

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

**1982 ANAYASASI ÇERÇEVESİNDE DEVLET
MEMURLARININ NAKLEN ATANMASINDA
İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN
YARGI YOLUYLA DENETİMİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Zeki UYSAL**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hasan TUNÇ**

Ankara – 2010

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

**1982 ANAYASASI ÇERÇEVESİNDE DEVLET
MEMURLARININ NAKLEN ATANMASINDA
İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN
YARGI YOLUYLA DENETİMİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

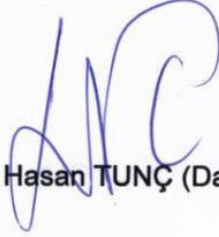
**Hazırlayan
Zeki UYSAL**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hasan TUNÇ**

Ankara - 2010

ONAY

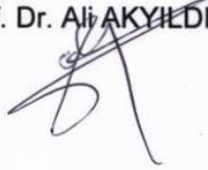
Zeki Uysal tarafından hazırlanan "1982 Anayasası Çerçevesinde Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Yoluyla Denetimi" başlıklı bu çalışma, 17.06.2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Anayasa Hukuku Bilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. Hasan TUNÇ (Danışman)



Prof. Dr. E. Ethem ATAY (Üye)



Prof. Dr. Ali AKYILDIZ (Üye)

ÖNSÖZ

Devlet memurlarının naklen atanmaları konusunda çeşitli zorunluluklar nedeniyle idareye tanınmış olan takdir yetkisinin kullanımını son sözü söylemek suretiyle yargısal açıdan denetleyen Danıştay'ın konuya bakış açısının ne olduğunu ağırlıklı olarak en son tarihli kararlarıyla ortaya koymak amaçlanarak bu tez hazırlanmıştır.

Mesleğimle alakalı olan bu konuda bana çalışma imkanı sunan saygı değer hocam Prof. Dr. Hasan Tunç'a ve ayrıca yoğun çalışma ortamında beni her zaman destekleyerek iş yoğunluğuma katlanan sevgili eşim Nagihan ile biricik kızım Güzin'e teşekkürlerimi bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MEMUR KAVRAMININ 1982 ANAYASASI'NDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ VE İDARENİN TAKDİR YETKİSİ İLE YARGISAL DENETİMİ

I. KAMU PERSONELİ İÇERİSİNDE MEMUR KAVRAMI VE 1982 ANAYASASI'NDA DÜZENLENİŞİ.....	3
A. Kamu Personeli.....	3
B. Memur Kavramı ve 1982 Anayasası'nda Düzenlenişi.....	5
II. DEVLET MEMURLARININ NAKLEN ATANMASI.....	9
A. Nakil Kavramı.....	9
B. Amacı.....	9
C. İdari İşlemler İçerisinde Naklen Atamanın Yeri ve Hukuki Niteliği..	10
III. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ	12
A. Kavram ve Genel Açıklama.....	12
1. Takdir Yetkisinin Tanımlanması.....	14
2. Takdir Yetkisinin Hukuki Niteliği.....	17
3. Bağlı Yetki -Takdir Yetkisi Ayrımı.....	18
B. İdareye Takdir Yetkisi Verilmesine Yol Açan Nedenler.....	20
1. Mevzuatın İdarenin Bütün Faaliyetlerini Bütün Ayrıntılarıyla Düzenleyemeyişi.....	20
2. Kamu Hizmetlerinin Sahip Olduğu Farklı Teknik Özellikler.....	22
3. Meselelerin Çeşitliliği ve Karmaşıklığı.....	22
IV. TAKDİR YETKİSİNİN İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	23
A. Yetki Unsurunda Takdir Yetkisi.....	24
B. Şekil Unsurunda Takdir Yetkisi.....	26
C. Sebep Unsurunda Takdir Yetkisi.....	28
D. Konu Unsurunda Takdir Yetkisi.....	29
E. Maksat Unsurunda Takdir Yetkisi.....	30
V. TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLANDIRILMASI.....	31
A. Hukuki Metinlerin Getirdiği Sınırlar.....	32
B. Yargısal İçtihatların Getirdiği Sınırlar.....	33
VI. TAKDİR YETKİSİNİN YARGISAL DENETİMİ.....	33
A. Amacı.....	34
B. 1982 Anayasası ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi.....	35

