kurulun diğer yüksek mahkemelerden farklı olarak çok fazla seçimle ilgili idari görevlerinin bulunması nedeniyle Anayasanın Yüksek Mahkemeler kısmında yer almadığı, bir anayasa organı olarak en yakın ilgisi TBMM üye seçimlerine ait hükümler olduğundan bu kısımda düzenlendiği düşüncesindeyiz¹⁶³ Ayrıca salt “yargı” ifadesi bu organların yargılama faaliyeti yaptıklarını ortaya koymak için yeterli olmamaktadır. Bu organların faaliyetine bakarak gerçekten de yargılama yapıp yapmadıklarına bakmak gerekmektedir.

Kurulun yaptığı faaliyetlerden biri yönetim işidir. Yönetim, bir idari görev olduğu için idari işlemlerle tesis edilir. YSK'nın yönetim faaliyeti kapsamında tesis ettiği işlemler tek tür olmayıp genel düzenleyici işlem, kolektif işlem, birel hatta sözleşme niteliğinde işlemler olabilmektedir. Bu işlemler tek başına bağımsız yargı organlarınca denetlenebilmektedir.

Kurulun yaptığı faaliyetlerden diğeri denetim faaliyetidir. Bu kapsamda, YSK'na yapılan şikayet ve itirazların incelenmesi işi bir yargılama görevidir. Peki hakim üyelerden oluşan YSK'nun seçim uyuşmazlıkları ile ilgili son mercii olarak gösterilmesi ve kendisine verilen denetim görevi “yargı” organı sayılabilmesi için yeterli mi? Bu konu tartışmalıdır. Öncelikle Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yaklaşımına bakacak olursak, Mahkemenin 1992 yılında verdiği bir kararda, Yüksek

¹⁶³ YILMAZ, s.88.

Seçim Kurulu ve diğer il ve ilçe seçim kurullarının Anayasanın yargı bölümünde yer almadıkları gibi, yargı organlarının sahip olması gereken anayasal niteliklerin tümüne sahip bulunmadıkları; seçimle ilgili uyuşmazlıkların kesin olarak karara bağlamalarının veya Yüksek Seçim Kurulunun yüksek yargıçlardan oluşmasının il ve ilçe seçim kurulu başkanlarının yargıçlardan oluşmasının bu kurulları mahkeme olarak nitelendirmek için yeterli olmadığı tespitinde bulunulmuştur. Ancak kararın karşı oy yazısında, “YSK ile seçimlerde görevli yargıçların, seçimlerle ilgili uyuşmazlıkları çözme görevinin yargısal nitelikte olduğu”¹⁶⁴ ifade edilmiştir. Bu durum, konuyla ilgili Anayasa Mahkemesinin de bir görüş birliği sağlayamadığını ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi, YSK tarafından açılan somut iptal davalarında, Kurulu “mahkeme” niteliğinde kabul etmemekte ve bu kapsamda yapılan başvuruları kabul etmemektedir. YSK da iptal davası açma noktasında kendini mahkeme olarak görmemektedir. Bu durum şüphesiz temel hak ve hürriyetlerin korunması ve hukuk devletinin gerçekleşmesini de engellemektedir. Bu noktada Yüksek Seçim Kurulunun bir mahkeme olarak kabul edilmesi yönünde değerlendirme yapan yazarlar vardır.¹⁶⁵

Ancak YSK, seçim hukuku yönünden kendisini yüksek yargı mercii olarak görmekte, seçim hukukuna dayalı olarak verdiği kararları da yargı kararı olarak değerlendirmektedir.¹⁶⁶ Danıştay da YSK yı yargısal usul uygulayan bağımsız ve özel bir yargı yeri olarak kabul etmekte ve kararlarının tedbir niteliğinde olanlarda dahil olmak üzere iptal davasına konu edilemeyeceğini düşünmektedir.¹⁶⁷

Doktrinde ise, Kurulun kuruluş ve çalışma tarzı, Yargıtay ve Danıştay’ın kendi içlerinden seçtiği yargıçlardan oluşması ve kararlarının kesin olup başka bir merci tarafından denetlenememesinden hareketle bir yargı organı niteliğinde olduğunu kabul edenler¹⁶⁸ olduğu gibi, Kurulun anayasal konumu ve işlevine bakıldığında, hem idari, hem de yargısal yetkilere sahip bir Devlet organı olduğunu ileri sürenlerde bulunmaktadır.¹⁶⁹ Bu görüşe göre, YSK seçimle ilgili konularda hem yönetsel hem yargısal yetkilere sahip, çifte kimlik taşıyan bir Devlet organıdır.

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, 18.2.1992 günlü, E:1992/12, K:1992/7 sayılı kararı, AMKD, S.28/1, s. 139 vd.

¹⁶⁵ YAYLA Yıldızhan, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul-1985, s. 139.

¹⁶⁶ Yüksek Seçim Kurulu, 1977/2895 sayılı ilke kararı, (<http://www.ysk.gov.tr>), 28.3.2008.

¹⁶⁷ Danıştay 12. Dairesi, 11.2.1970 günlü, E:1970/55, K: 1970/305 sayılı yayınlanmamış kararı.

¹⁶⁸ TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, Ekim-2005, s. 273.

¹⁶⁹ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “3 Kasım Seçimleri Üzerinde Gölgele”, İstanbul- 2006, s.45.

YSK'nın, Anayasa'da Cumhuriyetin Temel Organları bölümünde değil de, Temel Haklar ve Ödevler bölümünde düzenlenmiş olması, onun bu işlevini değiştirmemektedir.

Yine, yargısal kurumların ancak anayasa ve yasalarla kurulabileceği ve yargılama usulü ile hareket etmesi gerektiği, oysa YSK'nın, bu niteliklere haiz olmadığı, bu nedenle kurulun bir idari kurul olduğunu ifade edenler olduğu gibi, bu kurulun seçim uyuşmazlıklarını kesin karara bağlama ve çalışanlarının yargıç olması yönüyle bir yargı organı olduğunu ileri sürenler de vardır.¹⁷⁰

Buraya kadar yapılan değerlendirmeler bizi, YSK'nın "mahkeme" tanımıyla birebir örtüşmese de bu durumun, kurumu mahkeme olarak kabul etmemek için yeterli olmadığı sonucuna ulaştırmaktadır.¹⁷¹

D. Yüksek Seçim Kurulu Kararlarının Denetimi

YSK'nın kararlarının aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı açıkça 1982 Anayasasının 79 uncu maddesinde belirlenirken 298 sayılı kanunun ilgili maddelerinde geçen, "... kesin karara bağlamak, incelenip kesin karar vermek", "Yüksek Seçim Kurulunun resen veya itiraz üzerine vereceği kararlar kesindir", "Kurul derhal ve kesin olarak karar verir" , " kurulun kararları kesindir. Aleyhine hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamaz" şeklindeki açık hükümlerden kararların kesin nitelikte olduğu ve eğer idari bir kurul olarak düşünülürse yargı yolunun kapalı olduğu, yargı organı olarak düşünüldüğü taktirde ise yargılamanın yenilenmesi veya karar düzeltme şansının olmadığı kabul edilmelidir. Ancak maddi olgular ve yanlışlar bunun dışındadır.

Bütün bu tartışmalara son vermek için sadece Kurulu Anayasada "Yargı" bölümünde düzenlemek yetmeyecektir. Nitekim, Kurulun faaliyetleri de tartışma konusudur. En etkin çözüm bu nitelikteki Kurulların ne tür bir organ olarak düşünülüyorsa bunun açıkça ifade edilerek istisnalarının sayılmasıdır.

¹⁷⁰ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.282; ATAR Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya-2002, s.316; TEZİÇ, s.273; YILMAZ, s.93; ÜNLÜ, s.2.

¹⁷¹ UZELTÜRK Tahmazoğlu Sultan, "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri" (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg23/uzelturk.pdf>), 10.4.2008.

