

İDARİ İŞLEM NİTELİĞİNDE YARGI KARARIYLA VERGİ DAVALARININ ÇÖZÜMÜ (I)

Lütfi DURAN *

Kamu hukuku uzmanı olduğu savıyla, 12 Mart 1971 askeri müdahalesinin, özgürlüklere şal örtebilen sivil Başbakanının girişimi sonucu, 1961 T. C. Anayasasında Yürütme ve İdare yararına gerçekleştirilen değişikliklerden biri de; «Yargı denetimi»ne ilişkin 114 üncü maddeye; «Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez» hükmünün eklenmesidir. Ayrıca, bu maddenin yukarıda işaret edilen kenar başlığı, «yargı denetimi»nden «Yargı yolu»na çevirilerek, «İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz» yasak kuralı, «İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır» biçimine sokulup, her başvurunun «yargı denetimi»nin tam olarak gerçekleşmesiyle sonuçlanmayabileceği anlatılmak istenmiştir.

Ancak, bu anayasal düzenleme, 13 Haziran 1973 tarihli ve 1740 numaralı kanunla (m. 17), 24 Aralık 1964 tarihli ve 521 numaralı Danıştay kanununa getirilen Ek madde 1'e aynen aktarılmasına karşın, Yüksek idare mahkemesinin, 1980 öncesindeki dönemde, içtihad ve uygulamalarında önemli ve köklü değişikliklere yol açmadı¹. Belki de bu yüzden, 12 Eylül 1980 askeri darbesini gerçekleştiren yüksek komutanlar kurulu, Mill Güvenlik Konseyi, yeni Anayasa'nın hazırlanmasını ve yürürlüğe konmasını beklemeden çıkardığı 6 Ocak 1982 tarihli ve 2577 numaralı İdar yargılama usulü kanunu (İYUK)'nun 2. maddesinin 2 sayılı paragrafında; İdarî yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdarî mahkemeleer; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.» hükmü ile, önceki düzenlemeyi açıklamak ve geniş-

* Prof. Dr., İ. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Danıştay D. D. Genel Kurulu, 30 Kasım 1979, Haznedar, Esas : 1979/16 Karar : 1979/441, Danıştay Dergisi, Sayı : 38-39, s. 78-84, özellikle s. 89 21 Aralık 1979, Evlyaoğlu, Esas : 1978/1356 Karar : 1979/580, Danıştay Dergisi, Sayı : 38-39, s. 98-102, özellikle s. 101.

letmek ister görünmüştür. Şu kadar ki, Milli Güvenlik Konseyi, İYUK'nun kabulü sırasında hukuk uzman-danışmanlarının «yerindelik» ve «takdir yetkisi» kavramları üzerindeki açıklama ve irdelemelerini doyurucu ya da bu ayırımın anayasal düzeyde yapılmasını gerekli bulmamış olacak ki, 1982 T.C. Anayasasının konuya ilişkin 125. maddesine kanun hükmünü aktarmışken, «İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar» tümceciğini koymamıştır. Fakat, İYUK'da sadece «İdari yargı yetkisi» kısıtlanmış iken, 1982 Anayasası, Yürütme ve İdare üzerindeki denetimde genel olarak «Yargı yetkisi»ni sınırlamaya yönelmiştir.

Böylece, Yürütme ve İdarenin, bireylerin ve toplulukların hak, çıkar ve özgürlükleri üzerinde daha serbest ve korkusuzca işlem ve etki yapmak olanağına kavuşturulması amaçlanmıştır. Ancak bu yöndeki düzenlemenin, uygulamada Yürütme ve İdare aleyhine de etkileri olabileceği öngörülememiştir ve bu bakımdan olumsuz sonuçları şimdilerde ortaya çıkmaya başlamıştır.

İdari yargının vergi uyuşmazlıklarını çözümlenmekle görevli mercileri, «Hazine menfaati»ni korumak hususunda bu yüzden güçlükle karşılaşmışlardır. Vergi ihtilâfları, 1982 den önce, idari kurul niteliğindeki İtiraz ve Temyiz Komisyonlarınca görülüp çözümlendiği dönemde, «idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemez» yasağı pek etkili bir engel sayılmazken, 6 ocak 1982 tarihli ve 2575, 2576 ve 2577 numaralı İdari yargı kanunları uygulamaya konduktan sonra, vergi mahkemeleri ile Danıştayın bu konuda görevli daireleri ve kurulu için çetin sorunlar oluşturmaktadır.

Bu sorunlardan biri; vergi davasına konu olan işlem, yargı merciince mevzuata ve hukuka aykırı görüldüğünde, neye ya da nelere hükmedilebileceğidir. İşlemin iptali ile mi yetinilecek, yoksa ayrıca doğru ve sağlam hukuki durum da belirlenip karara bağlanacak mı? İşte bu sorunu irdelemeye çalışacağım bu incelemede, Anayasa ve İYUK'daki yargı denetiminin sınırlanmasına ilişkin genel düzenlemeyi inceledikten sonra, Danıştay'ın aynı açıdan vergi uyuşmazlıkları ile ilgili içtihad ve uygulamalarını ele alacağım.

YARGISAL DENETİMİN SINIRLARI

T. C. Anayasa'larının bu konudaki düzenlemeleri, 1982 metninde yer alan, «Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır.» hükmü dışında kelimesi kelimesine aynıdır. 1961 Anayasasının 1971 eklemesinde bulunmayan bu hüküm, diğer yasak kuralları gibi, Kamu hukukunda «mütearife» kabilinden olduğu için, genel düzenlemede nitelik ve etki bakımından herhangi bir fark getirmiş sayılamaz.

Bu itibarla, II. Cumhuriyet rejiminde 1971 Anayasa değişikliği ile yargı denetimine konulan sınırlama hakkında daha önce yapmış olduğum genel değerlendirmeye, III. Cumhuriyet düzenlemeleri için de geçerliğini korumaktadır. Şöyle ki, 1961 Anayasası'nın 115. maddesine eklenen fıkradaki, «sözcüklerin ve tümcelerin taşıdığı anlam, var olan, bilinen gerçekler hiçe sayılarak, istenilen yönde yorumlanıp uygulanacak olursa; yürütmenin bazı

işlem ve eylemlerinin yargı denetimi bağısıklığından yararlanmasına» yol açılmış olur.» Bu yol bir kez açılırsa, yürütmenin yargı bağısıklığının nereden başlayıp, nerede biteceği asla kestirilemeyeceğinden; idarî işlem ve eylemlerin tümüyle yargı denetimi dışında bırakılması tehlikesi belirir»². Nitekim, Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 1961 Anayasasının 114. maddesine getirilen ek fıkranın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra Bakanlar Kurulu'nun devlet memurları kadrolarına ilişkin bir kararnamesinin yürürlük hükmüne karşı açılmış olan bir dâvada; «İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği, İdare Hukukunun yıllardan beri Danıştay içtihadlarıyla da te'yid ve tekrar edilen temel ilkesi olduğu gibi, T. C. Anayasasının 1488 sayılı Kanunla değişik 114 üncü maddesiyle de açıkça hüküm altına alınmış bir husustur.»³ demek suretiyle, yeni anayasal düzenlemenin, mevcut ve uygulanmakta olan bir hukuk kuralını saptamaktan öteye bir anlam ve etki taşımadığını belirtmiştir. Ancak, bu İdare hukuku genel kuralının sözkonusu davada uygulanmasının yerinde ve doğru olup olmadığını, aşağıda inceleyeceğim. Burada vurgulamak istediğim; Danıştay'ın, 1961 Anayasasının 114. maddesine eklenen hükümleri, «malûmu ilâm»dan ibaret olarak kabul ettiğidir.