C. Yargısal Denetimin Sınırları.....	37
1. Hukukilik Denetimi.....	37
2. Yerindelik Denetimi Yasağı.....	38
3. İdari Eylem veya İşlem Niteliğinde Yargı Kararı Verilmesi Yasağı.....	42
4. Gerekçe İlkesi ve Takdir Yetkisi.....	46

İKİNCİ BÖLÜM

DEVLET MEMURLARININ NAKLEN ATANMASINA İLİŞKİN DAVALARDA 1982 ANAYASASI ÇERÇEVESİNDE YARGISAL DENETİMİN İŞLEYİŞİ

I. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI KANUNU'NDA NAKİL İŞLEMLERİNİN DÜZENLENİŞİ.....	48
A. Yer Değiştirme Suretiyle Atama.....	48
1. Özür Nedeniyle Yer Değiştirme.....	50
a. Eş Durumunun Gözetilmesi Durumu.....	50
b. Sağlık Özrünün Gözetilmesi Durumu.....	56
c. Öğrenim Özrünün Gözetilmesi Durumu.....	57
2. Özür Durumu Nedeniyle Nakil İşlemlerinde Uygulanması Gereken Kurallar.....	59
B. Karşılıklı Olarak Yer Değiştirme.....	60
C. Memurların Bir Kurumdan Diğere Nakilleri.....	61
D. Sınıf Değişikliği Suretiyle Atama.....	64
E. Memurların Kurumlarınca Görevlerinin ve Yerlerinin Değiştirilmesi.....	68
1. Sebep Denetimi İle İlgili Yargısal İçtihatlar.....	68
a. Nakil İşleminin İdarece Salt Takdir Yetkisine Dayalı Olarak ve/veya Objektif Kriterler Gözetilmeksizin Tesis Edilmesi Hali....	69
b. Nakil İşlemi İle İlgili İdarece Sebep İleri Sürülmesi Hali.....	72
(1) İdarece İleri Sürülen Sebeplerin Sübuta Erme/me Durumu..	72
(2) İdarece İleri Sürülen Sebeplerin Somut Olarak Ortaya Konulamaması ve Naklen Atamaya Dayanak Oluşturacak Nitelikte Bulunmaması Durumu.....	73
(3) Nakil İşlemine Konu Edilen Memurun Görevinde Başarılı Olma/ma Durumu.....	74
(4) İdarece İleri Sürülen Sebeplerin Kişi/Zaman Olarak Değerlendirilmesi.....	75
(5) İdarece İleri Sürülen Sebeplerin Ortadan Kalkması.....	77
2. Kazanılmış Hak Aylık Derecesinin Altında Bir Kadroya Atanma Yasağı.....	78
F. Nakil işlemlerine Karşı Açılan Davalarda Söz Konusu Olan Diğer İptal Sebepleri ve Bazı Özel Durumlar.....	79
1. Kamu Yararı ve Hizmetin Gerekleri.....	79
2. Eşitlik İlkesi.....	81

3. Açık (Takdir) Hata (sı).....	84
4. Eşdeğer Göreve Atama/ma.....	87
5. Sebep İkame Edilmesi Durumu.....	88
6. Aynı Niteliktekiler Arasından Boş Kadrolara Atama Durumu...	89
7. Menfaat Durumu.....	90
8. Memurun Kendi İsteğiyle Tesis Edilmesi Durumu.....	93
9. Kazanışmış Hak-İdari İstikrar-Haklı Beklenti-Baskın Kamu Yararı İlkelerinin Gözetilmesi Durumu.....	94
10. Yetki veya Şekil Sakatlığı Bulunması Durumu.....	95
11. Sebebinin Disiplin Cezası Olması Durumu.....	97
12. Ceza Yargılaması İle İlgisinin Olması Durumu.....	100
13. Yargı Kararının Uygulanması Amacıyla Tesis Edilmesi Durumu.....	102
SONUÇ.....	108
KAYNAKÇA.....	110
ÖZET.....	115
ABSTRACT.....	116

