

İDARİ İŞLEM – İCRAİLİK – AYRILABİLİR İŞLEM – YARGISAL DENETİM

Prof. Dr. Murat Sezginer*

AYİM Daireler Kurulu E.2010/47 Yürütmenin Durdurulması Kararı

Olay: Tümgeneral rütbesinde bulunan Davacının Ağustos 2010 tarihli Yüksek Askeri Şura toplantısında bir üst rütbeye terfi ettirilmesi yönünde karar alınmıştır. Söz konusu Şura kararı Genelkurmay Başkanlığı tarafından Milli Savunma Bakanlığına, kararname taslağı haline getirilerek gönderilmiştir. Milli Savunma Bakanlığı, davacı hakkında Ağır Ceza Mahkemesi tarafından alınan yakalama kararı bulunduğunu ifade ederek, kararname taslağını imzalamayarak geri göndermiştir. Yüksek Askeri Şura kararı sonrasında müşterek kararname şeklindeki terfi kararnamesi imzalanmamıştır; Davacı müşterek kararnamenin imzalanmaması suretiyle terfi işleminin yapılmaması (olumsuz) işleminin yürütmesinin durdurulmasını ve takiben iptalini talep etmektedir. AYİM Daireler Kurulu, terfi (müşterek) kararnamesinin imzalanmaması ve bu suretle bir üst rütbeye terfi ettirilmemesi işleminin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.

Mevzuat:

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI

MADDE 125 - İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır. **(Ek cümle: 5982 - 7.5.2010 / m.11)** “Ancak, Yüksek Askeri Şuranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.”

...

(Değişik 1. cümle: 5982 - 7.5.2010 / m.11) “Yargı yetkisi, idarî 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, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.

İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

...

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

926 sayılı TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ PERSONEL KANUNU

MADDE 47 - (Değişik: 1424 - 7.7.1971) Rütbe terfi şartları şunlardır:

a) Rütbeye mahsus bekleme süresini tamamlamış olmak, b) (Değişik: 2497 - 22.7.1981) Rütbeye mahsus en az bir yıllık sicili bulunmak. c) Üst rütbe kadrosunda 49 uncu maddedeki oranlar içinde açık bulunmak, d) Yüksek Askerî Şûraca 54 üncü madde esaslarına göre seçilmiş olmak, e) Subay Sicil Yönetmeliğinde belirtilen kıta hizmetini yapmış olmak, f) (Değişik: 3282 - 1.5.1986) Korgeneral ve koramirallığe yükselbilmek için harp akademileri öğrenimini başarı ile bitirmiş bulunmak ve aynı zamanda Kara Kuvvetlerinde muharip sınıfı general, Deniz Kuvvetlerinde güverte veya deniz sınıfı amiral ve Hava Kuvvetlerinde pilot sınıfı generali olmak,

Yukarıdaki şartları taşıyan general ve amiraller üst rütbeye terfi ettirilirlir.

MADDE 54/1 - (**Değişik 1. fıkra: 4902 - 18.6.2003 / m.23**) Yüksek Askerî Şûra; kuvvet komutanlıklarından, Jandarma Genel Komutanlığından ve Sahil Güvenlik Komutanlığından 38 inci maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince gönderilen ve o yıl tuğgeneral-tuğamiral yıl kontenjanı tespit edilen sınıflardan olan albaylar ile terfi sırasındaki general ve amirallerin şahsî dosyalarını ve rütbedeki sicil belgelerini (albayların, teğmenlikten itibaren; general ve amirallerin, generallik ve amirallik sicil belgelerini) inceleyerek, Subay Sicil Yönetmeliğinde gösterilen esaslara göre değerlendirme notu verir. Tespit edilen yeterlik notuna göre en yüksek yeterlik notu alanlardan başlanmak üzere yeterlik sıralaması yapılır. Yeterlik notu, yeterlik tam notunun % 85 ve daha yukarısı olan albay, general ve amirallerden yeterlik notu en yüksek olandan itibaren kadro ihtiyacı kadar bir üst rütbeye terfi ettirilir.