Gerçekten, 1982 Anayasasının 125. maddesine bir tümce eklenerek aktarılan Yargı yetkisini sınırlayıcı hükümlerin tümü, ötedenberi bilinen ve mahkemelerce gözetilen İdare Hukukunun genel kurallarından başka birşey değildir. Ne varki, bu genel kurallar, gerek İYUK m. 2/2 de, gerek 1982 Anayasasında düzgün ve uygun biçimde ifade edilmiş sayılmaz.

Yargısal Denetim, Yürütme Görev ve Yetkisi

Şöyle ki, Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyebilirse; «yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini» hiçbir surette kısıtlamış olamaz. Çünkü, «hukuka uygunluk denetimi», yürütme ve idarenin işlem ve eylemlerinin kanunlara şekil ve esas yönünden aykırı olup olmadığının araştırılıp saptanmasından ibarettir. Kanunlarda gösterilen «esaslar», idari işlemlerin yetki, sebep ve konu unsurlarını içerdiğine ve kamusal etkinliklerin tümü «kamu yararına» yönelik olmak zorunda olduğuna göre; yargı denetimi, İYUK m.1/a hükmüne uygun olarak, işlemin beş unsurunu kapsayacak boyutta gerçekleştirilebileceğinden; «yürütme görevinin ... yerine getirilmesini (asla) kısıtlamış sayılmaz.

Ayrıca, 1982 Anayasası (m. 8), yürütmeyi aynı zamanda bir «yetki» olarak da kabul etmiş bulunmasına karşın, 125 maddesinde Yargı denetiminin sadece «yürütme görevinin yerine getirilmesini kısıtlayamayacak» biçimde yapılmasını öngörmekle, yürütme yetkisinin kullanılması ile gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin hiçbir sınırlamaya bağlı kalmadan, serbestçe ve tam olarak icra edilebileceği sonucu da çıkartılabilir. Ancak, mevzu hukuk kurallarının

2 Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İÜHF Yayını, İstanbul, 1982, s. 21.

3 DDDK., 12 Ekim 1973, Berzey, E. 1972/125 - K. 1973/618, Danıştay Dergisi, Sayı 14-15 (1974), s. 210-211.

yorumunda, metinlerin sözcük anlamlarıyla yetinmeyip, amaçlarının ve hukuk düzeninin bütünü içindeki konumlarının da gözönünde tutulması gerektiğinden; yürütme yetkisinin kullanılması ile oluşturulan işlemlerin, görevlerin yerine getirilmesi sonucu ortaya çıkan işlemlerden daha yoğun ve etkili bir yargı denetimine tâbi tutulabileceği savunulamaz. Her iki halde de, «idari işlem» söz konusu olduğuna göre; bunların yargısal denetiminin kapsam ve sınırlarında herhangi bir ayırım gözetilemez. Çünkü, yürütme görevinin yerine getirilmesinde kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uymak gerektiği gibi, yürütme yetkisinin kullanılmasında Anayasaya ve Hukukun genel ilkelere ile İdare Hukuku kurallarına uygun işlem yapmak zorunluğu vardır. Bu nedenle, yürütme ve idare üzerindeki yargı denetimi nitelik ve kapsam bakımından her konuda aynıdır.

Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi

Böyle olunca, önce İYUK'un, daha sonra da 1982 Anayasasının, yargısal denetimi sınırlamaya yönelik olarak, 1961 Anayasasına getirdiği ek hüküm hiçbir yenilik ve daraltma içermiyor demektir. Acaba, İYUK'ta bulunan, fakat 1982 Anayasasına alınmayan, «idari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar» yasağı için de aynı irdeleme yapılabilir mi?

Bu nokta da, «hukuka uygunluk denetimi» mekanizması çerçevesinde yer almakla beraber, esas itibarıyla, «takdir yetkisi» kavramı ile bağlantılı bir kurumdur. İYUK ve Anayasa, konuya ilişkin hükümlerinde, «idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler» yasağını da koymuş bulunduğundan; sorunun bu açıdan ele alınmasında yarar vardır. Ancak, bu yaklaşımın sağlıklı ve belirgin sonuçlara varabilmek için, daha önce, söz konusu hükümleri bütünü ile inceleyip değerlendirmek gerekir, sanıyorum.

Böyle ki, «yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler» hükmü, yargısal denetim yetkisinin yürütme ve idare üzerinde salt ve genel olarak varlığını ve işlerliğini kabul etmekte; sadece bu yetkinin kullanılması sonucunda, yargı mercinin, denetlenen organ ve makamın yapabileceği işlem ve eylemin yerini tutabilecek veya yürütme ve idarenin bu işlem ve eylemleri başlangıçta ya da hükümden sonra tesis etmesinde varolan takdir yetkisini kaldırarak, yani tamamen yadsıyacak bir karar vermesini yasaklamaktadır. Söz konusu sınırlamalar, yürütme görevinin hukuka uygun olarak yerine getirilmiş bulunması koşulu ile geçerli ve etkili olacaktır. Çünkü hukuk devletinde tamamen «takdiri işlem»in yeri yoktur. Bu itibarla, yargısal denetim, takdir yetkisinin kullanılmasında üzerinde işletilecek ve fakat işlem ve eylemin takdiri içeren öğeleri hakkında yürütülmeyecektir. Ayrıca, yargı yerleri, takdir yetkisi içersin veya bağlı yetki olsun, yürütme ve idarenin yaptığı ya da yapması gereken bir işlem ve eylemi «hüküm» olarak kararlaştıramayacaktır. Bütün bu esaslar ise, İdare hukukunun ötedenberi bilinen ve herkesce benimsenen mahkemelerce de sürekli uygulanagelen genel ve ilke kurallarından başka birşey değildir.