KISALTMALAR

a.g.e	: adı geçen eser	
a.g.m	: adı geçen makale	
a.g.t	: adı geçen tez	
AİD	: Amme İdaresi Dergisi	
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi	
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	
C.	: Cilt	
Çev.	: Çeviren	
DD	: Danıştay Dergisi	
DİBK	: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu	
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu	
DMK.	: Devlet Memurları Kanunu	
E.	: Esas	
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi	
İD	: İdare Dergisi	
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası	
K.	: Karar	
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname	
s.	: Sayfa	
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi	
TİD	: Türk İdare Dergisi	
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü	
vb.	: ve benzeri	
vd.	: ve devam	
Y.	: Yıl	
Yay.	: Yayınları	
YD	:	Yürütmenin durdurulması

GİRİŞ

Tezimizin konusunu, Devlet memurlarının naklen atanması konusunda idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminin 1982 Anayasası çerçevesinde incelenmesi oluşturmaktadır. Bu çerçevedeki asıl vurgumuz ise, nakil işlemlerinin yargısal olarak ne şekilde denetlendiğini gösteren Danıştay kararlarına ilişkindir.

Tezimizin ana fikrinin vurgusunu kaybetmemesi ve inceleme konusunu dağıtmamak amacıyla, naklen atama konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin yargısal denetiminin incelenmesinde, sadece 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi memurları esas aldık.

Bu bakımdan, söz konusu kanunda istihdam şekilleri bakımından memur dışında sayılan kamu görevlileri ile 1982 Anayasası'nın 128. maddesinin 2. fıkrası hükmünde ifade edilen diğer kamu görevlilerinin naklen atanmaları tezimizin çalışma konusu dışında kalmaktadır.

Devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin görülmesindeki insan unsurunu Devlet memurları oluşturmaktadır.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin diğer özlük işleri gibi atanmalarının da Kanunla düzenleneceğine ilişkin Anayasa'nın 128/2. maddesi hükmünün bir sonucu olarak, Devlet memurluğuna ilişkin temel statü düzenlemesi 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile yapılmıştır. Ayrıca, bu Kanuna dayalı olarak çok sayıda tüzük ve yönetmelik gibi genel düzenleyici işlemler de çıkarılmış bulunmaktadır.

Kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla bir takım hak ve güvencelere sahip kılınan Devlet memurlarının naklen atanmaları konusunda idareye, kamu hizmetinin daha iyi işlenmesini temin etmek suretiyle ve sonuçta kamu yararını sağlaması amacıyla bu hususta da takdir yetkisi tanınmıştır.

1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 1. fıkrası uyarınca idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Buna göre, memurun temel hak ve özgürlüklerini etkileyen nakil işleminin de yargı denetimine tabi kılınması, aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi amacına da hizmet etmektedir.

Devlet memuru hakkında tesis edilen nakil işleminin iptali amacıyla açılan bir davada, söz konusu işlem, idarenin takdir yetkisine sahip olduğu idari işlem türleri arasında bulunmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, ağırlıklı şekilde sebep unsuru üzerindeki denetim söz konusu olduğunda idari yargı yerlerinin takdir yetkisi devreye girmektedir.

Bu konuda yargı yerlerinin vereceği karar, 1982 Anayasası ile kendisine tanınan statü nedeniyle bağlayıcı ve belirleyici olmaktadır. Böylece, takdire dayalı işlemlerin yargısal denetimi konusu, İdare Hukukunun bir içtihat hukuku olduğuna ilişkin ilkenin en geniş geçerlik ve uygulama alanını oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, birinci bölümde, kamu personeli ve memur kavramının 1982 Anayasası'nda ne şekilde düzenlendiklerinden bahsettikten sonra nakil işleminin amacı ve idari işlemler içerisindeki yeri ile genel olarak idarenin takdir yetkisi ve yargısal denetimini inceleyeceğiz.

Tezin asıl ağırlıklı kısmını oluşturan ikinci bölümünde ise, 657 sayılı Kanun'a göre nakil türlerini, nakil davalarında söz konusu olan temel ve özel iptal sebeplerini, 1982 Anayasası çerçevesinde ve en son tarihli Danıştay kararlarına yer vermek suretiyle inceleyeceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

MEMUR KAVRAMININ 1982 ANAYASASI'NDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ VE İDARENİN TAKDİR YETKİSİ İLE YARGISAL DENETİMİ

I. KAMU PERSONELİ İÇERİSİNDE MEMUR KAVRAMI VE 1982 ANAYASASI'NDA DÜZENLENİŞİ

Devletçe üstlenilen kamu hizmetlerinin yerine getirebilmesi için en temel öge olarak kamu personeline duyulan ihtiyaç yadsınamaz bir gerçektir, çünkü Devlet faaliyetlerini idari teşkilatta yer alan görevlileri eliyle yürütür.