III. UYARMA VE KINAMA CEZALARI

A. Memurların Disiplin İşlemleri

1982 anayasası'nın 129 uncu maddesinin 3 fıkrasıyla, "...Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hakimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır..." hükmü getirmiştir. Oysa, bu hüküm, 1961 Anayasasında, asker kişiler hakkında getirilen istisna dışında disiplin kararları yargı denetiminin dışında bırakılamayacağı şeklinde düzenlenmekteydi. Bu hüküm yukarıda bahsedilenlerden farklı bir yargı yolu kısıntısı getirmektedir. Nitekim ilgili hükümdeki ifadeden tüm disiplin cezalarının yargı denetimi içinde olması gerektiği, ancak uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu durum yasa koyucuya takdir yetkisi tanıyarak uyarma ve kınama cezaları için yargı denetimi dışında bırakılma olanağı sağlamıştır. Nitekim yasa koyucu bazı kanunlarda Anayasa'nın kendisine tanıdığı bu yetkiyi kullanarak uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakmıştır. Örneğin, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 135 ve 136 ncı maddelerinde¹⁷² 12.5.1982 gün ve 2670 sayılı kanun ile değişiklik yapılarak bu disiplin cezaları yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Yine, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdaresi Mahkemesi Kanununun 21 inci maddesinde disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışında tutulmuştur.

Doktrinde bu düzenlemelerin amacının yargıyı hafif disiplin cezaları ile boğmamak düşüncesinin olduğu, zaten bu cezaların memuriyette yükselmeye veya 657 Sayılı Devlet Memurlar Kanununun 132 nci maddesinin 4 üncü fıkrasında sayılan görevlere getirilmeye engel teşkil etmediği, en ufak işlerden bile yargıya gidilmesinin hiyerarşik amirin prestijini sarsacağı olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu cezaların tekerrüre esas teşkil ettiği, kişinin manevi olarak yıpranmasına neden olduğu, 132 nci maddede sayılan görevler dışındaki görevler için engel teşkil edebileceği, ayrıca bu cezanın cezayı alan kişi ile aynı durumda olanlar arasında

¹⁷² " Madde 135- Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabilir. Aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir." Madde 136- Disiplin amirleri ve disiplin kurulları tarafından verilen disiplin cezalarına karşı yapılacak itirazlarda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren 7 gündür. Bu süre içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir. İtiraz halinde, itiraz mercileri kararı gözden geçirerek verilen cezayı aynen kabul edebilecekleri gibi cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler. İtiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz. İtiraz mercileri, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin, kendilerine intikalinden itibaren 30 gün içinde kararlarını vermek zorundadırlar. Kaldırılan cezalar sicilden silinir."

yapılacak seçimlerde cezayı alan için bir eleme unsuru haline geleceği gerçeği de yadsınamaz. Kaldı ki iptal davaları, menfaati olanlar tarafından menfaatleri gereği açılrsa da asıl amacı hukuka aykırı işlemin ortadan kaldırılmasıdır. Bu açıdan da dava yolunun kaldırılmış olması Anayasaya ve hukuk devletine uygun olduğu söylenemez.¹⁷³

Anayasa 13 üncü maddesinde, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir...” hükmüne yer verilmiştir. Uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması hiç kuşkusuz kişi temel ve hak özgürlüklerinden olan hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması demektir. Bu yüzden yasa koyucu bu sınırlandırmayı Anayasanın 13 üncü maddesi gereği olarak ancak ve ancak yasayla yapabilecektir.¹⁷⁴ Bu durumda, yasa koyucu tarafından yapılacak sınırlayıcı düzenlemenin Anayasaya uygun olabilmesi için, sınırlamanın kanun tarafından yapılması, Anayasanın öngördüğü bir sınırlama nedenine dayanması ve Anayasanın öngördüğü sınırlamanın aşılmaması gerekmektedir. Dolayısıyla uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakılması tüzük ya da bir yönetmelikle mümkün olamayacaktır. Danıştay da yönetmelikle yapılan uyarma kınama cezalarına karşı yargı yolu kapatılması işlemlerinin iptali yoluna gitmektedir. Buna örnek olarak Sosyal Sigortalar Kanununda ve T.R.T Kanununda memurlara verilen uyarma ve kınama cezalarına ilişkin olarak yargı yolunun kapatılmasına ilişkin bir hüküm bulunmadığı (kasıtlı susma) ve yargı yolunun ancak kanun ile kapatılabileceğinden hareketle her iki yönetmeliğin ilgili hükümlerini iptal etmesi verilebilir.¹⁷⁵

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 135 inci maddesinin ikinci fıkrası ile 136 ncı maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu savıyla açılan iptal davası sonucunda Mahkeme, uyarma ve kınama cezalarının gerek bu cezaları oluşturan fiillerin, gerek bu fiillere verilen cezanın niteliğın diğer disiplin cezalarından farklı olması nedeniyle yargı dışında tutulmasının uygun olduğunu

¹⁷³ KAPLAN Gürsel, “Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Başvurmayı Engelleyen Düzenlemelerin Hukuk Devletli Prensibi Açısından Değerlendirilmesi”, AÜEHFD, C.VII, S.3-4, Y:2005, s. 313.

¹⁷⁴ KULAK Sercan Coşkun, “Uyarma Kınama Cezaları ve Yargı Denetimi”, İstanbul Barosu Dergisi, C.79, S. 2, 2006, s.580.

¹⁷⁵ Danıştay 8. Dairesi, 18.12.1992 günlü, E:1997/ 1535 , K:1997/4048 sayılı kararı (Kazancı Danıştay Kararları CD’ si) Nakleden: GÖZLER, İdare Hukuku, C.2, s.713, dipn.599.

kanaatine varmıştır. Karar şu şekildedir; “ ... 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda disiplin cezaları olarak, uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezaları öngörülmüştür. Uyarma ve kınama cezasını gerektiren fiiller aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarını gerektiren fiil ve hareketlere nazaran çok daha hafif nitelikteki kusurlu davranışlardır.

Öte yandan uyarma ve kınama cezaları, sonuçları bakımından da diğer disiplin cezalarından ayrılmaktadır. Aylıktan kesme veya kademe ilerlemesini durdurma cezası verilenlerin, valilik, büyükelçilik, müsteşar, müsteşar yardımcılığı, genel müdürlük, genel müdür yardımcılığı ve daire başkanlığı görevlerine atanamayacakları hükme bağlanmış iken uyarma ve kınama cezası verilenler yönünden benzer bir hükme yer verilmemiştir. Aynı durum, atamaları Bakanlar Kurulu tarafından yapılanlar bakımından da geçerli bulunmaktadır. Ayrıca, disiplin cezalarının memurun sicil dosyasından silinmesi bakımından da cezalar arasında benzer bir ayrıma gidilmiş ve aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarının uygulanmasından on sene sonra ilgililere bu yönde bir talepte bulunabilme hakkı tanınmış iken, uyarma ve kınama cezaları yönünden bu süre beş yıl olarak belirlenmiştir.

Anayasanın 129. maddesinde yargı denetimi dışında bırakılmayacak disiplin cezalarının belirtilmesi ve uyarma ve kınama cezalarının bu kapsam dışında tutulması, Anayasa koyucunun bu cezaları yargı denetimi dışında bıraktığının bir göstergesini oluşturmaktadır. Yasa koyucunun, Anayasa’nın anılan maddesine aykırı olarak uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu açabilmesi olanaklı değildir. Anayasa’da yasa koyucuya bu konuda bir takdir hakkı tanınmamıştır.

İtiraz konusu yasa kuralları ile Devlet memurlarına verilen uyarma ve kınama cezaları, Anayasa’da yer alan hükme ve Anayasa koyucunun bu yöndeki iradesine uygun olarak yargı denetimi dışında tutulduğundan söz konusu kuralların Anayasa’ya aykırılığından söz edilemez.

Belirtilen nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 125. ve 129. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir."¹⁷⁶ Başka bir kararında da aynı gerekçeyle iptal istemini ret etmiştir.¹⁷⁷

Danıştay, uyarma ve kınama yolundaki disiplin cezalarını, işlemin yetki unsuru yönünden yargısal denetime tabi tutmaktadır. Bu kapsamda usulüne uygun olarak tesis edilmemiş olan uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimine tabi tutulacağı düşüncesindedir.¹⁷⁸ İşlemin dış unsurları yönüyle denetime tabi tutulacağına dair pek çok kararı mevcuttur.¹⁷⁹

Bu hususa bir örnekte, verilen "kınama" cezasının iptaline ilişkin istemle ilgili olarak Ankara 5 idare Mahkemesince verilen ısrar kararı gösterilebilir. Kararda, Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanan ve 4 Haziran 2003 tarihinde TBMM'de onaylanan Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesinin 18 Haziran 2003 günlü ve 25142 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmasıyla yürürlüğe girdiği, Sözleşmenin III bölümünde yer alan Adil yargılanma hakkı" başlıklı 14 üncü maddesi ile "hak arama özgürlüğünün" güvence altına alındığı, 14 üncü maddenin mahkemeye başvurma hakkının hiçbir şekilde kısıtlanmamasını öngören hükümleri ile "uyarma" ve "kınama" cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, Anayasa'nın 90 ıncı maddesinde yargı organlarını da bağlayıcı şekilde yapılan değişiklik sonrasında oluşan son hukuki durum karşısında. Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslar Arası Sözleşmesinin 14/1. maddesinin bu uyuşmazlıkta esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılarak, dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.¹⁸⁰ Karar şu anda 2007/114 esas numarası ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda incelenmesi için bekletilmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135. maddesinde, disiplin cezalarına karşı ilgililerin başvurabilecekleri itiraz yolları öngörülmektedir. Maddenin birinci fıkrasında uyarma ve kınama cezalarına karşı varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına itiraz edilebileceği, itiraz konusu ikinci fıkrasında

¹⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, 27.11.2007 günlü, E:2002/169, K:2007/88, sayılı kararı, RG. 19.2. 2008, S. 26792.

¹⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, 27.11.2007 günlü, E:2002/169, K:2007/88 sayılı kararı, RG.19.2.2008, S.26792.

¹⁷⁸ Danıştay 8. Dairesi, 22.12.1997 günlü, E:1995/3916, K:1997/4112 sayılı kararı, D.D, S.96, s. 413-114.

¹⁷⁹ Danıştay 8. Dairesi, 21.10.1999 günlü, E:1998/1220, K:1999/5359 sayılı kararı, D.D, S.103, s.757.

¹⁸⁰ Ankara 5. İdare Mahkemesi, 6.4.2006 günlü, E:2006/935, K:2006/951 sayılı kararı, (<http://www.Memurlar-net> (Uyarma ve Kınama için yargı yoluna başvurulabileceğine dair Ankara 5- İd-Mah- ısrar kararı).mht) 28.3.2008.

da aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği belirtilmektedir. Yasa'nın 136 ncı maddesinde ise disiplin cezalarına karşı itirazda bulunma süresi ve itirazın sonuçları düzenlenmektedir. Maddenin dördüncü fıkrasında, itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı hükme bağlanmaktadır.

B. Silahlı Kuvvetler Mensupları ve Hakim ve Savcılara İlişkin Disiplin İşlemleri

Anayasanın 129 uncu maddesinde, yargısal denetimle ilgili genel kural koyulduktan sonra “silahlı kuvvetler mensupları ile hakimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır” şeklinde ayrık bir tutum getirilmiştir. Hakimler ve savcılara ilişkin husus yukarıda kendi bölümünde incelenmiştir. Burada kısaca silahlı kuvvet mensuplarına ilişkin yapılan düzenleme irdelenecektir.

Hemen belirtelim ki 1961 anayasasında da konuyu düzenleyen 118 inci maddede de böyle bir düzenleme mevcuttu. 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 115 inci maddesinin (b) fıkrası ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, “ disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar hariç” şeklindeki hüküm ile yargı yolu kapatılmıştır.

Asker kişilerin askeri ceza ve genel ceza hukuku alanında suç teşkil etmeyen ancak askeri düzen ve inkiyadı bozan bir takım eylemlerden ötürü haklarında disiplin cezası tayin olunabilir. Bu tür eylemleri ikiye ayırarak incelemek gerekir. Bunlardan birincisi disiplin suçları diğerleri ise disiplin tecavüzleri ve kabahatleridir. Disiplin suçları oda hapsi veya göz hapsi ile cezalandırılan eylemlerdir. Bu suçlar işlendiğinde amir kanunda gösterilenin dışında bir uygulama yapması ya da hiç hareket etmemesi düşünülemez. Bu disiplin suçlarında disiplin kurulları karar vermekte ve ceza yargılamasına benzer bir yargılama prosedürü yürütülmektedir. Verilen karara üst disiplin mahkemesinde itiraz hakkı tanınır. Burada verilen kararlar kesin olup ceza hukukuna yönelik farklı karakteri nedeni ile idari yargı denetimine tabi değildir. Disiplin mahkemelerince verilen cezalar, bir yargı kararı niteliği taşıması nedeni ile AYİM de yeniden değerlendirilmesi söz konusu olamaz.

Asker kişilerin disiplin cezası gerektiren ikinci tür eylemleri disiplin kabahatleri ve disiplin tecavüzleridir. Amir, bu tür suçlar işlendiğinde cezasını takdir edip vermekte bir kurul ya da disiplin mahkemesine sevk etmemektedir. Bu nedenle tipik bir idari işlem niteliğine haiz olan bu kararlar 1602 sayılı kanunun 21 inci madde gereğince denetlenememektedir. Ancak müstakil olarak yargı denetimine konu edilemeyen bu disiplin cezaları, denetlenebilir nitelikteki bir işlemin yargısal yolla denetlenmesi esnasında işlemin tesis sebebini teşkil ediyorsa dayanak disiplin cezaları da incelenebilmekte ve işlemin hukuka uygun olup olmadığı tespit edilebilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin asker kişilere verilen disiplin cezalarına ilişkin (Pelegrin- Fransa) kararında, kamu mercileri ile personeli arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin olarak, medeni hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde, yeni bir kriter getirerek, bu belirlemedeki karışıklığa son vermeyi amaçlamış ve içtihatlarına bir açıklık getirmiştir. Mahkemeye göre kamu hizmeti müessesini yerine getirmede kullanılacak bazı araçlar zorunlu olarak bazı kamu güçlerini kullanmayı gerekli kılar. Bu nedenle, bu tür statülere sahip olanlar devletin egemen gücünün bir parçasını kullanmaktadırlar. Buradan hareketle devletin egemenlik yetkilerini doğrudan veya dolaylı kullanan ya da kamu otoritelerinin genel menfaatinin korumaktan sorumlu kamu personeli, bu tür uyuşmazlıklarda 6 ncı maddesini koruma alanından çıkmaktadır. Buna örnek olarak, polislik ve askerlik mesleğinde uygulanan disiplin cezaları, barolar, meslek odası veya birlikleri gibi kurumlar tarafından üyelerinin meslek kuralarına aykırı davranışları verilebilir.¹⁸¹ Gerçekten de mahkeme Pellegrin davasında ortaya koyduğu kriterlerinin genel uygulamasında da bir kararlılık sergilemekte ve bu konularda önüne gelen uyuşmazlıklarda Pellegrin kriterlerine göre inceleme yapmakta ve kararını vermektedir. Bu tutumu Türkiye hakkında verdiği kararlarında da açık olarak görebilmekteyiz. Örneğin, disiplinsizlik nedeniyle Yüksek Askeri Şura Kararıyla ordudan atılan askeri görevlilerin başvurusu devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin emanetçisi olarak hareket eden, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten memurların uyuşmazlıklarının Sözleşmenin (m.6/1) dışında olduğunu , bu faaliyetlerin açık örneğinin polis ve silahlı kuvvetler tarafından yapılan faaliyetler olduğunu belirterek, söz konusu şikayetleri Sözleşmenin (m. 6/1) kapsamında

¹⁸¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 8.12.1999 günlü, 28541/95 sayılı kararı, (www.echr.coe.int), 2.9.2008

görmemiştir. Ancak 2007 yılında mahkemenin Eskelinen davası sonucu vermiş olduğu kararda, 6 ncı maddeden yararlanamayacak olan kapsam dışı personelin kategorisini önemli ölçüde daraltmıştır. Kapsam dışı kalmak için iki şartın gerçekleşmesini arayan mahkeme, davalı devletin dava konusu ihtilafın konusunun devlet yetkisinin uygulamasıyla ilişkili olduğunu ya da özel bağı hakkında kaygılar uyandırdığını ıspatlamasını aramaktadır. Söz konusu iki şarttan biri, devlet iç hukukunda söz konusu personel kategorisi ya da görev mevki için mahkemeye başvurma yolunu açık veya net bir şekilde kapsam dışı bırakılmış olmalı, ikincisi ise, bu kapsam dışı bırakma, devletin menfaatine olan objektif nedenlerle gerekçelendirilmeli.¹⁸² Bu karar değerlendirilince de kanaatimizce yukarıda incelenen kararlar kapsam dışında kalmakta ve yargılanamama durumu devam etmektedir.