Bu nedenledir ki, Danıştay'ın «taksir yetkisi»ne ilişkin içtihad ve uygulamalarında, gerek 1971 Anayasa değişikliğinden sonra, gerek İYUK'un ve 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden bu yana, esasta bir farklılık görülmemiştir. Her türlü idari işlemin, sebep veya konu unsurları ya da her ikisi bakımından takdir yetkisi tanınmış olması hallerinde dahi⁴ «kamu yararı» ve «hizmet gereği»ni içeren maksat unsuru yönünden yapılan denetim dolaşısıyla, anılan öteki ögelerdeki sakatlıklar ister istemez ortaya çıkarak, hukuka aykırı olduğuna hükmedilebilmiştir. Nitekim Danıştay, 1982 den sonra da, memurların göreve atanma veya alınmama, görevden çıkarma veya uzaklaştırma, görev türünün ve yerinin değiştirilmesi, kadro tahsisi, ek gösterge verilmesi, 1402 numaralı Sıkıyönetim Kanununun özel hükmüne göre görevden atılma konularında çıkan uyuşmazlıklarda, «taksir yetkisi» ile ilgili içtihad ve uygulamalarını sürdürmüştür. Yüksek idare mahkemesinin bu sorun hakkındaki içtihadını belirlemek bakımından, Beşinci Dairenin «yerindelik denetimi»ni de tartışan çok yeni bir kararından aşağıdaki uzunca alıntıyı yapmayı yararlı görüyorum :

Madde metninde (2547 sayılı YÖK m. 33/a) açıkça ifade edildiği gibi, atanma süresi sonunda görevi kendiliğinden sona eren araştırma görevlisinin yeniden atanması hususunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. 2577 sayılı İYUK'nun İdari dava türleri ve İdarî yargı yetkisinin sınırı başlıklı 2. maddesinin 1/a bendinde 'İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından iptal davası açılacağı belirtilmekte; 2. fıkrasında ise, idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdarî mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kısıtlanacağı, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler' denilmektedir. Kamu hizmeti devamlılık arzeden bir hizmet olup, bu hizmeti yürüten kişilerin hizmeti yürütmesine engel gösterilen hususların idari yargı denetimine tâbi olacağı hususu öncelikle T. C. Anayasasının 125. maddesinin 'İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır' hükmü gereğidir. Yargı yerince idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin bağlı yetki ya da takdir yetkisi içinde alınan işlemler arasında bir ayırım yapılmaksızın işlemin beş unsuru üzerinde yürütüleceği belirtilen 2. maddede açıkça ifade edilmiştir. Bu unsurlar sırasıyla yetki şekil, sebep, konu ve maksat unsurları olup, maksat unsuru yönünden denetimin içinde ise idarenin takdir yetkisi içinde yer alan hususlarda kamu yararı, hizmetin gerekleri yönünden yasanın

4 İşlemin diğer yetki, şekil ve maksat unsurlarında da «taksir yetkisi» bulunabileceği ileri sürülmekte ise de; gerçekte bu ögeler bakımından aynı zamanda geçerli sayılan iki-üç «olasılık» söz konusudur. Örneğin, mahalli idarenin yetkili organınca bütçeye, ödenmesi zorunlu borç için tahsisat konulmamış olması halinde, vesayet makamının bunu doğrudan kararlaştırabilmesi; yürütme ve idarenin kamusal malları düzenlerken kamu düzeni ya da kamu hizmeti veya malî menfaat mülâhazalarıyla ya da bunlardan ikisini veya üçünü gözönüne alarak, kurullar koyabilmesi; acele ve ağır durumlarda zabıta makamlarının yazılı biçim yanında, sözlü olarak da emirler verebilmesi, bu işlemlerin, sırasıyla, yetki, maksat ve şekil unsurları bakımından «taksir yetkisini» içermekte, sadece sağlıklı kabul edilen halterini oluşturmaktadır.

aradığı amaca uygun ilkelerle hareket edilip edilmediği hususu yer almaktadır. Bütün bu unsurlar açısından hukuka uygunluk denetimi yapıldıktan ve işlem hukuka uygun görüldükten sonra, idari yargının denetim alanının dışında bırakılan husus, yerindelik alanına ilişkin olup, örneğin aynı hukuki durumda olan kişiler için bir idarî işlem yaparken idarenin tercihini şu veya bu kişi lehine kullanması ile ilgili veya idarelerin yerine geçerek idarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmesidir.⁵

Danıştay'ın bu kararında, sorun çok iyi irdelenmiş ve doğru çözüme bağlanmış olmakla beraber; «**takdir yetkisi**» ile «**yerindelik**» kavramları arasındaki ayırım, gereği gibi yapılmış ve açıklığa kavuşturulmuş sayılamaz. Gerçekten, «**yerindelik alanına ilişkin**» olarak verilen örnekte, idarenin, aynı hukuki durumda bulunan iki kişiden birini tercih etmesi, işlemin yerinde olup olmadığından ziyade, konu unsuru yönünden takdir yetkisinin adaylar üzerinde kullanılmasıdır. Böyle olunca, idarenin takdirini kişilerden biri lehine ve öteki aleyhine kullanırken, tercihini neden bu yönde yaptığını, yani seçtiği kişiyi diğerine üstün sayışının gerekçesini ve somut kanıtlarını yargı mercii-ne açıklamalı ve kabul ettirmelidir. Aynı hukukî durumda olanlara, eşitlik ilkesi gereğince, idarenin eşit muamele yaptığının anlaşılıp saptanması, ancak bu noktadan yargısal denetim icra edilmekle mümkündür.

Bu itibarla, «**yerindelik**» kavramı, işlemin herhangi bir unsuruna indirgenmeyecek ya da bağlanamayacak olan, bunların dışında kalıp bütününü etkileyen hususlardan oluşmakta ya da kaynaklanmaktadır. Örneğin, idarenin bir işlemi veya eylemi yapıp yapmamakta tamamen muhayyer olması; gerçekleştirilmek durumunda ise, bunun zamanını ve yerini belirlemede serbest bırakılması; bunu somutlaştırmak için kullanacağı yöntem, araç ve gerekçeleri seçmekte⁶ özgür olması hallerinde «**yerindelik**» değerlendirmesi söz konusu olabilir. Görülüyor ki, bütün bu etmenler (facteurs) bizatihi işlemin unsurlarına dahil olmayıp, yapılışını belirleyen ve sağlayan hususlardır. İşlemin ve eylemin bütününe kapsıyan bu noktalar, mevzuatla düzenlenmemiş olmak kayıtlı ve koşullu ile, yargısal denetim yetkisi sınırları dışında kalır. Ancak, çağdaş hukuk devletinde ayrıntılı düzenlemeler, genellikle, yürütmeye olumlu ya da olumsuz davranış, tutum ve tavırlar emrettiğinden veya yasakladığından; günümüzde idarenin «**yerindelik**» değerlendirmesi, bunun yargısal denetimi çok az görülebilecek yetkililerdir⁷.

Buna karşılık, yargı mercilerinin denetledikleri idarî işlem ve eylemlerin yerine geçebilecek kararlar vermesi olasılıkları daha fazladır. Çünkü klâsik

5 Danıştay 5. Daire, 23 Ekim 1986, Karasoy, Esas : 1985/596 - K. : 1986/1084, Danıştay Dergisi, Sayı : 66-67, s. 255-257.

6 İdarî zabıta (kolluk) işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğu, yetkililerin başvurduğu yol, yöntem ve araçların, önlemeyi veya gidermeyi amaçladıkları, kamu düzeni bakımından mevcut sakıncanın ya da tehlikenin ağırlığı ve olasılığı ile orantılı ve uyumlu olması gerektiğinden, yargısal denetimi yapılabilmektedir.

7 Bu konuda bak. : Alain Bockel, «*Contribution à l'étude de pouvoir discrétionnaire de l'administration*», Act. Jur. Dr. Ad. 1978. No : 7-8, s. 355-370, özellikle s. 358-359; Değişik görüş açıcı : Chantal Pasbecq, «*De la frontière l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir*», Rev. Dr. Rub. 1980, s. 803-849.

idari yargıda yapılan ilk ve en önemli ayırım, «iptal davası» ile «tam yargı davaları» arasındakiidir. Bu ayırımı, idare mahkemelerinin uyumsuzlukları çözümlenmede haiz olduğu yetkilerin farklılığına dayanmaktadır. Sorunumuza ilişkin olduğu ölçüde bu farklılardan biri, iptal davasında ya iptal, ya da red hükmü verilebilmesi; tam yargı davalarında ise, idari işlemin yerine geçecek değişik veya yeni bir karar alınabilmesidir Geçen yüzyıl sonlarına doğru E. Laferrière'in ortaya koyduğu bu ayırım, idare hâkiminin yetkileriyle bağlantılı olarak, sübjektif nitelikte sayılmaktadır. Bunun yanında, yirminci yüzyılın başlarında L. Duguit'in oluşturduğu benzer ayırımı, uyumsuzluk konusunun hukuka aykırılık itirazı veya hak iddia ve talebi arasındaki farka dayandırması bakımından objektif nitelikte kabul edilmektedir⁸. Her iki kurama göre de, idari yargı merciinin uyumsuzluğu çözümlenip sonuçlandıran hükmü, iptal davasında objektif hukukî durum, tam yargı davasında ise sübjektif hukukî durum tesis işlemi yapıldığı andan itibaren ortadan kaldırmış olur; tam yargı davalarında ise, uyumsuzluğa yol açan ilişki veya olayda hukukça doğru ve sağlıklı olan sübjektif ya da birer hukukî durumu içeren kararlar verilir. Böylece, iptal hükmü sakat işlemi hukuk alanından çıkarmakla yetinir ve yerine başka birşey koymazken; tam yargı hükümleri, hukuka ve olgulara aykırı işlemleri bozmakla kalmaz, bunların yerine doğru ve geçerli olan durum ve edimleri tesis eder.

Ne varki, Türk hukukunda, iptal ve tam yargı davaları, sözde ve biçimsel olarak ayrılmakla beraber, öteden beri gerek yasal düzenlemelerde, gerek yargısal uygulamalarda bunların özde farklılığını yansıtan ve kanıtlayan bir öğeye yer verilmemektedir. İdari davaların tümü ,esas itibariyle, adli davalar gibi, iki taraf arasındaki hak uyumsuzlukları niteliğinde kabul edilmekte ve ancak ayrıntılarda iptal davası ile «tam yargı» denilen «tazminat davası» arasında bazı önemsiz farklar gözetilmektedir.

Oysa, Fransız idari yargı sisteminde, «recours pour excès de pouvoir» adını taşıyan iptal davası, nitelikçe, «dava» dan ziyade, objektif «yargısal denetim» olarak kabul ve tatbik edilmekte; tam yargı davaları (recours de plein contentieux) ise, bizde olduğu gibi tazminat davasından ibaret sayılmayıp, çeşitli konulardaki sübjektif uyumsuzlukları içeren geniş bir kategoriyi oluşturmaktadır. Bu arada, objektif yargı alanına giren yorum, hukukî geçerlik başvuruları gibi daha başka uyumsuzluklar da «recours pour excès de pouvoir»'a benzemektedir.

Yeni idari yargı düzenimizde bu tür objektif davalara yer verilmeyince, iptal ve tam yargı davaları arasındaki farklılık daha da silinmeye ve gözden kaçmaya yüz tutmaktadır. Esasen, Anayasa ve kanun koyucuları, yargısal denetim yetkisini sınırlarken, idari dava türleri arasındaki ayırımı gözönüne almış değillerdir. Güdülen amaç, Yargı yetkisinin yürütme ve idare üzerindeki etkisini kısıtlamak ve en aza indirmek olduğundan; her çeşit uyumsuzlukta, yargı kararının idari işlem yerine geçirilmesi yasaklanmıştır. Bu suretle Yürütme ve idare, mahkeme hükmünden sonra da, dilediği yönde ve yolda

8. Türkçe yayınlar arasında en yenisi : Civan Turmangil, «Vergi Davasının Hukukî Niteliği», AÜHF Dergisi, Cilt XXXIX, 1982 - 1987 Sayı : 1-4, s. 125-156, özellikle s. 137-145.

serbestçe işlem ve eylem yapmak hususunda hareket yeteneğini korumuş olmaktadır.

Danıştay İçtihad ve Uygulamaları

Ancak, Danıştay'ın söz konusu yargı denetimini sınırlayan ve kısıtlayan hükümleri doğru yorumlayıp, yerinde uyguladığını söylemek mümkün değildir. Gerçekten, yüksek idare mahkemesi, soruna ilişkin kararlarında, örneğin, düzenleyici işlemlerin yürürlük maddesine ve memur kadrolarının dağıtımı ve bunlara ek gösterge verilmesi ile ilgili Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılmış iptal davalarında; «idarî işlem niteliğinde yargı kararı verilemez» yasa kuralına dayanarak, yargısal denetim yapmaktan kaçınmaktadır. Yukarıda sözünü ettiğim ve tekrar döneceğimi bildiğim Dava Daireleri Kurulunun 12 Ekim 1973 tarihli «Berzey» kararında; 1961 Anayasası'nın 114. maddesine 1971 de 1488 numaralı kanunla eklenen fıkra hükmü işaret edildikten sonra,

«Bakanlar Kurulunun yetki sahasına giren hususlarda çıkardığı kararnamelerin yürürlük tarihinin yargısal kararlarla değiştirilmesi yukarıda açıklanan ilke ve Anayasa hükmüne aykırı düşeceği gibi, yürürlük maddesinin iptali yolunda verilecek bir karar sonucu dava konusu kararname fiilen ve hukuken uygulanamaz duruma düşeceğinden, kararname ile hukukî yararları zedelenmemiş personel grupları da kanuni haklarından yoksun düşecek, üstelik salt yürürlük maddesinin iptali davacıya davadan beklediği sonucu sağlayamayacaktır.»⁹

Bu karara yol açan uyumsuzlukta davacı, Devlet memurları kanunu ile 1971 yılı Bütçe kanununa dayanılarak sene sonuna doğru çıkarılan Kararnamenin, mali yıl başından itibaren geçerli yani geriye doğru yürütülerek uygulanması gerektiğini iddia etmektedir. Böylece, Kararnamenin sağladığı kadro yükselmesiyle maaş artışından geçmiş aylar için de yararlanmayı amaçlamaktadır. Dava konusu kararname, ilgililere «kanuni yarar» değil de, yasal bir yük getirmiş olsaydı ve geriye yürür hükmünü de taşıysaydı, acaba Danıştay aynı gerekçe ile bu maddeyi denetlemekten çekinecek miydi? İdarî işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi gereğince aksi yoldaki yürürlük hükmü herhalde hukuka aykırı düşerdi ve iptal edilmekten kurtulamazdı. Bunun gibi, yasal düzenlemeler uyarınca, sağlanan yarar ve haklar geçmiş dönem için de tanınmış veya öyle kabul edilmek gerekiyor ise, Kararnamenin yürürlük maddesinin ona göre düzenlenmesi hukukan zorunlu olup, buna uymayan hüküm sakattır ve iptal edilmek gerekir¹⁰.

Bu yolda bir iptal hükmü, yürürlük maddesi yerine geçmeyeceği gibi; dâvacının ve diğer ilgililerin çıkarlarını zedeler nitelikte de değildir. Çünkü;

9 Bkz.: 3 numaralı dip not.

10 Nitekim Danıştay DD Genel Kurulu, Türk Parası Kıymetini Koruma Kararına dayalı bir Tebliğin geriye yürürlük hükmünü, (22 Haziran 1979, Keseman Kâğıtçılık Ltd. Şti. Esas : 1978/201 ve Karar : 1979/304, Danıştay Dergisi Sayı : 36-37, s. 252-261) ve Bakanlar Kurulu Kararnamesinin, Gümrüklerde ithal sırasında alınan Damga Resmini geriye yürüten hükmünü (7 Aralık 1979, Untaş İsmet Un, Esas : 1978/529 Karar : 1979/459, Danıştay Dergisi, Sayı : 38-39, s. 85-87) iptal etmiştir.

Danıştay'ın iptal hükmü, Kararnamenin mali yıl başından itibaren geçerli ve uygulanabilir olması gerektiği anlamını içermekle beraber, bunu ne ifade ne de te'min etmektedir. Ancak, Bakanlar Kurulu, yürürlük maddesini iptal hükmü doğrultusunda değiştiren yeni bir Kararname çıkarmak suretiyle, bu hukuki durumu ve sonucu sağlayabilir. Bu arada Kararname, Danıştay'ın ifade ettiği gibi, «uygulanamaz duruma düş»mez, sadece yayını tarihinden itibaren ileri doğru geçerliğini sürdürür. Zira, 1322 numaralı, Kanunların, Nizamnamelerin ve diğer düzenleyici işlemlerin yayım ve yürürlükleri hakkındaki kanuna göre, mer'iyet tarihi belirtilmemiş düzenleyici metinler yayınlarından kırkbeş gün sonra yürürlüğe girer. Kararnamenin yürürlük maddesi iptal edilmekle, bu düzenleyici işlemin mer'iyet tarihi, 1322 numaralı kanundaki genel hüküm uyarınca, yayınlanmasından sonraki kırkbeşinci gün olacaktır. Kaldı ki, iptal hükmü, kararnamenin gelecek için yürürlüğü yönünden değil, geçmiş kapsamadığı nedeniyle ve ölçüde etkilidir. Davacı ve öteki ilgililerin gelecek için yararları bu bakımdan korunmuş olacağı gibi, Kararnamenin uygulamadan düşmesi de önlenmiş bulunur. Ayrıca, hukuka bağlı ve saygılı bir yürütme, Danıştay'ın iptal hükmü üzerine, yürürlük maddesini değiştiren Kararnameyi hemen çıkarıp uygulamaya koyar. Böylece, davacı ve aynı durumda olan öteki memurlar, «yürürlük maddesinin iptali ...davasından beklediği sonucu sağlamış» olurlar.

Bundan başka, idari yargı, hukuka aykırı gördüğü düzenleyici işlemin tümünü veya belli madde ve hükümlerini, gerekirse, yalnızca davacı, hakkında etki yapmak kaydıyla, nisbi olarak da iptal edebilir. Ancak, yüksek idare mahkemesi iptal davasını, alelade davalar gibi telâkki ederek, muameleye tâbi tuttuğundan; böyle bir çözüm biçimini öngörüp benimsemeye yatkın değildir. Esasen, bu konudaki yanlışlardan çoğu, idari davaların, adli hukuk davalarından farklı nitelikte olduğunun gözden kaçırılması nedeniyle ortaya çıkmaktadır.

Danıştay, düzenleyici işlemlerin yürürlük hükmüne ilişkin içtihadını 1982 yılından sonra da sürdürmekle beraber; geriye yürür nitelikte yapılan düzenlemeleri de, başka gerekçelere dayanarak, denetlemekten kaçınmaktadır. Şöyle ki, Emlâk alım vergisi muafiyeti ile ilgili bir kararında Dokuzuncu Daire, idari işlemlerin geriye yürümezliği kuralını hatırlatarak;

Maliye ve İmar-İskân Bakanlıklarının ortaklaşa yaptıkları düzenleyici işlemlerle, «Emlâk alım vergisi kanununun ...muafiyet hükmünün bu ilde uygulanmasını kabul etmişlerdir. Bu karar doğurduğu hukuki sonuçları itibarıyla ilgililer için hak ihdas eden bir karar niteliğindedir. Bu nedenle de, meselenin yeniden incelendiği ikinci protokol tarihine kadar ilgililer için kazanılmış haklar doğurmuş olduğundan, sonradan alınan kararın ilk karar tarihine kadar geriye yürütülmesine ve sonuç olarak davacıya uygulanmış olan muafiyetin geri alınması suretiyle tarhiyat icrasına, yukarıda açıklanan hukuk ilkeleri karşısında imkân mevcut değilse de;... 13.4.1971 tarihinde tanzim ve imza olunan ikinci protokolda ...Merkez ilçesi afet bölgesinden çıkarılmış ve yeni tanzim edilen listelerin 10.8.1970 tarihinden itibaren geçerli sayılması, eski listelerin hükümsüzlüğüyle evvelce ...yapılan muamelenin de yeni listelere göre düzeltilmesi belirtilmiş olmasına ve bu karar aleyhine usulüne uygun

bir iptal davası açılmamış bulunmasına binaen,... bu kararın gereği olarak ...beyan olunan değer üzerinden tarhiyat yapılmasında kanunsuzluk bulunmamaktadır»¹¹ diyebilmektedir.

Oysa yargısal denetim, idari işlem ve eylemlerin kanuna ve hukuka uygunluğunu sağlamaya yönelik olduğundan; idare mahkemeleri, taraflar ileri sürmese de, kendiliğinden dayanılan idari düzenleyici işlemlerin kanuna ve hukuka uygun olup olmadığını inceleyip, yapacağı saptamaya göre hüküm vermek durumundadır. Bu yargısal yetki kuralının, eski 521 numaralı Danıştay kanunu 67/3 maddesi ve yeni 2577 numaralı İYUK'un 7/4 maddesindeki, düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal davasının sürelerine ilişkin hükümler bir ilgisi bulunmadığından; önceki mevzuat döneminde geçerli ve etkili olmadığı savunulamaz. Bu itibarla, Dokuzuncu Dairenin söz konusu «Adanur» kararı, ancak, Yüksek idare mahkemesi için düzenleyici işlemlerin yürürlük hükmü üzerinde yargısal denetim yapmanın, «idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemez» yasak kuralı uyarınca mümkün olmadığı yolunda ki içtihadı ile açıklanabilir.

Danıştay'ın bu yasak kuralını uyguladığı diğer bir örnek konu da, memurlara hak ettikleri kadroları ve öteki kanuni yararları sağlamayan düzenleyici işlemlerin içeriğidir. Şöyle ki, bir bakanlık müşavir müfettişinin, Bakanlar Kurulunun 1-4 dereceli kadroları tahsis eden kararnamesinde kendisine emsali gibi 2. dereceden kadro verilmemesi karşısında, bu yolda yetkili makamlara yaptığı başvurunun sükûtle reddedilmiş sayılması üzerine, Yüksek mahkemede açtığı dâva;

«Yapılan bu düzenlemenin hukuka aykırılığı nedeniyle menfaatinin ihlâl edilmiş olduğunu iddia eden kişiler tarafından, kararname iptal davasına konu edilebilir. Hukuka aykırılığın saptanması sonucu kararname iptal edildiğinde idare, iptal kararına uygun olarak yeni bir düzenleme yapmak durumunda kalır. Ancak, kararname bir iptal davasına konu olmadan, davacının istemine uygun yeni bir kararname çıkarması hususunda idareyi zorlama amacını güden bir yargı kararı verilmesi Anayasanın 114. maddesinde yer alan 'İdari eylem ve işlem niteliğinde Yargı kararı verilemez' hükmüne aykırı düşer. Bu nedenlerle, davacının 7/3434 sayılı Kararnamede yer almayan, İmar ve İskân Bakanlığı müşavir müfettişlik görevinin ek bir kararname çıkartılarak bu kararnameye dahil edilmesine ilişkin isteğinde, mevzuat hükümlerine ve idare hukuku esaslarına uyarlık bulunmamaktadır.»¹²

Bu olayda Danıştay, önce davacının istemini doğru yorumlayıp nitelememiş, sonra da kendi tavsifine uygun olmayan bir gerekçe ile kabul etmemiş bulunmaktadır. Gerçekten, davacı, 1-4 dereceli kadroların tahsisine ilişkin kararname ile bakanlıkların müşavir müfettişlerine 2. dereceden kadro verilmiş olmasına karşın, kendisine bu yararın tanınmamış olduğunu görünce; bu

11 D. 9. daire, 14 Nisan 1973, Adanur, Esas : 1972/2424 - Karar : 1973/880 Danıştay Dergisi Sayı 12-13 (1974), s. 441-442.

12 Danıştay 5. Daire, 15 Kasım 1977, Oğuztüzün, Esas : 1974/1977 - Karar : 1977/5440, Danıştay Dergisi, Sayı : 30-31 (1978) s. 202-203

işlemin hukuka aykırılığını düşünmek şöyle dursun, aksine mensup olduğu bakanlığa ait aynı tür kadronun da 2. dereceye yükseltilmesini yetkililerden istemektedir. Binaenaleyh, söz konusu istem, kararnamenin kaldırılmasına veya iptaline değil, sadece, düzeltilmesine, yani değiştirilmesine yönelik yeni bir taleptir.

Müşavir müfettişin açtığı dava da, kararnamenin bu yönde değiştirilmesi ve düzeltilmesinin hukukan gerekip gerekmediği sorunundan ibarettir. Burada, eski Danıştay Kanununun 69, yeni İYUK'un 10. maddeleri uyarınca, «ilgiler (in), haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylem yapılması için idari makamlara baş» vurularından biri söz konusu olduğuna göre; davacıya cevap verilmemek suretiyle oluşan red kararının iptali isteniyor demektir. Böyle olunca da, bu yargı yolunun işlerlik kazanabilmesi için, Danıştay'ın yukarıda formüle edilen sorunu karşılayarak, uyuşmazlığı çözümlemesi gerekirdi.

Bu konuda tesis edilecek hüküm, red kararının iptali biçiminde olursa, Bakanlar Kurulu o yönde bir kararname çıkarmak durumunda kalır. Beşinci Daire kararında da belirtildiği gibi, bütün iptal hükümleri zorunlu olarak bu sonucu doğurduğundan; kararnamenin düzeltilmesi veya değiştirilmesi istemini reddeden zımni kararın iptalinin «idari işlem niteliğinde yargı kararı» olacağını anlamak ve benimsemek mümkün değildir.

Kaldığı, böyle bir iptal hükmü, olsa olsa, idareye belli bir konuda ve yönde, işlem yapma hususunda emir verme niteliğinde yorumlanabilirse de; tüm iptal hükümleri, ister istemez bu anlamı içerdiğinden; yargısal denetimin doğal ve zorunlu olan bir gereğini ve sonucunu kabullenmek durumundayız. Yoksa, yürütme ve idarenin hiçbir işleminin iptal edilememesi gibi, yargı denetiminin red ve inkârına varılır.

Yüksek idare mahkemesi, söz konusu içtihad ve uygulamalarını yakın zamanlara kadar sürdürmekle beraber, son defa yayınlanan yeni kararlarında içtihadından dönmüş görünmektedir. Gerçekten, İdari dava daireleri genel kurulu, yukarıda incelenen Beşinci Dairenin 15 Kasım 1977 tarihli «Oğuztüzün» kararına konu olan olayın ve hukuki sorunun noktası noktasına aynı bir uyuşmazlıkta, yargısal denetim yetkisini tam olarak kullanıp, Bakanlar Kurulu'nun aykırılığı iddia edilen düzenleme biçimini iptal etmiştir. Üstelik bu davada ilgililer, «Oğuztüzün» olayından farklı olarak, idareden düzeltme veya değişiklik isteminde bulunmadan, doğrudan doğruya Kararnamenin kendilerine ilişkin hükmünün iptalini talep ve te'min etmişlerdir.

Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinde raportör olan davacılar, Bakanlar Kurulu'nun 1985 mali yılında memurlara verilecek olan ödemeleri ve tazminatları belirleyen kararnamesinde; Maliye ve Gümrük Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünde görevli raportörlere (650) puan iş güclüğü, (300) puan teminindeki güçlük zamları ödenmesi kabul edildiği halde, diğer bakanlıkların hukuk müşavirliğinde çalışan aynı niteliklere sahip raportörlere sadece (575) puan işgüçlüğü zammı verilip, te'minindeki güçlük zammı öngörülmemiş olmasının, 657 numaralı Devlet memurları kanununa, Anayasanın eşitlik ilkesine ve hukuka aykırı ol-

duğunu iddia ederek, kararnamenin kendilerine ilişkin kaydının iptalini istemişlerdir. Yüksek mahkeme genel kurulu, aşağıdaki kararlar, bu istemlerden iş gücünü puanındaki farka yönelik istemi red, teminindeki güçlük zammı verilmemesi hakkındaki olumsuzluğu kanuna aykırı bularak, davayı bu noktadan kabul etmiştir :

«... Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğüne özel kanunlarla, hukuk müşavirliğine verilmiş olan görevler dışında, Devlet Hukuk danışmanlığı ve muhakemat hizmetlerini yürütmek görevi verilmiş ve bu hizmetlerin yerine getirilmesinde diğer personel ile birlikte raportörlerin de görevlendirildiği anlaşıldığından, burada raportörlere farklı miktarda iş gücünü zammının tespit edilmesinde, 657 sayılı yasaya ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacılar hakkında teminindeki güçlük zammı tespit edilmemesine ilişkin kararname hükmünün iptali istemine gelince; Ek maddenin (657 numaralı DMK.na 1327 sayılı kanunla getirilen) dördüncü fıkrası, temininde güçlük zammının, görevi yapacak personelin öğrenim ve diğer nitelikleri bakımından görevde tutulmasında veya belli yerlerde istihdam edilmesinde güçlük çekilen hallerde ödeneceğini hükme bağlamış olup, bu fıkranın, kurumlara bazı görevleri yapabilecek nitelikte ve yeterli sayıda eleman temin edebilme olanağı sağlamak amacıyla getirildiği kuşkusuzdur.

Maliye ve Gümrük Bakanlığı için belli niteliklere sahip olan bir personelin tutulmasında veya belli bir yerde istihdam edilmesinde güçlük çekiliyorsa, bu güçlük konu itibarıyla birbirine benzeyen işleri gören diğer bakanlıklar için de sözkonusudur.

Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı bünyesinde 9 adet raportör kadrosunun bulunmasına rağmen, 3 tane raportör kadrosunun dolu olduğu diğer kadrolara raportör temin edilemediği gibi, temin edilen raportörlerin ise görevde tutulmasında güçlük çekildiği, dosyada mevcut belgelerin incelenmesinden anlaşılmış ve davalı idarece bu durumun aksini kanıtlayacak herhangi bir iddia da ileri sürülmemiştir.

Temininde, görevde tutulmasında veya belli yerlerde istihdam edilmesinde güçlük çekildiği kabul edilerek, Maliye ve Gümrük Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünde çalışan raportörlere 300 puan temininde güçlük zammı verildiği halde, benzeyen işi farklı kurumlarda yapan diğer hukuk fakültesi mezunu raportörlerin temininde güçlük çekilmediği varsayılarak, bu zammın hiç verilmemesinde yasaya aykırılık açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 84/8855 sayılı Bakanlar Kurulu kararına ekli 1 sayılı cetvelin (A) bölümünün 7/c sırasının temininde güçlük zammı kısmında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinde çalışan raportörlerin yer almaması yasaya aykırı bulunduğu iptaline...»¹³

13 Danıştay İDD Genel Kurulu, 21 Şubat 1986, Kılıç ve Söyler, Esas : 1985/5 K. 1986/10, Danıştay Dergisi Sayı : 66-67 (1987), s. 117 - 122. Aynı yönde : Danıştay DD Genel Kurulu, 10 Temmuz 1981, Vangöl, Esas : 1980/455 - Karar : 1981, Danıştay Dergisi Sayı : 46 - 47, s. 143 - 145; Danıştay İDD Genel Kurulu, 29 Mart 1985, Sevim Settar ve 23 arkadaş - Esas : 1984/87 - Karar : 1985/62, aynı dergi, Sayı : 62-63 (1986), s. 126-129.

Danıştay'ın bu kararında önemli ve ilginç olan; bir idarî işlemin içinde yer alan bir hükmün hukuka aykırılığı nedeniyle değil, eşitlik ilkesi gereği öngörmesi gereken bir konuyu ihtiva etmemesi, boşluk oluşturmasından ötürü kanuna uygun olmadığı gerekçesiyle iptal edilmesidir. Bu nokta, gerek idari yargı, gerek Anayasa yargısı yönünden tartışma, bir sorun olduğundan, burada ayrıntılarıyla incelenemez. Sadece İdarî yargı açısından kısaca denilebilir ki; İdarenin sükûtu belli bir sürenin geçmesiyle zımnî red kararı sayıldığına ve dava konusu yapılabilmek üzere denetimî tabî tutulabildiğine göre; kanun ve hukuk uyarınca konu edinmesi gereken bir hususu içermeyen idarî işlem bu noktadan olumsuz irade telâkî edilerek, konu unsur yönünden sakat kabul edilebilir.

Söz konusu olayda, bakanlıklar hukuk müşavirliği raportörlerinden yalnız birine mensup olanlara te'mininde güçlük zammı ödenmesi, ötekilere verilmemesi, kanun önünde eşitlik ilkesini bozduğundan, Kararnamenin bu noktadaki olumsuzluğu ya da boşluğu iptal edilmiştir. Hiçbir müşavirlik raportörü için te'mininde güçlük zammı öngörülmemiş olsaydı, herhalde kararname bu noktadan hukuka aykırılık göstermiyecekti. Çünkü, memurlara bu zammın verilip verilmemesi, esas itibarıyla, 657 numaralı kanunla Bakanlar Kurulunun takdirine bırakılmıştır. Ama bu takdir yetkisi kullanılırken, ilgili kanunun ilke ve amaçları ile Anayasa kurallarına ve Hukukun genel prensiplerine aykırı düşmeyecek yönde işlem yapmak zorunluluğu vardır.

İşte Danıştay İdarî DD Genel Kurulu, «Kılıç ve Söyler» kararında, Savcının da düşüncesinde belirttiği gibi, «İdarenin takdirinde açık hata olduğu cihetle», Bakanlar Kurulunun, te'mininde güçlük zammı konusundaki olumsuz iradesini iptal etmiş bulunmaktadır. Bu anlayış ve uygulayış, Yüksek mahkemenin takdir yetkisine ilişkin klasik içtihadına tamamen uygundur ve idarenin bu husustaki takdir yetkisini kaldıracak nitelikte değildir. Böylece Danıştay, bu gibi hallerde benimsediği önceki «idarî işlem niteliğinde karar verilemez» yasağına dayanan ve doğru olmayan içtihad ve uygulamalarını bırakmış sayılabilir.

Yüksek mahkemenin genel kurulu, aynı nitelikte yan ödeme ve ek göstergeye ilişkin olarak Milli Kütüphane Başkan Yardımcısının, ilgili kararnamelere karşı açmış olduğu dava hakkındaki 17 Ekim 1986 tarihli «Sernikli» kararında¹⁴ değişik yeni içtihadını doğrulamakla beraber; kadro düzenlemelerinden çıkan başka bir uyumsuzluk dolayısıyla verdiği 14 Mart 1986 tarihli «Duru» kararıyla¹⁵, yoruma ve tartışmaya açık bir çözüm kabul etmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, bir üniversitenin genel sekreter yardımcılığı görevini 3. dereceden bir uzman kadrosunda yapmakta olan davacı, Bakanlar Kurulu kararnamesiyle gerçekleştirilen kadro düzenlenmesi sonucu, 5. dereceli şef kadrosuna atanmış olmasına itiraz etmektedir. Yüksek genel kurul, konuya ilişkin yetki kanununun ve buna dayanılarak çıkarılan 190 sayılı Genel kadro ve usulü hakkında KHK nin ilgili hükümlerini hatırlattıktan sonra;

14 Danıştay İDD Genel Kurulu, 17 Ekim 1986, **Sernikli**, Esas : 1985/143 - Karar : 1986/42 **Danıştay Dergisi**, Sayı : 66-67 (1987), s. 126-131.

15 Danıştay İDD Genel Kurulu, 14 Mart 1987, **Duru**, Esas : 1985/81 - Karar : 1986/14, **Danıştay Dergisi** Sayı : 66-67 (1987) s. 122-124.

«Kadro düzenlemesi yapılırken yeni kadroların ihdası yanında hizmetin daha iyi yürütülmesi için bazı kadroların kaldırılmasının da kabulü zorunludur. Ancak bu halde idare, ilgililerin kazanılmış haklarını gözetmek ve düzenlemelerde bu hususu dikkate almak durumundadır. 190 sayılı KHK ile getirilen düzenlemede yukarıda açıklandığı üzere ilgililerin kazanılmış hakkı korunmuş ve maddi yönden zarara uğramaları önlenmiştir.

Davacı işgal etmekte olduğu 3. derece uzman kadrosunun ... üniversitesine ait kadro cetvelinde aynen veya şahsa bağlı kadro olarak muhafaza edilmemesinin mevzuata aykırı olduğunu ileri sürerek işlemin iptalini istemiş ise de; kadrolar hizmetin gerekleri gözönünde bulundurularak ihdas edileceğinden, Üniversite için gerekli olmayan bir kadronun davacının şahsî durumunu korumak amacıyla davacıya tahsisi mümkün bulunmadığı ve yargı yolu ile idareyi kadro tahsisine zorlamak da hukukan mümkün bulunmadığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Diğer yandan işgal ettiği 3. derece uzman kadrosunun iptal edilmesi nedeniyle, lise mezunu ve müktesebinin 8. derece olması dikkate alınarak 5. dereceli şef kadrosuna, 190 sayılı KHK nin geçici 5. maddesinde öngörülen haklardan yararlanmak suretiyle atanan davacının, özlük hakları açısından hiçbir kaybının bulunmadığı, davalı idarece gönderilen belgeden anlaşıldığından; tesis edilen atama işlemi de yasaya aykırılık görülmemiştir» sonucuna varmaktadır.

Bu kararda, sorunumuz bakımından önemli olan nokta; kazanılmış hakların korunması ve gereği kabul edildiği halde; salt ve genel olarak, «yargı yolu ile idareyi kadro tahsisine zorlamak da hukukan mümkün bulunmadığı» biçiminde ek bir gerekçeye yer verilmiş bulunmasıdır. Bir olayda, müktesep hak veya müesses durum varsa; idare, bu hakkın korunması ya da durumun olduğu gibi devamı için gerekli içerikte işlem yapmak zorundadır. Aksi halde, kazanılmış hak veya kurulu durumdan söz edilemez. Bu itibarla, müktesep-hak diye nitelenen kişilerin durumlarında herhangi bir değişiklik yapan idarî işlemler hukuka aykırı sayılır ve idareyi, zedelenen müesses durumu aynen iade ve muhafazaya zorlayan iptal hükmüyle müeyyidelendirir.

Kadro düzenlemeleri objektif ve gayrişahsî nitelikte olduğundan, prensip itibarıyla, ilgililerin kazanılmış haklarını, daha doğrusu öznel durumlarını hukukan gözetmek durumunda değildir¹⁶. Ancak, bu düzenlemeyi yapanlar, kamu hizmetlerinde düzenin ve sürekliliğin bozulmaması için siyasi ve idarî mülahazalar gereği, ilgililerin yeni hukukî durumlara en az zararlı geçişini sağlamaya yönelik önlemler alabilirler.

İşte, 190 sayılı KHK nin geçici 5. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen hükümler de bu nitelikte önlemlerden ibarettir. Söz konusu uyumsuzluğun çözümü de KHK karşısında kazanılmış hakların korunması zorunluğuna değil, anılan fıkra hükmünün yorum ve uygulama biçimine bağlıdır. Yani, bu geçiş hükmü ilgililerin sadece öğrenim derecelerine göre aylık haklarını mı, yoksa

16 Bak : Danıştay DD Genel Kurulu, 23 Kasım 1979, BOSSA T.A.Ş., Esas : 1978/947 - Karar : 1979/410, Danıştay Dergisi, Sayı : 38 - 39, s. 139 - 145, özellikle s. 142 - 143.

tüm statüer durumlarını mı korumaktadır? Bu sorun, incelememizle doğrudan ilgili olmadığı için, üzerinde durmayı gerekli görmüyorum.

Konumuzla doğrudan ilişkili ve «**idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemez**» yasak kuralının uygulanmasına doğru bir örnek olan Danıştay Onbirinci dairesinin bir kararını aşağıya aktararak, genelde «**yargısal denetimin sınırları**» bahsini burada noktalamak istiyorum :

«... Danıştayın idare yerine geçerek bir tasarrufta bulunması mümkün olmadığı gibi, herhangi bir işlem tesisi veya eylemde bulunması için idareye emir verme yetkisi de yoktur. —Ayrıca, 521 sayılı Kanununun 1740 sayılı Kanunla eklenen ek 1. maddesinin ilk fıkrası hükmü de bu hususu teyid etmektedir. (Motorlu kara taşıtları vergisi kanunu m. 8) ...trafik kaydına üzerinden sildirdikten sonra vaki müracaatı, üzerine vergi dairesince menfaatini ihlâl eden bir işlem tesis edilmesi halinde bu işleme karşı dava açılması gerekeceğinden, anılan müracaat yollarını tüketmezsiniz, kat'i satış senediyle sattığı aracının vergi kaydının üzerinden silinerek, yeni malik adına kaydedilmesi yolundaki isteği idari dava konusu olabilecek nitelikte görülmediğinden, isteğin reddine...»¹⁷.

17 Danıştay 11. Daire, 25 Ocak 1978, - Esas : 1978/73 - Karar : 1978/221, Danıştay Dergisi, Sayı : 32 - 33, s. 752 - 753.