A. Kamu Personeli

Kamu personeli denilince akla kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlü kılınmış kimseler gelmekle birlikte bu kavram içerisinde statüleri birbirinden farklı görevliler bulunmaktadır.

Kamu personeli, kamu hizmetinin başta gelen ögesi olarak kabul edilince bir taraftan bu kişileri hizmete bağlayacak, kendilerini güven içinde hissettirecek; diğer taraftan da Devletin yürütmek zorunda olduğu hizmetlerin verimli ve amacına uygun biçimde devam edebilmesini sağlayacak kurallara ihtiyaç vardır.

Kamu görevi gören kişilerin kişisel özlük haklarının güvence altına alınması nasıl gerekli bir husus ise kamu hizmetlerini bu kişiler eliyle yürütmek zorunda olan Devletin kamu personeli üzerinde belli tasarruflarda bulunmak, bunları belli bir statü hukuku çerçevesinde çalıştırmak yetkisinin varlığını kabul etmek de o denli gerekli bir husustur.¹

¹ Mehmet Sağlam, **Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 1999, s.19.

Doktrinde kamu personeli terimine biri geniş, diğeri dar anlamda olmak üzere iki anlam verilmektedir. Geniş anlamdaki kamu personeli içerisinde seçilmişlerin dışında idari teşkilatta görev üstlenen herkes girmektedir.² Dar anlamda kamu görevlileri içerisinde ise, memurlar ve diğeri kamu görevlileri bulunmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde "istihdam şekilleri" başlığı altında dört grup personelden söz edilmiştir. Bunlar yukarıda da sözü edilen ve dar anlamda kamu görevlisi olarak ifade edilen; memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçilerdir. Bunların tümü kamu görevlisi kavramı içerisinde yer almakla birlikte aynı hukuki rejime tabi değildir. Örneğin, işçiler hakkında 657 sayılı Kanun hiç uygulanmadığı gibi, sözleşmeli ve geçici personel hakkında sadece kanunda belirtilen özel hükümler yönünden 657 sayılı Kanun uygulanmaktadır. Bu nedenle memur dışında kalan kamu personeli tanımına burada yer verilmeyecektir.³

Nitekim Danıştay tarafından "... 657 sayılı DMK 'nın 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli programcı olarak görev yapmakta iken, ... tarihinde Türk Telekom' da sözleşmeli uzman yardımcısı olarak göreve başlayan ve Türk Telekom' un özelleştirilmesi sonucu Muhasebat Müdürlüğü'ne 657 sayılı Kanun'a tabi kadrolu memur olarak nakledilen davacının, 5289 sayılı Kanun'un getirdiği haktan yararlanabilmesi için, ... ve ... tarihinde görevde olması ve bu görevin de 657 sayılı Yasa'ya göre aylık alınan bir görev olması gerekmektedir.

... tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5289 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde bu Kanun'un ... tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiş olup, bu Yasa'nın öngördüğü tarihte 657 sayılı Kanun'un 4/B maddesi kapsamında çalışan davacının, memur statüsüne sahip olmadığı ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre kadro karşılığı aylık almadığı açıktır. Dolayısıyla 5289 sayılı Yasa'nın öngördüğü 458 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'den

² İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, Genişletilmiş 2.Basım, Der Yayınları, No:292, İstanbul, 2006, s.433.

³ Sağlam; **a.g.e.**, s.20.

yararlanabilmesi için, bu Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan 657 sayılı Yasaya göre aylık alma şartı davacı açısından gerçekleşmemektedir. Bu husus dikkate alındığında, dava konusu işlemde hukuka aykırılık, anılan işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” şeklinde karar verilmiş bulunmaktadır.⁴ Bu nedenle devlet memurlarına en dar anlamda kamu görevlisi gözü ile bakılabilir.⁵