IV. SIKIYÖNETİM KOMUTANININ İDARİ İŞLEMLERİ

Sıkıyönetim, olağanüstü halin ilanını gerektiren sebeplerden daha vahim sebeplerle ilan olunan, geçici olarak temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulmasına veya Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınmasına imkan tanıyan ve kolluk yetkilerinin askeri makamlara geçmesi sonucunu doğuran bir olağanüstü yönetim usulüdür.¹⁸³

Sıkıyönetim 1982 anayasasının 122'nci maddesinde düzenlenmiştir. Sıkıyönetim ilan etme yetkisi, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna aittir. Ancak bu Kurulun sıkıyönetim ilan etme yetkisi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onamasına tabidir. Sıkıyönetim ilanına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı Resmi Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse, derhal toplantıya çağrılır. Meclis, sıkıyönetim süresini kısaltabilir, uzatabilir veya sıkıyönetimi kaldırabilir.

Anayasa, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun sıkıyönetim ilan etme yetkisini süre yönünden sınırlandırmıştır. Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu altı ayı geçmemek üzere sıkıyönetim ilan

¹⁸² “İnsan Hakları Mahkemesinin Kararları”, (www.turkiyeliszbongundemi.org) 2.9.2008

¹⁸³ GÜNDAY, s.288.

edebilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine sıkıyönetim süresini her defasında dört ayı geçmemek üzere uzatabilir. Savaş hallerinde bu dört aylık süre aranmaz.

Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde sıkıyönetim ilan edebilir. Sıkıyönetim ilanı işlemi “sebebe bağlı” bir işlemdir. Bu nedenle, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, sıkıyönetim ilanını gerektiren sebepler hangi bölgede veya bölgelerde ortaya çıkmış ise, o bölge veya bölgelerde sıkıyönetim ilan edebilir. Sıkıyönetim ilanını gerektiren sebepler sadece bir bölgede ortaya çıkmış ise, yurdun bütününde sıkıyönetim ilan edilemez.¹⁸⁴ Sıkıyönetim ilan kararı Resmi Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Sıkıyönetim ilan kararı, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından henüz görüşülmemiş olsa bile yürürlüktedir. Yani sıkıyönetim bütün hukuki sonuçlarını doğurur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi sıkıyönetim ilan kararını kaldırırrsa, sıkıyönetim ortadan kalkmış olur. Türkiye Büyük Millet Meclisi sıkıyönetim ilan kararını onaylarsa, sıkıyönetim kararı yerini Meclis kararına bırakarak yürürlükten kalkar. Bu durumda, ülkedeki sıkıyönetimin hukuki dayanağı artık Bakanlar Kurulu kararı değil, Meclisin bu konudaki onay kararıdır. Meclis onay işlemi bir kanun şeklinde değil, bir parlamento kararı şeklinde yapar. Bu işlem, Resmi Gazetede “TBMM kararı” başlığı altında yayımlanır.¹⁸⁵

Sıkıyönetimin Bakanlar Kurulunca ilanı, her ne kadar idari işlem gibi düşünülse de¹⁸⁶ bu karara karşı yargı yolunun kapatılması gerektiği genel kabul gören görüştür. Bu yöndeki görüşlerin gerekçelerinden biri, kararın bir hükümet tasarrufu olduğu ve yargı denetimine tabi olamayacağı yönündeyken, diğer bir gerekçe ise bu kararın organik ve şekli bakımdan idari bir tasarruf gibi gözükse de Anayasanın 124 üncü maddesinde derpiş edilen hükümler çerçevesinde bir yasal tasarruf olduğu şeklindedir. Nitekim, Danıştay kararları da bu yöndedir.¹⁸⁷ TBMM nin sıkıyönetimin onayına ilişkin kararı ise, bir parlamento kararı olup idari işlem

¹⁸⁴ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.810-828.

¹⁸⁵ ÖZBUDUN, s.347-350.

¹⁸⁶ ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara-1996, s.148-150.

¹⁸⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 3.7.1970 günlü, E:1970/389, K:1970/442 sayılı kararı (Nakleden), ALİEFENDİOĞLU, s.148.

olamaması nedeniyle denetime tabi değildir. Konuyla ilgili Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda şu ifadeler yer almaktadır; “sıkıyönetim ilânı kararının T.B.M.M. Birleşik Toplantısında onanma tasarrufunu maddî bakımdan kanun addetmeye veya bu nitelikte işlem saymaya imkân görülememiştir. Anayasa, Anayasa Mahkemesinin denetimini sadece kanunlara ve İçtüzüklere hasretmiş, diğer bir deyişle T.B.M.M.’nin Kanun veya İçtüzük niteliğinde olmayan kararlarını Anayasanın ayırık olarak düzenlediği hükümler saklı kalmak üzere bu denetimin dışında bırakmıştır.”¹⁸⁸

1982 anayasasının 122 nci maddesinin 1 inci fıkrası, sıkıyönetim ilanını gerektiren sebepleri şu şekilde saymıştır;

- Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik ve olağanüstü hal ilânını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması

- Savaş hali veya savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi,

- Ayaklanma olması

- Vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın

- Ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması

Sıkıyönetim sırasında, sıkıyönetim mevzuatı yürürlüğe konulur ve sıkıyönetim rejimi uygulanmaya başlanır. Bu rejimin ortaya çıkardığı hukuki bir takım sonuçlar vardır. Bunların başlıcaları:

- Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesi,

- Sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi çıkarılabilmesi,

- Kolluk yetkilerinin askeri makamlara geçmesi,

- Bazı suçların yargılanması askeri mahkemelerin görev alanına girmesi.

Sıkıyönetim halinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için uyulması gereken madde, Anayasanın 13’üncü maddesi değil, 15’inci maddesidir. Buna göre,

¹⁸⁸ Anayasa Mahkemesi, 17.11.1970 günlü, E:1970/44,K:1970/42 sayılı kararı, AYMKD, S:8, s.448-450, RG:30.3.1971.

13'üncü madde de getirilen güvenceler sıkıyönetim halinde geçerli değildir. Örneğin, sıkıyönetim halinde sınırlamanın kanunla yapılması şart değildir. Kanun hükmünde kararname ile de sınırlandırma yapılabilir. Keza sıkıyönetim halinde sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması, Anayasada belirtilen genel sebeplere uygun olması şartı aranmadığı gibi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, demokratik toplum düzeninin gereklerine de uyulması şart değildir.¹⁸⁹

Anayasamızın 122'nci maddesinin 5 inci fıkrasına göre, sıkıyönetim halinde temel hak ve hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağı kanunla düzenlenir. Bu konuda düzenleme yapan Kanun, 13 Mayıs 1971 tarih ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunudur. Bu kanunun 3'üncü maddesinde sıkıyönetim komutanına bir çok yetki verilmiştir. Sıkıyönetim komutanı bu yetkilerini kullanarak birçok temel hak ve özgürlüğü kısıtlayabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir. Örneğin:

- Sıkıyönetim komutanı konutları ve her türlü binaları, işyerlerini, müesseseleri ve bunlara ait müştemilatı aramak yetkisine sahiptir (m.3-a). Yani Sıkıyönetim komutanı konut dokunulmazlığına müdahale edebilir.
- Sıkıyönetim komutanı kişilerin üzerlerini aratma yetkisine de sahiptir (m.3a). Yani sıkıyönetim komutanı özel hayatın gizliliği ilkesine müdahale edebilir.
- Sıkıyönetim komutanının her türlü araçlarla yapılan yayım ve haberleşmeye sansür koymak yetkisi de vardır (m.3-b).
- Sıkıyönetim komutanı mektup, telgraf ve sair gönderileri kontrol etme yetkisine sahiptir (m.3-c). Yani sıkıyönetim komutanı haberleşmenin gizliliği ilkesine müdahale edebilir.
- Sıkıyönetim komutanı belli kişilerin sıkıyönetim bölgesi içine girmelerini veya yerleşmelerini yasaklayabilir, bazı kişileri sıkıyönetim bölgesi dışına çıkarabilir (m.3-d). Yani sıkıyönetim halinde, yerleşme ve seyahat hürriyeti kısıtlanabilir.
- Sıkıyönetim komutanı toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklayabilir. Yani sıkıyönetim halinde toplantı ve gösteri yürüyüşü kısıtlanabilir.¹⁹⁰

¹⁸⁹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.820.

