

EKSİK DÜZENLEMELER ALEYHİNE İPTAL DAVASI AÇMA YÖNTEMİ ÜZERİNE BİR İNCELEME*

Dr. Öğr. Üyesi Özge Didem BOULANGER**

ÖZET

İdarenin düzenleyici işlemlerinin kapsamına alması gereken bazı kişi ve konuları kapsam dışı bırakmasına ilişkin bir kavram olan eksik düzenleme kavramı Türk hukuk doktrininde üzerinde fazla çalışılmamış bir kavramdır. Eksik düzenleme kavramının pek çok açılardan incelenmesi mümkündür. Konunun çok boyutlu olması, çeşitli açılardan incelenebilirliği nedeniyle çalışma eksik düzenlemeye münhasır olarak dava açma yöntemi açısından sınırlandırılmıştır.

Çalışmada idarenin düzenleme yetkisi, idarenin düzenleyici işlemleri ve eksik düzenleme kavramları tanımlanmış ve düzenleyici işlemlerin yargısal denetimleri aktarılmıştır. Özellikle eksik düzenleme durumunda iptal davası açabilme durumu kesin ve yürütülebilir işlem ile menfaat ihlali kavramları temelinde incelenmiştir.

Eksik düzenlenen işlem aleyhine mevcut İYUK hükümleri kapsamında iptal davasının açılabilirliği sorgulanmıştır. Bu bağlamda eksik düzenleme konusunda iptal davası açma yöntemi eksik düzenleme durumunda düzenleme kapsamında bulunmayan kişiler açısından değerlendirilmiştir. Mevcut İYUK hükümleri göz önünde bulundurularak eksik düzenleme durumunda zımni ret kurumunun uygulanabilirliği üzerinde durulmuş ve konuya Danıştay'ın yaklaşımı değerlendirilerek yasal durum ile Danıştay kararları arasında göz önünde bulundurulması gereken hususlara dikkat çekilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Düzenleyici İşlemler, Eksik Düzenleme, İptal Davası, Menfaat İhlali, Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.815381 - Geliş Tarihi: 23.10.2020 – Kabul Tarihi: 14.01.2021.

** Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Ana bilim Dalı, didem.boulanger@ozyegin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9474-9471.

A REVIEW ON BRINGING THE ADMINISTRATIVE ACTIONS TO THE COURT FOR THE UNDER INCLUSIVE STATUTORY INSTRUMENTS

ABSTRACT

When administration uses its regulatory power by excluding particular people or themes, this process is called as under inclusive instruments. As this specific topic has not been studied enough in Turkish law doctrine, it is quite possible to review the concept from different points of view. The topic has numerous dimensions, we therefore prefer to limit our study with the under inclusive statutory instruments taken to the court.

In this study, the regulatory power of administration, administration's regulatory processes and under inclusive statutory instruments are defined. In addition, judicial control of the regulatory acts is examined. This study especially reviews under inclusive statutory instruments taken to the court as annulment actions under the concept of final administrative act.

The study scrutinises the method used in bringing these instruments to the court as an annulment action in the scope of the Procedure of Administrative Justice Act, especially for people who remain out of these regulations. Considering the Procedure of Administrative Justice Act, it has been discussed whether the silence of administration can be considered to be relevant to the Council of State's approach in relation to under inclusive statutory instruments.

Key Words: Regulatory Instruments, Under Inclusive Instruments, Annulment Actions, Judicial Control, Administrative Acts.

GİRİŞ

Eksik düzenleme kavramı idarenin düzenleyici işlemlerinde bazı kişi, konu veya grupların idare tarafından kapsam dışı bırakılması anlamına gelmektedir. Eksik düzenleme söz konusu olduğunda kapsam dışı kalan kişi, konu veya grupların sehven mi yoksa idarenin takdir yetkisi dahilinde mi kapsam dışı bırakıldığı hususu belirsizdir. Türk İdare Hukuku doktrininde fazla çalışılmamış bir kavram olduğundan ve oldukça geniş kapsamlı olabilecek bu çalışmanın sınırlandırılması gerekliliği nedeniyle eksik düzenleme kavramı çalışmada idarenin yönetmelikleri ve adsız düzenleyici işlemlerinde olabilecek düzenleme eksiklikleri kapsamında İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) çerçevesinde ve dava açma usulü açısından sınırlandı. Bu noktada özellikle eksik düzenleyici işlemin tamamı veya sadece eksik düzenlenen kısmın dava konusu edilebilirliği üzerinde duruldu.

Pozitif hukuk açısından değerlendirdiğimizde eksik düzenlenen düzenleyici işlemlerin iptal davasına konu edilmesi mümkündür, ancak iptal davasının münhasıran düzenleme dışında kalan kişi, grup ve konular hakkında da düzenleme yapılmasına yönelik olarak eksik düzenlenen kısmın iptali için açılması durumunda düzenleme kapsamına alınmayan kişiler açısından bir idari işlem bulunmadığından, iptal davasının açılma usulünün İYUK hükümleri uyarınca incelenmesi öncelikle önemlidir. Buna göre örneğin bir yönetmeliğin bir maddesi birtakım kişi, konu ve alanları kapsam dışı bıraktığında kapsam dışı kalanlar yönetmeliğin tamamı aleyhine iptal davası açabilirler ancak sadece düzenlemenin eksik olan yönüne münhasır olarak iptal davasının açılması pozitif hukukta mümkün değildir, zira eksik düzenleme durumunda idare konu veya kişi ile ilgili herhangi bir irade beyan etmemektedir. Ancak düzenlemenin tamamı aleyhine dava açıldığında ve yargı yeri tarafından düzenleyici işlem iptal edildiğinde ise bu sefer düzenleme kapsamına alınan kişiler açısından hak kaybı ortaya çıkacaktır. Özetle eksik düzenleme durumunda idari yargıda sadece eksik düzenlenen hüküm aleyhine iptal davası açmak mevcut İYUK hükümleri kapsamında mümkün görünmemektedir. İdarenin kapsama almadığı kişi, konu ve alanla ilgili olarak olmayan iradesine karşı davanın ne şekilde açılacağı hususu açıklığa

kavuşturulmalı, bu kapsamda menfaat ihlali ve kesin ve yürütülebilir işlem kavramı incelenmelidir.

Eksik düzenleme durumunda İYUK 10 kapsamında idareye bir başvuru yaparak zımni red kurumunun işletilmesi ve bir bireysel karar elde edilerek bu karara karşı iptal davası açılması hususunun yargılama tekniği açısından uygunluğu incelenmelidir. Ayrıca Danıştay'ın konuya yaklaşımı da önemlidir ve çalışmamızda bu hususa da değinilmiştir.

Çalışmada eksik düzenlenen düzenleyici işlemlerin iptali istendiğinde iptal davası açabilmek için pozitif hukuk kapsamında izlenmesi gereken yöntem öncelikle incelenecek, ardından Danıştay'ın konuya yaklaşımına değinilecektir.

I. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ VE YARGISAL DENETİMLERİ

A. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

İdarenin düzenleme yetkisi idarenin genel, objektif nitelikte, kişilere özgü farklılık arz etmeyen normlar koymasındadır. İdarenin düzenleme yetkisi, Anayasa'dan, kanunlardan, Cumhurbaşkanı kararnamesinden kaynaklanabilir ve ayrıca idare düzenleme yetkisine yürüttüğü faaliyetin doğası gereği sahip olmak zorundadır. Ulusoy'un da isabetle belirttiği gibi yürütme erkinin işlevini kanunları uygulamak olarak da kabul etsek, kanunu uygulamak için o kanunu yorumlamak ve açıklamak gerektiğinden, kanunun yorumlanmasını belirlemek, bunu kişilerin önceden öngörebilmesi için objektif şekilde düzenlemek ve duyurmak da esasen bir norm koymak yani düzenleme yapmaktır¹. Kanun koyucunun her şeyi düzenlemesinin mümkün olmaması ve takdir yetkisinin kullanımının öngörülebilir ve objektif olması gerekliliği de idareye düzenleme yetkisi verilmesini bir zorunluluk haline getirmektedir.

1961 Anayasası yürütmeye temkinli yaklaşmış ve yasama – yürütme dengesini ve iş birliğini sağlamayı göz önünde bulunduran parlamenter rejimin standartlarından biraz ayrılarak yasamaya tabiri caizse biraz ayrıcalık

¹ **Ulusoy, Ali** (2019) Yeni Türk İdare Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.289.

tanınmış ve Tanör'ün tabiriyle yürütmeyi sıkıca frenlemişti². Bu kapsamda 1961 Anayasası 6. maddesinde yürütme görevi olarak düzenlenmişti. 1982 Anayasası 8. maddesi yürütmeyi yetki ve görev olarak düzenlemiş ve yürütme yetki ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirileceğini söylemiştir. Bu değişiklik doktrinde yürütmenin yasama karşısında güçlendirildiği ve yürütme tarafından yasanın olmadığı yerde Anayasaya uygun olarak ilk elden düzenleme yapılması hususunda tartışmalara yol açmışsa da yürütme organının düzenleme yetkisinin türevsel ve bağlı nitelikte olduğu görüşü 1982 Anayasası döneminde de değişmemiştir³. Dolayısıyla 1982 Anayasası uyarınca da yürütmenin yasamaya bağlı türevsel nitelikte bir düzenleme yetkisi bulunduğunu söylemek mümkündür⁴.

Buna göre yürütme kuralı olarak ancak yasa koyucunun çerçevesini çizdiği alan içerisinde kanunların uygulamasını sağlamak, yürütme görevini yerine getirmek amacıyla türevsel ve bağımlı bir düzenleme yetkisine sahiptir. Türevsel nitelikteki düzenleme yetkisiyle yürütme organı, yönetmelikler ve yönerge, sirküler, esaslar, genelge, tebliğ gibi isimlerle adlandırılan adsız düzenleyici işlemler yapabilir⁵.

Bu bağlamda örneğin yönetmelikleri ele aldığımızda, Anayasanın 124. maddesi açıkça yönetmeliklerin kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak için ve bunlara aykırı olmayacak şekilde çıkarılabileceğini söylemektedir. Dolayısıyla idare yönetmelikleri konusunda ancak türevsel bir düzenleme yetkisine sahiptir. Aynı hususu adsız düzenleyici işlemler için de söylemek mümkündür, zira adsız düzenleyici işlemler yönetmeliklerin tabii olduğu sınırlama ve esaslara tabidir⁶.

² **Tanör, Bülent** (2019) İki Anayasa 1961 -1982, 6. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık A.Ş., s.104.

³ **Ulusoy**, s.280.

⁴ **Gürel, Esin** (2019) "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütmenin Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:2, s.397.

⁵ **Ulusoy**, s.280.

⁶ Yürütmeye tanınan bu türevsel yetkinin istisnası 2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile 9 Temmuz 2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Cumhurbaşkanına Anayasada belirtilen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle tanınmış asli düzenleme yetkisidir.

B. DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİN YARGISAL DENETİMİ

İdarenin düzenleyici işlemleri idarenin tek yanlı işlemleridir ve Anayasa 125. madde hükmü gereği idarenin bütün eylem ve işlemleri gibi yargısal denetime tabidirler⁷.

Düzenleyici işlemin hukuka aykırı olduğunu düşünen menfaat sahibi düzenleyici işlemin iptali için idari yargı yerinde iptal davası açabilir. İYUK 7. maddesi uyarınca, düzenleyici işlemler için idari yargıda dava açma süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren Danıştay ve idare mahkemelerinde 60 gündür. İYUK'un 8. maddesi uyarınca süreler tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar.

İdari yargı yeri ilk inceleme esnasında dava açma süresinin geçmiş olduğunu belirlediği takdirde, İYUK 15/1-b hükmü uyarınca davayı reddeder. Süre açısından reddedilen davaların tekrar açılması mümkün değildir⁸. Bir başka deyişle düzenleyici işlem yayımlandıktan sonra 60 günlük süre geçtiğinde artık düzenleyici işlemin tamamı ya da bazı hükümleri aleyhine iptal davası açmak mümkün değildir. Ancak düzenleyici işlemler açısından 7. madde hükmü farklı bir süre hesabı öngörmektedir, buna göre düzenleyici işlem uygulandığında, ilgililer düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine iptal davası açabilirler. Bu durumda düzenleyici işlemin uygulanması halinde dava açma süresi uygulama işleminin tebliği, yayınlanması veya ilanını izleyen günden itibaren işlemeye başlayacaktır⁹.

Bu bağlamda örneğin 1960 yılında ilan edilen bir düzenleyici işlem 2020 yılında uygulandığı takdirde, düzenleyici işlem uygulanan kişi, 1960 yılında

Cumhurbaşkanı Kararnameleri Anayasal sınırlara uymak kaydıyla asli düzenleme yetkisine sahip düzenleyici işlemlerdir.

⁷ “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” Anayasa madde 125/1.

⁸ Süre ret kararları nihai karar olduklarından ilgisine göre istinaf veya temyiz yoluna başvurmak mümkündür. **Çağlayan, Ramazan** (2018), İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s.303.

⁹ **Evren, Çınar Çan** (2013) “İdari Yargıda Uygulama İşlemi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XVII, S:1, s.1411.

ilan edilmiş düzenleyici işlem, uygulama işlemi veya her ikisi aleyhinde dava açılabilir. Dolayısıyla uygulama işlemi ile birlikte, dava açma süresi tabiri caizse canlanmış olur. Bu durumda menfaat sahibi kişi, üçlü bir seçeneğe sahiptir:

- Sadece düzenleyici işlemin uygulaması niteliğindeki bireysel işlem aleyhine dava açılabilir,
- Sadece düzenleyici işlem aleyhine açılabilir,
- Düzenleyici işlemle uygulama işlemi olan bireysel işleme karşı birlikte dava açılabilir.

İşlemin ilgilisi sadece uygulama işleminin veya sadece düzenleyici işlemin iptalini talep ederse, bu durumda doğal olarak işlem hangi yargı merciinin görevine giriyorsa o mahkemede yargısal denetime tabi tutulacaktır, uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işlem aleyhinde iptal davası açıldığında ise görevli mahkeme, normlar hiyerarşisinde üst sırada yer alan işleme göre belirlenir¹⁰.

Düzenleyici işlemin iptali davaları Danıştay Kanunu 24. maddesi uyarınca Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açıldıkları takdirde veya Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki¹¹ düzenleyici işlemler söz konusu olduğunda Danıştay'da açılır. Diğer durumlarda idare mahkemeleri görevlidir. Danıştay Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca Danıştay, idari dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurullarında temyizen incelenir. Dolayısıyla Danıştay Kanunu madde 24'de belirtilen durumlarda ve dava ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açıldığında, bu davanın temyiz incelemesi Danıştay tarafından ancak bu defa İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından gerçekleştirilecektir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasında Danıştay dava daireleri kararlarına karşı Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabileceği, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 38. maddesinde İdari

¹⁰ Evren, s.1409.

¹¹ Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Anayasa Mahkemesi'nde yargısal denetime tabi tutulur, Anayasa md 148.

Dava Daireleri Kurulunca idari dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararların temyizen inceleneyeceği, 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesinin 4. fıkrasında da idare mahkemelerinin bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebileceği öngörülürken, Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurulları kararlarına uyulmasının zorunlu olduğu belirtilerek, Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararların temyizen bozulması halinde ise ısrar olanağı tanınmamıştır.

II. EKSİK DÜZENLEME KAVRAMI

İdare türevsel nitelikte, bağımlı düzenleme yetkisini kullanırken takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda veya bağılı yetki içerisinde olduğunda belirli kişi, konu veya grupları düzenlediği işlemin kapsamına dahil etmesi gerekirken, bilinçli olarak veya sehven bu kişileri kapsam dışı bıraktığında eksik düzenlemeden bahsetmek mümkündür.

Ulusoy eksik düzenleme kavramını şu şekilde tanımlar: “İdarece yapılan bir düzenlemenin eksik olması ve bu bağlamda düzenleme ile tanınan hakların söz konusu düzenlemede bazı kişi, grup veya kategorilerin kapsam dışında bırakılması veya kapsama alınmaması nedeniyle bu kişi, grup veya kategorinin bu haklardan yararlanmasının mümkün olmaması halinde Danıştay içtihadı uyarınca ortada eksik düzenleme vardır”¹². O halde eksik düzenleme kavramı söz konusu olduğunda idarenin düzenleyici işlemin kapsamına alması gerektiği düşünülen belirli kişi, konu veya grupları kapsam dışı bırakması söz konusudur.

Eksik düzenleme kavramı Danıştay içtihatlarında sık kullanılan bir kavram da olsa Anayasa Mahkemesi de eksik düzenleme nedeniyle kanunların iptali kararını vermektedir. Anayasa Mahkemesi, kanunların aynı konumda bulunan kişilerin bir kısmını kapsama almaması durumunu eksik düzenleme olarak nitelendirmektedir¹³.

¹² Ulusoy, s.288.

¹³ Anayasa Mahkemesi bir konuda hiç bir düzenleme bulunmadığında bu durumu eksik düzenleme olarak kabul etmemekte, eksik düzenleme durumunda, kanunun aynı konumda olanlardan kimilerini (bir kısmını) kapsamına almış olması gerektiğini söylemektedir. “Hiç

Anayasa Mahkemesi tarafından eksik düzenleme kapsamında gerçekleştirilen yargısal denetimlerde, iptal davasına konu olan kanunun bazı kişileri kapsam dışında bırakmasının hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine, dolayısıyla Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine uygunluklarının değerlendirilmesi hususu söz konusudur¹⁴. Anayasa Mahkemesi, eksik düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturması hâlinde kuralı Anayasaya aykırı bulmakta ise de, Mahkeme'nin pek çok kararında kanun koyucunun bir konuyu düzenlerken, benzer durumlardaki bazı kişileri veya benzer kurumları düzenleme kapsamına almamasının ve bunlar arasında farklı uygulamalara sebep olabilecek bir düzenleme eksikliği bırakmasının veya isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesinin iptal nedeni sayılmayacağı söylenmiştir, zira bu hususlar kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Buna göre, özde Anayasaya aykırı düşmeyen, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine

düzenlenmemiş bir konuda eksik düzenlemeden söz edilemeyeceğinden..."Anayasa Mahkemesi, E:2003/32, K:2003/39, T: 07.05.2003, www.legalbank.net, s.e.t. 08.02.2020.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi, E:2002/157, K:2006/97, K.T. 04.10.2006, RG Tarihi: 27.03.2007, RG Sayısı:26475 söz konusu kararın karşı oy yazısında "...Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında, Anayasa'nın öngördüğü ve düzenlenmesini istediği hususlar dışında, yasadaki düzenleme eksikliğinin o Yasa'nın iptalini gerektirmeyeceği açıkça ifade edilmiştir" görüşüne yer verilmiştir; Anayasa Mahkemesi, E:2013/126, K:2014/17, K.T. 29.01.2014, RG Tarihi:09.05.2014, RG Sayısı:28995; Anayasa Mahkemesi, E:2013/101, K:2014/63, K.T. 27.03.2014,, RG Tarihi: 22.07.2014, RG Sayısı:29068; "...iptali istenilen kuralda, idarece naklen atanan kamu görevlilerine harcırah ödenmesi öngörülürken, ilk defa devlet memurluğuna atanan kişilere harcırah ödeneceğine ilişkin bir hükmün yer almamasının, Anayasası'nın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesine ve 2. maddesinde ifade edilen sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür...Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz...Bu durumda, ilk defa devlet memurluğuna atananlar ile halen devlet memuru olup da naklen ataması yapılanlar aynı hukuksal konumda bulunmamaktadırlar. Yukarıda da belirtildiği üzere, ilk defa devlet memurluğuna atanan kişiler kamu görevlisi sıfatını, görevlerine başladıkları tarihten itibaren kazandıklarından ve görevlerine başlamadıkları sürece kamu görevlisi sayılmadıklarından, atandıkları görev yerlerine ulaşmaya kadar üstlendikleri giderlerin kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklandığını söylemek mümkün değildir" Anayasa Mahkemesi, E:2006/44, K:2008/81, K.T. 20.03.2008, RG Tarihi: 28.05.2008, RG Sayısı: 26889.

aykırı olmayan ve düzenlenmesi kanun koyucunun takdirinde olan bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacı ile iptal isteminde bulunduğu takdirde, bu istem Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilir¹⁵.

Yukarıda aktarıldığı üzere idarenin düzenleyici işlemlerinin yargısal denetimleri, idari yargıda yapılır¹⁶. Danıştay içtihatları incelendiğinde de eksik düzenleme kavramının kullanıldığı görülmektedir. Yargısal içtihatlarla göre idarenin düzenleme yetkisini kullanırken düzenlemenin kapsamı gereken belirli, konu, kişi veya grupları kapsama almaması hususu eksik düzenleme olarak nitelendirilmektedir. Buna göre, Danıştay idarenin düzenleyici işlemlerine ilişkin olarak, düzenleyici işlemin kapsamına alınması gerekli kişilerin veya konuların kapsama dahil edilmemesi¹⁷ ya da belirli idare ve

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E:2004/103, K:2008/121, K.T. 12.06.2008, RG Tarihi: 23.12.2008, R.G.Sayısı:27089; Anayasa Mahkemesi, E:2010/97, K:2011/173, K.T. 22.12.2011, RG Tarihi:14.02.2012, RG Sayısı:28204; “*Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir. Yasa koyucunun, memur ve diğer kamu görevlileri ile bunların dışındaki çalışanlarla ilgili olarak, Anayasa’da belirlenen kurallara bağlı kalmak, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır. Kanun koyucunun görevin gereklerini ve yapılan işin özelliğini gözeterek farklı kurallar öngörmesinde eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık yoktur. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 10. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.*” Anayasa Mahkemesi, E:2011/81, K:2012/78, K.T. 24.05.2012, www.legalbank.net, s.e.t.:04.04.2020.

¹⁶ Cumhurbaşkanı (CB) Kararnamesi ’nin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi’nde yapılır, Anayasa madde 148.

¹⁷ Örneğin Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinin (c) bendinde idare memurluğuna yer verilmemesi üzerine eksik düzenleme yapılmasından hareketle açılan davada, idare memurluğunun, cezaevi müdürleri ile infaz koruma memurları arasında yer alan ara kademe bir yöneticilik olduğu, müdür bulunmayan cezaevlerinde müdürlük görevini yürüttüğü gözönüne alındığında, görevin önem ve özelliği nedeniyle cezaevi müdürlerine ve infaz koruma baş memurlarına silah taşıma ruhsatı verilebilmesine karşın, sözü edilen iki kamu görevlisinin arasında ara kademe yönetici konumundaki, idare memurlarına silah taşıma ruhsatı verilmeyeceğine ilişkin eksik düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığından söz konusu düzenleme iptal edilmiştir. Danıştay 15. Daire, E:2017/2721, K:2018/1199, T: 06.02.2018, benzer şekilde Danıştay 11. Daire, E:2002/1106, K:2004/4713, T: 23.11.2004, www.legalbank.net, s.e.t.:05.03.2020.; Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2016/619, K:2018/4523, T: 07.11.2018, yayınlanmamış karar; Ek olarak Danıştay 15.Daire, E:2015/6082, K:2017/1636, T:

kurumların düzenleyici işlem kapsamına alınmaması durumunda eksik düzenleme kavramı çerçevesinde yargısal inceleme gerçekleştirilmektedir¹⁸.

Bilindiği üzere idari yargı yerinde dilekçeler öncelikle İYUK madde 14 'de belirlenmiş olan ilk inceleme konularına göre incelenir. İlk inceleme konularında bir hukuka aykırılık bulunmadığı takdirde, dosya tekemmül etmiş olur ve dosyanın esas incelemesine geçilir.

İYUK madde 14 uyarınca dilekçelerin ilk incelemesinde görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre aşımı, husumet, 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları, kesin ve yürütülebilir işlem kavramıyla menfaat ihlali kavramlarının mevcudiyetinin göz önünde bulundurulması gerekir.

Bu bağlamda İYUK kapsamında eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilebilirliği hususunu sadece eksik düzenleme durumunda değişiklik gösterebilecek ilk inceleme konuları açısından değerlendirmek gerekir.

III. EKSİK DÜZENLEMENİN İYUK KAPSAMINDA İPTAL DAVASINA KONU EDİLEBİLİRLİĞİ

İptal davalarının esas şartını hukuka aykırılık teşkil eder¹⁹. Hukuka aykırılık bulunması durumunda dava konusu idari işlem iptal edilir. İYUK 2 idari dava türlerini şu şekilde sınırlamıştır:

“a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları, b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan

10.04.2017, (söz konusu karar, Danıştay İdari dava Daireleri Kurulu, 18.03.2019, E:2017/3778, K:2019/1151, sayılı kararıyla onanmıştır), yayımlanmamış kararlar.

¹⁸ “Bu durum karşısında, T.C.Turizm Bankası A.Ş.nin deplanlama işi yapan resmi kuruluşlar arasında sayılması gerekirken, yönetmeliğin dava konusu yapılan 6. maddesinin (F) bendinin eksik düzenlendiği açıktır”. Danıştay 6.Daire, E:1989/691, K:1991/2225, T: 05.11.1991, www.legalbank.net, s.e.t.:06.03.2020.

¹⁹ **Mermut, Güler** (1976) İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı, Güneş Matbaası, s.301.

tam yargı davaları, c) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar". İYUK hükmü uyarınca, iptal davasının idarenin gerçekleştirdiği "idari işlemler" aleyhine açılması gerekir, bir başka deyişle, kanun açıkça iptal davalarının konusunu idari işlem olarak belirlemiştir.

Eksik düzenleme açısından ilk incelemede diğer idari işlemlerin yargısal incelemelerinden ayrılan husus menfaat ihlali ve kesin ve yürütülebilir işlem kavramlarıdır. Zira eksik düzenleme durumunda kapsam dışı bırakılan kişi, konu ve gruplar açısından düzenlenmiş bir idari işlem bulunmadığından dava açabilmek için gerekli olan kesin ve yürütülebilir işlemin varlığı şartı gerçekleşmemiş olmaktadır. Ayrıca menfaat ihlali şartının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu da irdelenmelidir, zira iptal davası açılabilmesi için ön koşul olarak davacının menfaatinin ihlali gerekir. Düzenleme kapsamına alınmayan kişilerin dava açması durumunda menfaat ihlalinin söz etmek mümkün müdür?

A. MENFAAT İHLALİ EKSİK DÜZENLEME DURUMUNDA MEVCUT MUDUR?

İptal davası açabilmek için davacının objektif ve subjektif dava ehliyeti bulunmalıdır. Objektif dava ehliyeti, davaya taraf olma, dava açma ve açılan davayı takip etme yeterliliğidir, objektif dava ehliyeti hususunda İYUK madde 31 doğrudan HMK'ya atıf yapmıştır. Bu bağlamda objektif ehliyetle ilişkin HMK 50 ve 56. maddede düzenlenen ehliyet hükümleri idari yargılamanın özellikleri dikkate alınarak uygulanacaktır.

İptal davalarında amaç idarenin hukuk sınırları içerisinde kalmasını sağlamaktır. Ayrıca iptal davalarında idarenin hukuk kurallarını ihlal eden bir işlemi (tasarrufu) söz konusudur, dolayısıyla bu işlemle yakın ilgisi olan kişiler (menfaati ihlal edilenler) işlemin ortadan kaldırılmasını ve hukuk düzeninin korunmasını isterler²⁰.

²⁰ Mermut, s.298.

Ancak yine de davacıların yargı yerlerini gereksiz meşgul etmelerini engellemek açısından ve dava da ciddiyetin temin edilmesi için işlemin iptalinde menfaat ihlali bulunmayan kişilerin iptal davası açamayacakları öngörülmüştür. Bu nedenle iptal davası açabilmek için objektif dava ehliyeti yanı sıra menfaat ihlali gerekir ki bu durum subjektif dava ehliyeti olarak adlandırılır²¹. Esasen her somut olay ve dava da subjektif dava ehliyetinin varlığı kendi koşulları içerisinde değerlendirilmekte ve kesin tanım verilmemektedir²². Ancak genel olarak menfaat maddi veya manevi nitelikte bir ilgi olabilir, gerçekten de ciddi ve makul olması kaydıyla manevi bir ilgi de menfaat ihlali için yeterlidir. Bu menfaat bir alaka ya da subjektif bir hak, bir başka deyişle hukuken himaye edilmiş bir menfaattir²³.

Tam yargı davalarında ihlal edilen hak davanın esasını ve temelini oluşturmaktadır, tam yargı davaları bu temel üzerine kurulmuştur, oysa iptal davalarında menfaat davanın esasına ilişkin olmayan davanın dinlenilmesi için aranılan usul ve şekil şartıdır²⁴. Menfaat ihlali şartı, davanın esasını ile ilişkili değildir. Dolayısıyla iptal kararının verilmesinde etkin rol oynamaz. Kişinin menfaati ihlal edildiğinde dava kabul edilir ancak işlemin unsurlarında bir sakatlık yoksa dava reddedilir, dolayısıyla esas incelemesinde menfaat ihlalinin bir önemi yoktur²⁵.

Her halükarda menfaatin meşru, kişisel ve güncel menfaat olması lazımdır. Güncel menfaat, geleceğe dönük olmayan, davanın açıldığı sırada

²¹ Karahanoğulları, idari işlemlerin doğrudan muhatabı olmayan 3. kişilerin hukuka aykırılık iddiası ile iptal davası açabilmelerine ilişkin menfaat ihlali terimini kullanmak yerine ilgi bağı kavramını kullanmaktadır. **Karahanoğulları, Onur (2007)** “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgı Bağı Sorunu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C:62, S:03, s.202.

²² **Erdem, Jülide Gül (2017)** “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu”, Memleket Siyaset Yönetim (MSY), C:12, S:27, s.111.

²³ Hak dava ile korunmuştur, bu bağlamda hak sahibi hakkına zorla riayet ettirebilirken menfaat söz konusu olduğunda menfaat ihlalinin adli yargıda dava konusu etmek mümkün değildir. **Artumaç, Sadık (1950)** Bizde İdarenin Murakabesi, İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, s.419.

²⁴ **Onar, Sıddık Sami (1952)** İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1. Baskı, İstanbul, Marifet Basımevi, s.1233.

²⁵ **Onar**, s.1233.

mevcut olan menfaattir. Meşru menfaatse hukuksal olarak geçerli sayılan menfaattir. Meşru menfaat mevzuattan doğar. Eksik düzenleme de tartışılması gereken husus hakkında düzenleme yapılmayan kişilerin iptal davası açabilmek için kişisel menfaatlerinin var olup olmadığını belirleme noktasındadır. Zira bu kişiler yönünden değerlendirildiğinde haklarında gerçekleştirilmiş bir idari işlem bulunmadığından düzenleme kapsamına alınmayan kişi, konu ve grupların kapsam dışı bırakıldıkları hüküm aleyhine iptal davası açmada menfaat ihlalinin varlığından söz etmek mümkün müdür?

Bu bağlamda kişisel menfaat kavramını tanımlamak gerekir. Kişisel menfaat idari işlemin kişiyi etkilemesidir. Danıştay kişisel menfaat kavramını şu şekilde açıklamıştır; *“iptal davasına konu olan işlemin davacının menfaatini ihlal ettiğinden söz edilebilmesi için, davacıyı etkilemesi, yani davacının kişisel menfaatini ihlal etmesi, işlem ile davacı arasında ciddi ve makul bir ilişkinin bulunması gerekmektedir. Aksi halde, kişilerin kendisine etkisi bulunmayan, menfaatlerini ihlal etmeyen idari işlemler hakkında da iptal davası açma hakkı doğar ve bu durum idarenin işleyişini olumsuz etkiler”*²⁶. Onar kişisel menfaati kararın doğrudan veya dolaylı olarak davacıyı etkilemesi olarak tanımlamaktadır²⁷. Kişisel menfaat denildiğinde, iptal davasına konu edilen işlemle bozulmuş, doğmasına engel olunan hukuksal bir durum olmalı ve davacının bu hukuksal durumun tarafı olmak istemektedir.

Kişi, grup ve konularla ilgili olarak eksiklik içeren düzenleyici işlemin, menfaat kavramını geniş yorumlayarak, kapsamına almadığı kişi ve grupların menfaatini ihlal ettiğinin kabulü gerekir. Zira eksik düzenleme konusu yapılan düzenleyici işlemin eksik düzenlenen hükmü dikkate alındığında her ne kadar

²⁶ Danıştay 6. Daire, E:2002/4828, K:2004/1634, T:17.03.2004, Benze şekilde, Danıştay 10. Daire, E:1990/1213, K: 1990/1115, T: 21.05.1990; Danıştay 6. Daire, E: 2009/13701, K:2010/5942, T: 09.06.2010, *“Bu durumda İdare Hukukunun genel ilkelerine göre iptal davası açılabilmesi için gerçek ya da tüzel kişiler ile dava konusu edilen işlem arasında makul, aktüel bir ilişkinin, diğer bir deyişle menfaat bağının varlığının yeterli bulunduğu açıktır. Öte yandan idari yargıda iptal davalarının, idari işlemlerden dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılabilceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır”* Danıştay 5.Daire, E:2003/2079, K:2003/3335, T: 28.07.2003, www.legalbank.net, s.e.t.: 03.03.2020.

²⁷ Onar, s.1233.

kapsam dışı kişi, konu ve gruplar açısından mevcut bir idari işlemde söz edilemese de davacıyı ilgilendiren dolaylı bir durum, davacının iptali istenen işlemin bütünüyle ciddi ve makul ilişkisinden söz etmek mümkündür. Dolayısıyla eksik düzenleme konusu işlemin hukuk sistemi içerisinde kalması davacının menfaatini ihlal eder niteliktedir. Zira kişi, konu ve gruplar eksik düzenleme ile düzenlemenin kapsamında bulunması gerekirken, kapsam dışı bırakılmıştır, dolayısıyla kanaatimizce menfaat ihlali kavramının eksik düzenleme durumunda gerçekleştiğini kabul etmek, kapsam dışı bırakılan kişi, konu ve gruplar açısından menfaat ihlalinin bulunmadığı sonucuna ulaşmamak gerekir.

Menfaat ihlaline ilişkin incelediğimiz Danıştay kararlarının biri hariç tamamında menfaat ihlali sorgulanmamış, kararlarda Danıştay eksik düzenleme sebebiyle eksik düzenleme konusu işlemle ilgili kişinin, menfaat ihlalinin mevcut olduğunu kabul etmiştir²⁸.

Bu bağlamda eksik düzenleme durumunda kişisel menfaat ihlali bulunması hususunun yargısal incelemesinde Danıştay, sadece bir kararında menfaat ihlali bulunmadığından davayı reddetmiştir. Danıştay öncelikle menfaat ihlali kavramını tanımlamıştır, bu tanıma göre menfaat ihlali, kişisel, meşru, güncel bir menfaatin bulunması ve işlem ile davacı arasında ciddi ve makul bir ilişkidir. Bu bağlamda menfaat ilişkisinin bulunması hususu değerlendirilirken, Mimarlar Odası tarafından bir yönetmelikte gerçekleştirilen düzenlemede mimar unvanının kullanılmaması nedeniyle, eksik düzenleme kapsamında açılan davayı söz konusu tebliğin ilgili maddesi aleyhine açılan iptal davasının *“yalnız mühendis unvanlı personeli ilgilendiren hususları kurala bağladığı göz önüne alındığında, davacı Mimarlar Odasının anılan bendin iptalini istemekte menfaatinin bulunmadığı”* gerekçesiyle reddetmiştir²⁹.

²⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2016/619, K: 2018/4523, T: 07.11.2018; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 05.02.2020, YD itiraz no: 2019/1135; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2017/438, K:2019/1290; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2017/3778, K:2019/1151, T: 10.04.2017; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD itiraz no: 2014/1238, T: 09/02/2015, yayımlanmamış kararlar.

²⁹ Danıştay 2 Daire, E:2016/7182, K:2017/7929, T: 14.12.2017, yayımlanmamış karar.

Bu karar dışında eksik düzenlemeye ilişkin olarak, menfaat ihlali nedeniyle reddedilen davaya tarafımızdan rastlanmamıştır.

B. EKSİK DÜZENLEME VE KESİN VE YÜRÜTÜLEBİLİR İŞLEM KAVRAMI

Dava açmakta amaç belirli bir konuda mahkemeden hukuksal himaye talep etmek olduğundan her davanın bir konusu vardır ve konusuz veya bir hakkın korunması talebini içermeyen ya da hakkın hüküm altına alınmasına ilişkin olmayan bir dava düşünülemez³⁰. İptal davaları da idari işlemlere karşı açılır. Bu bağlamda iptal davası açabilmek için bir idari işlem mevcut olmalıdır ve idari işlemin iptal edilebilmesi için söz konusu işlem idari işlemin unsurlarından yetki, şekil, sebep, konu, maksat unsurlarından bir veya birkaçı açısından hukuka aykırı olmalıdır. Kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı takdirde, dava konusu da yok demektir³¹.

Gerçekten de İYUK kapsamında dava açılabilmesi için idarenin ilgililer hakkında işlem ya da eylem tesis etmiş bulunması gerekir. Zira ülkemizde mevcut idari rejimin bir gereği olarak, idari yargı yerlerinin idareye emir ve direktif vermeleri mümkün olmadığından yargı yerleri ancak idari eylem ve işlemlerin yargısal denetimlerini gerçekleştirerek, iptal kararı verebilirler veya tazminata hükmedebilirler³². Bu bağlamda önceden idare tarafından gerçekleştirilmiş bir işlem ya da eylem yoksa, idari yargı yerlerini harekete geçirmek kural olarak hukuken imkansızdır³³.

³⁰ **Kaplan, Gürsel** (2016) İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.195.

³¹ **Artumaç**, s.138.

³² **Çırakman, Erol** (1976) İdari Davalarda Süre, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı, Ankara: Güneş Matbaası, s.203.

³³ **Çırakman**, s.203, Ulusoy, eksik düzenlemenin iptalinin orijinal ve pratik olduğu kadar teknik hukuk açısından sorunlu olduğunu söylemektedir. **Ulusoy**, s.203. İdare tarafından gerçekleştirilen bir işlemin idari yargı yeri tarafından iptal edilmesi durumunda iptal kararı idareyi belirli bir işlem yapmaya zorlamaktadır ancak unutulmaması gerekir ki bu durumda iptal kararını vermiş olan yargı yeri değil, "hukuk" idareyi iptal kararı doğrultusunda işlem yapmaya zorlamaktadır. **Günday, Metin** (1990) 1982 Anayasasına Göre İdari Yargı

Günday³⁴Anayasanın 125/4 maddesinde yer alan “*yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez*” sınırlamalarından şu çıkarımın yapılabileceğini söylemektedir³⁵: Yargı ve yürütme farklı devlet işlevleri olduğundan idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez. Bu bağlamda idarece gerçekleştirilmiş bir idari işlem bulunmadığı takdirde, idari yargı yerinin idareyi bir işlem yapmaya zorlayacak karar vermesi mümkün değildir. Sarıca’da bir karardan söz edebilmek için, hukuki bir tasarrufun var olması gerektiğine ve bu tasarrufun tek taraflı olması gerektiğine işaret etmektedir³⁶.

Bu bağlamda, kesin ve yürütülebilir işlemin mevcudiyeti iptal davalarının görülebilmesi için şarttır. Kesin ve yürütülebilir işlem kavramı ilk başlarda “doğrudan doğruya icra ve infaz kabiliyeti bulunan idari kararlar” veya “katı mahiyette olan idari tasarruflar” şeklinde formülize edilmişken, altmışlı yıllarda “kesin ve resen icrası kabil mahiyette idari kararlar” şeklinde sonraları da “kesin ve yürütülmesi gerekli idari işlem” kavramlarıyla ortaya konmaya başlamıştır³⁷.

denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, I Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap, Ankara, Danıştay Matbaası, s.144.

³⁴ **Günday**, s.144.

³⁵ Günday söz konusu çıkarımları yaptığında madde şu şekildeydi: “*Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez*”.

³⁶ **Sarıca, Ragıp** (1949), İdari Kaza, Cilt 1 İdari Davalar, İstanbul, Ercan Matbaası, s.13.

³⁷ **Erkut, Celal** (1990) “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, I Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap, Ankara, Danıştay Matbaası, s.109. “*Bilindiği gibi, idari işlemlerin İdari davaya konu olabilmeleri için, kesin ve yürütülebilir olma niteliklerini birlikte taşımaları gerekmektedir. Başka bir anlatımla, işlemin yürütülebilir duruma gelmesi, mevzuatta öngörülen unsurları taşıması ve uygulamaya konulmaya hazır bulunması iptal davası için zorunlu koşullardan birisidir. Ön işlemler ise, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerin ortaya çıkarılmasına yönelik hazırlık işlemleridir ve tek başına kişiler üzerinde*

Yürütülmesi gereken ve kesin işlem birbirinden farklı anlamları ihtiva eden kavramlardır. İdari işlemin kesinliği ile kastedilen idari karar alma sürecinde nihai işlemin ortaya çıkması yani, “*idari işlemi yapan makamın gerekli usul sürecini geçirerek; iradesini net şekilde ortaya koymasıdır*”³⁸. İşlemin icrailiği ise icrai idari işlem, etkili işlem gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Artumaç, icrai kararı idare tarafından resen icrası mümkün tarzda açıklanan irade beyanı olarak tanımlamaktadır³⁹.

Danıştay kesin ve yürütülmesi gereken işlem kavramını şu şekilde açıklamaktadır: “Bir işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem sayılabilmesi ise, işlemin hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklik meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin hukukunu doğrudan etkileyebilmesine bağlıdır”⁴⁰.

Gerçekten de iptal davası açabilmek için, idare tarafından kamu gücüne dayanarak tek yanlı irade beyanıyla tesis edilmiş olan, hukuk düzeninde değişiklik meydana getiren, kısacası ilgililerin hukukuki durumunu etkileyecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gereken (icrai) bir işlem bulunması gerekir⁴¹. Bu husus pozitif hukukta da yer bulmuştur. İşlem kesin ve yürütülebilir nitelikte değilse, İYUK 15/1-b uyarınca dava reddedilecektir ki

hukuksal etki yaratmazlar. Bu nedenle iptal davasına konu edilemezler”. Danıştay 13. Daire, 12.09.2011, E:2011/2383, K: 2011/3671, www.lexpera.com, s.e.t.: 03.03.2020.

³⁸ **Yılmaz, Dilşat** (2017) “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XXI, S: 2, s.109.

³⁹ **Artumaç**, s.414.

⁴⁰ Danıştay 3. Daire, E:2003/1501, K: 2004/703, T: 11.03.2004; Benzer şekilde Danıştay 6.Daire, E:1997/4788, K:1998/5520, T:17.11.1998; Danıştay 4.Daire, E:2007/5821, K:2008/3601, T:15.10.2008; Danıştay 14. Daire, E:2011/5212, K:2011/7, T: 01.06.2011, www.legalbank.com, s.e.t.:03.03.2020. Kaplan Danıştay’ın kesin ve yürütülebilir işlem tanımına uygun düşmeyen kararı da olduğunun altını çizmekte, kesin ve yürütülmesi gereken işlem kavramının somut olay ve durumlara göre değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir. **Kaplan**, s.199.

⁴¹ **Karavelioğlu, Celal** (2016) Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s.65.

işlemin kesin ve yürütülmesi gerekli işlem olma vasfı yargı yeri tarafından resen araştırılır⁴². Kesin ve yürütülebilir işlem kavramı açısından işlemin düzenleyici veya bireysel işlem olmasının önemi bulunmaz, düzenleyici işlemler de bireysel işlemler gibi kesin ve yürütülebilir nitelikte olmalıdır. Ancak idarenin açıkladığı iradenin hukuk alanında herhangi bir değişiklik yaratmaması durumunda işlemin icrai olmayan yani etkisiz işlem olduğu ve iptal davasına konu edilemeyeceği kabul edilir⁴³.

İşlemin icrailik özelliğinin bulunması içinse yürürlüğe girmiş olması gerekmemektedir, henüz yürürlüğe girmemiş işlemler de icrailik vasfını taşıyor olabilirler, ancak yürürlüğe girmeden işlemin dava konusu yapılamaması işlemin icrai olmasından kaynaklanmamakta, menfaat ihlali koşulundan kaynaklanmaktadır⁴⁴. Bu bağlamda icrai kararın icra edilmesi gerekmez, icra edilebilir nitelikte olması yeterlidir. Ancak bu takdirde icrai karar idare davaya konu teşkil edebilir⁴⁵.

Tüm bu anlatılanlar göz önünde bulundurulduğunda, münhasıran düzenleme dışında kalan kişi, grup ve konular hakkında düzenleme yapılması istemiyle dava açılması mümkün değildir. Bir başka deyişle, eksik düzenleme söz konusu olduğunda iptal davasının eksik düzenlenen maddeye münhasır olarak açılması pozitif hukuk yaklaşımıyla, mümkün değildir. Zira kapsam dışı bırakılmış alanlarla ilgili olarak mevcut, düzenlenmiş bir idari işlem bulunmamaktadır. O halde, İYUK hükümleri göz önünde bulundurulduğunda düzenleyici işlem aleyhine münhasıran eksik düzenlemeye ilişkin olarak dava açılması durumunda, bir başka deyişle düzenleyici işlemin eksik kalan yönüne yönelik dava açıldığında, kesin ve

⁴² Kesinleşmemiş bir idari işleme karşı dava açıldığı takdirde, idari merci tecavüzü nedeniyle dilekçe ilgili idari mercie iletilir, yürütülmesi gerekli bir işleme karşı dava açıldığı takdirde, ortada dava konusu yapmaya elverişli bir işlem olmadığından karar verilmesine yer yoktur denilerek dava ön koşullar açısından reddedilir. **Kaplan**, s.200.

⁴³ **Çağlayan**, s.439. İdarenin görüş bildiren işlemleri, iç yapısı ve işleyişi ile ilgili işlemleri gibi işlemler, kendi başlarına hukuksal sonuçdoğurma gücüne sahip olmadıklarından dava konusu yapılamazlar. **Kaplan**, s.198.

⁴⁴ **Çağlayan**, s.437.

⁴⁵ **Artumaç**, s.415.

yürütülebilir işlem olmadığından davanın ilk incelemede idari yargı yerince reddi gerekir.

Bu bağlamda İYUK kapsamında yapılması gereken eksik düzenlendiği düşünülen düzenleyici işlemin tamamını iptal davasına konu etmektir, bu şekilde düzenleyici işlemin tamamı aleyhine iptal davası açılacak ve yargı yeri incelemesinde hukuka aykırılık söz konusuysa düzenleyici işlemin tamamı iptal edilebilecektir.

Ancak bu noktada bir sorunla karşı karşıyayız, düzenlemenin tamamı aleyhine iptal davası açılıp bu sebeple iptal kararı alındığında, bir başka deyişle sadece eksik düzenleme değil, düzenlemenin tamamının iptal edilmesi durumunda, esasen düzenleyici işlemin iptalinden beklenen yarar sağlanamayacaktır. Zira düzenleyici işlem bir kısım kişi, konu veya grup hakkında düzenleyici hükümler içermektedir ve iptal durumunda düzenleyici işlemin kapsama aldığı diğer kişi, konu ve gruplar açısından hak kaybı ortaya çıkacaktır. Bu nedenle İYUK'a uygun olarak davanın açılması ve hukuka aykırılık mevcut olduğu takdirde, düzenlemenin tamamının iptal edilmesi, iptal kararından beklenen faydayı yaratmayacak niteliktedir.

C. EKSİK DÜZENLEME DURUMUNDA ZİMNİ RED KURUMUNUN UYGULANABİLİRLİĞİ

Yukarıda anlatıldığı gibi bizim idari yargı usul hukukumuzda düzenlenmemiş bir işlem aleyhine (sadece eksik düzenlenmiş hükme münhasır) dava açılması mümkün değildir ve idareyi işlem yapmaya zorlayacak bir dava türü de bulunmamaktadır. Ancak bizim hukuk sistemimizde gerçekte olmayan bir karara, bireysel işleme karşı, dava açabilmenin istisnai bir yolu bulunmaktadır; zımnî red kurumu. Zira zımnî red kararı ile idarenin belli bir işlem yapmaya zorlanmasından söz etmek mümkündür.

Önceleri kamusal idarenin karar almadığı durumlarda, yani idarenin herhangi bir işlemi bulunmadığında idari yargıda dava açılmayacağı söylenirdi, gerçekten idarenin karar almadığı durumlarda idari yargı yerinin karar alması sakıncalı bir durumdur, zira yukarıda açıklandığı üzere, idari

yargı yerlerinin idare yerine geçerek karar vermesi ile görevlendirilmesi yargı yerlerini ağır bir yük altında bırakacağı gibi yargı rolünü çok fazla genişleterek idari yargı yerini bir nevi idarenin amiri durumuna getirecektir⁴⁶. Hatta Laferrière “*idarenin susması dava konusu olamaz*” dahi demiştir⁴⁷. Ancak zamanla bu görüşün idare edilenlerin haklarını korumadığı görülmüş ve çeşitli olasılıklar düşünülmüştür⁴⁸.

İdarenin hareketsizliğine bir sonuç bağlamak amacıyla ve idarenin hareketsiz kalarak dava açılmasını engellemesini önlemek için zımni red kuramı kabul edilmiştir, buna göre ilgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler idare kendisine başvuru yapıldıktan sonra 60 gün içinde karar vermezse, bu kararsızlık isteğin reddi şeklinde düşünülecektir⁴⁹. Derbil bu hükmün idare hukukunda büyük bir boşluğu doldurduğunu söylemektedir.

İYUK 10 hükmü uyarınca idarenin 60 gün içinde cevap vermediği durumlarda kurgusal bir karar elde edilmiş olur ve ilgililer 60 günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içerisinde iptal davası açabilirler⁵⁰. Düzenleyici işlemler açısından 7. madde hükmü farklı bir süre hesabı

⁴⁶ **Derbil, Süheyp** (1955), İdare Hukuku Cilt I (İdari Kaza-İdari Teşkilat), 4.Baskı, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, s.220.

⁴⁷ LAFERRIÈRE, *Traite de la juridiction administrative*, 1896, c.II, s.429'den aktaran **Derbil**, s.220.

⁴⁸ **Derbil**, s.220. İlk kez Fransız pozitif hukukunda 2 Kasım 1864 tarihli bir kararname ile zımni ret öngörülmüştür, kararnamenin 7. maddesi, bakanlıklara bağlı birimlerin yaptıkları idari işlemlere karşı bakanlıklara yapılacak idari başvurulara dört ay içinde cevap verilmemesi halinde başvurunun zımnen reddedilmiş sayılacağını ve ilgililerin bu zımni ret kararına karşı Conseil d'Etat'da (Fransız Danıştay) idari dava açabileceklerini düzenliyordu. ŞAHİN Mustafa Emre, “Fransız İdare Hukukunda Yapılan Reform Bağlamında Zımni Kabul Müessesesi”, TBB Dergisi 2016 (127), s.160. Pozitif hukukta 1938 yılında Devlet Şurası Kanunu madde 33'de zımni red kurumu yer almış, bir yıl öncesinde verilen Danıştay kararı ile de uygulanmıştır. **Akgül, Şerif Yıldız** (2016) “İdarenin Hareketsizliğine Karşı Bir Çözüm Olarak Zımni Kabulün Uygulanabilirliği Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:22, S:2, s.3407.

⁴⁹ Bu süre 3546 sayılı Danıştay Kanunu 33. maddesinde 4 ay olarak belirlenmişti. **Derbil**, s.221.

⁵⁰ “*İcrai karar ya sarih veya idare makamının dört ay sükutunun redde muadil sayılması halinde olduğu gibi zımni olur*” **Artumaç**, s.415.

öngörmektedir, düzenleyici işlemler aleyhine iptal davası açabilme konusunda özel süreler söz konusudur ve ilgililer düzenleyici işlemler aleyhine ilandan itibaren 60 gün içinde, bir düzenleyici işlem uygulandığında, ilgililer düzenleyici düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden yine 60 gün içinde işlemin tebliğinden itibaren dava açabilirler.

Madde hükmünü konumuz olan düzenleyici işlemler açısından değerlendirdiğimizde, eksik düzenlenen bir düzenleyici işlem kapsamında sadece düzenleyici işlemin ilgili maddesi aleyhine iptal davası açılmak istenmesi durumunda İYUK 10'da düzenlenen zımni red kurumu işletilebilir mi sorusunun cevabının olumlu olması gerekir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, zımni red idarenin hareketsizliğine bir çözüm olarak getirilmiş, idarenin hareketsizliği karşısında bireylerin uğradıkları mağduriyeti gidermek amacıyla olduğu varsayılan idari işleme karşı yargısal denetim yolunun açılmasını sağlayan bir uygulamadır⁵¹. Zımni redle idare esasen karar almaya zorlanır ve bu karar alma süreci de belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Zımni red başvurusunun idari davaya konu olabilecek bir işlem ya da eylemde bulunulmasına yönelik olması gerekir. Dolayısıyla eksik düzenleme mevcut olduğunda düzenleyici işlemin tamamı aleyhine dava açmak yerine, idari yargıda dava açacak kişilerin İYUK 10 kapsamında idareye başvurmaları ve 60 günün sonunda bir nevi kurgusal bir karar elde ederek idari yargıda iptal davası açmaları bir yöntem olarak önerilebilir. Bu elde edilen karar bireysel işlem niteliğindedir, bir başka düzenleyici işlemin ilanından sonra 60 gün içinde düzenleyici işlemin tamamı aleyhine iptal davası açmak istemeyen ilgililer kurgusal bir uygulama işlemi yani bireysel işlem oluşturarak 60 günlük bekleme süresi sonunda idari yargıda dava açabilirler. Bu durumda İYUK'a uygunluk açısından eksik düzenleme durumunda iptal davası açılabilmesi için çözüm, düzenlemenin tamamı iptal davasına konu edilmek istenmiyorsa, İYUK 10 kapsamında yapılacak başvurudur ve bu başvuru sonunda verilecek cevaba göre iptal davasının açılmasıdır.

⁵¹ Akgül, s.3408.

Ancak şu hususun altını çizmek gerekir eksik düzenleme durumunda İYUK 10 kapsamında bir başvuru yapılması mümkün olmakla birlikte, yazılı başvuru sürecinin uzun bir süreç alması, özellikle belirli bir grubun sınava alınmaması örneğinde olduğu gibi pratik bir uygulama olmayacaktır⁵². Gerçekten de bazı hakların kullanılması için öngörülen süreler kısayken ve bazı işlemler açısından kısa sürede sonuç alınması gerekebileceğinden İYUK 10'da yer alan zımni rede ilişkin 60 günlük sürenin uzun olması hak kayıpları yaratabilecek niteliktedir⁵³. İdare edilenlerin uzun süre yargılama sürecine mahkum edilmesi zımni reddin olumsuz yönlerindedir. Bu olumsuzluk eksik düzenleme durumunda da doğal olarak mevcuttur ve hak kayıpları yaratabilecek niteliktedir.

Pozitif hukukumuzda eksik düzenlemeye ilişkin dava açma usulünü buraya kadar aktardıklarımız çerçevesinde özetlersek, eksik bir düzenleme mevcut olduğunda eksik düzenlenen hükme münhasır olarak dava açılmak istendiğinde düzenleme dışı bırakılan kişi, konu ve gruplar açısından bir idari işlem mevcut olmadığından düzenleme kapsamı dışındakiler açısından davanın açılabilmesi için iki yöntemden bahsetmek mümkündür. Öncelikle, düzenleyici işlemin ilanından sonra 60 gün içerisinde düzenlemenin tamamının dava konusu edilmesi bir seçenektir. Bir başka seçenek, İYUK 10 kapsamında idareyi harekete geçirecek başkaca bir mekanizma İYUK kapsamında bulunmadığından İYUK 10'a dayanarak idareye başvurmak ve kurgusal bir red kararı elde etmek ve bu bireysel nitelikteki karara karşı iptal davası açmaktır⁵⁴.

Pozitif hukukta eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilmesi ve dilekçeler üzerindeki ilk inceleme konularına uygunluğu yukarıda aktarıldığı şekildedir ve iptal davalarının İYUK hükümleri temel alındığında yukarıda aktarıldığı şekilde açılması gerekir. Bu noktada ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemler aleyhine açılacak iptal davalarının ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da görüleceğini tekrar hatırlatalım ve eksik düzenlemenin

⁵² **Ulusoy**, s.289.

⁵³ **Akgül**, s.3413.

⁵⁴ Bu noktada elde edilen bireysel karar aleyhine ve düzenleyici işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılabileceğinin tekrar altını çizmek gerekir.

iptal davasına konu edildiğinde ilk inceleme konuları açısından Danıştay içtihatlarını inceleyelim. Zira Danıştay dilekçelerin üzerinde ilk inceleme ve dolayısıyla iptal davasının kabul edilmesi açısından yukarıda aktarılan İYUK hükümlerinden farklı ve daha pratik bir çözüm yolu benimsemiştir.

IV. EKSİK DÜZENLEMENİN İPTAL DAVASINA KONU EDİLEBİLİRLİĞİ KONUSUNDA DANIŞTAYIN YAKLAŞIMI

Öncelikle eksik düzenleme durumunda düzenleyici işlemin ilanından sonra 60 gün içinde açılan iptal davaları, sadece eksik düzenlemeye münhasıran açıldıklarında, Danıştay tarafından kesin ve yürütülebilir işlem olmadığından reddedilmemektedir. Bir başka deyişle, Danıştay eksik düzenlemenin yargısal denetimini gerçekleştirirken, yukarıda detaylıca aktardığımız şekilde İYUK kapsamında eksik düzenleme durumunda açılan iptal davalarında kesin ve yürütülebilir işlemin mevcut olmaması ve bu bağlamda işlemin sadece eksik olan kısmının değil tamamının iptal davasına konu edilebilirliği hususu üzerinde durmamakta, davayı bu sebepten reddetmemektedir. Dolayısıyla Danıştay kapsam dışı kişi ve alanlar açısından düzenlenmiş bir işlem olmasa da eksik düzenlenen hükme münhasır açılan iptal davalarının yargısal incelemesini gerçekleştirmektedir.

Bu çözüm son derece pratik bir çözümdür zira bu şekilde İYUK hükümleri kapsamında dava açıldığında düzenlemenin tamamının iptal davasına konu edilmesi ve sonuçta düzenlemenin tamamının iptal edilmesi durumunda yaşanacak hak kayıplarının önüne geçilmiş olmaktadır.

Aynı şekilde Danıştay eksik düzenleme durumunda bizim idari yargılama usulümüzdeki kurgusal karar elde etmenin tek yolu olan zımni red kurumunun varlığını da aramamaktadır. Buna göre eksik düzenleme kapsamında haklarında düzenleme yapılmayan kişilerin uygulama işlemi elde etme ve iptal davasını elde ettikleri bu işlem aleyhine açma zorunlulukları da bulunmamaktadır.

Örneğin 21/04/2011 gün ve 27912 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Bitki Koruma Ürünlerinin Reçeteli Satış Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinin iptali istemiyle açılan davada,

Danıştay orman mühendislerine reçete yazma yetki belgesi almak için müracaatta bulunabilecek kişiler arasında yer verilmemesine ilişkin dava konusu eksik düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığından eksik düzenlenen maddenin iptaline karar vermiş, söz konusu karar Danıştay İDDK tarafından onaylanmıştır⁵⁵.

Yukarıda örnek olarak yer verdiğimiz dava konusu düzenleyici işlemin 10. maddesinde orman mühendislerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda idarenin olumlu veya olumsuz bir iradesi oluşmamıştır. Ancak Danıştay kesin ve yürütülebilir işlem kavramı ya da menfaat ihlali veya davanın İYUK 10 kapsamında başvurudan sonra açılması gerekliliği üzerinde durmadan açılan davanın esas incelemesine geçerek davayı sonuçlandırmıştır.

Yine bir başka davada, 23/03/2012 gün ve 28242 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan Korunan Alanlarda Yapılacak Planlara Dair Yönetmeliğin 11/2 maddesinde TMMOB Jeoloji Mühendisleri Odası tarafından açılan davada, jeoloji mühendislerinin planlama ekibinde yer almadığından hareketle, açılan eksik düzenlemenin iptali davasında Danıştay jeoloji mühendislerini ilgilendiren kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı veya menfaat ihlalinin bulunmadığı nedenleriyle davayı reddetmeden esastan incelemiştir⁵⁶.

Bir başka kararda Danıştay, Başbakanlığın 19.07.2003 gün ve 2003/42 sayılı naklen ve açıktan personel atamalarını ikinci bir talimata kadar durduran Genelgesinin, akademik kadrolarda doçent ve profesör kadroları kapsam dışı bırakılırken bunların yanında yardımcı doçentlerin yer almamasına ilişkin kısmının iptali istemiyle açılan davada öğretim üyesi olduğunda kuşku bulunmayan yardımcı doçentlerin bu istisna kapsamına alınmaması yönündeki düzenlemede, akademik nitelikteki kamu görevinin gereklerine, kanunun düzenleniş şekline ve Anayasal eşitlik ilkesine uyarlık

⁵⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2016/619, K:2018/4523, T: 07.11.2018, yayımlanmamış karar.

⁵⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2015/1335, K:2017/3634, T: 13.11.2017, yayımlanmamış karar.

bulunmaması nedeniyle yardımcı doçentlerin istisna kapsamı dışında bırakılmasına yönelik kısmının iptaline karar vermiştir⁵⁷.

Yine İç işleri Bakanlığı tarafından çıkarılan ve 02/02/2000 günlü ve 23952 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İl Özel İdareleri, Belediyeler ve İl Özel İdareleri ve Belediyelerin Kurdukları Birlik, Müessese ve İşletmeler ile Bunlara Bağlı Döner Sermayeli Kuruluşlardaki Memurların Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmeliğin "Hizmet grupları arasında geçişler" başlıklı 19. maddesindeki, "Bu yönetmelik kapsamında bulunan müfettiş ve kontrolör unvanı ile görev yapanların, bu yönetmelikte yer alan hizmet gruplarına atanmalarında sınav ve hizmet gruplarında çalışma şartı aranmaz." yolundaki hüküm de, bu kapsamda değerlendirilebilecek örneğin öğretmenler gibi belli meslek gruplarını kapsam dışında tuttuğundan, eksik düzenleme içerdiği gerekçesiyle sadece eksik düzenleme yapılan kısma özgü olarak iptaline karar verilmiştir⁵⁸.

Yukarıdaki örnek mahiyetinde çalışmamızda yer verdiğimiz kararların incelenmesinden de görüleceği üzere Danıştay düzenlemede eksiklik olduğu durumlarda düzenlemenin tamamı aleyhine iptal davası açılması ya da zımni red kurumunun işletilerek kurgusal karar elde edilmesi hususunu aramamaktadır. Bu bağlamda ilgililer kurgusal bir karar elde etmek için İYUK 10 kapsamında idareye başvurmamış da olsalar Danıştay, eksik düzenleme konusu kapsamında düzenleyici işlemi yargısal denetime tabi tutmaktadır.

⁵⁷ Danıştay 8. Daire, E:2003/38888, K:2004/3535, T: 30.09.2004, www.legalbank.net, s.e.t.: 17.05.2020. Benzer şekilde "...Açıklanan nedenlerle, 2013 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nin EK-4/C "Yurt Dışı İlaç Fiyat Listesi"nde eksik düzenleme nedeniyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır...2013 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nin EK-4/C Listesinin "tetrahidrokannabinol (THC)+kannabidiol (CBD)" etkin maddeli 'Sativex' isimli ilacı içermediğinden eksik düzenleme nedeniyle yürütmesinin durdurulması isteminin oyçokluğuyla KABULÜNE, Tebliğin diğer maddeleri yönünden yürütmenin durdurulması isteminin oybirliğiyle REDDİNE..." Y. Durdurma, Danıştay 15. Daire, E:2017/1122, T: 20.09.2017, Danıştay 10. Daire, E:2006/5393, K:2009/10123, T: 02.12.2009, Danıştay 8. Daire, E:2009/6689, K:Y.Durdurma, T: 06.11.2009, www.legalbank.net, s.e.t.: 15.05.2020.

⁵⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2004/2225, K:2007/2191, T. 25.10.2007, www.legalbank.net, s.e.t.: 17.05.2020.

Buna göre İYUK 'ta yer alan düzenlemeler hilafına Danıştay, ilgilileri mağdur etmemekte ve eksik düzenleme nedeniyle sadece eksik düzenlenen hüküm aleyhine açılan davaları, ilk incelemede kesin ve yürütülebilir işlem olmadığından reddetmemekte, davanın esas incelemesini gerçekleştirmektedir. Sonuç olarak sadece düzenlemenin eksik olan bölümünün iptal davasına konu edilmesi ve yargısal incelemenin de sadece eksik düzenleme kısmına ilişkin gerçekleştirilmesi Danıştay içtihatları ile kabul edilmiş bir uygulamadır denebilir⁵⁹.

Ancak bu yaklaşım son derece pratik olsa da, pozitif hukuka, dolayısıyla İYUK hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Yargı yerlerinin pozitif hukuka bağlı kalmaları gerekliliğinden hareketle, bu noktada önerilebilecek olan İYUK'ta eksik düzenlemeye ilişkin dava süreçlerinin, eksik düzenlemeye özgü olarak düzenlenmesidir. Bu bağlamda Danıştay'ın yaklaşımının usul kanunumuzda yasalaşması gerekliliği önerilebilir.

Bu noktada Ulusoy'un isabetle belirttiği üzere idarenin bağlı yetki içerisinde olduğu durumlarda düzenlemeyi eksik gerçekleştirmesi ya da hiç gerçekleştirmemesi durumlarında veya idarenin takdir yetkisini açık şekilde hatalı kullanarak belirli kişi, grup veya kategorileri bilinçli olarak kapsam dışı tutması hallerinde İYUK 2'de eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilmesi yolunda yasal dayanak ihtiyacı bulunmaktadır⁶⁰.

Tüm bu hususlara ek olarak düzenleyici işlemin tamamının iptaline yönelik olarak da Danıştay'ın yargısal incelemesini sadece eksik düzenlenen maddeye özgü olarak gerçekleştirdiğini ve düzenlemede hukuka aykırılık tespit ettiğinde de sadece eksik düzenlenen hükmü iptal ettiğini belirtmek gerekir. Tarafımızdan incelenen kararların tamamında sadece eksik düzenlenen madde iptal edilmiş, düzenleyici işlemin tamamı iptale konu olmamıştır. Böylece yukarıda belirtildiği üzere, Danıştay son derece pratik bir yöntemle düzenlemenin tamamının iptali sebebiyle ortaya çıkacak mağduriyetlerin de önüne geçmektedir.

⁵⁹ **Ulusoy**, eksik düzenlemenin iptalinin orijinal ve pratik olduğu kadar teknik hukuk açısından sorunlu olduğunu söylemektedir. **Ulusoy**, s.288.

⁶⁰ **Ulusoy**, s.289.

Ancak bu noktada iptal kararı verilmesiyle başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bilindiği üzere, “*İptal kararı bir işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetleyen yargı organının işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık saptaması halinde, işlemin geri yürür biçimde ortadan kalkmasını sağlayan ve kesin hüküm olabilen bir yargı işlemidir...*”⁶¹.

Bu bağlamda iptal kararları,

- bir yargı işlemidir,
- kesin hüküm olabilir,
- işlemi geriye yürür şekilde ortadan kaldırır,
- işlemin hukuka aykırılığına dayanır.

Danıştay düzenlemedeki eksiklik sebebiyle bir normun ilgili maddesini iptal ettiğinde, iptal kararlarının niteliği gereği, o madde iptal edilmiş, geriye dönük olarak hukuk dünyasından kaldırılmış olmaktadır. Ancak düzenlemedeki eksikliğe münhasır olarak iptal kararı verildiğinde, bu kararlar birlikte ilgili maddenin iptali, idarenin bu maddeyi eksik düzenleme konusunu ortadan kaldırarak tekrar düzenleyeceği bir yükümlülük yaratsa da, bir olasılık olarak idare iptal edilen hükmün yerine herhangi bir düzenleme yapmadan, eksik düzenlenen alanı tamamen boş bıraktığında, iptal davasından beklenen amaç da elde edilemeyebilecektir. Düzenleyici işlemlerin iptal edilmesine ilişkin uygulamada yaşanabilecek sorunlar oldukça geniş kapsamlı bir çalışma gerektirdiğinden ve bu çalışmayı dava açma yöntemi ile sınırlamış bulunduğumuzdan, bu noktada sadece eksik düzenleme durumunda, yargı yeri iptal kararı verdiğinde, iptal kararının uygulanmasına ilişkin olarak da pozitif hukukumuzda düzenleme yapılması ve bu sorunların kanun ile çözülmesi gerekliliği önerilebilir.

⁶¹ **Uler, Yıldırım** (1970) “İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, Sevinç Matbaası, s.4.

SONUÇ

Eksik düzenleme kavramı Türk idare hukuku doktrininde üzerinde fazla çalışılmamış bir kavramdır. Konunun çeşitli boyutları olmakla birlikte dava açma açısından mevcut İYUK düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda eksik bir düzenleme söz konusu olduğunda dava açabilmek açısından iki yöntemin mevcut olduğu görülür. Eksik düzenlenen düzenleyici işlemler aleyhine düzenlemenin tamamının iptal davasına konu edilmesi veya İYUK 10 hükmü kapsamında zımnî ret kurumunun işletilmesi. Ancak düzenlemenin tamamının iptal davasına konu edilmesi ve bu yönde iptal kararı alınması durumunda esasen, düzenleyici işlemin iptalinden beklenen fayda sağlanamayabilecektir, zira düzenleyici işlem her ne kadar bazı kişi ve grupları kapsam dışı bırakmış da olsa, bir kısım kişiler için düzenlemeler getirmiştir ve düzenleyici işlemin tamamı iptal edildiğinde hakkında düzenleme bulunan kişiler açısından hak kayıpları yaşanabilecektir. İYUK 10 hükümlerine göre dava açılması ise uygulamada, özellikle sürenin hızlı olmasının gerektiği durumlarda, süreyi uzatacağından pratik bir yaklaşım olmayacaktır.

Ancak Danıştay menfaat sahiplerini mağdur etmemek açısından her ne kadar bir düzenleyici işlem mevcut olmasa da eksik düzenleme durumunda sadece eksik düzenlenen kısmın iptal davasına kabul edilmesini pozitif hukuk hilafına kabul etmektedir. Bu yaklaşım menfaati ihlal edilenlerin haklarını koruyucu niteliktedir, ancak “kanun açıkça yorum yapılmaz” temel yorum ilkesine uymamaktadır. Bu bağlamda Danıştay’ın içtihadı olarak uyguladığı ve en uygun çözüm olduğunu düşündüğümüz sadece eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilebilmesi yolunda İYUK ‘ta değişiklik yapılması gerekliliği düşünülmektedir. Bir başka deyişle menfaati ihlal edilen kişinin sadece eksik düzenlemelerin iptaline yönelik dava açabilmesi açısından İYUK 2 ‘de bir yasa değişikliğine ihtiyaç bulunmaktadır⁶².

Yine her ne kadar konu dava açma açısından sınırlandırılmışsa da eksik düzenleme sonunda eksik düzenlenen bölümün iptal edilmesi durumunda yaşanacak idarenin yargı kararına uymama ihtimali üzerinde de durmak

⁶² Ulusoy, s.289.

gerekir. Zira eksik düzenlenen işlem idari yargı yerince iptal edildiğinde, yargı yeri idareye emir veremediğinden söz konusu hükmün tamamlanarak düzenlenmesi hususunda idareyi zorlamak mümkün olmamaktadır. Bu durumda eksik düzenleme durumuna münhasır olarak pozitif hukukta bu yönde de düzenleme yapılmasını önermek mümkündür. Bu şekilde eksik düzenleme nedeniyle iptal kararı verildiğinde idare gerçekleştirilecek yasal düzenleme çerçevesinde eksik düzenlenen düzenleyici işlemde kapsam dışı bıraktığı kişi veya konuları kapsama alacaktır.

KAYNAKÇA

- Akgül, Şerif Yıldız** (2016) “İdarenin Hareketsizliğine Karşı Bir Çözüm Olarak Zimni Kabulün Uygulanabilirliği Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:22, S:2, s.3405-3434.
- Artumaç, Sadık** (1950) Bizde İdarenin Murakabesi, İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası.
- Çağlayan, Ramazan** (2018) İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık,
- Çırakman, Erol** (1976) İdari Davalarda Süre, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı, Ankara, Güneş Matbaası.
- Derbil, Süheyp** (1955) İdare Hukuku Cilt I (İdari Kaza-İdari Teşkilat), 4.Baskı, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası.
- Erdem, Jülide Gül** (2017) “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu”, Memleket Siyaset Yönetim (MSY), C:12, S:27, s.97-134.
- Erkut, Celal** (1990) İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı, I Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap, Ankara, Danıştay Matbaası.
- Evren, Çınar Çan** (2013) “İdari Yargıda Uygulama İşlemi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XVII, S:1, s.1405-1422.
- Gözler, Kemal** (2019) İdare Hukuku Cilt 1, 3. Baskı Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gürel, Esin** (2019) “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütmenin Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:2, s.391-424.
- Günday, Metin** (1990) 1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, I Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap, Ankara, Danıştay Matbaası.
- Karavelioğlu, Celal** (2016), Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

- Karahanoğulları Onur (2007)** “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgili Bağ Sorunu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C:62, S:03, s.201-232.
- Kaplan, Gürsel (2016)** İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Mermut, Güler (1976)**, İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı, Güneş Matbaası.
- Onar, Sıddık Sami (1952)** İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1. Baskı, İstanbul, Marifet Basımevi.
- Sarıca, Ragıp (1949)** İdari Kaza, Cilt 1 İdari Davalar, İstanbul, Ercan Matbaası.
- Ulusoy, Ali (2019)** Yeni Türk İdare Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Uler, Yıldırım (1970)** İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Tanör, Bülent (2019)**, İki Anayasa 1961 -1982, 6. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Yılmaz, Dilşat (2017)** “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XXI, S: 2, s.105-153.