B. Memur Kavramı ve 1982 Anayasası'nda Düzenlenişi

Kanunlarımızda memur deyiminin “açık” ve “somut” bir tanımını bulmak zordur.⁶ Doktrin, Devlet memuru kavramının neyi ifade ettiğinden ziyade kamu görevlisi kavramı üzerindeki tartışmalara yoğunlaşmıştır. Tartışmalar, özellikle 1982 Anayasa'nın yürürlüğe girmesi ve bu Anayasa'nın 128. maddesinde memur kavramının yanında diğer kamu görevlisi kavramının da kullanılmış olması ile birlikte kamu görevlisi kavramının kapsamının belirlenmesi çerçevesinde yoğunlaşmıştır. 128. maddenin kamu iktisadi teşebbüslerini de kapsayacak şekilde bir sistem öngörmesi, bu tartışmaların daha da derinleşmesine neden olmuştur.

Devlet memuru kavramının çeşitli kanunlarda farklı tanımlamaları bulunmaktadır. Devlet Memurları Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Askeri Ceza Kanunu kendi açılarından Devlet memurunu tanımlamıştır.

Onar' a göre, "memurun tam bir tarifini yapmak çok güçtür... Ancak memur hakkında her memleketin kabul ettiği umumi telakkiler vardır. Yani muhtelif mevzuattaki memur tariflerinin tahlil ve terkihiyle umumi bir fikir ve müşterek bir tarif çıkartılabilmektedir. ...Memur mefhumunun umumi ve müşterek sayılan iki esaslı unsuru vardır:

⁴ D5D, 31.10.2008, E:2007/5500, K:2008/5330, **DD**, Sayı:120, s.168-170.

⁵ Ramazan Cengiz Derdiman, **İdare Hukuku**, 2.Baskı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, Kasım 2007, s.407.

⁶ Derdiman, **a.g.e**, s.413.

1. Amme Hizmeti,

2. Daimi bir surette İdare kadroları ve hiyerarşisi içerisinde kaynaşmak."⁷

Esasında Devlet memuru kavramının anlamı üzerinde genel olarak bir uzlaşa sağlanmıştır. Böyle bir uzlaşa sağlanmasında Devlet memurluğu rejiminin tarihi dinamiklerinin de etkili olduğu söylenebilir. 1961 Anayasası, genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin sadece memurlar eliyle yürütülebileceğini öngörerek aslında dolaylı yünden bir tanım yapmıştır. Çünkü, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler sadece Devlet memurları eliyle yürütülecekse, Devlet memuru, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde çalışan kişiler olarak tanımlanabilir.⁸

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndan farklı bir sistem getirerek Devlet memuru kavramının anlamında da bir değişikliğe neden olmuştur. 1982 Anayasası'nın 128. maddesinde şu hüküm yer almıştır: "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür..."

Bu düzenlemede, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel İdare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde çalıştırılacaklar arasında memurlar yanında diğer kamu görevlileri kavramı da yer almaktadır. Bu durum aslında, memurluğu tanımlamada genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin olgu olarak ele alınamayacağını ortaya koymuştur. Çünkü söz konusu görevler

⁷ Sıdık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, 1966, s.1066.

⁸ Tayfun Akgüner, **Kamu Personel Yönetimi**, İstanbul, 1988, s.16-17.

Devlet memurlarına has görevler olmaktan çıkmış, diğer kamu görevlilerinin de çalıştırılabileceği görevler arasına alınmıştır.⁹

Burada memur kavramından ziyade asli ve sürekli kamu hizmetinin kimler eliyle yürütüleceğine ve asli ve sürekli kamu hizmetlerinin de sadece memurlar tarafından değil, diğer kamu görevlilerince de yerine getirileceğine işaret edilmiştir.¹⁰

128. maddede, 1961 metninden farklı ilkeler yer almakla birlikte, ilkelerin temel sonucu, asli ve sürekli görevlerin devletin istihdam ettiği statü hukukuna bağlı olarak görev yapan memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirileceğidir. Dolayısıyla 1982 Anayasası'nın 128. maddesi, 1961 Anayasası'nın 117. maddesine koşut olarak statü hukukuna bağlı olarak istihdam edilen memur ve diğer kamu görevlileri eliyle kamu hizmetlerinin yerine getirileceğini hüküm altına almıştır.¹¹

Nitekim 128. maddenin gerekçesinde de, Devlet memurunun tanımlanmasından kaçınılmıştır.