¹⁹⁰ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.810-828.

Sıkıyönetim, sıkıyönetim ilan kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmaması ile sona erebileceği gibi, sıkıyönetim süresinin bitimiyle de kendiliğinden sona erer. Keza, sıkıyönetim süresi daha dolmamış olmakla birlikte, sıkıyönetim ilanını gerektiren sebepler ortadan kalkmışsa, Bakanlar Kurulunun istemi ile Türkiye Büyük Millet Meclisi sıkıyönetimi ortadan kaldırabilir.

Olağanüstü hal veya sıkıyönetim makamlarının yapacakları düzenleyici veya bireysel işlemlerin idari nitelikte olduğu kuşkusuzdur. Anayasamızın 125'inci maddesi gereği bu işlemlerin idari yargının denetimine tabi olması gerektiği gibi, Anayasada olağanüstü hal ve sıkıyönetim makamlarının işlemlerini yargı denetimi dışında bırakan bir hüküm de yoktur. Bu konuda tek hüküm, 125 inci maddesinin 6 ncı fıkrasında belirtilen sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde kanunla, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlandıran hükümdür.

Ancak, idari işlem niteliğine haiz sıkıyönetim makamlarının işlemlerine karşı iptal davası açılması mümkün değildir. Nitekim, 13 Mayıs 1971 tarih ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununa 14 Kasım 1980 tarih ve 2342 sayılı Kanun ile eklenen ek 3'üncü maddede “Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumlulukları ileri sürülemez.” hükmüyle yargı yolu kapatılmıştır.

10 Temmuz 1987 tarih ve 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 Mayıs 1990 Tarih ve 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 7'nci maddesinde de “Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz” denilerek bu işlemlere karşı dava açma hakkı ortadan kaldırılmıştı. Ancak, söz konusu 7'nci maddenin, Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek açılan iptal davası sonucunda Mahkeme; itiraz konusu maddeyle Anayasa'nın olağanüstü yönetim usulü bağlamında öngörmediği bir yetkinin düzenlendiği, bu nedenle itiraz konusu kuralın olağanüstü halle ilgili bir düzenleme olmadığından olağan kanun hükmünde kararname kuralı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirterek dosyanın esasına geçmiştir. (nitekim uygulamada Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılığı ileri sürülen bir Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararname hakkında ilk olarak içerdiği düzenlemelerin “olağanüstü halin gerektirdiği konulardaki” düzenlemeler olup olmadığını incelemektedir. Yapılan bu inceleme sonucunda denetime tabi Kanun Hükmünde

Kararnamedeki düzenlemenin olağanüstü halin gerekli kıldığı konulara ilişkin olduğu sonucuna varırsa¹⁹¹ yetkisizlik kararı vermektedir.)¹⁹² Esasa girerek yaptığı inceleme sonucunda ise Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemlere yargı yolunu kapatan hüküm iptal edilmiştir. Karar şu şekildedir; “...Anayasa’nın 91. maddesinin ilk fıkrasında Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin, Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği; ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği; ikinci fıkrasında da yetki kanununun, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını göstereceği öngörülmüştür. Buna göre, olağan KHK’lerin öncelikle bir yetki yasasına dayanılarak çıkarılmaları gerekmektedir.

...285 sayılı KHK’nin 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen ve olağan KHK kuralı olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılan itiraz konusu 7. maddesi ise bir yetki yasasına dayanmadığından Anayasa’nın 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”¹⁹³ Bu kararla olağanüstü hal valilerinin işlemlerinin yargılanabilme imkanı sağlamıştır.

Sıkıyönetim bir keyfilik ve denetimsizlik rejimi değil, idarenin yetkilerinin normal zamanlara göre genişlemesine ve kişi haklarının normal zamanlara göre daha büyük ölçüde sınırlandırılmasına rağmen, gene de bir hukuk düzenidir. Hürriyetçi demokratik düzeni benimsemiş bir ülkede bunun aksi düşünülemez. Sıkıyönetim kanununun anılan hükmü Anayasanın hukuk devletinden söz eden 2 nci ve yargı yolunu düzenleyen 125 inci maddesine açıkça aykırıdır. Buna rağmen, söz konusu hüküm milli güvenlik konseyi döneminde kabul edilmiş olması nedeni ile bunun Anayasaya aykırılığının iddia edilmesi ve Anayasa mahkemesince iptal kararı verilmesi şimdiye kadar mümkün olmamıştır. Ancak, 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği ile geçici 15 inci madde ilga edildiğinden Anayasa Mahkemesince bu hükmün iptali yolu açılmıştır.

¹⁹¹ Anayasanın 148 inci maddesi gereği olağanüstü halde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler Anayasa Mahkemesince denetlenememektedir.

¹⁹² TÜLEN Hikmet, “Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla İlgili Kararları”, AÜEHFD, C:VIII, S:3-4, Y:2004, s.85.

¹⁹³ Anayasa Mahkemesi, 22.5.2003 günlü, E:2003/28. K:2003/42 sayılı kararı, RG:16.3.2004, S:25404.

Sıkıyönetim komutanlarının işlemleri, sadece komutanlık tarafından düzenlenmiş olup olmadığına göre iptal davasına konu olması durumu değişmektedir. Danıştay'ın 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununa dayanılarak işine son verilen bir kamu görevlisinin ilgili kamu kurumu aleyhine açtığı iptal davasında işlemin, onu hazırlayan diğer işlemlerden ayrılıp, ayrılamadığı konusuna girmeden davayı reddettiği görülmektedir.¹⁹⁴ Benzer yönde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin de kararları mevcuttur. Doktrinde ise kamu görevlisinin işine son verilmesi işleminin salt sıkıyönetim komutanlığının işlemi değil, fakat onun istemine dayanılarak yetkili kamu kurumunca oluşturulan bir işlem olduğu, bu nedenle kamu kurumu aşamasındaki safhanın yargı denetimine tabi tutulabileceği işlemin neden unsurunun denetlenmeyeceği fakat yetki ve şekil yönlerinden bir denetim yapılabileceği şeklinde görüşlere rastlanmaktadır.

Sıkıyönetim geçici bir zaman diliminde uygulanan olağanüstü bir rejim olduğundan olağan şartlara dönülmesi durumunda kaldırılacağı açıktır. Sıkıyönetim komutanlarınca tesis edilen idari işlemler sıkıyönetimin kaldırılması ile birlikte yargısal denetime açılmak durumundadır. Nitekim Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun vermiş olduğu bir kararda, “*Sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine işlerine son verilen memurların, diğer kamu görevlilerinin ve kamu hizmetlerinde görevli işçilerin, ilk kez kamu görevine girdikleri tarihte bu görev için yasa ve yönetmeliklerde öngörülen nitelikleri kaybetmemiş olmaları koşuluyla, işlerine son verildiği bölgede sıkıyönetim kalktıktan sonra, kurumlarınca eski görevlerine iade edilmeleri gerekir*”¹⁹⁵ denilerek aynı sonuca varılmıştır. Bu denetimlerin doğrudan dava konusu edilebilmeleri zamanaşımı açısından mümkün olmasa da yeniden yapılacak idari başvurulara verilecek cevaplar dava konusu edilerek bireysel işlemlerin iptali yoluna gidilebilecektir.¹⁹⁶

V. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

Tahkim kavramı farklı şekillerde tanımlanmıştır. Buna göre, “tahkim tarafların anlaşması üzerine, aralarındaki hukuki nizam hakem denilen hususi

¹⁹⁴ Danıştay 5. Dairesi, 2. 3. 1982 günlü, E: 1982/79, K: 1982/1166 sayılı yayınlanmamış kararı.

¹⁹⁵ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 7.12.1989 günlü, E:1988/6, K:1989/4 sayılı kararı, (<http://www.turkhuhuhsitesi.com/art/listing/php>), 29.3.2008.

¹⁹⁶ Danıştay 5. Dairesi, 8.6.1989 günlü, E:1988/1840, K:1989/1278 sayılı kararı, DD. Y. 20, S. 76-77, s. 338.

şahıslar tarafından halledilmesi”¹⁹⁷ olarak tanımlandığı gibi, tahkimi “bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması”¹⁹⁸ şeklinde de tanımlanmıştır.

Tüm bu tanımlardan yola çıkarak tahkimi niteleyen unsurlar olarak birkaç nokta göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, tahkimin hukuki bir ihtilafın çözümü için geliştirilmiş bir yöntem olmasıdır. Tahkimi niteleyen diğer bir unsur, tahkimin devlet yargısı yanında ve bunun dışında bir alternatif yargı olmasıdır. Bunun sonucu olarak da taraflar anlaşarak aralarındaki belirli ihtilafları devlet yargı sistemi dışında özel bir yargı yöntemiyle ve devletin yargı yetkisiyle sıfatlandırmadığı kişilerce çözmektedir. Bu nedenle de, aralarındaki ihtilafın çözümünde kullanılacak metodu, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku, ihtilafi çözecek özel kişileri, bunların yetkilerini, hakemlerin toplanma yerlerini, yargılama dilini taraflar belirlemektedir. Devlet yargısında olmayan bir serbesti, tahkim yargılaması taraflarında ziyadesiyle bulunmaktadır.¹⁹⁹

Kamu hizmeti imtiyazı ise, bir kamu hizmetinin idarenin gözetimi ve sorumluluğu altında olmak koşulu ile kurulması veya belli bir süre işletilmesinin bir sözleşme ile bir özel kişiye verilmesidir. Böylece masrafları, karı ve zararı bu özel hukuk kişisine ait olmak üzere kurulan hizmetten yararlananlardan, özel hukuk kişisinin belli bir ücret alması ve kararlaştırılan süre sonunda da işletmenin borçlardan arınmış bir halde idareye devri ile sonuçlanan bir sözleşme ile olur. Bu durumda idare imtiyaz veren özel girişimci ise imtiyaz sahibi olmaktadır.

İmtiyaz sözleşmeleri, klasik idare hukuku sözleşmesi olarak kabul edile gelmiş ve bunun doğal bir sonucu olarak da bu tür sözleşmelerden doğan tüm ihtilaflar idari yargının alanı içinde hallolunmuştur.

Anayasanın 125 inci maddenin birinci fıkrasına eklenen “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” şeklindeki hükme

¹⁹⁷ POSTACIOĞLU İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul-1975, s.783.

¹⁹⁸KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV, İstanbul- 2001, s.5875.

¹⁹⁹ ASLAN Zehredin-ARAT Nihal, “ Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim” ([www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/3.htm - 211k](http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/3.htm-211k)), 5.4.2008.

dayanarak kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ulusal ve uluslararası tahkim yolu açılmıştır.

Böylece, hizmetin sahibi ve sorumlusu olan idare, idari yargı alanından çıkarak tahkim yargılamasında bir kamu hizmeti ile ilgili uyuşmazlığın tarafı olabilecektir. Bu şekilde, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olan bir uyuşmazlık, idari yargının görev alanından çıkarılmıştır.

Her ne kadar, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden doğan ihtilafların halli için tahkim yolu açılmışsa da yargı alanının idari alan dışına çıkarılmış olması sözleşmenin hukuki niteliğini etkilememektedir. Nitekim, ihtilafın çözüm yolunun idari yargı dışına çıkması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin niteliğini değiştirerek özel hukuk sözleşmesine dönüştürmez. Sözleşme yine bir idari sözleşmedir.²⁰⁰ Değişen sadece tarafların asıl sözleşmeleri ile kararlaştırdıkları uyuşmazlık çözüm yolunun, idari yargı alanı içinde değil de özel bir ihtilaf çözüm yolu olan tahkimde çözümlenmesi yolunun açılmış olmasıdır. Ancak bu konuda farklı düşünen ve bu düzenleme ile aslında idari bir sözleşmenin yasa koyucunun iradesi ile özel hukuk sözleşmesi haline getirildiğini ifade eden yazarlarımız da mevcuttur.²⁰¹

İmtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolu açılarak bir idari işlem olan imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlık için normal yargı yolu kapatılmış ve hakem kararları ile denetlenir hale getirilmiştir. Bu durum, asıl amacı idarenin hukuka aykırı işlem yapmasını önlemek olan idari yargının geliştirdiği re'sen tahkik ilkesi dahil özel yargılama tekniklerinden vazgeçilerek bir yönüyle idari işlem için bir yargı kısıtlaması oluşturmuştur.²⁰²

VI. YÜKSEK HAKEM KURULU KARARLARI

Yüksek Hakem Kurulu, [grevin](#) yasak olduğu işyeri ve işletmelerdeki [toplu sözleşme](#) görüşmelerinden belirli bir zaman içinde anlaşma sağlanmaması üzerine toplu sözleşmenin imzalanmasına mutlak anlamda yetkili kuruldur.

Anayasanın 54 üncü maddesinin 5 inci fıkrasında “Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda erteleminin sonunda uyuşmazlık

²⁰⁰ ASLAN- ARAT, (www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/3.htm - 211k), 5.4.2008.

²⁰¹ ÖZAY, s. 398.

²⁰² KALABALIK, s.25.

Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Yüksek Hakem Kurulunun kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.” denilmektedir.

Yüksek Hakem Kurulunun oluşmasında üçlü temsil sistemi esas alınmıştır. Birinci grupta tarafsız temsilciler yer almaktadır. Bunlar Yüksek Hakem Kurulunun başkanı olarak [Yargıtay](#)'ın iş davalarına bakan dairesinin başkanlığında, [Bakanlar Kurulu](#)'nca bakanlıklar bünyesi dışından seçilen tarafsız bir üye, üniversitelerin iş hukuku veya ekonomi öğretim üyeleri arasından [Yüksek Öğretim Kurulu](#)'nca seçilecek bir üye ile [Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı](#) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Genel Müdürü'dür. İkinci grupta, en fazla üyeye sahip işçi konfederasyonunca seçilen iki üye, üçüncü grupta ise işverenler adına biri en çok işveren mensubu olan işveren konfederasyonunca, diğeri kamu işverenlerini temsilen Bakanlar Kurulu'nca seçilecek iki üye yer almaktadır.

Yüksek Hakem Kurulunun uyuşmazlıkları ilke olarak evrak üzerinden inceleyerek çözüme bağlar. Ancak yeteri kadar aydınlatılmamış bulunduğu yönleri ilgililerden sorarak tamamlayabilir. Ayrıca görüşlerini öğrenmek istediği kimseleri dinleyebileceği gibi, bunların görüşlerini yazılı olarak vermelerini de isteyebilir. Yüksek Hakem Kurulu başvuru dilekçesini aldığı günden itibaren altı işgünü içinde üyelerinin tamamının katılmasıyla toplanır.

Kanun, Yüksek Hakem Kurulu kararını ayrıca bir süreye bağlamamıştır. Yüksek Hakem Kurulunun kararı kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Gerek anayasa gerek kanundaki kesin olduğu yolundaki hükümden bu kararlara karşı yargı yolunun kapatıldığı kabul edilmektedir.²⁰³ Ancak buradaki kesinliği idari kesinlik olarak düşünen ve yargı yolu kapatılmasının söz konusu olmadığını ileri süren görüşte mevcuttur.

²⁰³ KALABALIK, s.25.

SONUÇ

Anayasanın 125 inci maddesinde yer alan hüküm, “idarenin her tür eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” şeklinde olmasına rağmen, Anayasa ve bazı kanunlarla getirilen yargı kısıntıları hukuk devletini önemli ölçüde zedelemektedir. Nitekim, yargı kısıntılarıyla hukukun asıl koruduğu kişiler olan bireyler, devlete karşı hak arama özgürlüğünden mahrum bırakılmıştır. Oysa, hak arama özgürlüğü evrensel bir hak olup, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesinin 8 inci maddesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6 ncı maddesiyle de güvence altına alınmıştır. Aynı şekilde bu hak, 1982 Anayasanın 36 ncı maddesinde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” şeklinde yerini almıştır.

Bütün bunlara karşın, Türk hukukunda yargısal denetime tabi tutulamayacak bir takım idari işlemler kategorisi oluşturulmuştur. Bu işlemlerin yargı denetimine tabi tutulmamasının çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Bu işlemlerin bir kısmı her ne kadar idari organlarca tesis edilmiş olsa da idari işlem kimliğine haiz değildir. Örneğin, devletin temsili ile görevli makamın bu amaca yönelik tesis ettiği işlemler veya yürütmenin salt siyasal niteliğe haiz işlemleri idari işlem niteliğinde değildir. Bu nedenle yargısal denetimleri de düşünülemez. Bunların denetlenemiyor olması hak arama özgürlüğünü sınırlandırmaz. Nitekim, bunlar fertlerin özlük haklarını etkileyecek, doğrudan onların hukuksal varlığında kazanımlara veya kayıplara neden olabilecek nitelikte değildir.

Diğer bir kısmı ise, özellikli işlem niteliğindedir. Bunlar, devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket eden, kamunun özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından yerine getirilen işlemlerdir. Bu işlemler, devletin bir bakıma egemenlik alanıyla ilgili hususta kendi istediği şekilde değerlendirme yapması ve bu kapsamda verilen kararların hukukiliğinden çok kamu yararının esas alınması anlayışıyla yargı denetimi dışında tutulmaktadır. Türkiye’deki bu uygulama AIHM’de de sürdürülmektedir. Nitekim mahkemenin Pellegrin kararında ortaya koyduğu kriterler halen uygulanmaya devam etmektedir. Bu kriterlere göre, yargıç ve savcılar ile

silahlı kuvvetler mensuplarının devletin egemen gücünün kullanılmasına doğrudan katılmaları nedeniyle memurluğa kabul, kariyerleri, çalışma koşulları veya görevden alınmaları, disiplin cezaları, emekliliğe sevkleri gibi konulardaki kararlar sözleşmenin 6 ncı maddesinin koruması altında değildir. Dolayısıyla bu kapsamda yer yargı kısıntısı nedeniyle bir savcı ya da silahlı kuvvet mensubu tarafından, AİHM'ne dava açılrsa da mahkeme, getirilen bu yargı kısıntılarını 6 ncı madde içerisinde muhtemelen değerlendirmeyecektir. Ancak mahkemenin bu tutumu, bu nitelikteki düzenlemelerin hukuk devleti ilkesiyle bağdaştığı anlamına gelmemektedir. Mahkemenin böyle bir içtihat ortaya koyması bir bakıma kendisini bu konuda yetkisiz görmesinden ileri gelmektedir.

Bu işlemler bireysel işlem niteliğinde olmalarına rağmen, bireyler hukuk korumasından mahrum bırakılmıştır. Her ne kadar ilgili bölümlerinde yargı denetimi dışında bırakılmasının gerekçeleri belirtilse de Anayasada koruma altına alınan hak arama özgürlüğü ile bu işlemlerin denetim dışı bırakılma amacı arasındaki önceliğin hangisine ait olacağının günümüz hukuk anlayışı ile yeniden değerlendirilmesi gerektiği inancındayız.

Diğer bazı işlemlerin yargı denetimi dışında tutulmalarının nedeni ise, işlemi tesis eden kurumların, bu işlemi tesis ederken bir yargılama faaliyeti içinde olduğunun, bu kapsamda verdikleri kararların da yargısal niteliğe haiz olduğunun kabul edilmesi nedeniyledir. Ancak açıkça mahkeme olarak ihdas edilmeyen bir kurumun yargılama faaliyetini gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği, veya bir idari kararın, kararı veren makamın niteliği esas alınarak yargısal denetimden beri tutulmasının hukukiliği tartışmalıdır. Anayasanın yargı yetkisini düzenleyen 9 uncu maddesinde yer alan, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı yönündeki hüküm karşısında bağımsız mahkeme olma niteliği taşımayan bu kurumlara yargılama yetkisi tanınmanın ve verdiği kararlara karşı yargı yolunu kapatmanın Anayasanın ruhu ile çeliştiği kanısındayız. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararında²⁰⁴, belirli türdeki davaları karara bağlamada, mahkemelerin yetkilerini kaldırıp bu tür yetkilerin mahkemeler dışında başka organlara verilebilmesinin keyfi iktidar tehlikesine yol açacağı ifade edilmektedir. Hukukun üstünlüğü ilkesi, kamu gücünün keyfi kullanımı tehlikesine

²⁰⁴ EROL Akif Muhammet, “Yargı Denetiminde Bağışık İşlemler Sorunu Aşılabilir”, İstanbul Barosu Dergisi, C.71, S. 1-2-3, 1997, s.83.

karşı yargı güvencesini öngörür. Bu tür yetkilerin idari organlara bırakılması hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılık oluşturur. Konuya örnek olarak Sayıştay'ın kesin nitelikli kararları ve HSYK kararları verilebilir.

Bütün bunların dışında bir de idari işlem niteliğine sahip oldukları tartışmasız olan işlemlerin denetim dışında tutulmasının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu işlemlerin Anayasal veya yasal bir düzenleme ile yargı denetimi dışında tutulmasının hukuk devleti ile bağdaştırılamayacağı izahtan varestedir. Bu işlemlerin bir an önce denetime açılmasının gerektiği açıktır. Konuya örnek olarak, idari işlem olduğu tartışmasız olan ve kişilerin özlük haklarını, meslek yaşamlarını olumsuz etkileyebilecek olan uyarma ve kınama cezaları, sıkıyönetim komutanlarının işlemleri, asker kişiler hakkında verilen disiplin cezaları verilebilir. Kanaatimizce 1982 Anayasasının yapıldığı dönemin olağan dışı koşulları hatırlandığında, Anayasa'ya bu tür hükümler konulmuş olması belki yadırganmayabilir. Ancak, Anayasa'da yargı denetimine getirilen kısıtlamaların yirmi altı yıl sonra halen yürürlüklerini korumaları, hatta kimi çevrelerce bu kısıtlamaların savunulabilmesi anlaşılır gibi değildir.

Hak arama özgürlüğü, 1982 Anayasasının 36 ncı maddesi ile koruma altına alınmış ve bütün dünyada temel bir hak olarak kabul edilmiştir. İdare, tesis ettiği idari işlemlerle, kamu gücünü kullanarak bireye haklar ve sorumluluklar yüklemekte ya da bir takım mahrumiyetler getirmektedir. Bunların karşısında yargı yolu kapatılarak hak arama özgürlüğü elinden alınan bireyin korunmasız bırakıldığı bir gerçektir. Söz konusu düzenlemeler her ne kadar kanunla veya Anayasayla getirilse de, demokratik toplum düzeni ve uluslararası hukukla bağdaşmadığı ortadadır. Bu nedenle bu kapsamdaki sınırlamaların bir an önce değiştirilerek günümüz hukuk anlayışıyla yeniden düzenlenmesi ve bunlara karşı yargı yolunun açılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKARSU Ayhan: Türk İdari Yargısında Yasama Kısıntıları, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997-Ankara.

AKYILMAZ Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında, İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara-2000.

ALPAR Erol: “Askeri İdari Yargı Denetimi ve Avrupa Birliği İle Uyum Çerçevesinde Mevzuatımızdaki Değişiklikler” Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S:19, Kitap:1 Ankara 2004.

ALPAR Erol: “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Yargılama Yetkisi ve Sınırları”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:21, S.1, Mart- 1988.

ALPAR Erol: “Hukuk Devleti İlkesi ve Avrupa İnsan Hakları Çerçevesinde Askeri Disiplin Hukukunun Değerlendirilmesi”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı:22, kitap 1, Ankara-2007.

ALPAR Erol: “Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları”, Danıştay Yayınları, Ankara-1990.

ALPAR Erol: “Yönetim Hukuku ve Özellikleri”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S.15 Ankara-2001.

AKILLIOĞLU Tekin: “Yönetimsel Yargı ve Denetimin Etkinliği”, Amme İdaresi Dergisi, C.23, S.1, Mart-1990.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara-1996.

ASLAN Zehredin-ARAT Nihal,“ Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim ”www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/3.htm - 211k, 5.4.2008.

BAŞPINAR Recep: “Sayıştay Kararlarının Yargısal Denetimi”, Danıştay Dergisi, Y.3, S:12-13, 1974 .

ÇAĞLAYAN Ramazan: “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, Aralık-2003.

ÇAĞLAYAN Ramazan: **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sonuçları**, Ankara-2001.

ÇUBUKLU Hıfzı:“**Atama Ayırma ve Sicil İşlemleri Konusunda Askeri Yüksek İdare Mahkemesince Yapılan Yargısal Denetim ve Uygulamada Görülen Aksaklıklar**” AYİM Dergisi, Sayı:19, Kitap:1 Ankara 2004.

DARENDELİ Abdulvahhap: “ **Adalet Yönetimi ve Yargısal Denetime Tabi Olmayan İdari İşlemler**”, Adalet Dergisi, S.19, Mayıs-2004.

DEMİRKOL Selami: “**İdari Yargı Denetiminin Sınırı**” İstanbul Barosu Dergisi, 1996, S.7-9.

DURAN Lütfi:“**Adliye Genel Yargı Yeri**” Amme İdaresi Dergisi, C.2, S.1, Mart-1984.

DOEHRİNG Karl: **Genel Devlet Kuramı**, Çev: Ahmet MUMCU, İstanbul-2002.

ERDOĞAN Mustafa: **Anayasa Hukuku**, Ankara-2005.

ERDOĞAN Teziç: **Anayasa Hukuku**, İstanbul, Ekim-2005.

ERKUT Celal : **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara-1990.

EROL Akif Muhammet: “**Yargı Denetiminde Bağışık İşlemler Sorunu Aşılabilir**”, İstanbul Barosu Dergisi, C.71, S. 1-2-3, 1997.

ERÖZDEN Ozan: “**1982 Sisteminde Cumhurbaşkanını Sorgulamak**”, İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, C. 13, 1991.

ESEN Selin: **İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesinin Yaptığı İlk İnceleme**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara-1996.

GİRİTLİ İsmet-SARMAŞIK Jale: **Anayasa Hukuku**, Ekim-2001, İstanbul.

GÖREN Zafer: **Anayasa Hukukuna Giriş**, Eylül-1997.

GÖZLER Kemal:“**Cumhurbaşkanının Seçimi:Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:2, S.9, Mayıs-2007.

GÖZLER Kemal: **İdare Hukuku**, C.I, Bursa-2003.

GÖZLER Kemal: **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa-2000 (<http://www.anayasa.gen.tr/hukukdevleti.htm>), 5.1.2007.

GÖZÜBÜK A. Şeref- TAN Turgut: İdare Hukuku Genel Esasları, C.1 Ankara-2001.

GÖZÜBÜYÜK A.Şeref: Türkiye'nin Yönetim Yapısı, Ankara-2004.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara-2005.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref:Yönetimsel Yargı, Mart-2006, Ankara.

GÜNDAY Metin: **İdare Hukuku,** Ankara-2003.

GÜNDAY Metin: 1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları, **I nci Ulusal İdare Hukuku Kongresi** (1–4 Mayıs 1990), Ankara–1991.

GÜNEŞLİ Turan:**Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri,** Ankara-1965.

İBRAHİMHAKKIOĞLU Uğur: “**Yargı Bağımsızlığı**”, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9–13 Ocak 2001), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12.

İNAN Atilla: “**Sayıştay Uygulaması ve Sayıştay'ın Yargı Düzenindeki Yeri**”, Danıştay Dergisi, S:56-57, Ankara-1985.

İNCEOĞLU Sibel : “**Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımında Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi**”, Danıştay'ın 139 uncu Kuruluş Yıldönümü ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 11.5.2007, Danıştay Genel Kurulu.

İŞTEN İnanç: **Avrupa Birliği Sürecinde Kararları Yargı Denetimi Dışında Tutulan Anayasal Kurumlar**, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara-2006, <http://www.yök.gov.tr/10.06.2006>

KALABALIK Halil: **İdari Yargılama Hukuku,** Ankara-2003.

KAPLAN Gürsel: “**Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Başvurmayı Engelleyen Düzenlemelerin Hukuk Devletli Prensibi Açısından Değerlendirilmesi**”, AÜEHFD, C VII, S.3-4.

KÖSE H. Ömer: “**Parlamente Sistemde Sayıştay'ın Yeri ve İşlevi**”, Sayıştay Dergisi, S.39, Ekim- Aralık- 2000.

KULAK Sercan Coşkun: **Uyarma Kınama Cezaları ve Yargı Denetimi,** İstanbul Barosu Dergisi, 2006, C.79, S.2.

KUNTER Nurullah, “**Türkiye'de Kaza Kuvveti**”, İÜHFM, Cilt: XXV, İstanbul-1960.

- KURU Baki:** **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt IV, 2001-İstanbul.
- ONAR Sıddık Sami :** **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: 1, İstanbul-1966.
- ÖZAY İlhan:** **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul-2004 .
- ÖZBUDUN Ergun:** **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara-2004.
- ÖZTÜRK N. Kemal:** “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Geleneği ve 1982 Anayasasındaki Düzenlemenin Parlamenter Sistemle Uyumu”, Amme İdaresi Dergisi, C:25, S:1, Mart-1992.
- P.BİLGİN İsmet- AKGÜNER Teoman:** **İdare Hukuku**, İstanbul-2001.
- POSTACIOĞLU İlhan:** **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul - 1975.
- SAYIN İsmail Hakkı:** **Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Ankara-1999.
- SELÇUK Sami:** **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Ankara-1998.
- ŞENLEN Süheyla:** **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri**, İstanbul-1996.
- TANİLLİ Server:** **Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş**, 1993.
- TÜLEN Hikmet:** “Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla İlgili Kararları”, AÜEHFD, C:VIII, S:3-4, Aralık-2004.
- UZ Abdullah:** “Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay ’ın Yargısal Kimliği” AÜHFD, C. 54, S.4, 2005.
- UZELTÜRK Tahmazoğlu Sultan:** **Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri** <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg23/uzelturk.pdf>, 10.4.2008.
- ÜNAL Şeref:** **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Yayın No:65 Ankara-1994.
- ÜNEN Emil:**“Bir 12 Eylül Kalıntısı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, İstanbul Barosu Dergisi, C.72, S.1,2,3, 1998.

ÜNLÜ Ahmet, Hamdi, “**Yüksek Seçim Kurulunun Niteliği Üzerine**”, Danıştay Dergisi, S. 105, Ankara-2003

ÜNLÜÇAY Mehmet: “**İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü**”, Danıştay İnternet Sitesi, (http://www.danistay.gov.tr/1-idarenin_yargisal-denetimi_ve_hukukun_ustunlugu.htm),24.3.2008.

ÜNVER Yener, “**Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu**”, İÜHFİM, Cilt:LIII, Sayı:1-4 İstanbul-1991.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet: “**Türk Anayasası Açısından Hukuk Devleti Kavramı**”, Danıştay Dergisi, S. 11, Ankara-1973.

YAYLA Yıldızhan: **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul-1985.

YENİCE Kazım- **ESİN** Yüksel: **İdari Yargılama Usul Kanunu** , Ankara- 1983.

YILDIRIM Ramazan: “**Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış**”, AYİM Dergisi, S.14, 2000.

YILDIRIM Ramazan: **İdare Hukuk Dersleri 1**, Konya-2005.

YILMAZ Zekeriya: “**Seçimlerin Denetimi ve Yüksek Seçim Kurulu**”, Terazi Hukuk Dergisi, S.2, Ekim-2006.

YÜZBAŞIOĞLU Nemci: **3 Kasım Seçimleri Üzerinde Gölgeler**, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul-2006.