KARAR TAHLİLİ

İdari işlem, bir hukuki işlemdir¹. Hukuki işlem denildiğinde, hukuksal âlemde değişiklik meydana getiren irade açıklamalarından söz edilmektedir. Yeni bir hukuki durum meydana getirmek, mevcut hukuki durumda değişiklik yapmak veya sona erdirmek şeklindeki irade açıklamaları hukuki işlem olarak adlandırılır. Özel hukuk alanındaki hukuki işlemler sözleşme ilişkisi çerçevesinde iki eşit iradenin karşılıklı katılımı ile oluşurken; kamu hukuku alanındaki hukuki işlemler idarenin tek taraflı bir irade açıklamasının ürünüdür ve idari işlem olarak adlandırılır. İdarenin irade açıklamasının şekli ve sayısı dikkate alınarak idari işlemler çeşitli şekillerde sınıflandırılır.² İdari işlem bir irade açıklaması olduğuna göre, bu iradenin açık (sarih) veya örtülü (zımni) biçimde ortaya konması mümkündür; ayrıca açıklanan irade tek bir makamın iradesi olabileceği gibi (basit-tek iradeli işlemler) birden fazla makam veya görevlinin iradesinin sonucu da olabilir (Bileşik iradeli-çok iradeli işlemler). Bileşik iradeli işlemlerde, birden fazla irade, işlemin oluşumuna katılmaktadır. Bu katılım, bir kurul içinde bulunan kurul üyelerinin iradelerinin eşzamanlı katılımı (kolektif işlem) şeklinde olabileceği gibi, farklı idari makamların iradelerinin farklı zamanlarda bir araya gelmesi şeklinde de (birleşme işlem) olabilir. Ancak konuyu

¹ Akyılmaz, B – Sezginer, M – Kaya, C, Türk İdare Hukuku, Ankara 2009, s.362.

² Bk.Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s.382 vd; Erkut, C, İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s. 21 vd.

bu kadar basit bir şekilde ortaya koymak yeterli değildir. Farklı makamların iradelerinin katılımı, dış dünyaya, üçüncü kişilere yansımaksızın, idarenin iç işleyişi içinde olabileceği gibi (geniş anlamda birleşme işlemi); Farklı makamların, farklı zamanlarda, dış dünyaya yansımış irade açıklamaları şeklinde de olabilir (dar anlamda birleşme işlemi). Geniş anlamda birleşme işlemi için müşterek kararname³, dar anlamda birleşme işlemi için ise Üniversite rektörlerinin atanması örneği verilebilir. Ancak bu aşamada da sorun çözülmüş değildir. Dar anlamda birleşme, aşamalı olarak gerçekleştirilen bir idari işlemdir; ancak bu aşamaları oluşturan işlemler basit birer usul işlemi şeklinde olabileceği gibi, her biri, içinde yer aldığı işlem sürecinden bağımsız olarak icrai bir işlem de olabilir. Aşamalı işlemler konusunda tam bir terim karmaşası vardır. Bazıları aynı anlama gelebilen, bazıları ise çok farklı anlamlar taşıyabilen terimler, konuya ilişkin olarak zikredilmektedir⁴. Karma ya da usullü tasarruf, zincir işlem, birleşme işlem, seri işlem, usul işlemi, ön işlemler, işlem dizisi vb.

Terim karmaşası, AYİM Başsavcılığının düşüncesine de yansımış görülmüyor. Başsavcılık düşüncesinde şu tespit yer alıyor;

“Ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde davacının bir üst rütbeye terfi ettirilmesi şeklindeki son işlemin iki ayrı evreden oluştuğu, bunlardan ilkinin “Yüksek Askeri Şura kararıyla bir üst rütbeye terfi ettirilme (926 sayılı Kanun md.54)” işlemi ve ikinci evrenin de “müşterek kararnamenin hazırlanıp yayımlanması” işlemi olduğu, bu iki evre sonunda tesis edilen her bir işlemin birbirinden bağımsız, kesin, yürütülebilir ve kişilerin menfaatlerini etkiler nitelikte olmaları nedeniyle dava edilebilir olduğu, dolayısıyla YAŞ kararıyla bir üst rütbeye terfi ettirilmeme işleminin yargısal denetime kapalı olmasının kolektif işlemin bir diğer bacağına oluşturan “müşterek kararname” işleminin tek başına yargısal denetimine engel olamayacağıının kabulünün gerektiği...”

General ve Amirallerin bir üst rütbeye terfi işlemi, çok iradeli bir işlem olmakla beraber, Başsavcılığın ifade ettiği gibi, kolektif işlem değildir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, kolektif işlemlerde, işlemi oluşturan iradelerin aynı anda, eş zamanlı olarak ortaya çıkması söz konusudur. Açıklanan iradeler bir müzakerelere sonucunda ortaya konur ve bu iradeler sonuçta anonimleşmektedir.⁵ Bu sebeple de birleşme işleminden farklı olarak, kolektif işlemi oluşturan iradeler, birbirinden ayrılamaz; bunun sonucu olarak da elbette ayrıca davaya konu edilemez. *“Kolektif işlemlerde zaman bakımından o iradelerin aynı anda ortaya çıkması o denli önemlidir ki, bu kurala uyulmaması işlemi “yok” hükmünde kılcak kadar ağır bir sakatlık oluşturabilir.”*⁶ Buna göre, uyuşmazlık konusu işlemde müşterek kararnameyi kolektif işlemin bir diğer bacağı şeklinde tanımlamak mümkün değildir.

Uyuşmazlık konusu olayda aşamalı olarak gerçekleştirilen bir idari işlem söz konusudur. Buna göre, öncelikle Yüksek Askeri Şura bir üst rütbeye ata-

³ Özay, İ H, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s.479.

⁴ Bk.Sezginer, M, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000, s.55 vd; Akıllıoğlu, T, Yönetim Önünde Savunma Hakları, Ankara 1983, s.7 vd.

⁵ Özay, s.478; Erkut, s.23

⁶ Özay, s.478.

nacak olanları belirliyor; müteakip müşterek kararname ile üst rütbeye atamalar gerçekleştiriliyor. Burada tek bir idari işlem ve bu işlemin oluşumuna katılan usul işlemleri mi; iki ayrı idari işlemin bir araya gelmesi sonucu oluşan bir işlem mi söz konusudur? Sorun Yüksek Askeri Şura kararının niteliği ile müşterek kararname ile arasındaki ilişkinin değerlendirilmesinde ortaya çıkıyor. Aslında Anayasamızın 125. maddesinde yer alan “Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır” şeklindeki hüküm olmasa idi tartışılacak çok fazla husus da olmayabilecekti. Bu düzenleme sebebiyle, Yüksek Mahkeme'nin kararı, “bir Anayasa ihlali mi yapıyor?” tartışmasına da kapı aralamıştır. Nitekim davalı idare Anayasa hükmüne dayalı bir savunma yapıyor;

“YAŞ kararlarının ve müşterek kararnamenin ayrı ayrı idari işlemler olmayıp YAŞ karar sürecinin parçaları olduğu; Anayasa'nın 125/2 ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21/3 maddesi uyarınca YAŞ kararlarının yargı denetimi dışında tutulmuş olması nedeniyle YAŞ karar süreci içerisinde yer alan ve sonuçlandırıcı irade açıklaması niteliğinde bulunan müşterek kararnamenin ayrılarak idari davaya konu edilmesinin mümkün olmadığı...”

Savunmada ayrıca, YAŞ kararı ile müşterek kararnamenin ayrı ayrı idari işlemler olmadığı YAŞ karar sürecinin parçaları olduğu ifade ediliyor. O halde öncelikle bu sorun üzerinde durulması gerekir. İdari işlem ve özellikleri, bu tartışmanın esasını oluşturuyor. Savunmada ifade edilen hususlar, bizi müşterek kararnamenin icrailik özelliğine sahip olmadığı sonucuna götürmektedir. Davalı İdareye göre, müşterek kararname bağımsız bir idari işlem olmayıp, YAŞ karar süreci içinde yer alır ve sonuçlandırıcı irade açıklaması niteliğindedir. Bu açıklamalara göre müşterek kararname, bağımsız idari işlem olma niteliğine sahip olmadığı gibi, icrai de değildir. *Sonuçlandırıcı irade açıklaması* şeklindeki tanımlama, idari işlem kuramı içinde bu güne kadar hiç ifade edilmemiş bir kavram olmakla beraber, idari işlem kuramı ile ilgili çalışmalar ışığında bir değerlendirme yapılacak olursa; YAŞ kararını takip eden müşterek kararname, idari davaya konu edilemeyeceği iddia edildiğine göre, olsa olsa bir usul işlemi olarak ifade edilmek isteniyor olabilir. Bilindiği üzere usul işlemleri⁷, bir idari işlemin yapılışı sırasında ilgili kişileri idareye karşı korumak⁸, onlara güvence sağlamak⁹ için öngörülmüş bulunan bir takım formaliteleri ifade etmektedir.¹⁰ Usul işlemleri idari davaya konu olmayan¹¹, icrailik özelliği bulunmayan işlemlerdir. Esasında usul işlemleri, final işlem öncesinde yapılan; final işlemin hukuka uygun olarak yapılmasını temin eden ve bu yönüyle işlem muhatabına hukuki güvenlik sağlayan işlemlerdir. İşlemin muhatabına önceden yapılan bildirim, işlem muhatabının görüşünün alınması, keşif, bir başka makamın görüş ve önerilerinin alınması gibi işlemler icrai olmadıklarından iptal davasına

⁷ Sezginer, s.68 vd; Akıllıoğlu, s.9 vd; Duran, L, İdare Hukuku, İstanbul 1982, s.409 vd; Kaya, C, Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler, Gazi ÜHFD, c.IX, sy.1-2, s.253-284; Erkut, s.133 vd; Gözler, K, İdare Hukuku, c.I, Bursa 2003, s.594 vd.