Aslında 128. madde, memuru ve diğer kamu görevlisini tanımlamamış, bu konuda düzenleme açısından yasa koyucuya, çizdiği sınırlar¹² içerisinde takdir yetkisi vermiştir.¹³ 128. madde, memur ve diğer kamu görevlilerinin Devletin hangi tür hizmetlerinde çalıştırılabileceğini düzenleyen bir maddedir.

Devlet memuru, bu Anayasal çerçevede Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde, mevcut kuruluş, biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilen kişiler olarak tanımlanmıştır.

⁹ Lütfi Duran, "Anayasa Mahkemesi'ne Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II)", **AİD**, C:19, Sayı:2, 1986, s.19.

¹⁰ Bahtiyar Akyılmaz, **İdare Hukuku**, Sayram Yay., Konya, 2004, s.369

¹¹ Onur Ender Aslan, **Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri Tarihi ve Toplumsal Temelleri**, TODAİE Yayın No:330, Ankara, Aralık 2006, s.354-355.

¹² Örneğin, 128. maddenin ikinci fıkrasına göre, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenmek zorundadır.

¹³ İbrahim Pınar, **Açıklamalı-İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu Şerhi**, Seçkin Yay., Ankara, 2006, s.58.

Ayrıca aynı maddede, Kanun kapsamı dışında olan kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanların da memur sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Devlet Memurları Kanunu bu şekliyle, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan genel idare esasları ve asli ve sürekli görevleri olgu olarak almıştır.

1982 Anayasası'nın 128. maddesinin 2. fıkrası, "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." kuralını içermektedir.

Anayasa'nın sözü edilen kuralında öngörülen kanunla düzenleme ilkesinin kapsamı ve sınırı ne olacaktır? Düzenleme, mutlak bir şekilde yorumlanıp kamu personeline ilişkin her türlü konunun detaylı bir şekilde kanunla düzenlenmesi mi gerekecektir? Yoksa, bu konudaki temel ve belirleyici noktaların kanunla düzenlenmesi yeterli görülüp ayrıntıya ilişkin hususların düzenlenmesi konusunda yürütme organına yetki ve inisiyatif bırakılabilecek midir?

Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, kanunla düzenleme ilkesinin, düzenlenen konunun tüm ayrıntı ve detaylarının kanunda belirtilmesi şeklinde katı bir anlayışla uygulanmadığı görülmektedir. Aksine, temel ilkeler, ölçü ve sınırların kanunla belirlenip uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesinin yürütme organına bırakılması şeklinde yumuşak bir anlayışla uygulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, kanunilik ilkesine ilişkin kararlarında Anayasa'nın sadece kanunla düzenlenme esasını öngören hükümlerini (personel statüsü yönünden 128/2. maddeyi) değil aynı zamanda yasama yetkisinin TBMM 'ye ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini

öngören 7. maddesini esas almaktadır. Zaman zaman da hukuk devletine ilişkin 2. maddesini esas alarak değerlendirme yapmaktadır..¹⁴

II. DEVLET MEMURLARININ NAKLEN ATANMASI

A. Nakil Kavramı

“Nakil” kelimesi, diğer sözcük anlamları yanında, bir memurun bir yerden başka bir yerdeki göreve atanması anlamında da kullanılmaktadır.

Uygulamada ise, bir kamu görevlisinin bir yerden başka bir yere atanmasını ya da başka bir yere atanmamakla birlikte görev unvanında değişiklik yapılmasını ifade etmektedir.

657 sayılı Kanun’un nakil kurallarını düzenleyen 72 vd. maddelerinde de bu kavramla ilgili olarak; “Yer değiştirme suretiyle atama”, “Memurların bir kurumdan diğerlerine nakilleri”, “Naklen atanmaları” gibi ifadeler kullanılmıştır.¹⁵

Ayrıca, “Bulundukları yerlerden başka yerlerdeki görevlere nakledilen” memurların aylıklarının veriliş şeklini düzenleyen 657 sayılı Kanun’un 169. maddesinde de “Görev yeri değiştirilen” memurlardan söz edilmektedir. Bu husus göz önünde tutulacak olursa, hukuk dilimizde aynı kurumu ifade eden sözcüklerin seçiminde ortak bir yol izlenmediği kolayca anlaşılmaktadır. Bu bağlamda adı geçen terimleri eş anlamlı olarak belirtmek gerekir.

B. Amacı

¹⁴ Mehmet Sağlam, “Personel Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler ve Anayasa Mahkemesi’nin Uygulaması”, **DD**, Sayı:109, s.2.

¹⁵ Sağlam, **a.g.e.**, s.21.

Nakil, ilke olarak kamu hizmetinin iyi işlemesi, idarenin fonksiyonlarını rasyonel ve verimli olarak yerine getirmesi için tesis edilen idari bir işlemdir. Kamu personelinin aynı hizmet örgütü içindeki başka bir yere veya göreve naklen tayin edilmesinde göz önüne alınacak temel amaç “kamu hizmeti”dir.¹⁶

Bu noktada, idarenin tek taraflı olarak, ayrıcalıklı ve üstün yetkilere sahip olması, kamu hizmetinin yürütülebilmesi için gereklidir.¹⁷

Bu durum, yukarıda verdiğimiz memur tanımlarında ifade edilen temel ve asli fonksiyonun kamu hizmetini yürütmek olduğu yolundaki düzenlemelerin doğal bir sonucudur. Memurun temel işlevi, kamu hizmetini yürütmek olduğuna göre, memurun naklinde göz önüne alınacak temel ilke de kamu hizmetinin daha iyi yürütülmesi amacı olmalıdır.¹⁸

Memur ise, bu fonksiyonun en iyi şekilde ifası için bir takım yetki ve görevler taşıyan kişisel unsur durumundadır. O halde, naklen atama, hizmet yararına düşünülen bir kurum olduğuna göre, bu kurumun pozitif esaslarını koyarken ön planda “hizmeti” bulundurmak ve sistemi sadece kamu hizmetinin en iyi şekilde görülmesini sağlamak şeklinde düzenlemek gerekir. Ayrıca daha sonra bu anlayış ve uygulamanın yanında kamu görevlilerini de güvenceden yoksun bırakmamak ve özellikle naklin asli niteliğini unutarak onu, bir disiplin cezası veya memur aleyhine bir müeyyide olarak kullanmamak gerektiğine özen göstermek lazımdır.¹⁹

C. İdari İşlemler İçerisinde Naklen Atamanın Yeri ve Hukuki Niteliği

¹⁶ Cemil Kaya, “Devletin Aile Birliğini Koruması Ödevi Çerçevesinde Devlet Memurları Kanunu m.72”, **SÜHFD**, Prof. Dr. Süleyman Arslan’ a Armağan, C: 6, Sayı: 1-2, Konya, 1998, s.635.

¹⁷ İlyas Doğan, “Yönetilenlere Katılım Yollarının Kısıtlanması Güçlü Devlet Anlamına Gelir Mi?” **İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslar arası Sempozyumu, Bildiriler**, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.131

¹⁸ Sağlam, **a.g.e.**, s.21.

¹⁹ Sait Güran, “İdari Lüzum Üzerine Memurun Tahvili ve Mustafî Addi”, **İÜHF**, 1963, C:29, Sayı:1-2, s.155.

İdari işlem, iptal davasının konusunu oluşturmak bakımından idari makamların, kamu gücü kullanarak idare hukuku alanında yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran irade açıklamalarıdır.²⁰

Buna göre, kamu gücü kullanma yetkisine sahip idari makam tarafından yapılması nedeniyle organik bakımdan idari işlem sayılan naklen atama kararları, yalnız idarenin irade beyanında bulunması ile ortaya çıkan işlemlerdir. Bu nedenle, iradenin açıklanması bakımından genel olarak tek taraflı hukuki bir işlemdir.²¹ Yani memurun rıza ve muvafakatı alınmaksızın tesis edilebilir ve atanan kişinin idare ile pazarlık yapma hakkı yoktur. Onun tek hakkı atamayı reddetmektir. Bu yönüyle irade serbestisi ve eşitlik ilkesine tabi olarak işlemler yapan özel hukuk sujelerinden farklılık gösterir.²²

Ayrıca, muhatap memurun hukuki statüsü üzerinde sonuç doğuran bir irade açıklaması olması nedeniyle birel işlemdir. Çünkü, birel işlemler, soyut, nesnel ve genel bir düzenleme getiren genel düzenleyici işlemlerden, belli bir kişi ya da nesneye yönelmesi ve münferit bir durumla ilgili olarak somut ve özel bir düzenleme içermesi sebebiyle ayrılır. Başka bir ifadeyle, naklen atama işlemi de bir birel işlem olması sebebiyle, bünyesinde idarenin kamu gücü kullanarak, tek taraflı irade açıklamasıyla yaptığı özel, somut, bir kere uygulanmakla tükenen, kişisel bir düzenleme taşıyan idari işlemlerdir. Genel, soyut, kişilik dışı kurallar ancak birel işlem vasıtasıyla uygulama imkanı bulurlar. Bu anlamda birel işlem olarak nakil işlemi de maddi bakımdan idare (yürütme) faaliyetinin tezahürüdür.²³

Naklen atama işlemleri, kişiyi halen bulunduğu statüden yeni atandığı yer veya görevdeki hukuki statü içine koyması veya çıkarması nedeniyle idari işlemlerin tasnifi yönünden şart tasarruflar içerisinde yer alırlar.²⁴

Buna göre, nakil işlemiyle memur, nakledildiği görevin önceden mevzuat hükümleriyle tespit edilmiş olan hak ve yükümlülükleri içine dahil

²⁰ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, **İdare Hukuku Dersleri**, Göksu Matbaası, Konya, 2001, s.198.

²¹ Onar, **a.g.e.**, s.339-352.

²² Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak, İsmail Ercan, **Anayasa Hukuku-İdare Hukuku**, İkinci Sayfa Basım Yayın Dağıtım, 9.Baskı, Ekim 2008, İstanbul, s.384.

²³ Akyılmaz, Sezginer, **a.g.e.**, s.207.

²⁴ Sağlam, **a.g.e.**, s.21.

olur. Burada ortaya çıkan hukuki durum, hukuk aleminde o zamana kadar ortaya çıkmayan, yani nev'i şahsına özgü bir durum değildir. Sadece ilgilisi olan memuru, hukuk aleminde eskiden beri mevcut olan nesnel bir statüye koyar. Yine sadece ilgilisi bakımından bir yenilik ortaya çıkarır ve ilgisini nesnel bir statüden başka bir nesnel statüye nakleder.²⁵

III. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

A. Kavram ve Genel Açıklama

Günümüz toplumlarında idarenin yerine getirmek zorunda olduğu görevler her geçen gün artarken, devletlerin hukuka bağlılığı fikri de giderek artan bir öneme kavuşmaktadır. Bu iki gereklilik, birbirine zıt kutuplarda durmaktadır.

İdarenin yüklendiği görevleri yerine getirebilmesi idareye bir serbesti tanınmasını zorunlu kılarken, hukuka bağlılık fikri de idarenin keyfi uygulamalarının önünün alınmasını gündeme getirmektedir. İşte tam bu noktada Waline, İdare Hukuku'nun esasında idareye tanınan takdir yetkisi ile bu yetkinin üçüncü şahısların haklarının korunması maksadıyla sınırlandırılmasının incelenmesinden ibaret olduğu tespitini yapmıştır.²⁶

Her ne kadar, idarenin yüklendiği görevleri yerine getirmek için takdir yetkisine sahip olması gerektiği genel kabul görmüş olsa da, bu kesinlikle idarenin keyfi hareket edebileceği anlamına gelmemektedir.

Bazı konularda hukuk, uygun çözüm şeklini seçme hususunda idareyi az veya geniş ölçüde serbest bırakır. Bu gibi hallerde idarenin

²⁵ Odyakmaz, Kaymak, Ercan, **a.g.e.**, s.387.

²⁶ Marcel Waline, "İdare Yargıcının İdari Tasarruflar Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları" Çev: Kutlu Türkeş, **DD**, 1976, Sayı:20-21, s.103.

takdir yetkisi vardır denir.²⁷ Ancak idare, takdir yetkisini dilediği gibi değil, işin gereğini takdir suretiyle kullanmak zorundadır.²⁸

Nitekim, bir kararında Danıştay, “kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilmeden kurulan atama işleminde hukuka uyarlık bulunmadığından davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir”²⁹ diyerek bu durumu açıklığa kavuşturmuştur.

Bilindiği gibi, hukuk devletinde temel kural hukukun üstünlüğüdür ve tüm devlet organları hukuka tabidirler. