

İDARE HUKUKU'NDAN KESİTLER

Prof.Dr.Sait GÜRAN*

Bilimsel yayınlarda kısaltmalı yazım; Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesinin bağlayıcılığı; Yükseköğretim Kurulu Başkanı'nın, "aksi-ne işlem" yolu ile Cumhurbaşkanı tarafından görevden alınması; Üniversitelerarası Kurul'un seçtiği YÖK Genel Kurul üyelerini Cumhurbaşkanı'nın veto etmesi, "sebeP" unsuru, "takdir yetkisi"nin kullanımı, yargısal denetim.

Hukuk Fakültesi'nin birinci sınıfında, Pertev ile karşılaşmamızdan bu yana kırk sekiz, aynı kürsüde buluşmamızın üstünden otuz dokuz yıl geçmiş. Özellikle asistanlık¹ yıllarımızda, Pertev-Yıldızhan ikilisi ile birlikte geçirdiğimiz ve idare hukukçuları olarak alt yapımızın oluşmasına katkıda bulunan "idare hukuku dolu günler" unutulacak gibi değil.

İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi yayınlama fikrinin yaratıcı unsuru, aklımıza gelen uygulamadan kaynaklanan idare hukuku konularını, bütün sadeliği ile her dört ayda bir kâğıda dökerek dışa vurmak ve bu yolla bir birikim oluşturmaktı. Çeşitli nedenlerle, bir süre sonra yayın aksamağa başladı. Pertev'e özgülünen bu sayıda, dikkatimi çeken bazı konuları, bu amaçla işleyeceğim.

BLUE BOOK

ABD'ne hukuk lisans veya lisans üstü öğrenimi yapmağa gittiğinizde, size ilk satın aldıkları kitap "blue book"dur. Mavi kapaklı, ceketinizin iç cebine bile sığabilecek küçüklükte, fakat, öğrenciliğiniz ve iki satır bilimsel bir şeyler yazdığınızda hayatınız boyunca kullanacağınız derecede büyük bir kitapçık. Bununla, Amerika'daki bilimsel yazımın, yollamasından alınmasına, noktalamasından kısaltmasına kadar her şeyi öğrenerek bir "ortak bilimsel dil" sahibi olursunuz². Bu kitaba uymaz iseniz, daha birinci sınıf öğrencisi olarak yazdığınız seminer ödevini bile kabul ettiremezsiniz.

*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi

1) Bugünkü zaman dilimi olarak, araştırma görevlisi ve yardımcı doçentlik.

2) A Uniform System of Citation, Published by the Harvard Law Review Association, Massachusetts. 1947

Benzer yayınlar Türkiye’de de mevcut. Asistanlığımız sırasında kullandığımız ve o gün bu gün akademik mesleğe yeni girenlerin elinden düşürmediği iki kaynak var. Biri, 1962 doğumlu “Bilimsel Araştırma El Kitabı”³ diğeri de Hususi Hukuk alanını esas alarak hazırlanan “Atıf Usulleri ve Kısaltmalar”⁴. Bu yıl, Sosyal Bilimler Enstitüsü de, yüksek lisans ve doktora tezi ile araştırma raporu, seminer çalışması yazacak olanların uyacağı ve jürilerin de dikkate alacağı şekil, organizasyon, atıf, dipnotu, kaynakça esaslarını, yazarın yazma ve üslûb özgürlüğüne müdahale eder biçimde olsa da⁵, bir yönerge ile düzenledi ve kitapçık şeklinde bastırdı⁶.

Bir hafta önce, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı⁷ yayınlandı. Burada, bir makalede⁸, dipnotlarının gayet düzgün ve genelde bilinen biçimde ve içerikte verilmiş olmasına karşın, bazı ifade biçimleri dikkatimi çekti. Armağan, makale metninde, kısaltma ile ifadesi gerekmeyen yerlerde şöyle yazmak yoluna gitmiş: “Ayrıca An. Mah...dava konusu K. nun geçici 1. maddesinin de...”⁹; “A. Md. 79 ve ilgili K gereğince..”¹⁰; “Yine An. Mah. A.da belirtilen yüksek mahkemelere...”¹¹; “Çünkü An.Mah.nin görev ve yetkileri gerek A. (md.146) gerekse 2549 s.lı K.da açık seçik belirtilmiştir.”¹²; “Yukarıda A.nın 11.Md. hükmünü verdik ve A. Hükümlerinin herkesi ve bu arada yasama organını ve An.Mah.ni de bağladığını belirttik. ... Federal Almanya A.19/3 den alınan bu hüküm 1982 A.na alınmamıştır.”¹³

Bilimsel bir makalenin ana metninde bir anlatımda bulunulurken, Anayasa Mahkemesi’nin “An.Mah.”, sayılı sözcüğünün “s.lı” ve madde sözcüğünün “Md.”, kanun ve kanunun sözcüklerinin “K” ile “K. nun” ve Anayasa sözcüğünün “A.”, Anayasa’nın ile Anayasası’na sözcüklerinin de “A.nın” ve “A.na” şeklinde yazıldığına ilk defa tanık oldum ve üzümlere belirteyim ki, şaşırdım da.

3) Türkkaya ATAÖV: BİLİMSEL ARAŞTIRMA EL KİTABI, AÜSBF Yayını, Ankara, 1962.

4) Turgut KALPSÜZ-Turgut AKINTÜRK-Erden KUNTALP: ATIF USULLERİ VE KISALTMALAR, Ankara, 1964

5) Örneğin, “Tezlerde kullanılan terimlerde birlik sağlanmalıdır (Örneğin, tez metninde ‘kanun/yasa’, ‘tabiat/doğa’, ‘teori/kuram’ gibi aynı anlama gelen terimlerden hangisi tercih edilecekse, o terim kullanılmalıdır”;

“Tezlerde üslûb birliği sağlanmalıdır” Aysel YONTAR-M.Tevfik ERTÜZÜN-Cem DİKMEN-Sema BAYKAN: TEZ HAZIRLAMA YÖNERGESİ, Sf.3, İÜ.Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayını,İstanbul,2001

6) ibid

7) Prof.Dr.Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, 2 Cilt, Beta Yayını,İstanbul,2001

8) Servet ARMAĞAN: Anayasa Mahkemesi’nin E. 1989/1 ve K.19889/12 Nolu ve 7.3.1989 Tarihli Kararının Tahlil ve Tenkidi, ibid.

