

YASAMA TEKNİĞİNDE YENİ BİR EĞİLİM: KANUN FORMUNDA BİREYSEL İDARİ İŞLEMLER*

(ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİR KARARI
IŞIĞINDA DEĞERLENDİRMELER)

Arş. Gör. H. Alperen ÇITAK**

Arş. Gör. Murat ERDOĞAN***

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

*** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

ÖZ

Atama, "durum-işlem" kategorisinde yer alan tipik bir bireysel idarî işlemdir. Son dönemlerde, gerek kanun, gerekse kanun hükmünde kararname vasıtasıyla, atama ve benzeri işlemlerin doğrudan doğruya yasama organı tarafından tesis edildiği gözlemlenmektedir. Yasama organının kanun formunda idarî işlemler yapması; kuvvetler ayrılığı, yasama yetkisinin genelliği, hukuk devleti ve hak arama hürriyeti açısından çözülmesi gereken birçok meseleyi de beraberinde getirmektedir. Okuduğunuz çalışma, Anayasa Mahkemesi'nin bu husustaki önemli bir kararını (04.02.2010 tarihli, E. 2007/97, K. 2010/32 numaralı karar)^[1] inceleyecek ve bağlantılı meselelerle ilgili değerlendirmelerde bulunacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Maddi-Şekli Kriter, Atama, Yürütme, Hak Arama Özgürlüğü.



A NEW TENDENCY IN LEGISLATION: INDIVIDUAL ADMINISTRATIVE ACTS ESTABLISHED BY STATUTES

(EVALUATION UNDER THE LIGHT
OF A DECISION MADE BY TURKISH
CONSTITUTIONAL COURT)

ABSTRACT

Appointment is a typical individual administrative act, which takes place in the title of conditional act. Recently, it can be observed that, appointment and appointment-like administrative acts are established by legislative body directly with statutes and statutory decrees. Establishment of individual administrative acts by legislative body with statutes and statutory decrees brings out problems that should be evaluated in the context of separation of forces, unlimitedness of legislative function, state of law and right to legal remedies. The paper that you are about to read will examine an important decision made by Turkish Constitutional Court (2010/32) and analyze related problems concerning this matter.

Keywords: Constitutional Court, Material-Formal Criteria, Appointment, Execution, Right to Legal Remedies

[1] 10 Aralık 2011 tarihli ve 28138 sayılı Resmî Gazete, erişim: www.resmigazete.gov.tr 12.12.2011.

I. KARARA DAİR BİLGİLER

A. OLAY

02.07.1993 tarihli Gümrük Müsteşarlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye, 09.02.2006 tarihli ve 5456 Sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen geçici 10. madde, Gümrük ve Muhafaza Başmüdürü olarak görev yapan davacının Müsteşarlık Müşavirliği'ne atanmış sayılmasını öngörmektedir. Davacı, bu atama işlemine karşı idarî yargıya müracaat etmiştir. İşlem doğrudan doğruya söz konusu kuraldan kaynaklandığı için, davayı görmekle olan Danıştay 5. Dairesi bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varmış ve itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

İtirazın gerekçesinde söz konusu kuralın; Anayasa'nın başlangıç bölümündeki kuvvetler ayrılığına ilişkin ifadelere, 2. maddesindeki "*hukuk devleti*" kavramına ve 36. maddesinin ilk fıkrasındaki "*hak arama hürriyeti*" ne ilişkin hükme aykırı olduğu ve bu sebeplerle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulduğu belirtilmektedir.

B. KARARA İLİŞKİN MEVZUAT

1. İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Danıştay 5. Dairesi'nce Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen kuralın tam metni şöyledir:

"Ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Gümrük Müsteşarlığına ait bölümüne eklenmiştir.

22/7/2003 tarihli ve 2003/5932 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kaldırılan Gümrükler Başmüdürlükleri ile Gümrükler Muhafaza Başmüdürlükleri kadrolarında bulunan ve kadroları 1/9/2003 tarihli ve 2003/6121 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilen Gümrük Başmüdürü ve Gümrük Muhafaza Başmüdürlerinden halen memuriyet görevi devam edenler, bu maddeyle ihdas edilen ekli (1) sayılı listede yer alan Müsteşarlık Müşaviri kadrolarına atanmış sayılırlar. Bu kadrolar, herhangi bir nedenle boşalmaları halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Söz konusu personelin atandıkları yeni kadrolarının aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer malî hakları toplamının net tutarı; Müşavirlik kadrolarına atanmadan önce en son ayda aldıkları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer malî hakları toplamı net tutarından az olması halinde aradaki fark, farklılık giderilinceye kadar, atandıkları kadrolarda kaldıkları sürece herhangi bir kesintiye tâbi tutulmaksızın tazminat olarak kendilerine ödenir."

2. İtirazda Dayanılan Anayasa Hükümleri

Danıştay 5. Dairesi, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın aşağıdaki hükümlerine aykırı olduğu kanaatinde dir.

- “Başlangıç” bölümünde kuvvetler ayrılığına ilişkin ifadeler: “(...)Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu; (...)”
- 2. madde: “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”
- 36. madde ilk fıkra: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

C. KARARIN ÖZETİ

Anayasa Mahkemesi yaptığı ilk incelemede “davada uygulanacak kural” sorununu ele almış, başvuruda bulunan mahkemede bakılan dava atamaya ilişkin işlemin iptali için açıldığından, itiraz konusu kuralın “atanmış sayılırlar” ibaresinin bulunduğu ikinci fıkrasının birinci cümlesi dışında kalan hükümlerinin “davada uygulanacak kural” niteliği taşımadığı sonucuna varmıştır. Bu doğrultuda mahkeme, söz konusu cümle dışındaki hükümler açısından yetkisizlik nedeniyle red kararı vermiş, bu cümle hakkında ise esas incelemesine geçilmesini kararlaştırmıştır.

Esas incelemesinde Anayasa Mahkemesi; kişilere hukuk güvenliği sağlanmasının Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen “hukuk devleti” kavramının bir gereği olduğu, mevcut Başmüdürlüklerin kaldırılmasından sonra, bu Başmüdürlüklerin yerine yeni Başmüdürlükler kurulmasına karşın, kaldırılan Başmüdürlüklerde başmüdür olarak görev yapanların durumlarının kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilip değerlendirilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması gerekirken, yeni kurulan Başmüdürlüklere başmüdür olarak atanabilmelerini ya da yeni ihdas edilen başmüdür kadrosuna atanmalarının da bu görevlerini sürdürmelerini önleyecek şekilde Müsteşarlık Müşaviri kadrolarına atanmalarının, Yasa'nın zorunlu bir sonucunu oluşturması ve yasa kuralına karşı ilgililerin dava açma haklarının bulunmamasının Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesine engel

oluşturduğu ve kişilerin hukuk güvenliğini ihlal ettiği gerekçesiyle itiraz konusu kuralın iptaline karar vermiştir.

İptal kararına yazılan karşı oy gerekçesinde ise; Anayasa'nın 128. maddesinde memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleminin kanunla düzenleneceğinden bahsedildiği, bu hükümden hareketle itiraz konusu düzenlemenin hukukî ve fiilî imkânsızlıktan kaynaklanan ve “*kamu yararı*” amacıyla yapılmış bir düzenleme olduğu, düzenleme sonucu Müsteşarlık Müşavirliği görevine atanmaların gerekli koşulları taşımaları hâlinde tekrar Başmüdürlük makamına atanmalarının önünde hukukî bir engel bulunmadığı, yasa koyucunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşulları belirleyerek kadro düzenlemesi yapabileceği ve kamu alacağı ile ilgili ödeme emrine karşı yargı yolu kapatılmadığı hususları öne sürülerek söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı dile getirilmiştir.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. KUVVETLER AYRILIĞI VE YASAMA YETKİSİNİN GENELLİĞİ AÇISINDAN

“*Esas teşkilât*”ı oluşturan bütün anayasal organlar, farklı ülkelerde farklı isimlerle örgütlense de, aslında devletin “*yasama*”, “*yürütme*” ve “*yargı*” adındaki üç temel fonksiyonunu somutlaştırmaktadır. Devletin farklı fonksiyonlarını ifa eden bu organların ortaya çıkışları “*kuvvetler ayrılığı*” prensibi ile yakından alakalı olup, tarihi ve fikrî temellere sahip bir sürecin neticesidir.

1. Yasama Fonksiyonunun Hukukî Niteliği ve Sınırları

Kuvvetler ayrılığı düşüncesinde yasama fonksiyonunun “*kural koyma*” şeklinde somut ifadesini bulması^[2], yasama faaliyetinin nasıl gerçekleştirildiği ve söz konusu faaliyetin kimin tarafından üstlenildiği hususunu önemli kılar. Nitekim yasama fonksiyonunun, devletin diğer hukukî fonksiyonlarından ayrıldığı noktaların tespiti, yasamanın hangi alanlarda ne gibi ölçütlerle düzenleme yapacağına ve yürütmenin alanının yasama karşısında nerede başlayıp bittiğine ilişkin somut bir sorunsalın çözümü açısından elzemdir. Bu noktada yasama

[2] Devletin hukukî fonksiyonları, kural koyma(yasama), kuralları uygulama(yürütme) ve uyumsuzlukları çözme(yargı) olarak somutlaşır. Murat SEZGİNER, Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasası'nda Sorunlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 13

fonksiyonunu diğer fonksiyonlardan ayırmada kullanılan iki kıstas olan maddi ve şekli kriterlerin açıklanması zorunluluğu doğmaktadır.

Maddî kriter, devlet fonksiyonlarını, bu fonksiyonların yerine getirilmesinde kullanılan işlemlerin hukukî mahiyetine göre ayırmaktadır^[3]. Hukukî işlemleri, kural-işlem, sübjektif işlem ve yargı işlemi olmak üzere üçe ayıran maddi kriterlere göre bu üç tür işlemten her birinin yapılması, sırasıyla devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını işaret eder^[4]. “Devlet, yasama fonksiyonu ile objektif hukuku formüle eder ve uygulamaya koyar. İdari fonksiyonuyla devlet, sübjektif bir hukukî durum yaratır veya bireysel bir işlemle yasal bir durumun doğması için gerekli şartı belirler. Yargı fonksiyonuyla devlet, ihlâl veya uyuşmazlık halinde, bir hukuk kuralının veya hukukî durumun varlığını ve kapsamını belirtir ve buna uyulmasını sağlayacak tedbirlere karar verir^[5].” Dolayısıyla maddi kriter, yasama fonksiyonunu, hukuki işlemlerin mahiyetini esas alan bir tanımlı benimsemesi sebebiyle, genel, kişilik dışı, soyut, objektif ve bir kere kullanılmakla tükenmeyen kurallar koyma işlevi olarak tespit eder. Bu bağlamda yasama fonksiyonunu, yürütme ve yargı fonksiyonundan ayıran özellik ise işlemin iç mahiyetinde yer alan bu özellikler olmaktadır.

Organik (şekli) kriter ise devlet fonksiyonlarını, bu fonksiyonların yerine getirilmesinde kullanılan işlemleri yapan organa göre tasnif etmektedir. Söz konusu sınıflandırma çerçevesinde hukuki işlemler, iç mahiyetlerine bakılmaksızın kendilerini yapan organa göre ayrılırlar^[6]. Bu durumda “yasama organının teşriî biçimde aldığı her karar, muhtevası ve iç niteliği ne olursa olsun, anayasal terminolojide kanun ismini almaktadır^[7].” Bu ayırım, hukuki fonksiyonların içeriği ister aynı ister farklı olsun, hukuki işlemleri gerçekleştiren organa göre belirleneceğini öne sürer.

Gerek maddi kriter, gerekse şekli kriterlere yönelik olarak, söz konusu her iki kriterin hukuki fonksiyonların sınıflandırılmasında yetersiz kaldığını öne süren eleştiriler yapılmıştır^[8]. Güneş'e göre “Soyut ve genel deyiimi, ilk bakışta mantıki

[3] Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 188

[4] ÖZBUDUN, (2011), s. 188

[5] Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Bursa Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s.357, Leon DUGUÏT, Manuel de droit constitutionnel, Paris, Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, 1923), s.88'den naklen.

[6] ÖZBUDUN, (2011), s. 190, Carre De Malberg, R. Contribution a la theorie generale de l'Etat, (Paris, 1920: Sirey; C.N.R.S fotomekanik baskı, 1962), s.268 vd'dan naklen.

[7] GÖZLER, (2000), s. 360, Carre De Malberg, R. Contribution a la theorie generale de l'Etat, (Paris, 1920: Sirey; C.N.R.S fotomekanik baskı, 1962), s.268 vd'dan naklen.

[8] Güneş, maddi kriterin eleştirisi bağlamında maddi kriter taraftarlarının kanunun genellik ve soyutluk vasfına dayandığını, ancak bunun bir hukuk işleminde bulunması gereken bir şarttan ibaret olduğunu, kanunun tanımlanmasına esas olamayacağını iddia etmektedir. Turan GÜNEŞ, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 21 vd.

bir ayrıma dayanır intibabını yaratmakla beraber, aslında, yanılmaz rasyonel ölçütlere değil, çeşitli hukuk işlemlerinin çeşitli tesir sahalarına sahip olmasına müstenid bulunmaktadır. Bu bakımdan da işlemin bünyesini göstermekten çok uzak kalmaktadır^[9].”

Şekli kriter ise anlaşılması bakımından oldukça kolay ve kullanışlı bir usul olmasına karşılık, devletin hukuki fonksiyonlarının tespitinde tek başına başvurulduğu takdirde anlamsızlaşacak olmasından ötürü eleştirilmiştir^[10]. Gerçekten de yalnızca bir işlemin hangi organın yetkilisi tarafından yapıldığına bakılarak, işlemin iç niteliğinin bir kenara bırakılması oldukça kullanışlı olan şekli kriteri anlamsızlaştırıcaktır. Nitekim yasama, yürütme ve yargı organlarının hepsinde idari işlemler söz konusu olabilmekte yani tüm bu organlarda idare etkinliği görülebilmektedir^[11].

Yasama fonksiyonunun sınırlarının tespitinde maddi kriterin öncelikle dikkate alınması^[12], şekli kriterin ise anayasa ve kanunlarda belirtilen ayrıkısı durumlarda başvurulabilir olduğunu ifade etmek en doğrusu olacaktır. Nitekim kanunların genel, soyut, objektif ve kişilik dışı olması, hukuki öngörülebilirliğin sağlanması açısından da büyük bir öneme sahiptir ve bu yönüyle hukuk devletinin kurucu unsurlarından birine işaret eder^[13].

Anayasanın açık hükümlerinden kaynaklanan, bütçe kanunu, gibi hukuki işlemler elbette maddi anlamda kanun sayılamazlar. Ancak belirtildiği gibi bu tip şekli kanunların varlığı, ancak onların anayasanın açık hükümlerinden kaynaklanmaları durumunda söz konusu olabilmektedir^[14]. Yasama organının, para basılmasına karar vermek ve özel veya genel af ilanı gibi kanun dışında

[9] GÜNEŞ, (1965), s. 22

[10] Fatih AYDIN, Türk Pozitif Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisi, T.C. Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000, s. 27

[11] İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1986, s. 363,

[12] SEZGİNER, (2010), s. 18

[13] Carre de Malberg'e göre ise kanunun alanı yürürlükteki kanunların icrasından ibaret olmayan her türlü karar ve tedbir kapsamaktadır. Daha önce yapılmış bir kanunla herhangi bir idari makamın yetki alanına sokulmamış olan bir konu ilk defa olarak kanunla düzenlenebilir. Böyle bir kanun, genel ve objektif bir kural koyabileceği gibi, eğer ihtiyaç gerektiriyorsa bireysel ve subjektif işlem niteliğinde bir tedbir de alabilir. Ancak belli bir kişiye kanunla yükümlülük yüklenemeyeceğinde şüphe yoktur. Şekli kriter taraftarları da bu durumu kabul etmektedirler, ancak bu görüş kanunların mutlaka kural işlem niteliği taşıması gerekliliğine değil, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerine dayandırılmaktadır. ÖZBUDUN, (2011), s. 218, Halbuki şekli kriteri savunanların dayandığı hukuk devleti ilkesi, hukuki işlemlerin öngörülebilirlik açısından genel ve soyut oluşuna dayanmaktadır. Bu yönde bir görüş için Mithat SANCAR, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2010, s.54, Bu bakımdan aslında şekli kriteri savunanların da kanunla belli bir kişiye yükümlülük yüklenemeyeceği savı, maddi kriteri savunanların işaret ettikleri hususlarla örtüşür niteliktedir.

[14] Bunlar 1982 Anayasası'nda da açıkça belirlenen şekilleriyle bütçe ve kesinhesap kanunları ile milletlerarası antlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanunlardır. Söz konusu kanunlar

kalan işlemleri yapabilmesi de tıpkı bütçe kanununda olduğu gibi anayasanın açıkça bu yetkiyi yasama organına vermesi ile mümkün olabilmektedir. Yasama organının bu husustaki yetki alanının anayasa ile kendisine verilen bu yetkilerle sınırlı olduğu kuşkusuzdur.

Yasama fonksiyonunun hukuki niteliğinin tespitinde maddi kriterin esas alınması, şekli kriterin ise istisnai durumlarda ortaya çıkabileceğini belirtmek, şekli kanunun istisnai alanının mahiyetinin tespitini de zorunlu kılmaktadır. Türkiye'de bugüne kadar yürürlüğe konmuş şekli anlamdaki kanunların önemli bir ortak özelliği ise söz konusu alanının sınırlarının doğru bir biçimde çizilmesinde yol gösterici niteliktedir. Bunlardan Mustafa Kemal'e "Atatürk" soyadının verilmesi hakkında kanun ve 07.07.1948 tarih ve 5245 sayılı "İdil Biret ve Suna Kan'nın Yabancı Memleketlere Müzik Tahsiline Gönderilmesine Dair Kanun" da söz konusu kanunların hak yaratıcı niteliklerinden bahsetmek mümkündür. Bu kanunların ve 1961 Anayasası'nda yürürlüğe konduğu görülen genel ve soyut nitelikte olmayan diğer kanunların ortak özelliklerinin hak yaratıcı nitelikte olması dikkat çekicidir^[15]. Mahiyetleri itibarıyla bu kanunlar, ilgilendirdikleri kişiler açısından bir hak yaratmış, bu kanunlarla ilgililere veya üçüncü kişilere yönelik herhangi bir yükümlülüğün öngörülmesi söz konusu olmamıştır.

Türkiye'de yasama organı tarafından kanun adı altında ilgisine yönelik hak yaratıcı bir niteliğe sahip olmayan ve şekli kriterle açıklanabilecek kanunlara örnek gösterebilmek mümkündür. 1924 Anayasası döneminde çıkarılan 14 Aralık 1953 tarihli ve 6195 sayılı Kanun, CHP'nin 1924 Anayasası döneminde iktisap ettiği malların haksız bir şekilde elde edildiğini belirtmekte ve "Mezkûr Parti'nin bu kanununun mer'iyete girdiği tarihte malik olduğu bütün menkul ve gayri menkul mallarla para, haklar ve alacaklar ve sair kıymetler Hazine mülkiyetine intikal eder" ifadesini kullanmaktadır. Söz konusu kanun, CHP'nin iktisaplarının haksız olduğunu ifade eden bir karar olması bakımından yasamanın, yargı

hukuki mahiyetleri bakımından bir kural-işlem niteliği taşımamaktadır. ÖZBUDUN, (2011), s. 218

[15] Diğer örnekler 5 Ocak 1961 tarih ve 215 sayılı Merhum Cemal Paşa Kızı Kâmuran Cemal'e Vatanî Hizmet Tertibinden Maaş Tahsisine Dair Kanun, ve 6 Nisan 1976 tarih ve 1980 Sayılı Anka Ajansı Muhabirlerinden Şehit Adem Yavuz'un Annesine Vatanî Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun Kanunlar olarak ifade edilebilir. GÖZLER, (2010), s. 370

fonksiyonunun alanına tecavüzünü ifade ettiği gibi^[16], bir hakkı ihlal eden ve hak arama özgürlüğünün tanımayan bir kanundur^[17].

6195 Sayılı CHP'nin Haksız İktisaplarının İadesine İlişkin Kanun'un maddi kriteri karşılamayan niteliği, bu kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine sebep olmuştur. Şekli anlamdaki kanunların ortak özelliği eşitlik ilkesinin sağlanması amacıyla belli özneler için hak yaratırken, bir başka öznenin menfaatini ihlal etmemeleridir. Bu bağlamda genel nitelikte olmayan bir kanunun ancak hak yaratıcı olması ve başkalarının menfaatini ihlal etmemesi durumunda Anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceği söylenebilir^[18].

Anayasa Mahkemesi'nin maddi-şekli kriter ayırımında benimsediği kriter, maddi kriter olmasına karşılık^[19], Mahkeme, zorunlu durumlarda şekli kriterin kabul edilebileceğini öngörmüştür. Özellikle 1961 Anayasası döneminde, her ne kadar Anayasa Mahkemesi tarafından pek çok kararda yasama fonksiyonunun tanımında maddi kriterin kullanıldığı görülmekte ve şekli kanunların ancak zorunlu durumlarda başvurulabilir olacağını ifade etmektedir^[20]. 1961

- [16] 6195 Sayılı Kanun'un iptali davasında Anayasa Mahkemesi'nin karşısına çıkan ilk mesele kanunun yürürlükte olup olmadığı meselesidir. Nitekim kanunun yürürlüğe girmesiyle CHP'nin malları Hazine'ye intikal etmiş ve kanunun konusunun ortadan kalkıp kalmadığı meselesi gündeme gelmiştir. Ancak doğru bir ifadeyle kanunun yürürlüğü ile hukuki neticeleri birbirine karıştırılmamalıdır. Turan GÜNEŞ, "CHP'nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkında 6195 Sayılı Kanunu İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine", AÜSBF Dergisi Cilt: 18, Sayı: 3, 1963, s. 349, 6195 Sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırılığı ve Anayasa Mahkemesi'nin konuyu e
- [17] 6195 Sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırılığı, Anayasa Mahkemesi'nin konuyu ele alışı ve kanunun iptal davasına konu olması bakımından getirdiği hukuki problemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNEŞ, "CHP'nin..." s. 346 vd. 6195 Sayılı Kanun'un ihtiva ettiği hükümlerin özel hukuk bağlamında incelenmesi ve kanunun kullandığı hukuki terimler bakımından eleştirilmesi gerektiği yönünde görüş için ayrıca bkz. Esat ARSEBÜK "C.H.P. nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkındaki Kanuna Dair", AÜHFHD, Cilt: 10, Sayı: 1-4, 1953, s. 426 vd.
- [18] Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararı iptal ederken "kanunun kamu yararına olarak geleceği düzenleyici, müccerret, şahsi olmayan, genel hukuk kuralları koymadığı aksine olarak yayımlanmasından önce kazanılmış hakları ortadan kaldıran özel bir müsadere hükmü koyduğu"nu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 04.12.1963 tarih ve 1963/124 E., 1963/243 K. Sayılı Kararı
- [19] Türk Anayasa Mahkemesi, doktrinde büyük ölçüde Türk pozitif hukukunda şekli kriterin benimsendiğine ilişkin görüş birliğine varılmasına rağmen gerek 1961 Anayasası, gerekse de 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarda maddi kriteri benimsediğini göstermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 24.9.1990 tarih ve 1990/31 E., 1990/24 K. Sayılı Kararı.
- [20] Nitekim Anayasa Mahkemesi, söz konusu ifadesinde de kanunların genel, soyut ve objektif niteliğine vurgu yapmakta, bu ölçütün yetersiz kaldığı durumlarda şekli kritere başvurulabileceğine işaret etmektedir. Son dönemde ise Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklere dayanan, bu hakların korunup güçlenmelerine olanak sağlayan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan devlettir. Böyle bir düzenin

Anayasası döneminde aldığı bir kararında Anayasa Mahkemesi, “Yasaların ilke olarak genel ve nesnel nitelikte bulunmaları gerekmekte ise de, yasa koyucu kimi durumlarda yasama yetkisini başka biçimde kullanamadığından özel ve öznel yasaları çıkarmak zorunluluğu ile karşılaşmaktadır. Böylece, ancak zorunlu ve ayrık durumlarda ortaya çıkan ve öğretilde biçimsel anlamda yasa diye anılan bu yasama tasarruflarının Anayasa ile çatışan bir yönü bulunmadığı ortadadır^[21].” diyerek zorunlu durumlarda şekli kritere de başvurulabileceğini ifade etmiştir. Bu durum hiç kuşkusuz daha önce belirtildiği gibi yasama fonksiyonunun hukuki niteliğinin tespitinde maddi kriterin önceliği ile ilgilidir. Şekli kriterin kabulü ise belirtildiği gibi yalnızca Anayasa’da açıkça öngörülen durumlarda ve hak yaratıcı mahiyette kanunlar için mümkün olabilmelidir. Aksi bir durum, bireylerin hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceği gibi hukuk devleti ilkesinin hiçe sayılması sonucunu doğurabilecektir.

2. Yasama Yetkisinin Genelliği

Yasama yetkisinin genelliği ilkesinin, birincisi, ikincisini tamamlayan iki veçhesinin bulunduğundan bahsetmek mümkündür^[22]. Bunlardan birincisi, yasama organının alanının konu itibarıyla sınırlandırılmamış olması, ikincisi de yasama organının bir konuyu en ince ayrıntısına kadar düzenlemesinin önünde hukuki bir engel bulunmamasıdır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesinin ikinci veçhesi olan yasama organının bir konuyu en ince ayrıntısına kadar düzenleyebilmesi hususu ise yasama organının bir konuya ilişkin genel ilkeleri saptamakla yetinmesinin hukuki bir gereklilik olmadığını, yasama organının yürütme organına hiçbir düzenleme alanı bırakmayabileceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda yasama organı, yürütmeye yalnızca “bağlı yetki” vererek

kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır. Yasaların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması; genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi de hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.” diyerek yasaların genel ve objektif nitelikte olmasını hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak gördüğünü ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 30.12.2010 tarihli ve 2008/105 E., 2010/123 K. Sayılı Kararı.

[21] Anayasa Mahkemesi’nin 23.11.1978 tarih ve 1978/56 E., 1978/60 K. Sayılı Kararı.

[22] ÖZBUDUN, (2011), s. 207, Yasama yetkisinin genelliği, tüm ülkelerde benimsenen bir ilke olmayıp bu konuda en bilinen örneklerden biri Fransa Anayasası’nın 34. maddesidir. Bu maddeye göre yasalar yalnızca söz konusu maddede belirtilen konularda çıkartılabilir. Dolayısıyla Fransa’da, Türkiye’de olduğu şekliyle yasama organının faaliyet alanının konu bakımından sınırlandırılmadığı ve yasama yetkisinin genelliği ilkesinin geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir.

herhangi bir idari düzenleme alanı bırakmayabilir^[23]. Ancak yasama yetkisinin genelliği, yürütmenin gerçekleştirdiği birel işlemlerin yasama organı tarafından yapılabileceği anlamını taşımamalıdır. Nitekim her ne kadar yürütme organına bırakılmış “mahfuz” bir düzenleme alanı yoksa da yürütmeye bırakılmış mahfuz bir yetki alanı mevcuttur^[24]. Bu da yürürlükteki kanunların uygulanmasıdır^[25].

Hukuk devletini öncüleyen koşullardan biri olan kanunların genel, soyut, kişilik dışı, objektif ve bir kere kullanmakla tükenmeyen işlemler oluşu, hukuki öngörülebilirliğin ve dolayısıyla hukuk devletinin gereklerinin sağlanması noktasında maddi kriterin öncelikle esas alınmasını zorunlu kılmaktadır. Şekli kriterin kabulü ise hukuk devletinin bir gereği olarak yalnızca Anayasa’da açıkça belirtildiği durumlarda veya bireyler açısından hak yaratıcı ve fakat yükümlülük getirmeyen zorunlu durumlarda mümkün olabilmelidir.

B. YÜRÜTME FONKSİYONUNUN MAHFUZ ALANI VE “KADRO DÜZENLEMESİ” AÇISINDAN

Yukarıda yapılan değerlendirmeler, yasama yetkisinin genelliğinin “*genel, soyut ve kişilik-dışı olma*” ön-şartı bağlamında anlaşılması gerektiğini, devletin diğer fonksiyonlarının da kendine has ve korunmuş alanlarının bulunduğunu göstermektedir. Bu bağlamda yürütmenin ve dolayısıyla idarenin “*somut, özel ve bireysel işlemler*” yapma konusunda mahfuz bir alana sahip olup olmadığı, atama işleminin de bu kapsamda ancak yürütme tarafından tesis edilmesinin gerekliliği ve itiraza konu yasa hükmünün Anayasa’nın 128. maddesi anlamında bir kadro düzenlemesi olup olmadığı hususları önem kazanmaktadır.

1. Yürütme Fonksiyonunun “Mahfuz” Alanı ve Atama İşlemi

Başlangıç bölümündeki ifadeler, Anayasa tarafından tesis edilen devlet düzeninin temel prensipleri ve karakteri hakkında fikir edinmemizi sağlar. Anayasa’nın başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı kavramına yer verilmiş ve bu kavramın yasama, yürütme ve yargı arasında yapılacak bir üstünlük sıralamasını dışlayan medenî bir işbölümü olduğu vurgulanmıştır. O hâlde devletin üç temel fonksiyonundan biri olan yürütmenin, varlık gayesini ve sözcük anlamını ifade eden “*yasaların somut, özel ve bireysel durumlara uygulanması*” konusunda tek görevli ve tek yetkili olması beklenir.

Anayasa, “*Genel Esaslar*” başlıklı birinci kısmında “*yürütme yetkisi ve görevi*”nin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirileceğini hükme bağlayarak başlangıç bölümündeki

[23] ÖZBUDUN, (2011), s. 207

[24] ÖZBUDUN, (2011), s. 218

[25] ÖZBUDUN, (2011), s. 218

tutumuna paralel bir düzenleme getirmiştir (m.8). Bu maddede yürütmeden bir “yetki” olarak bahsedilmesi, Anayasa'nın “organik yürütme^[26]”ye tabiri caizse “ödüncü” verdiği bazı düzenleyici işlemler (olağanüstü hâl ve sıkıyönetim KHK'ları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi) yapma yetkisiyle ilişkilendirilebileceği gibi^[27], bu ifade, Anayasa'nın Başlangıç kısmında üstünlük sıralamasını dışlayan ifadeler doğrultusunda, yasama yetkisinin asliliği ve genelliğinin maddî anlamda yürütmeyi ortadan kaldıracak şekilde anlaşılmasının önlenmesi ve yürütmenin de fonksiyonel anlamda ayrı bir “kuvvet”i temsil ettiğinin vurgulanmasını da işaret eder niteliktedir^[28]. O hâlde Anayasa'nın 8. maddesi, “yasaların somut, özel ve bireysel durumlara uygulanması”nı münhasır bir “yetki” olarak yürütme organına tahsis etmiştir^[29].

Atama, muhatabını daha önceden düzenlenmiş bir hukukî duruma dâhil eden, mahiyeti icabı bireysel nitelikte bir işlem olarak bireysel işlemlerin bir alt-türü olan “durum(şart, koşul)-işlem”in en tipik örneğidir^[30]. Devlet tasarrufları, genel-soyuttan özel-somuta doğru bir yelpaze hâlinde sıralanacak olursa, atama işleminin en uçta ve en somut tasarruflar arasında yer alacağı açıktır. Belirli yahut belirlenebilir bir muhataba yönelmesi ve onun özel durumunu doğrudan etkilemesi sebebiyle hiçbir genellik içermeyen böyle bir tasarruf,

[26] Maddi kriter- şekli kriter ayrımı, devletin hukuki fonksiyonlarının tespitinde kullanılan bir ayrım olması bakımından yürütme fonksiyonunun niteliğini de belirleyici bir işleve sahiptir. Bu bağlamda idare de organik ve fonksiyonel idare olarak anlaşılabilir. Bunlardan organik idare, idari teşkilatı ifade ederken, fonksiyonel anlamda idare ise konulan genel, soyut, sürekli, kişilik dışı kuralı somut bir olayda bir kişi ya da bir nesneye uygulamak faaliyetini ifade eder. Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/ Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 92.

[27] Bu yönde bir görüş için bkz. ÖZBUDUN, (2011), s. 197

[28] Yürütmenin 1982 Anayasası'nda 1961 Anayasası'ndan farklı olarak bir “yetki” biçiminde nitelendirilmesi Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun gerekçesinde şu şekilde açıklanmaktadır: ... yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulamaya konmuştur. Söz konusu gerekçenin yasama ve yürütme fonksiyonlarının ayrılığını hükümet sistemi sorunuyla karıştırdığına ilişkin görüş için bkz. ÖZBUDUN, (2011), s. 196

[29] Düzenleyici işlem yapma yetkisi, nitelik itibarıyla yasama işlevine işaret eder. Ancak elbette idare de Anayasadan açıkça aldığı yetkiyle, yetki alanına giren konularda kanunlara aykırı olmayan ve kanunların uygulanmasını gösteren düzenleyici işlemler yapabilmektedir. Hasan TUNÇ/Faruk BİLİR/Bülent YAVUZ, Türk Anayasa Hukuku, Berikan Yayınevi, Ankara, 3. Baskı, 2011, s. 267

[30] Şart işlemlerin ortak özellikleri, maddi açıdan özel, somut, bir kere uygulanmakla tükenen kişisel bir düzenleme taşımaları yanında, yönedikleri kişi için nesnel bir hukuki durum yaratmamalarıdır. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, (2009), s. 380 Atama işlemi de yönediği kişi açısından nesnel bir durum yaratmayan, ilgiliyi önceden düzenleyici işlemlerle belirlenmiş bir statüye sokan bir işlem olması bakımından bir şart işlem niteliği taşımaktadır.

elbette yasamanın değil yürütmenin yetki alanına girecek ve bir “*idarî işlem*” olarak tanımlanacaktır.

Yürütme fonksiyonunun yasama, yargı ve diğer devletlerle olan ilişkileri ve kendi oluşumu dışında kalan kısmı idarî fonksiyonu ifade eder^[31]. Bu anlamda idarî fonksiyon ve bu fonksiyonu üstlenen idare, yürütme fonksiyonunun aslı ve en yaygın görünümü / bileşenidir. Maddî kritere göre idarî fonksiyon, sübjektif hukukî durum doğuran, bireysel ve somut işlemlerdir^[32]. Şeklî kriterin işlevsel olduğu ayrık durumlar kabul edilmek ve kenarda tutulmak kaydıyla; özel, somut ve bireysel işlemler yapma yetkisinin idarî fonksiyonun mahfuz alanını oluşturduğu açıktır. Nitekim Danıştay'ın TBMM kararı ile RTÜK'e üye seçilmesi işlemini tipik bir idari işlem olarak görüp idari yargı denetimine tabi tutması da^[33], bu tür (özel, somut ve bireysel) işlemlerin idari fonksiyondan ne denli “*ayrılmaz*” olduğunu gösterir mahiyettedir.

Atama işlemleri, hem maddî açıdan hem de anayasa hükümleri açısından tipik bir idarî işlemdir ve doğal olarak yürütme kapsamındaki idarenin yetki alanı içerisindedir. Bu işlemin kanun formunda yapılması -bütün şeklî kanunlarda rastladığımız istisnâî koşulların gerçekleşmesi dışında- Anayasa'nın temel sistematığına aykırılık teşkil eder. Yasamanın bu derece somut, özel ve bireysel bir yasa çıkarması, yürütmenin herhangi bir hukukî uyumsuzlukta mahkeme kararı niteliğinde bir idarî işlem tesis etmesinden farklı değildir ve aynı ölçüde anayasal sisteme aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki mahkeme kararına konu olan olayda “*şeklî kanun*” vaz' edilmesini gerektiren herhangi bir istisnâî durum bulunmamaktadır. Anayasa'da atama işlemini yasama organının görev ve yetkileri arasında açıkça sayan herhangi bir hüküm yoktur.

İkinci olarak, kamu görevlilerinin hangi şekilde atanacağına ilişkin usûl ve esaslar daha önceden kanunla düzenlenmiştir. Kamu görevlilerinin hangi şekilde atanacağına ilişkin usûl ve esasların daha önceden kanunla düzenlenmiş olması ise daha önce yapılmış bir kanunla herhangi bir idari makamın yetki alanına sokulmamış olan bir konunun ilk defa olarak kanunla düzenlenebilmesini öngören şekli kriter savunucuları^[34] açısından kabul edilebilir nitelikte değildir. Nitekim bu atama işlemleri de gerekli kadro düzenlemesi yapıldıktan sonra pekâlâ

[31] Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s. 22.

[32] GÖZLER, (2011), s.22.

[33] “...yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanmasına ilişkin uyumsuzluk konusu TBMM kararı, idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan, iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olduğu açık olup...” Danıştay 5. Dairesinin 24.01.2007 tarih 2005/5627 E., 2007/72 K. numaralı kararı (Danıştay Bilgi Bankası).

[34] ÖZBUDUN, (2011), s. 218

yetkili idare tarafından da yapılabilir niteliktedir. Yani ortada işlemin idare tarafından yapılmasını engelleyecek hukukî ve fiilî bir imkânsızlık da yoktur.

Üçüncü olarak, yasa ile yapılan bu atamanın “*kesinlikle hak yaratıcı*” olduğunu söylemek de mümkün değildir. Davacı yasa formunda yapılan bu işlem sonucu Başmüdür iken daha pasif bir görev olan Müsteşarlık Müşavirliğine atanmıştır.

Dördüncü ve son olarak, ortada “*bir kereliğine gerçekleşen ve tekrarı mümkün olmayan*” bir durumun gerektirdiği bir zorunluluk yoktur. Kamu hizmetinin gerekleri uyarınca idarî teşkilatta sürekli değişimler olmakta ve bu sırada birçok kadro kaldırılırken birçok yeni kadro da ihdas edilmektedir. Yasanın konusu durum da, on yıllardır gerçekleşen bu olgunun bir parçası olarak özellik ve yegânelik arz etmemekte, somut bir atama işleminin aynı yasa içerisinde yapılmasını “*anlaşılır ve hak verilebilir*” kılmamaktadır.

Ortada şekli kanun formatını haklı kılacak hiçbir sebep olmadığına göre, somut olayda atama işleminin bir yasa ile yapılması, kuvvetler ayrılığı prensibini benimseyen Anayasa'nın ruhuna ve yukarıda sayılan maddelerin ifade ettiği mânâyâ aykırıdır. Anayasa Mahkemesi bu hükmü iptal etmekle doğru bir neticeye varmış olsa da, itiraz gerekçesinde de değinilen kuvvetler ayrılığına ilişkin bu meseleyi hiç tartışmayarak eksik bir değerlendirmede bulunmuştur.

2. İtiraz Konusu Hüküm Bir “Kadro Düzenlemesi” midir?

Anayasa'nın 128. maddesinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Karara verilen karşı oy gerekçesinde dava konusu hükmün Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında gerçekleştirilen bir kadro düzenlemesi olduğu, “*kamu yararı*” amacıyla yapıldığı ve dolayısıyla hukukî ve fiilî bir imkânsızlıktan kaynaklandığı öne sürülmüştür. Karşı oy gerekçesinde dile getirilen bu iddia, “*kadro (statü) düzenlemesi*”nin sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiğinin ve ilgili Anayasa hükmünün nasıl anlaşılması gerektiğinin tartışılmasını mecburî kılmaktadır.

Statü, normlarla düzenlenen genel, soyut ve kişilik-dışı hukukî durumlardır^[35]. Bilindiği üzere idare hukuku, kamu hukuku branşı olmak itibarıyla statüler bir özellik gösterir^[36]. Bu özellik, idare hukukuna kaynaklık eden kurallar vasıtasıyla pek çok genel, soyut ve kişilik-dışı hukukî durumun yaratılmış ve yaratılıyor olmasından ileri gelir. Örneğin idare hukukunda tek bir memurun

[35] AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, (2009), s. 43

[36] AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, (2009), s. 43

veya öğrencinin değil, aynı durumda olan bütün memur ve öğrencilerin hak ve mükellefiyetleri genel bir statü hâlinde düzenlenir^[37].

İdare hukukunun statüter olmasının en önemli sonucu, “*genel norm*” özelliği taşıyan statülerde yine “*genel*” nitelikte yapılan değişikliklerin o statüye dâhil olan herkes için hemen uygulanması, yani statüye dâhil olmanın herhangi bir kazanılmış hak doğurmamasıdır^[38].

Atamanın, daha önce de belirtildiği üzere, özel, somut ve bir kez uygulanmakla tükenen kişisel bir uygulama olmasının zorunlu bir sonucu olarak statü içerisinde yapılacak “*genel*” düzenlemelerin kazanılmış hak doğurmayacağı aşikâr olmakla beraber, statüyü düzenleyen bu normların kişilere uygulanması sonucu ortaya çıkan kişisel hukukî durumların bir hakka konu olabileceği kabul edilmektedir^[39]. Anayasa Mahkemesi de “*kamu hukuku alanında kazanılmış hakkın statü hukukunun olanak verdiği oran ve koşullarda genel durumun kişisel duruma dönüşmesiyle ortaya çıkabileceği*”ni belirtmektedir^[40].

Anayasa'nın 128. maddesi, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin kanunla düzenlenmiş bir “*statü*”ye tâbi olmasını öngören bir hükümdür. Bu hükme göre memurların atanmaları ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Bu çerçevede kanunla kadroların kaldırılması, birleştirilmesi ve yeni kadroların ihdas edilmesi elbette mümkündür. Ancak buradaki “*düzenlenir*” ibaresinin kelime anlamı itibariyle genel, soyut ve objektif bir tasarrufu ifade ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Yani kanun, genel-soyut ve objektif bir şekilde memurların hangi usûl ve esaslarla “*atanacağı*”ni düzenleyecek, daha sonra da herhangi bir kişi bu usûl ve esaslara göre yetkili idarî merciler tarafından “*atanacak*”tır. Başka bir deyişle, 128. maddedeki “*kanunla düzenlenir*” ifadesinin, madde kapsamındaki işlerin “*kanunla yapılacağı*” şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Öyleyse madde kapsamında yer alan “*atama*” işinin “*düzenleme*”nin ötesine geçilerek doğrudan kanun tarafından “*yapılması*”, söz konusu kanun hükmünü bir “*statü düzenlemesi*” olmaktan çıkaracaktır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere “*genel norm*”lardan

[37] AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, (2009), s. 43-44

[38] Danıştay bu durumu bir kararında şöyle ifade etmektedir: “*genel ve soyut nitelikteki düzenleyici işlemler (kural tasarruflar) yine genel düzenleyici işlemlerle değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Objektif hukuk dünyasında meydana gelecek bu değişikliğin, daha önceki kural tasarrufların doğurmuş olduğu objektif ve genel durumlara da tesir edeceği ve mevcut durumlara da uygulanacağı açıktır. Soyut ve genel hukukî durumların (hukukî statülerin) en önemli özelliği bunların daima değişebilmesi ve bu değişikliğin de herkese karşı geçerli olmasıdır. . . (B)u düzenlemelerin eski düzenleme uyarınca statüsü devam eden bireyleri de kapsayacağı açıktır.*” Danıştay 8. Dairesinin 09.04.2003 tarihli ve E. 2002 / 2755, K. 2003 / 1661 numaralı kararı, Danıştay Bilgi Bankası: www.danistay.gov.tr

[39] AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, (2009), s. 43.

[40] Anayasa Mahkemesi'nin 23.02.2001 tarihli ve E. 1999/42, K. 2001/41 numaralı kararı.

oluşan statü, yine ancak “*genel*” nitelikli normlarla değiştirilip düzenlendiği takdirde bir hak konusu olmayacaktır.

Mahkeme kararına konu olan olayda Gümrükler Başmüdürlükleri ile Gümrükler Muhafaza Başmüdürlüklerinin kaldırılarak bunların yerine Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüklerinin kurulması da bu kapsamdadır. Eğer kanun koyucu yalnızca bu düzenlemeyi yapsaydı ve bu doğrultuda eski Başmüdürlüklerin bir kısmının Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü, bir kısmının ise Müsteşarlık Müşaviri olarak “*atanacağı*” düzenleseydi, bu hüküm karşı oy gerekçesinde belirtilen “*kamu yararı amacıyla yapılmış bir kadro düzenlemesi*” niteliğinde görülebilirdi. Bu düzenleme uyarınca yetkili idarî merci söz konusu mevkilere atamaları yapar, bu atamaların hepsi de birer idarî işlem olduğu için idarî yargının denetimine tâbi olurdu. Ancak kanun koyucu hepsi Başmüdür statüsünde bulunan muhataplarından bir kısmını aynı göreve, diğer bir kısmını ise Müsteşarlık Müşavirliği'ne doğrudan atamakla özel ve sübjektif bir tasarrufta bulunmuş, böylece Anayasa m.128'de öngörülen “*statü düzenlemesi*”nin sınırlarını aşmıştır. Aynı zamanda yasa formunda yapılan bu atama, Müsteşarlık Müşavirliği'ne atananların bu işlemi idarî yargıya başvurarak hukukî denetimden geçirmesine engel olmuştur.

C. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN

Modern toplumlarda bizzat ihkak-ı hak yasağının karşısında hak arama özgürlüğü, diğer tüm hakları anlamlı kılan, onların ihlalini ortadan kaldıran bir işlev görmektedir^[41]. Anayasa Mahkemesi de bunu şu şekilde ifade etmektedir: “...hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir^[42].”

Hak arama özgürlüğünün kapsayıcılık, koruyuculuk ve etkililik şeklinde her biri birbirine bağlı üç niteliği vardır^[43]. Bunlardan etkililik niteliği olmazsa hak arama özgürlüğünün kapsayıcılığı ve koruyuculuğundan bahsetmek söz konusu olamaz^[44]. Nitekim bir hakkın varlığı, ancak o hak etkili korunduğu

[41] İsmail KÖKÜSARI, “*Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri*”, GÜHFD, Cilt:15 Sayı: 1, 2011, s. 179

[42] Anayasa Mahkemesi, 4.2.2010 tarihli ve 2008/112 E.- 2010/31 K. Sayılı kararı.

[43] KÖKÜSARI, (2011), 179 vd.

[44] ...netice alınamayan hak arama yollarıyla, hak arama özgürlüğünün daha önce belirtmiş olduğumuz koruyuculuk niteliği de teoriden ibaret kalacaktır. KÖKÜSARI, (2011), 180

takdirde anlamlı olabilir. Aksi durumda, hangi ulusal ya da uluslararası metinde yer alsın, o hakkın varlığı teorik bağlamdan öteye geçemeyecektir. Bu bağlamda hak arama özgürlüğünün diğer tüm hakların varlığını güçlendiren bir hak olduğunu söylemek mümkündür^[45].

Modern devletlerde hak ve özgürlüklerin sınırsız olduğunu kabul etmek elbette mümkün değildir. Hak arama özgürlüğü de diğer özgürlükler gibi Anayasanın 13. maddesinde belirtilen sınırlar çerçevesinde sınırlandırılabilir. Bu bakımdan önem arz eden konu ise 5456 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen geçici 10. maddede yer alan “*atanmış sayılırlar*” ibaresinin hak arama özgürlüğüne yönelik bir sınır oluşturup oluşturmadığıdır.

Söz konusu ibare, Gümrük Müsteşarlığı'nda Başmüdür olarak görev yapanları Müsteşarlık Müşavirliği kadrosuna kanunla atamakta, böylece atananların bu düzenlemeye karşı idari yargı yoluna gitmesini önlemektedir. Bu bakımdan, bu durumun hak arama özgürlüğüne bir sınır teşkil ettiği ortadadır. Nitekim düzenlemenin hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu da çalışma konusu olan kararda belirtilmiştir. Ancak belirtilmeyen husus, düzenlemenin niçin hak arama özgürlüğüne aykırı olduğudur.

Hukuk devleti, tüm temel hak ve özgürlükleri olduğu gibi hak arama özgürlüğünü de güvence altına alır. Genel ve soyut olmayan kanunlarla idarenin mahfuz alanı içerisine giren işlemleri yapmak ise öncelikli olarak hukuk devleti ilkesine aykırı olmalıdır. Nitekim bu durumda kuvvetler ayrılığı ve kuvvetler arası işbirliğinin önemi kalmayacağı gibi, böyle bir durumda kişilerin kendilerini hukuki güvenlik içerisinde hissetmeleri de mümkün olmayacaktır.

[45] Hak arama hürriyetinin konusunun diğer hakları korumak olduğu yönündeki görüş için bkz. Cengiz GÜL/Fatih BİRTEK , “*Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler*”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: 1-2, Kayseri, 2007, s. 7

SONUÇ

Kuvvetler ayrılığı, devlet egemenliğinin hukuk, demokrasi ve insan hakları çerçevesi içerisine oturtulmasında hayati bir işleve sahiptir. Bu hayati işlevinden ötürü Anayasa, başlangıç bölümünde “*kuvvetler ayrılığı*” kavramına yer vermiş ve bu kavramın kuvvetler arasında üstünlük / öncelik ilişkisini dışlayan bir “*medeni işbölümü*” olarak anlaşılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Bu durum; devletin üç temel fonksiyonunun hem maddî, hem organik açıdan açık ve berrak bir şekilde tanımlanmasını ve her fonksiyonun “*mahfuz*” alanlarının belirlenmesini mecburî kılmaktadır.

Yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının “*mahiyetini*” önceleyen maddî kriter, bahsedilen mecburiyet açısından daha net ve anlaşılır sınırlar çizmektedir. Devlet tasarruflarını kaynağına göre tasnif eden şekli kriter ise, ancak maddî kriterin yetersiz kaldığı istisnai durumlarda kullanılmalıdır. Yasama fonksiyonu bu minvalde ele alındığında, “*genel, soyut, objektif ve bir kez uygulanmakla tükenmeyen (süreklî) kurallar koyma faaliyeti*” olarak kesinleşir. Maddî kriteri temel alan bu tarife uymayan bütün “*şekli kanun*”lar;

- ya anayasanın açıkça ve tahdidî bir biçimde yasama organının görev ve yetkileri arasında saydığı,
- yahut hakkında önceden bir yasa çıkarılmadığı için idarî işlemlerle hâll edilmesi mümkün olmayan,
- bir kereliğine gerçekleşen
- ve “*kesinlikle hak yaratıcı*” olup başkalarının menfaatini ihlâl etme ihtimali bulunmayan hususlarda çıkarılan “*sınırlı ve istisnai*” nitelikte tasarruflardır.

Yasama yetkisinin genelliği, yasama organı tarafından yapılan tasarrufun maddî anlamda “*yasama*” niteliğinde olması ön şartı bağlamında anlaşılmalıdır. Yasamanın bir konuyu idarenin hiçbir düzenleyici işlemine yer bırakmayacak derecede ayrıntılı “*düzenleyebilmesi*”, düzenlediği bu hususları “*yapabilmesi*” (somut, özel, bireysel işlemler tesis etmesi) mânâsına gelmez.

Maddî kriter açısından yürütme fonksiyonu, genel düzenleyici işlemlerin somut, özel ve bireysel durumlara uygulanmasıdır. Anayasa'nın organik yürütmeye birtakım düzenleyici işlemler yapma yetkisini “*ödünç vermesi*” ve bu sebeple maddî kriterin yürütme fonksiyonunun sınırlarını çizmede yetersiz kalması, maddî kriterin yürütme fonksiyonunun alanını açıklıyor olması gerçeğini değiştirmez.

Anayasa hükümleri, bahsedilen “*mahfuz alan*” açısından incelendiğinde; somut, özel ve bireysel işlemler tesis etme yetkisinin tamamen yürütme yetkisi

içerisinde mütalaa edildiği ve yürütme erkinin bu anlamda mahfuz bir alana sahip olduğu açıkça görülmektedir.

Somut, özel ve bireysel idarî işlemlerin en tipik örneklerinden biri olan atama işleminin de aynı mahfuz alan içerisinde bulunduğu, ilgili Anayasa hükümlerinden kolayca anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 128. maddesi, yasama organınca genel ve soyut bir kadro düzenlemesine, diğer deyişle bir "statü" yaratılmasına cevaz vermektedir. Ancak aynı maddenin yasama organına, kişileri bu statüye dâhil edecek şart-işlemler tesis etme imkânı verdiği söylenemez. Nitelik bakımından idarî işlem olduğu açık olan atama işleminin doğrudan kanunla yapılması, işlemin yargısal denetimini zorlaştırmakta ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünü kısıtlamaktadır.

Meselenin esasıyla ilgili varılan bütün bu neticeler, incelenen Anayasa Mahkemesi kararının sonuç itibarıyla doğru fakat gerekçe itibarıyla eksik bir karar olduğunu göstermektedir. Kararda kanunun Anayasa'ya aykırılığı, yalnızca hak arama hürriyeti açısından tespit edilmiştir. Hâlbuki asıl yapılması gereken; itiraz konusu kanunun kuvvetler ayrılığı ve yasama fonksiyonunun niteliği, yasama yetkisinin genelliği ve kadro düzenlemesi olup olmadığı açısından değerlendirilmesidir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Anayasa Mahkemesi'nin 04.12.1963 tarih ve 1963/124 Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009 E., 1963/243 K. Sayılı Kararı
- ARSEBÜK, Esat, "C.H.P. nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkındaki Kanuna Dair", AÜHFD, Cilt: 10, Sayı: 1-4, 1953 Anayasa Mahkemesi'nin 24.9.1990 tarih ve 1990/31 E., 1990/24 K. Sayılı Kararı.
- AYDIN, Fatih Türk Pozitif Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisi, T.C. Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000 Anayasa Mahkemesi'nin 30.12.2010 tarihli ve 2008/105 E., 2010/123 K. Sayılı Kararı.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2011 Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.1978 tarih ve 1978/56 E., 1978/60 K. Sayılı Kararı.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa Ekin Kitabevi Yayınları, 2000 Anayasa Mahkemesi'nin 23.02.2001 tarihli ve E. 1999/42, K. 2001/41 Sayılı Kararı.
- GÜL Cengiz / BİRTEK, Fatih, "Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: 1-2, Kayseri, 2007 Anayasa Mahkemesi, 4.2.2010 tarihli ve 2008/112 E.- 2010/31 K. Sayılı Kararı.
- GÜNEŞ, Turan, "CHP'nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkında 6195 Sayılı Kanunu İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine", AÜSBF Dergisi Cilt: 18, Sayı: 3, 1963 Danıştay 5. Dairesinin 24.01.2007 tarih 2005/5627 E., 2007/72 K. Sayılı Kararı.
- GÜNEŞ, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965 Danıştay 8. Dairesinin 09.04.2003 tarihli ve E. 2002 / 2755, K. 2003 / 1661 Sayılı Kararı.
- KÖKÜSARI, İsmail, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", GÜHFD, Cilt:15 Sayı: 1
- ÖZAY, İl Han, Güneşinde Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1986
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011
- SANCAR, Mithat, Devlet Akli Kısacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2010
- SEZGİNER, Murat, Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasası'nda Sorunlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010
- TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Berikan Yayınevi, Ankara, 3. Baskı, 2011
- YARARLANILAN MAHKEME KARARLARI

Makaleler

Articles