⁸ Charles, H, Actes Rettachables et Actes Détachables En Droit Administratif Français, These, Nice 1965, s.265

⁹ Duran, L, İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular, İdari Usul Kanunu Uluslar arası Sempozyumu – Bildiriler, 17-18 Ocak 1998 Ankara, s.32.

¹⁰ Sezginer, s.68

¹¹ Akıllıoğlu, s.9

konu olmazlar. Bir usul işlemi ile idari davaya konu olabilecek işlem arasındaki farklılık, bir kararı içerip içermediğidir. Şöyle ki, usul işlemleri bir makamın kararı değildir¹²; karar niteliğine sahip olmamakla beraber sadece alınacak kararın hazırlık evresine ilişkin basit şekillerdir ve bu yönüyle işlemin unsuru olarak ele alınırlar. Buna göre, kanunun öngördüğü usul işlemlerinde yapılan hukuka aykırılıklar, final işleme karşı açılacak iptal davasında bir şekil bozukluğu olarak değerlendirilir.¹³ Ancak bir kararı içeren ve bu yönüyle basit bir usul işlemi olmaktan çıkan işlemler, final işleminden bağımsız olarak dava konusu olabilir. Burada Usul (Procédure) kılıfı altında gizlenen gerçek kararlar söz konusudur. O halde bir prosedürün basit evreleri söz konusu olduğunda iptal davası kabul edilemez; ancak gerçek bir karar prosedür içinde yer alıyorsa, prosedürden ayrılarak iptal davasına konu olur.¹⁴ Bu durumda bir usul işlemi değil, zincir işlem olarak adlandırılan ve birbirini belli bir sıra ile izleyen işlemlerden icraîlik özelliği taşıyan işlemlerin ayrılabilir işlem kuramı uygulaması ile süreçten ayrılarak iptal davasına konu olması söz konusudur.

Hukuk devleti ilkesi gereği olarak, idarenin tek yanlı irade açıklaması ile gerçekleştirdiği hukuksal değişikliklerin yargısal denetimlerinin yapılması gerekir. İdari yargıda *iptal davası, hukuka aykırı tek yanlı idari işlemleri ortadan kaldırmak suretiyle, hukuk düzenini konuyan, hukuk devletini gerçekleştiren objektif bir davadır.*¹⁵ Ayrılabilir işlem kuramı, işlem prosedürü içinde yer alan ve tek yanlı, icraîlik özelliklerine sahip olan idari işlemlerin ortaya çıkarılması ve yargısal denetiminin yapılmasını sağlayarak iptal davasının uygulama alanını genişletir. Bilindiği üzere çok sayıda idari işlem, iptal davası yargıcı tarafından denetlenemez. Mesela kanunla adli yargı denetimine bırakılan işlemler, doğrudan Anayasa düzenlemesi ile yargı denetimi dışı bırakılan işlemler gibi. Ayrıca özel hukuk ilişkisinin parçası olmaları veya basit bir usul işlemi sayılmaları sebebiyle idari yargı denetimi dışında kalması muhtemel işlemler de mevcuttur. Bütün bu engellerin aşılması ve yargısal denetimin en geniş şekilde yapılması gerekir;

*“Ayrılabilir işlem kuramı, ifade edilen bu engellerin aşılmasını; tek yanlı idari işlemi bulunduğu yer neresi olursa olsun, içinde bulunduğu işlem süreci veya hukuki ilişkiden ayrıştırarak iptal davası yargıcının denetimine tabi tutulmasını sağlayan bir tekniktir. Buna göre idarenin tek yanlı işlemi, bulunduğu süreç ya da ilişkiye göre değil, kendine ait özellikleri dikkate alınarak, iptal davasına konu olup olmayacağı tespit edilecektir.”*¹⁶

İster bir özel hukuk ilişkisinin parçası, ister yargı denetimi dışı bırakılmış bir işlem prosedürünün parçası, ister usul işlemi görüntüsü altında olsun, tek yanlı ve icraî her idari işlem, iptal davası yargıcı tarafından denetlenmelidir. Bu hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

İnceleme konusu karara dönülecek olursa; davalı idare savunmasında, dava konusu müşterek kararnamenin YAŞ kararının bir parçası durumunda ve

¹² Isaac, G, La Procédure Administrative Non Contentieuse, Paris 1968, s.49.

¹³ Sezginer, s.69.

¹⁴ Charles, s.265.

¹⁵ Sezginer, s.15.

¹⁶ Sezginer, s.15.

sonuçlandırıcı irade açıklaması niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Bu niteleme, yukarıda da ifade edildiği üzere, ancak usul işlemi şeklinde anlaşılabilir. Zira usul işlemleri, bağımsız ayrı bir idari işlem değildir ve yargı denetimi dışında tutulmuştur. Müşterek kararname YAŞ kararının bir parçası olarak değerlendirilmiş olmakla beraber, YAŞ kararının öncesinde değil sonrasında ortaya çıkmıştır. Yukarıda, usul işlemlerinin genellikle karar öncesinde yapıldığı, final işlemi hukuka uygun olarak tekemmül ettirmek bakımından fonksiyon ifa ettiği belirtildi. Bu aşamada sorun şudur; usul işlemleri final işlemi müteakip mevcut olabilir mi? Bu soruya olumlu cevap verilmektedir. Ancak, final işlemi takip eden usul işlemleri, final işlemin hukuka uygun olarak yapılmasını temin etmek yönüyle değil; işlemin muhatabı üzerinde etki doğurması, yürürlüğe girmesi bakımından fonksiyon ifa eder ve son derece sınırlı olarak görülür. Bu çerçevede alman kararının bir makama tevdi edilmesi, kayıt edilmesi, çeşitli şekillerde tebliğ edilmesi işlemleri, final işlem sonrası yapılan usul işlemi örnekleridir. İdari işlem öncesindeki usul muamelelerinin kanunun öngördüğü şekilde yapılmamış veya hiç yapılmamış olması, işlemin unsuru bakımından bir hukuka aykırılık oluşturacağından işlemi sakat kılarken; işlem sonrasındaki usul muamelelerinin hiç yapılmamış veya eksik, hatalı yapılmış olması, işlemin, muhatabı olan ilgilileri bakımından bağlama gücünden yoksun olması sonucunu doğurur.¹⁷ Final işlemi müteakip yapılan usul işlemleri, işlemin bir parçası, kurucu unsuru olmayıp, yürürlülük, üçüncü kişiler bakımından etki doğurması veya iç düzen işlemi şeklinde ortaya çıkar. Dava konusu olayda, davalı idare, final işlem olarak YAŞ kararını tanımlamakta, müşterek kararname için ise “YAŞ karar süreci içinde yer alır ve sonuçlandırıcı irade açıklaması niteliğindedir” tespitini yapmaktadır. Müşterek kararname, YAŞ kararı sonrasında ortaya çıktığına göre, YAŞ karar sürecinin nasıl parçası olabilir? Şöyle ki, final işlem öncesindeki usul işlemleri, bağımsız, icrai niteliği olan işlemler olmayıp final işlemden ayrılamaz ve onun bir parçasıdır; onun içinde yer alır. Oysa final işlem sonrasındaki usul işlemleri işlemin kurucu unsuru değildir ve yukarıda da ifade edildiği üzere idarenin iç işleyişi ile veya üçüncü kişiler üzerinde etki doğurması, yürürlüğe girmesi ile ilgilidir. Ayrıca final işlemi takip eden usul işlemlerinde, bir irade açıklaması başka bir ifade ile bir karar mevcut değildir. Davalı idare bizzat kendisi müşterek kararname için *irade açıklaması* ifadesini kullanmaktadır. Söz konusu irade açıklaması, bir kararı oluşturmaktadır; o halde müşterek kararname, başlı başına bir işlemdir; konumuz bakımından *final işlem* niteliğindedir. Bu sebeple de müşterek kararname, final işlemi takip eden etkisiz bir usul işlemi şeklinde nitelendirilemez. Kaldı ki, YAŞ kararı içeriği ile uyum içinde olmama ihtimali her zaman mevcut olan bir müşterek kararname işlemi için, nasıl YAŞ karar süreci içinde yer alır denilebilir? Şöyle bir örnek verebiliriz: YAŞ kararında terfi edecek isimler arasında yer almayan bir kişinin ismi müşterek kararnamede yer alırsa, müşterek kararname için hala YAŞ kararının bir parçası denilebilir mi? Hiç şüphe yok ki, davalı idare savunmasında da ifade edildiği gibi müşterek kararnamede bir *irade açıklaması* vardır. Bu irade açıklamasının icrai, ilgilileri üzerinde etki yaratan bir hukuki işlem (idari işlem) olduğu açıktır. Üstelik öncesindeki YAŞ kararından da farklıdır. Aynı değerlendirme, dava konusu olayda olduğu gibi, YAŞ

¹⁷ Duran, İdare Hukuku, s.409.

kararında yer alan bir ismin çıkarılması hali için de yapılabilir. O halde ortada iki ayrı idari işlemin varlığı söz konusudur.

Mevzuattaki düzenleme şekli de bu tespiti teyit edici mahiyettedir. 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun general ve amirallerin bir üst rütbeye terfi ettirilmelerini düzenleyen 47. maddesi, YAŞ kararını terfi şartlarından sadece birisi olarak saymıştır. Bir üst rütbeye terfi etmek için, diğer şartlar yanında, *Yüksek Askeri Şûraca 54 üncü madde esaslarna göre seçilmiş olmak* gerekir (md.47/d). Kanunun ifadesi ile YAŞ kararı, aslında bir seçim işlemidir. Kanunun 54. maddesi ise YAŞ tarafından seçimin nasıl yapılacağını düzenlemektedir. Buna göre YAŞ, terfi ettirilmesi söz konusu olan kişilerin sicil dosyalarını inceleyerek *"...Subay Sicil Yönetmeliğinde gösterilen esaslara göre değerlendirme notu verir. Tespit edilen yeterlik notuna göre en yüksek yeterlik notu alanlardan başlanmak üzere yeterlik sıralaması yapılır. Yeterlik notu, yeterlik tam notunun % 85 ve daha yukarısı olan albay, general ve amirallerden yeterlik notu en yüksek olandan itibaren kadro ihtiyacı kadar bir üst rütbeye terfi ettirilir."* Bir an için Anayasanın 125. maddesinde YAŞ kararlarının yargı denetimi dışında tutulmasına ilişkin düzenlemenin olmadığı varsayılır ise; bu durumda YAŞ kararma karşı müşterek kararname henüz çıkmadan bir dava açılabilir mi? Sorusunu sormak gerekir. Hiç şüphe yoktur ki cevabımız evet olacaktır. Mesela YAŞ tarafından bir üst rütbeye atanmak üzere seçilmiş olan ilgilinin 926 sayılı Kanunun 47. maddesi uyarınca atanma şartlarından biri gerçekleşmemiş olduğu için, müşterek kararname içinde yer alması mümkün değildir; bu durumda ilgilinin müşterek kararnameyi beklemeksizin dava açması mümkündür. Zira YAŞ kararı, tek yanlı irade açıklaması ile hukuksal durumda değişiklik yaratmış, icrai bir karardır. Bu aşamada sorulması gereken soru şudur; Anayasal engel olmasa idi YAŞ kararı müşterek kararname öncesinde iptal davasına konu olabilecek bir işlem olduğuna göre, müşterek kararname ne şekilde YAŞ kararının bir parçası olabilir; daha doğrusu, ne şekilde YAŞ kararını *sonuçlandırıcı irade açıklaması niteliğinde* olabilir? YAŞ kararı, Müşterek kararname öncesinde, iptal davasına konu olabilecek, tekemmül etmiş, tek yanlı, icrai bir işlem olduğuna göre, müşterek kararname onu nasıl sonlandırabilecektir? Yukarıda izah edildiği üzere, müşterek kararname, final işlem sonrasında yer alan *teyit, tevsik* veya daha başkaca bir usul işlemi olamayacağına göre, ayrı bir idari işlemidir; daha doğrusu final işlem müşterek kararnamedir. YAŞ kararı ise içinde yer aldığı atanma (terfi) sürecinden ayrı, bağımsız bir hukuki varlıktır. Anayasa hükmü, bağımsız niteliği açık olan YAŞ kararının, daha doğrusu terfi edecek personelin değerlendirme notu verilmek suretiyle seçimine ilişkin kararının, yargı denetiminde olmayacağını ifade etmektedir. YAŞ kararından farklı unsurlar içeren ve karar olma niteliği tartışmasız olan atanma kararnamesinin (müşterek kararnamenin) yargı denetimine tabi olacağı ise kuşkusuzdur.

Bu aşamada *tevsik* ve *teyit edici* işlem kavramlarını daha yakından incelemek gerekir. Müşterek kararnamenin yargı denetimine tabi olmadığı tezi, YAŞ kararını müteakip ortaya çıkması muhtemel usul işlemleri olan *tevsik* ve *teyit* işlemlerinin mevcudiyetini akla getirtebilir. *Tevsik* işlemi, daha önce yapılmış bulunan bir işlemin, varlığını, gerçekliğini, orijinallliğini ortaya koyan, onu tasdik eden bir işlem olarak kabul edilir. İşlemin mevsukiyetini ortaya koyan sonraki işlem, kurucu bir işlem olarak kabul edilemez; bu yönüyle işlem süreci

dışında, noterlerin “*aslına uygunluğu tasdik etmesi*” şeklinde bir işlemdir¹⁸. Bu tür işlemlere karşı dava açılmayacağı da ortadadır. Ancak uyuşmazlık konusu olayda, müşterek kararnameyi, YAŞ kararının mevsubiyetini ortaya koyan bir işlem olarak değerlendirmek mümkün değildir. Her şeyden önce YAŞ kararnandan farklı, yeni unsurlar taşıyan bir işlem söz konusudur. Ayrıca, müşterek kararname, YAŞ kararı dışında terfi için gerekli olan diğer şartları da gözetmek durumundadır. AYİM kararında da bu husus karar gerekçesi olarak zikredilmiştir. 926 sayılı Kanununun 47. maddesine atıfla şu değerlendirme yapılmıştır;

“Görüldüğü üzere Yüksek Askeri Şuraca 54’üncü madde esaslarına göre seçilmiş olmak general-amiral rütbe terfii şartlarından sadece biridir. Diğer taraftan, aynı Kanununun 65’inci maddesinin üçüncü fıkrasında da terfie engel kimi durumlar belirtilmiştir. ...Dolayısıyla, son işlemi tesis edecek irade, YAŞ kararı ile terfi için seçilmiş personelin, Kanunun aradığı objektif şartlara sahip olup olmadığını gözetmekle yetkili ve görevlidir.”

AYİM kararının bir başka yerinde ise YAŞ kararı ile aynı olan, farklı bir unsur getirmeyen müşterek kararnamenin denetlenemeyeceği ifade edilmektedir;

“...Son işlem, önceki işlemin paralelinde ve önceki işlemle birebir aynı içerikte tesis edildiğinde, diğer bir deyişle salt uygulama işlemi mesabesinde kaldığında, hukuk âleminde ilkinden farklı ve münhasıran değişiklik meydana getirmediğinden idari davaya konu edilemez. Örneğin YAŞ’ın terfi ettirmeme işleminin doğal sonucu olarak terfi kararnamesi düzenlenmemesi veya YAŞ’ın disiplinsizlik veya ahlaki nedenlerle TSK’dan re’sen emekli edilme kararı üzerine statüden çıkarma işlemi tesis edilmesi, bu kapsamdaki uygulama işlemleridir. Buna karşılık uygulamaya yönelik sonraki işlem, ilkinden ayrı ve farklı bir hukuki sonuç doğuruyorsa, artık idari davaya konu edilebilen bir işlem durumundadır.”

Bu değerlendirme, müşterek kararnamenin, AYİM tarafından, teyit edici işlemler şeklinde değerlendirildiğini göstermektedir. Teyit edici işlemler (actes confirmatifs), idari kararı tekrarlayan, onu teyit eden, yorumlayan, hatırlatan işlemlerdir ve karardan farklı bir unsur içermediğinden icrai bir karar olarak kabul edilmezler¹⁹. Teyit edici işlem, ilk işlemle, sebep ve özellikle konu unsuru bakımından aynılık taşımalıdır. *“İlk karardan farklı bir unsur içeriyor ise teyit edici işlem olarak kabul edilmez; icrai nitelikte, idari davaya konu olabilecek ayrı bir işlem olarak değerlendirilir; “İkinci işlem ile ilk işlem arasında konu ve sebep unsurunda ayniyet yoksa veya ikinci işlem ilk işleme nazaran yenilikler içeriyorsa ikinci işlem teyit edici nitelikte değildir ve dolayısıyla ikinci işleme karşı da iptal davası açılabilir.”*²⁰ Teyit edici işlem, ilk işlemi kısmen teyit ediyorsa, ilk işlemden farklı olan kısımları bakımından, yeni bir işlem olarak kabul edilir.²¹ Dolayısıyla, ilk işlemden farklı olan kısım, ayrı bir iptal davasına konu olabilir.²²

¹⁸ Gözler, s.203.

¹⁹ Gözler, s.606.

²⁰ Gözler, s.606

²¹ Auby, J-M – Drago, R: *Traité des Recours en Matière Administrative*, Paris 1992, s.318.

²² Kısmen teyit edici işlemler, belli şartlarda, tümüyle yeni bir işlem olarak kabul edilebilir ve iptal davasına konu olabilir. Mesela, önceki kararın bazı unsurlarını almak suretiyle yeni bir hukuki durum oluşturduğunda (CE, 10 Nov.1916, Marc, Rec. CE, s.446) değiştirilen kısmın diğer kısımdan ayrılması mümkün olmadığında (CE, 26 Oct. 1934,

Buna göre müşterek kararname, YAŞ kararı ile aynı ise yargı denetimi dışında; farklı bir unsur taşıyor ise ilk işlemde bağımsız, yargı denetimine tabi ayrı bir işlem. Ancak bu değerlendirme, YAŞ kararını, terfi etmek bakımından gerekli şartlardan sadece biri olarak düzenleyen Kanun hükmü ve bu kanun hükmünü “son işlemi tesis edecek irade, YAŞ kararı ile terfi için seçilmiş personelin, Kanunun aradığı (diğer) objektif şartlara sahip olup olmadığını gözetmekle yetkili ve görevlidir.” Şeklinde karar gerekçesi yapan AYİM’in kendi değerlendirmesi ile çelişiyor. YAŞ kararında terfi ettirilecek kişiler arasında sayılan, ancak Kanunda terfi etmek bakımından gerekli diğer şartlardan birini taşımayan, mesela *Subay Sicil Yönetmeliğinde belirtilen kıta hizmetini yapmamış* bir kişi yer aldığında, bu kişi sebebiyle terfi listesine girememiş personelin müşterek kararnameye karşı dava açamayacağını; yargısal denetimin yapılamayacağını ifade etmek çelişkili bir durumdur. YAŞ kararını yargısal denetim dışında tutan Anayasa düzenlemesi, YAŞ tarafından yapılan değerlendirmenin, notlandırma işlemindeki takdirin denetlenmesini engellemektedir. Bu değerlendirmeden bağımsız olarak, kanunda terfi için öngörülmüş bulunan diğer şartlar bakımından da yargısal denetim yapılması, kanaatimizce, her zaman mümkündür.

Sonuç: İptal davası, hukuka aykırı tek yanlı idari kararların iptalini, hukuki etkilerini ortadan kaldırmayı amaç edinen “objektif” nitelikli²³ bir davadır. İptal davası, bir hukuk devletinde, idarenin hukuka uygun hareket etmesinin garantisidir. Hukuk devletinde idarenin önceden konulmuş kurallara uygun hareket etmesi gerekir. Bu ilkenin kabulü, hukuk devletinin mevcudiyeti için yeterli olmayıp, yargısal denetimin etkin bir şekilde işletilmesine bağlıdır.²⁴ Hukuk devletinin ayrılmaz parçası durumunda bulunan iptal davası, en geniş şekilde yorumlanmalı ve ele alınmalıdır. Bu tespit, yargısal denetime sınır getiren her türlü düzenlemenin de, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerle ilgili olarak Danıştay’ın yapmış bulunduğu gibi, amaca uygun olarak mümkün olan en dar şekilde yorumlanmasını gerektirir.

AYİM kararma konu olan müşterek kararname, üzerinde yargısal denetim ifa edilemeyen YAŞ kararından kolaylıkla ayrılabilir niteliktedir. Müşterek kararnamenin icraîlik özelliği, YAŞ kararı dışındaki bağımsız hukuki varlığı, YAŞ kararından farklı olması sebebiyle de kolaylıkla tespit edilebilir niteliktedir. Yukarıda izah edildiği üzere, farklı olmamış olsaydı bile, belli şartlar altında YAŞ kararı dışında ayrıca denetlenebilir niteliğe sahip olacaktır. Anayasa’nın YAŞ kararlarını yargı denetimi dışında tutan düzenlemesi, YAŞ tarafından yapılan değerlendirmelerin, notlandırmaya ilişkin takdirinin denetlenemeyeceğini öngörmektedir. Bu yorum dışında, yargı denetimini sınırlandırmaya ilişkin değerlendirmelerin hukuk devleti ilkesi ile çelişeceği açıktır.

YAŞ tarafından yapılan değerlendirmenin yargısal denetimi yapılamayacaktır. AYİM kararı, yargısal denetim yapılacak işlemin tespiti yönüyle tahlil edilmiştir. Bu sebeple, davada idarenin yapmış bulunduğu savunmanın ikinci bölümünde, davacının bir üst rütbeyle terfi ettirilmemesi sebebi olarak ifade

Nicolas, Rec. CE, s.965; CE 3 Fev. 1950, Dolleans, Rec. CE, s.75; CE 19 Mai 1950, Cuchet, Rec. CE, s.296) vb. Bk. Auby-Drago, s.318, 1453 nolu dipnot.

²³ Bk. Azrak, A.Ü, İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s.146 vd.

²⁴ Vedel, G- Delvolvé, P, Droit Administratif II, Paris 1990, 2.Ed, s.241.

edilen değerlendirmeler ele alınmamıştır. Bununla birlikte, savunmada ifade edilen bu değerlendirmeler, tam da Anayasa'da ifadesini bulan, yargısal denetim yapılamayacak olan YAŞ kararındaki takdiri ifade etmektedir. Anayasa koyucu, terfie ilişkin olarak YAŞ tarafından yapılacak notlandırmada, ilgililerin mesleki yeterliklerinin, başarı ve başarısızlıklarının müzakere edilmesini; bu müzakere sonucunda ortaya çıkan sonucun yargı organı tarafından denetlenmemesini öngörmüştür. Bu hususların mahkeme önünde tartışılması Anayasa'ya göre mümkün değildir.