9) İd, sf. 1130

10) İd, sf. 1134

11) İd, sf. 1135

12) İd, sf.1140

13) İd,sf. 1143

MAHKEME KARARLARININ GEREKÇELERİNİN BAĞLAYICILIĞI

İlginç bir rastlantı olsa gerek, politikacısından, gazetecisinden, televizyon yorumcusuna ve öğretim üyesine kadar bazı çevreler ve kişiler, ne zaman türban konusundaki Anayasa Mahkemesi ve/veya Danıştay kararlarından söz açılrsa veya kendileri söz açsa, gerekçenin değil, sadece hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğunu ileri sürüyorlar ve gerekçeler bağlayıcı değildir eklemesini de ihmal etmiyorlar. Halbuki, Anayasa Mahkemesi'nin, aşağıda alıntılar yapacağım kararları ile 1988 ve 1991 yıllarında, kesin bir dille noktaladığı için, artık hukuksal ilgisini ve geçerliliğini kaybettiğini sandığım bu hususun, bilimsel bir yayında tekrar konu yapıldığını görünce¹⁴, ben de, derin hukuksal analiz istemeyen birkaç basit paragraf yazarak, birkaç sıradan soru sormak istedim.

İlk soru şu: Anayasa madde 153/1'de gerekçe-hüküm kaynaştırması yapılmasına, ardından 153/son hükmünde, bağlayıcı gücün "karar"da olduğu ifade edilmesine rağmen, hukuken bağlayıcı olan kısım, sadece "hüküm" paragrafından ibaret ise ve bu kadarı o kararın anlaşılması ve uygulanması için yeterli ise¹⁵, bütün mahkemelerin "her türlü kararlarının" gerekçeli olarak yazılacağı hükmüne ne ihtiyaç vardır? Yanıt, bir yanıyla, 1961 Anayasasında madde 135'e yer verilirken, gerekçesinde açıklanmıştır: Mahkemelerin, kararlarını gerekçeli olarak vermek zorunda olmaları, "mahkemeden müsbet, menfî bir karar bekleyen vatandaş için büyük teminattır. Vatandaş, talebinin hangi gerekçe ile mahkeme tarafından ret veya kabul edildiğini bilmek hakkına sahiptir."¹⁶ Anayasa Tasarısı'nın Temsilciler Meclisi'ndeki birinci görüşmesinde, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına ilişkin 152. madde tartışmalarında, iptal hükmünden sonra altı aylık süre verilmesinin eleştirilmesine yanıt olarak komisyon sözcüsü Nurettin Ardıçoğlu şu noktayı hatırlatıyordu: "Bu müddet zarfında teşrii organ da ikaz edilmiş olacaktır."¹⁷ Anayasa'ya aykırı kanunu iptal edilen yasa koyucu TBMM'nin o konuyu yeniden düzenlerken ikaz edilmesi, daha doğru deyişle yönlendirilmesi, sadece hüküm fıkrasının okunması ile mümkün müdür; aynı şekilde iptal edilmemesi halinde de, yasayı uygulamayı sürdüreceğ olan İdare ile mahkemelerin, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını, sadece hüküm fıkrasını okuyarak bu görevlerini yerine getirmesi mümkün

14) Bakınız dipnotu 7'deki yayında dipnotu 8'deki makale.

15) Bu kısım, Anayasa Mahkemesi kararlarında, "Sonuç" başlığı altında yazılı olan; Danıştay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında, "Bu nedenlerle" veya "Açıklanan nedenlerle" ifadesiyle başlayan son paragraf olmakta.

16) Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Yargı Organları ve Anayasa Mahkemesi Alt Komisyonu Raporu; Kâzım ÖZTÜRK: TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI, Cilt 1, Sf.572 (İş Bankası Yayını, 1966)

17) İd, sf. 3794

müdür? Bu sorunun yanıtı, Anayasa'nın 152. maddesinin 1971 yılında değiştirilmesi sırasında verilmiştir: Maddenin birinci fıkrasına, kararların gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağına dair yapılan "ilâvenin sebebi, gerekçesi mevcut olmayan iptal kararı gereğinin, gerekçe bilinmediği için, yasma ve yürütme organlarınca yerine getirilmesinde çoğu kere ortaya çıkan güçlükler ve kamu oyunda doğan tereddütlerdir." 18

İkinci soru da şöyle: Anayasayı ve bir kanunun Anayasaya aykırılığı denetimini yaparken kanunu yorumlamak yetkisi kime aittir? Yanıtı, ABD Yüksek Mahkemesi'nin, din hürriyetinin kullanımı ile ilgili bir kararından verelim: "Yargı'ya ait olmağa devam etmektedir." 19 Mahkemenin yorumunun ne olduğunu, hükmünün anlamını, "içerik olarak" asıl neyi Anayasa'ya aykırı bulduğunu/bulmadığını, özellikle "Anayasa'ya uygun yorum" yöntemini kullanarak kanunun iptali cihetine gitmediği kararlarda nasıl anlayacağız ve uygulayacağız? Kuşkusuz, kararın hüküm paragrafı ile "birlikte ve mutlaka" gerekçesini de okuyarak. Mahkeme, hukukçuluğunu, hukuksal iradesini ve yorumunu, hüküm kısmında değil, gerekçe sayfalarında ifade eder ve açıklar, bu nedenle de, kararın hüküm ile gerekçesi ayrılmaz bir bütün teşkil eder ve bu bütünlük içinde hukuksal bir anlam ve bağlayıcılık taşır. Yoksa, örneğin, ABD Yüksek Mahkemesi, vaktinin çok kısıtlı ve değerli olmasına rağmen, sırasında elli sayfayı bulabilen gerekçeyi, "hüküm ve hükmün bağlayıcılığı ile hiçbir ilgisi bulunmayan sayfalar diye mi yazıyor?" 20

Üçüncü soru da şudur: Yukarıdaki iki soru ve açıklamaların ortaya koyduğu ve 153. maddenin birinci ve son fıkralarının "birlikte" ifade ettiği

18) Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu, MİLLET MECLİSİ TUTANAK DERGİSİ, 27.8.1971, S.Sayısı 419, sf.17; Millet Meclisince kabul olunan metin ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu Raporu, CUMHURİYET SENATOSU TUTANAK DERGİSİ, 13.9.1971, S.Sayısı 1661, sf.17

19) City of Boerne v. Flores, 494 US 872 (1997); alıntı için bakınız, Sait GÜRAN: Din ve İnanç Hürriyetinin Özgür Kullanımına Bir Örnek Olay, TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ ULUSLARARASI ANAYASA HUKUKU KURULTAYI, sf. 254 (TBB Yayını, Ankara, 2001)

20) Kuşkusuz hayır. Çünkü, Yüksek Mahkeme dahil, bir mahkeme kararının metni, içerik yönünden, mahkemenin, önündeki uyuşmazlığı çözümleyen hükmü, yani vardığı sonucu ve sonuca götüren sebeplerle dayanakların açıklanmasını (yani gerekçeyi) ihtiva eder. Her mahkeme kararının "özü", vardığı hükmü (judgment) belirleyen sebepler ve esaslardır (ratio decidendi) ve bu kısım, kararın (opinion) bir başka parçası olan dictum (obiter dictum)dan ayrılır. Mahkemenin, kararının, verilecek hüküm için zorunlu bulunmayan açıklamaları olan dictumun, bir emsal olarak diğer mahkemeleri bağlamamasına karşılık, ratio decidendi kısmı –ki gerekçenin esas hukuksal temeli ve koyduğu hukuk prensibidir- "bağlayıcı kuvvet ifade eder." ... Bağlayıcı hukuk prensibi, her zaman kararın lâfzından çıkmaz, çok kere onu gerekçeden ... istihraç etmek (çıkartmak) lâzımdır." Bülent DAVRAN: MUKAYESELİ MEDENİ HUKUK DESLERİ, S. 193-194 (1968, İÜHF Yayını); Bakınız, Allan FARNSWORTH (Çev.Ergun ÖZSUNAY): AMERİKAN HUSUSİ HUKUKUNA GİRİŞ, Sf. 31-32 (1961, İÜHF Yayını)

hukuksal sonuç, yani, gerekçenin de, hüküm fıkrası gibi, kararın “yapısal unsuru” olduğu ve bu bağlamda bağlayıcılık taşıdığı hususu, yargılama hukukunun, zaten bilinen ve tartışma dışı bıraktığı bir konu değil midir? Yanıt, basittir ve “evet”tir. Burada, birkaç aktarımda bulunmakla yetinelim....“Hüküm fıkrası, hükmün esasıdır; yargılamadan elde edilen hukukî sonuçtur ... ve mahkemenin neye karar verdiği yazılır.”²¹; “Gerekçede, hükmün dayandığı hukukî esaslar açıklanır.”²²; “Hakim, kararını (hükmü) gerekçesi ile birlikte tam olarak yazıp imzala(r).”²³; kesin hüküm anlamında kesinlik bağlamında, “kesinlik, yalnız hüküm fıkrası içindir. Hükmün gerekçesinin kesin hüküm gücü yoktur...Bununla beraber, gerekçe, ...kesinlikten tamamen tecrit edilmiş (soyutlanmış) değildir²⁴. Nitekim, “Hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçe, kesin hüküm teşkil eder”²⁵; “Hükmün gerekçesiz olmasının da mutlak bir temyiz (bozma) sebebi olduğu kanısındayım.”²⁶

Son soru: Gerekçenin bağlayıcılığı konusunda, Anayasa Mahkemesi ne diyor? Anayasa Mahkemesi, kararlarının, gerekçeleriyle bir bütünlük oluşturduğunu²⁷ ve bu nedenle, bağlayıcılık taşıdığını, herkesin anlayabileceği sadelik, açıklık, kesinlik ve vurgu ile belirtmiştir; aynen aktarıyorum:

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası, “başta yasama organı olmak üzere, Anayasa'da sayılan organ, kuruluş ve kişiler yönünden Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma ve bu kararlara aykırı davranmama yükümünü getirmiştir. Bu bağlılık, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği bir konuda, aynı içerik ve nitelikte yeni bir yasa çıkarılmamasını da gerekli kılar. Anayasa'nın bu hükmü gereğince, yasama organının Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı görerek iptal ettiği bir kuralın aynısını ya da değişik ifadelerle benzerini yasalaştırmaması gerekir. Yasama organı,

21) Baki KURU: HUKUK MUHALEMESİ USULÜ, Cilt:II, Sf.2097 ve 2098 (1984, Ankara); Hüküm fıkrasının bir diğer adı da “kısa karar”dır ve mahkemenin hükmü belirleyip henüz gerekçesini yazmadığı karardır. (İd, sf. 2028, 2032)

22) İd, sf. 2094

23) İd, sf. 2025

24) Baki KURU: HUKUK MUHALEMELERİ USULÜ EL KİTABI, Sf.890 (1995, Alfa Yayını)

25) İd, sf.891; “Hangi gerekçenin hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olduğu, her olayın özelliğine göre belirlenir.” ibid

26) İd, sf. 779; ... Mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğuna aykırılık halinde, yani kararda gerekçelere yer verilmemiş ise, Alman Hukukunda “bu bir mutlak temyiz sebebi sayılmıştır. Türk hukukunda da, gerekçeden yoksun bir kararın yok saymak mümkün olmasa gerekir. Ancak, gerekçeden yoksun karara karşı, bu kararın Usul Kanununun hükmün şekli ve muhtevası ile ilgili olmak üzere vazetmiş bulunduğu kaidelere (m.388) aykırı olması nedeni ile, temyiz yoluna başvurulabilmesi gerekir.* ” (* “Tamamiyle aynı yönde” Yargıtay kararları...) Saim ÜSTÜNDAĞ: MEDENİ YARGILAMA HUKUKU, 6. bası, Cilt I-II, Sf. 797 (1997, İstanbul)

27) Yılmaz ALİFENDİOĞLU: ANAYASA YARGISI VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ, Sf.294 (1996, Yetkin Yayını)

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra aynı konuda yeni bir yasa yaparken Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde gösterilen iptal nedenlerini dikkate almalıdır. Anayasa Mahkemesi kararıyla bağlılık, özellikle yasama organı yönünden, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarındaki iptal gerekçesiyle de bağlılığı içerir.²⁸ ... "Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarında da belirtildiği gibi bağlayıcılık, kararların sonucu kadar gerekçeleri yönünden de geçerlidir. Bu nedenle, yasa koyucunun aynı konuda çıkaracağı yeni yasada Anayasa Mahkemesi'nin kararının sonucu ile birlikte gerekçesini de göz önünde bulundurması gerekmektedir."²⁹ Herhalde nokta...

AKSİNE İŞLEM VE YÜKSEKÖĞRETİM KURULU BAŞKANI

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun kanun tasarısındaki tanımlamada, Yükseköğretim Kurulu (YÖK), "Devlet adına görev yapacak olan kuruluş" şeklinde ifade edilmiştir. Anayasa Hukuku profesörü Erdoğan Teziç, bir süre önce ortaya çıkan Cumhurbaşkanı Sezer-YÖK atamaları uyumsuzluğunun konu edildiği NTV'deki televizyon konuşmasında, YÖK'ün, "Devlet yetkisi kullanan" bir başka "Anayasal kurum" olduğuna dikkat çekmişti³⁰. Diğer taraftan, Anayasa ve kurucu yasa 2547, YÖK'nu, yükseköğretim sisteminde, "sistemin sevk ve idaresi ile görevlendirmiş, farklı ve özel üst konuma yerleştirmiş; bu durumun gereği olarak, YÖK'nun organı, başı ve temsilcisi olan YÖK Başkanı'nı da, "özel" bir statüye sahip kılmıştır. Anayasa'da, YÖK Başkanı'nın göreve gelmesine ve ayrılmasına ilişkin hüküm bulunmadığı için, Yükseköğretim Kurulu Başkanının, Cumhurbaşkanı tarafından, süresi dolmadan önce, bu yolla görevinden alınıp alınamayacağı konusu, yukarıdaki esaslar uyarınca kanun koyucunun düzenlemesine bırakılmıştır. Bu nedenle, başlıktaki mesele, önce, İdare Hukuku'nun aksine işleme ilişkin ilkelerinin, ardından 2547'nin irdelenmesi suretiyle incelenecektir.

Bir idarî kararın değiştirilmesi ya da kaldırılması şeklinde aksine bir işlemin yapılması konusunda, mevzuatta bir hüküm bulunmadığı³¹ hallerde, "yetkilerin koşutluğu" genel ilkesi gereğince, bu işlemleri, kararı almış olan

28) ANY.MHK: 24.5.1988, E:1988/11, K:1988/11 (Any.Mhk.Krlr.Drg. Sayı: 24, Sf. 145)

29) ANY.MHK: 12.12.1991, E:1991/27, K:1991/50 (Any.Mhk.Krlr.Drg. Sayı: 27/C.2, Sf.700)

30) 1981 yılında çıkarılan bir kanunla (2547), "doğrudan doğruya Devlet başkanıyla ilişkili bağımsız" Yükseköğretim Kurulu kurulmuştur. Lütfü DURAN: TÜRKİYE YÖNETİMİNDE KARMAŞA. Sf.8 (Çağdaş Yayını,1988)

31) "aksine bir hüküm bulunmadıkça" Metin GÜNDAY: İDARE HUKUKU, Sf.102 (1996,Ankara); ... "yasada aksi öngörülmedikçe" A.Şeref GÖZÜBÜYÜK-Turgut TAN: İDARE HUKUKU, GENEL ESASLAR, Cilt 1, Şf.370 (1998.Turhan Kitabevi);... "eğer yasal düzenleme yoksa" İl Han ÖZAY: GÜNIŞIĞINDA YÖNETİM. Sf. 393 (1996. Alfa Yayını)

makam veya görevlinin³² yapmağa yetkili olduğu kabul edilir. İdare, yetki kurallarına “sıkı şekilde” uymak zorundadır; yetki kuralları dar yorum ve uygulama yöntemlerine tabi tutulur ve kamu düzenine ilişkin hükümlerdir³³. O halde, “aksine işlem” tesis edilirken, asıl işlemi yapan makamın, aksine işlemi yapması yetkisi ve hangi usul-şekil uyarınca yapılacağı meselesi, aksine hüküm bulunmadığı değil, doğru olan ifadeyle, “eğer herhangi bir yasal düzenleme yok ise”, asıl işlemin yetki ve usul-şekil hükümleri izlenerek çözümlenir. Yasa, herhangi bir düzenlemeye giderek, asıl işlemin aksine işlem yetkisini başka bir makama aktarmış olabileceği gibi, asıl işlemle “aynı” nitelikteki aksine işlem yetkisini, değil asıl işlemi yapan makama, hiçbir makama tanımamış veya “bambaşka nitelikteki” bir aksine işlem formülünü, bir güvence olarak, benimsemiş olabilir.

Nitekim, iki Danıştay kararı, bu noktayı açıklayan ilginç örnek teşkil etmektedir. Şöyle ki, YÖK Genel Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu olarak yaptığı toplantıda, Harran Üniversitesi rektörünü, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 7/c maddesi uyarınca, “yönetim görevinden ayırma” disiplin cezası ile cezalandırmış ve bu yolla görevini sona erdirmiştir. Rektör, bu disiplin işlemine karşı bir iptal davası açmış ve görevden ayırma kararının da, aksine işlemde usulde paralellik ilkesi gereği aynı usulle yapılması ve son adımda Cumhurbaşkanının da imzasının bulunması savını ileri sürmüştür.

Davayı yargılayan Danıştay 8. Dairesi, muhalif yargıçların uyarısına ve rektörlerin disiplin yolu ile, idarî yoldan görevden alınmasının farklı kurumlar olmasına karşın, şu kararı vermiştir: “... rektörlerin gerektiğinde görevden alınabileceklerine ilişkin Ek 1. maddede gereklilik halinin idarî veya disiplin cezasına dayalı olduğu hususunda bir ayırım yapılmadığı, gerek idarî yönden, gerekse disiplin hukuku yönünden YÖK Genel Kurulu'nun bir rektörün görevden alınmasına karar verebileceği, ancak, bu kararın rektörlerin T.C. Anayasasının 130 ve 2547 sayılı YÖK Yasasının 13. maddesi uyarınca kademeli seçimlerden sonra Cumhurbaşkanınca seçilerek atandığı gözönüne alındığında idare hukukunun usulde paralellik ilkesi gereği Cumhurbaşkanına sunulması ve rektörün görevden alınmasına cumhurbaşkanınca (kararname düzenlenmesi suretiyle) yapılabileceği sonucuna ulaşıldığından, bu usule uyulmaksızın tesis edilen dava konusu işlem bu nedenle de mevzuata aykırıdır.”³⁴

YÖK'nun temyiz başvurusu üzerine, 8. Daire'nin kararı, İdarî Dava

32) ...kanunda aksi öngörülmedikçe, şekil ve usulde paralellik ilkesine de uyulması koşulu ile...GÜNDAY: id, sf.109

33) Lûtfi DURAN: İDARE HUKUKU DERS NOTLARI, Sf.401 (1982,İÜHF Yayını)

34) Dş.8.D: 13.10.1997, E:1996/5256, K:199/72729 (Danıştay Dergisi, Sayı:95, Sf.527)

Daireleri Genel Kurulu tarafından incelenmiş, aksine işlem ve usulde paralellik ilkesi ile bu davadaki uygulamasının, yukarıda tırnak içinde aktarılan yanlış yorumu düzeltilerek, oybirliği ile aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

“İdare Hukuku sistemimizde, idarî nedenlerle görevden alma işlemleri ile disiplin cezalarına ilişkin işlemler, tamamen ayrı usul ve esaslara bağlanmış olup, 2547 sayılı Kanunun Ek 1. maddesi, rektörlerin idarî nedenlerle görevden alınmasını düzenleyen bir hükümdür. Bu nedenle, Ek 1. maddesinin uyuşmazlık konusu disiplin işleminde uygulama olanağı bulunmamaktadır. Öte yandan, 2547 sayılı kanunun, Yükseköğretim Kurulunun görevlerini belirleyen 7 nci maddesinin (I) bendinde, “... rektörlerin disiplin işlemlerini kovuşturmak ve karara bağlamak ,, hükmüne yer verilmiş olup, bu husustaki kararlar, herhangi bir makamın onayına gerek kalmaksızın sonuç doğuran kesinlikteki işlemlerdir. Esasen, görev ve yetkileri Anayasa ile belirlenmiş bulunan ve Devletin başı sıfatı ile Türk Milletini temsil eden Cumhurbaşkanı’na, bu yüksek görevin niteliği gereği Anayasa ile verilmesi gereken bir görevin yönetmelik kuralı ile verildiğinin kabulü de olanaksızdır. –Bu nedenle, Daire kararının bu gerekçesi yerinde bulunmamaktadır.”³⁵

Diğer taraftan, Türk İdare Hukuku’nda, kamu görevlileri arasında, o göreve atama veya seçilmenin süreli ya da süresiz olup olmadığı, kamu görevlisinin görevinden, aksine işlem yolu ile alınması bakımından fark yaratmakta; “süreli” atama-seçilme, o görev ve makamın gereği olan bir tür “statüer güvence” teşkil etmektedir. Göreve, belli süre ile atanan-seçilen kamu görevlisi, o göreve “süresi dolana kadar” görev yapmak üzere gelmiştir. Süre bitiminden önce göreve son verilmesi, ancak, yasanın öngörmesi halinde ve belirlediği yetki-usul koşulları altında olabilir. Kanun koyucu tarafından, görevi gereği, özellikle, atama-seçme makamı karşısında “yönetmelik güvence” ile donatılmak istenen görevlerle görevlilerde bu gibi formüllere başvurulur.

YÖK Başkanı, doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı tarafından, dört yıl süreyle seçilir ve göreve devamında, yasalarda öngörülen yaş haddine de tabi değildir. Yükseköğretim kapsamındaki seçimli ve/veya atamalı yöntemle “süreli” olarak göreve gelen yöneticilerden hangilerinin, süreleri dolmadan, hangi usulle görevden alınabileceği, Ek 1. maddede “açıkça düzenlenmiş”tir. Bunların arasında, YÖK Başkanı da, Genel Kurul üyeleri de yoktur. O halde, süresi dolmadan önce, aksine işlem yetkisi çerçevesinde görevden alınabilecek yöneticilerin “sayılı-sınırlı” yazımla ve “özel düzenleme” ile açıkça belirlendiği kanun, diğer yöneticiler bakımından, bu yetkinin kullanılmasına izin vermemiş demektir.

35) Dş.İd.Dv.Drlri.Gnl.Kurulu: 11.6.1999, E:1997/714, K:1999/750 (yayınlanmamıştır)

Diğer taraftan, yükseköğretim düzeninde, disiplin cezaları konusunun işlendiği 53. maddede, YÖK Genel Kurul üyeleri dahi, bu görevleri yönünden disiplin rejimine tabi tutulurken, YÖK Başkanı hakkında, kanun koyucu, disiplin soruşturması açılmasını bile düşünmemiştir. Bu hukuksal durum, YÖK Teşkilâtı ve Çalışma Usulleri Yönetmeliği'nin 9. maddesinde de te'yd edilmiştir. YÖK Başkanı, hakkında disiplin işlemi yapılmayıp, kendisi, Genel Kurul ve Yüksek Denetleme Kurulu üyeleri ile rektörler dahil, tüm yükseköğretim kurumlarında disiplin sürecini başlatma yetkisini taşıyan tek kişi olmak farklı ve özel mevkiindedir.

Yasa koyucu, YÖK Başkanının "görevinden sorumlu tutulması" için bir tek olanak tanımıştır; 2547 madde 53'e göre, YÖK başkanı hakkında, görevi nedeniyle yapılabilecek işlem, ancak, kendisinin katılmadığı ve Millî Eğitim Bakanı'nın başkanlığında toplanan Yükseköğretim Genel Kurulu'nun kararı ile ceza soruşturması açılmasından ibaret kalmaktadır.

YÖK Başkanı'nın, süresi dolmadan önce, tek başına yaptığı işlemle, kendisini bu göreve getiren Cumhurbaşkanı tarafından, aksine işlem yetkisine dayanarak görevden alınamayacağı, YÖK'ün ve Başkanının konumunun ve görevinin gerektirdiği bir "güvence"dir. Aksi halde, YÖK Başkanları, Cumhurbaşkanı'nın, "yargısal denetimin de dışında" kalan, doğrudan doğruya tek başlarına yapabildikleri görevden alma işleminin izin verdiği sürece ve "kişisel takdir ve tercihlerine" bağlı olarak görevde bulunabilecektir. Orijinal metnine, daha sonra 2653 sayılı yasa ile Ek madde 1 eklenerek, süre bitiminden önce görevden alınmayı açıkça "düzenleyen" 2547 böyle bir idarî işlem yetkisini Cumhurbaşkanı'na tanımayı amaçlasaydı, mutlaka hüküm sevk etmesi gerekirdi. Ortada, aksine işlem teorisi ile doldurulacak bir düzenleme boşluğu değil, yetkisizliğin kural olduğu İdare Hukuku'nda, Cumhurbaşkanı'ndan, böyle bir yetkinin esirgenmesi suretiyle tesis edilen bir "güvence" vardır.

YÖK GENEL KURUL ÜYELERİNİN GÖREVE GELMESİNDE CUMHURBAŞKANI'NIN YETKİSİ

2000 yılında, Cumhurbaşkanı Sezer ile bazı rektörlerin atanmak üzere arzi işlemleri sırasında YÖK Genel Kurulu arasında³⁶ çıkan uyuşmazlık – ki bu meselenin hukuksal yanı bir başka makalede ele alınacaktır- hemen ardından 2001 başında Cumhurbaşkanı ile bu defa Üniversitelerarası Kurul arasında doğmuştur. Cumhurbaşkanı Sezer, Üniversitelerarası Kurul'un, YÖK Genel Kurul üyeliği için seçtiği iki kişiyi "veto" etmiş; Üniversitele-

36) Kamu oyuna, "Cumhurbaşkanı ile YÖK Başkanı Gürüz arasında" şeklinde takdim edilen bu uyuşmazlık, aslında, YÖK Genel Kurulu'nun değerlendirmeleri ile Cumhurbaşkanı'nın kişisel takdir ve tercihleri arasında çıkmıştır.

rarası Kurul'un, yeni adayları seçmemek şeklindeki tutumu üzerine, Cumhurbaşkanı, doğrudan kendi kişisel takdir ve tercihi ile iki üye atamıştır³⁷. Hem bir idare hukukçusu, hem de YÖK Genel Kurul üyesi olarak, hem İdare Hukuku, hem de Kamu Yönetimi açısından değinmeğe değer bulduğum birkaç noktanın işlenmesi gerektiği kanısındayım.

Birinci nokta olarak, Üniversitelerarası Kurul (Kurul), 4936 sayılı Üniversiteler Kanunu ile ilk kurulduğu 1946 yılından bu yana, her zaman, yüksek öğretimin saygın bir kurumu olmuştur; Millî Eğitim Bakanı'nın üniversitelerin başı olduğunun 14. maddesinde yazılı bulunduğu 4936 döneminde de. Bu husus, 4936'nın gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: Millî Eğitim Bakanının bir üniversitenin işlem ve kararlarına karşı itirazı halinde bu itirazlardan akademik olanları için en doğru hakemliği yapabilecek olan organ da diğer üniversitelerdir. Bu lüzum ve zaruretlere dolayısıyla bir "Üniversitelerarası kurul"un bulunması faydalı görülmüş ve tasarının 13 ncü maddesinde bu kurulun oluşumu ve görevleri gösterilmiştir³⁸. İlk şeklinde, Bakanın başkanlığında³⁹ toplanan Kurul, mevcut üç üniversitenin –Ankara, İstanbul ve İstanbul Teknik- rektörleri, dekanları ve senatolarının seçtiği birer temsilciden oluşuyordu. Üniversiteler Kanunu'nda, 27 Mayıs döneminde, 115 sayılı kanun ile radikal bir değişiklik yapılarak, Bakan, Kurul'dan çıkarılmış ve başkanlık görevi de sıra ile üniversite rektörlerine verilmiş, Kurul'un kompozisyonu değişmemiştir. 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu, ilk defa, Millî Eğitim Bakanı'nın başkanı olduğu Yüksek Öğretim Kurulu ile üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetimini sağlamak üzere, Başbakanlığa bağlı olarak ve Başbakanın başkanlığında, Üniversite Denetleme Kurulu kurmuştur. Üniversitelerarası Kurul, üniversite rektörlerinden ve her üniversiteden seçilen ikişer profesörden oluşan ve başkanlığını rektörlerin yaptığı, daha ziyade akademik işlevli bir kurul olmuş; Millî Eğitim Bakanı'na, Kurul kararlarına itiraz ve Kurul'a da son kararı verme yetkisi tanınmıştır.

2547 sayılı kanun, Üniversitelerarası Kurul'u, YÖK ile birlikte üst kuruluş ve "akademik organ" olarak düzenlemiş; üniversite rektörleri ile her

37) Yükseköğretim Kanunu (No.2547) madde 6: ...b. Yükseköğretim Kurulu: (1) Cumhurbaşkanı tarafından ...seçilen yedi, (2) Bakanlar Kurulunca ... seçilen yedi, (3) Genelkurmay Başkanlığınca seçilen bir, (5) Üniversiteler Kurulca, Kurul üyesi olmayan profesör öğretim üyelerinden seçilen yedi kişiden oluşur. (2), (3) ve (5)nci bentlere göre seçilenlerin üyelikleri Cumhurbaşkanının onayı ile kesinleşir. Bu bentlerde belirtilen seçimlerin bir ay içinde, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmayanların yerine yeni adayların seçimleri ise iki hafta içinde yapılmadığı takdirde, Cumhurbaşkanınca doğrudan atama yapılır.

38) Bakınız, Hıfzı TİMUR: ÜNİVERSİTELER KANUNU, Sf.17, 93-94 (İÜ Yayını,1946)

39) Bakanın katılmadığı toplantılara, Kurul'un toplandığı üniversitenin rektörü başkanlık ediyordu.

üniversitenin seçtiği birer temsilci profesör ve Türk Silâhlı Kuvvetleri'nden bir profesör üyeden oluşturmuştur. Kurul'un başkanı, rektörlerdir, Bakan ve YÖK Başkanı, Kurul toplantılarına, oysuz ve başkanlık rektörlerde kalarak katılabilir.

Bu hükümlere göre, Üniversitelerarası Kurul, devlet üniversitesinin kendi öğretim üyelerinin seçtiği ve son aşamada Cumhurbaşkanı'nın atadığı 53 rektörün, faal vakıf üniversitelerinin mütevelli hey'etlerince atanan 19 rektörün, her üniversite Senato'sunun seçtiği birer Kurul temsilcisinin oluşturduğu toplam 144 üyeli bir yapıya sahiptir. Ayrıca, Kurul'un başkanı da, üniversitenin kuruluş tarihine göre sırayla değişen bir rektördür. Somut olayda, daha önce YÖK Başkan Yardımcılığı da yapmış olan bir profesörü, böylesine sayısal olarak geniş, nitel olarak heterojen, bütün ortak yanlarına rağmen, yer yer aralarında farklılıklar bulunan üniversitelerin rektörlerinin ve temsilcilerinin, YÖK Genel Kurul üyeliği için "liyakat sahibi" olarak değerlendirdiği "idarî işlem" in, hayatın normal koşulları içinde, sebep ve maksat unsurları bakımından isabetli ve geçerli kabul edilmesi gerekir. İçinde takdir kullanma yetkisinin de bulunduğu bu tür işlemlerde, hukuken, asıl dikkatlerin yoğunlaştırılması ve altının çizilmesi gereken nokta, bu takdir ve tercihten "sonra" işlem yapan makamın yetki kullanımındaki sebep ve amaç unsurlarının isabetli ve geçerli olup olmadığıdır. Kozalite ve finalite ilkeleri üzerine bina edilmiş olan İdarî İşlem Teorisi'ne göre, böyle bir işlemin aksi yönde işlem yapan makamın kendi işleminin hukuken ayakta kalabilmesi için, birinci işlemde "hukuka açık aykırılık bulunması ve/veya kamu yararını ihlâl eden kişisel yarar izlenmesi" gerekir. Aksi halde, işlemin asıl yetkilisi olan ilk makamın takdir ve tercihine dokunulmaz. Hele, bu makam, yukarda açıkladığımız Üniversitelerarası Kurul ise.

İkinci nokta, "ikili" yetki kullanımının yarattığı hukuksal durumdur. Bunun için, önce madde 6'daki işlem sürecinin ve buradaki makamların analiz edilmesi gerekir. Yükseköğretim Kurulu Teşkilâtı ve Çalışma Usulleri Yönetmeliği (Md.37), YÖK Genel Kurul üyeliği süresinin dolması halinde, sürenin bitiminden bir ay önce, durumun Cumhurbaşkanlığı'na "ve ayrıca" üye seçimini yapacak olan gruba –yani Üniversitelerarası Kurul'a– "işlem yapılmak üzere" bildirilmesini öngörmüştür. Bu hüküm, Kanunun 6. maddesi ile birlikte okununca, Kurul'un, seçim işlemini en geç bir ay içinde gerçekleştirmekle, Cumhurbaşkanı'nın da, Anayasa 104/1 gereğince "Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını sağlayacak "makul süre" içinde ve gecikmeksizin Kurul işlemini "kesinleştirerek", iki ayrı iradeli "Genel Kurul üyesini belirleme" işlemi tesis etmekle görevli olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu süreçte, Cumhurbaşkanı'nın yapabileceği ikinci işlem, kesinleştirilmesi için sunulan ismi onaylamamaktır. Cumhurbaşkanı-

nı'nın bu yetkisini kullanması tipik bir idarî işlem teşkil ettiğinden, bir önceki koşullar ile sınırlıdır. Ayrıca, yetki, yeni ve bağımsız bir idarî işlem tesis etmek değil, hukuk düzeninde "mevcut" olan bir işleme onay vererek "bu işlemi kesinleştirmek"ten ibaret "tamamlayıcı" bir irade ve işlem olduğu için, burada, Anayasa 125 anlamında Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlem de yoktur. Bu nedenle, Köşk'ün, bu bağlamda kullandığı yetki (onaylamak-onaylamamak) genel görevli İdarî Yargı yeri olarak, Ankara İdare Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabidir. Cumhurbaşkanı'nın, kendisine işlem yapmak üzere sunulan Kurul kararını, sınırını az önce çizdiğimiz makul süre içinde hareketsiz kalarak bekletmesi, sadece bir tek hukuksal sonuç doğurabilir; 60 gün bitiminde "susma yoluyla zımnî red" işlemi. Köşk'ün, aslen, Üniversiteler Kurul'a ait yetkiyi de kullanarak doğrudan doğruya üye belirlemesine, 2547/6, sadece, Kurul'un ilk adımda bir ay, geri çevirme halinde de iki hafta içinde seçim yapmaması halinde olanak tanımıştır. Nitekim, somut olayda da, Kurul, 60 gün dolmadan gelen yazılı Köşk vetosuna karşı, ilk isimlerde isabet ve kararlılığı ifade eden bir anlayış ve amaçla, ayrıca, yeni isimlerle yeni muhtemel çekişmelere yol açmak yerine, hiç isim bildirmemek suretiyle, Köşke, doğrudan doğruya kendi tercihi olan isimleri Genel Kurul üyesi yapmasını sağlamıştır. Aslında, 2547'nin bu düzenlemesi, Kamu Yönetimi bakımından isabetlidir. Çünkü, Cumhurbaşkanlığı ile Üniversitelerarası Kurul arasında çıkan bir uyuşmazlığın, YÖK'ün organlarının oluşmasını ve işleyişini olumsuz yönde etkileyecek veya kilitleyecek olan bir fiilî duruma dönmemesi gerekir. Somut olayda, Kurul, gerek belirlediği isimlere sahip çıkmak, gerek Devlet içinde, böylesi üst düzeyde bir sürtüşmeye sebep olmamak suretiyle, hem kendisini ve seçtiği kişileri, hem üniversiteleri, hem de Cumhurbaşkanlığı makamını düşünmek basiretini ve olgunluğu göstermiştir.

Üçüncü nokta, 2001 yılının ilk aylarında cereyan eden bu olayda, Üniversitelerarası Kurul'un işlemini onaylamayarak veto eden Cumhurbaşkanlığı işleminde, Köşk'ün bu takdir ve tercihini ne gibi bir sebebe dayandırmış olduğu ve bu sebebin vetoyu hukuken geçerli kılabilecek olan içeriği taşıyıp taşımadığı konusudur. Cumhurbaşkanlığı işleminde, onaylamama iradesinin gerekçesi olarak, "anılan maddenin birinci fıkrasına göre" demekle yetinilmiştir. Anılan madde, 2547/madde 6(b-5)dir. Bu maddenin – madde 6- birinci fıkrası olarak anılacak bir hüküm yoktur; kasıt, maddenin ilk cümlesi olan "a. Yükseköğretim Kurulu ... bir kuruluştur..." ise, bu hüküm YÖK'nu tanımlamaktan ibarettir, Cumhurbaşkanı'nın, bu konudaki yetkisinin kullanımı ile bir ilgisi yoktur. Kasıt, madde 6/b-1 ise, bu hüküm, Cumhurbaşkanı'nın doğrudan doğruya kendisinin seçeceği yedi üye için konulmuştur. Eğer, Köşk, işlemi düzenleyen asıl hüküm olan madde 6/b-5'i, 6/b-1 ile birleştirerek –ki en fazla bunu yapabilir- "Üniversitelerarası

Kurulca, Kurul üyesi olmayan rektörlük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmet yapmış profesör öğretim üyelerine öncelik vermek” şeklinde okuyarak onaylamamak cihetine gitmiş ise, İdare Hukuku bakımından çok teknik bir problem gündeme gelmiş demektir.

Çünkü, yetkinin asıl sahibi Üniversitelerarası Kurul, italik ile yazılan bir koşul ile sınırlı olmadığı gibi, Cumhurbaşkanı da, onay sırasında, bu hususu koşul ve red sebebi yapamaz; daha ilginç ve önemlisi, yaptığı takdirde bile, Kurul’un seçtiği profesörün işlemini “neden kesinleştirmedini, yani red işleminin sebebini” açıklamak zorundadır. Niçin? Yanıtı çok basit: Danıştay kararlarında yazıldığı gibi, “İdarî işlemlerin belli bir sebebe dayalı olması gerektiği hususu İdare Hukukunun temel bir kuralıdır.”⁴⁰ Ayrıca, “idarî işlemin dayanağını oluşturan gerekli bilgi ve belgeler hukuken geçerli olmalıdır. ...hukuken geçerli gerekçe, mevcut ve muteber bir nedene dayanmalıdır ...mevcut ve geçerli gerekçe, somut bilgi ve belgelere dayanmalıdır.”⁴¹ “İdarenin sebepsiz hiçbir davranışı olamaz” ve ayrıca, işlemde “takdir yetkisinin söz konusu olması, işlemin tümüne yansımaz ve onu ‘tamamen takdiri bir işlem’ haline getirmez.”⁴² Hattâ, “kanunda sebebin hiç gösterilmiş olmaması halinde bile, idari işlemin o işlemde beklenen amacı gerçekleştirmeyi mümkün ve gerekli kılacak bir sebebe dayanması zorunludur.”⁴³ Kanun bazen idarî işlemin sebebe dayanacağını “kullandığı terimlerle gösterir. Lüzum, icap, hizmetin gerekleri gibi veya benzeri ifadelerle. Bu durumda, ... sebeplerin hem varlığını, hem de önem, doğruluk ve yeterliliklerini araştırarak, değerlendirecektir.”⁴⁴

40) İbrahim KABOĞLU: Avrupa Topluluğu ve İdarî Yargı, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürisprüdansı ve İdarî Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu” I.ULUSAL İDARE HUKUKU KONGRESİ, I. KİTAP İDARİ YARGI, Sf.323 (Danıştay Yayını, 1990)

41) İbid. “Danıştay, idarenin takdir yetkisini kullanarak verdiği kararlar(da) ... neden ögesinden hareketle, gerekçenin varlığını aramakta ... takdir yetkisinin mutlak ve keyfi olmayıp kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygun olarak kullanılmasının zorunlu bulunduğu, bu hususun sağlanması için ... işlemlerde objektif, gerçekçi ve hukuken geçerli sebeplere ve somut delillere dayanması gerektiği”ni şart koşmaktadır. İd.324

42) ÖZAY: n.31, Sf. 302 ve 359* ; *ONAR’dan alıntı. ... Pek çok konuda “hukuk. idareyi uygun çözüm şeklini seçme hususunda yerine göre az veya geniş ölçüde serbest bırakır. Bu gibi bir halde idarenin takdir yetkisi vardır denir. Bu deyimden nedeni şudur: İdare çözüm şeklini seçme serbestliğini dilediği gibi değil, işin gereğini takdir suretiyle kullanmak zorundadır.” ... “İdare, ...kararlarını belli gerekçelerle almaya ...mecburdur. Dayandığı gerekçenin de gerçeğe uygun olması şarttır. Aksi halde işlem sakat olur. Aynı esas, takdir yetkisinin kullanılmasında da vardır.” Tahsin Bekir BALTA: İDARE HUKUKU (GENEL KONULAR), Sf. 134, 139 (AÜSBF Yayını,1972)

43) GÜNDAY: n.31, Sf. 116 ;

44) Yıldızhan YAYLA: İDARE HUKUKU, Sf.93 (Filiz Kitabevi,1985); “Yönetim, memurların görevlerini ya da görev yerlerini ilke olarak her zaman değiştirebilir. Ancak bu işlemlerde yönetimin bazı koşullara uyması gerekir.... ‘Lüzum’ koşulu iki unsuru içine alır. Biri, kişinin belli bir görevdeki başarı derecesi ile ilgilidir. Memur, kişisel tutum ve yetenekleri dolayısıyla belli bir görevde yeterli derecede başarılı ve verimli olmayabilir. Bu durumda bulunan bir memurun görevinde bulunması hizmet yararı ile bağdaşmaz. İkinci unsur, bulunduğu görevde başarılı olmakla birlikte başka bir görevde ça-

Danıştay'a göre, "eski görevine devamında sakınca bulunduğu konusunda somut bir neden gösterilmeyen ve görevinde başarısızlığı ve herhangi bir kusuru söz konusu edilemeyen" kamu görevlileri hakkında işlem yapılmasında, kamu yararına ve hizmet gereklerine uyarlık görülmediğinden" işlemin iptali gerekir⁴⁵.

O halde, Cumhurbaşkanı Sezer, YÖK Başkan Yardımcısı'nı, Üniversitelerarası Kurul'un YÖK Genel Kurulu üyeliğine seçtiği kararını veto ederken, kanun ister sebep göstermemiş olsun denilsin, ister 6. maddeden kendi yorumu ile çıkardığı sebebe dayanmış olsun, seçilmiş olan kişiler hakkında, her halde, Kurul'un takdir ve tercihini geri çevirecek "güçte ve nitelikte gerçek ve geçerli" sebeplere dayanmak zorunda idi. Böyle bir gerekçe, Köşk işleminde yazılı olmadığı gibi, en azından geçen dört yıla yaklaşan YÖK üyeliğimden bilebildiğim kadarıyla, seçilenlerden YÖK Başkan Yardımcısı için, objektif koşullarda, hizmet yararı ve hizmetin gerekleri bağlamında, zaten mevcut da olamaz. Eğer, seçilenlerden biri, İdarî Yargı'da bir iptal davası açsa idi, Yargı'nın, bakmakla görevli bulunduğu bu davada vermesi gereken hükmün ne olduğunu, yukarda aktardığımız İdare Hukuku ilkeleri ile Danıştay kararları ortaya koyuyor. Ayrıca, böyle bir dava açılrsa idi, idare mahkemesinin, tebliğ edilen işlem metninde yazılı olmayan işlemin sebebi gerekçeyi sormak yetkisi ile davacının da bu yolla öğrendiği dayanakları tartışmak olanağı bulunacaktı. Çünkü, idarî yargılama yönteminde, yargılama, yargıç tarafından yönetilir; yargıç gerektiğinde "idareden dava konusu olan kararın gerekçesini bile isteyebilir"⁴⁶; ayrıca, davacı, "idarede bulunan işlem dosyasının getirilmesini, ya da idarede bulunan kanıtların saptanmasını isteyebilir."⁴⁷

İştirilmesi daha yararlı olabilir. Her iki halde de amaç hizmetin daha iyi yürütülmesidir. Bunu kanıtlamak da Yönetime düşer.... Uygulamada, görev ve yer değiştirme işleminin bir cezalandırma aracı olarak kullanılabilmesi konunun önemini arttırmaktadır. Günümüzde memur güvenliği, yalnız yasa dışı göreve s a vermelerin değil, aynı zamanda keyfi atama ve yer değiştirmelerin sınırlandırılmasını da içine alacak biçimde anlaşılmalıdır." Cahit TUTUM: PERSONEL YÖNETİMİ. Sf.241-242 (TODAİE Yayını,1979)

45) GÖZÜBÜYÜK-TAN: n.31,Sf.612

46) GÖZÜBÜYÜK-TAN: İDARE HUKUKU. İDARİ YARGILAMA HUKUKU, Cilt 2. Sf.766 (1999, Turhan Kitabevi)

47) İd. Sf.767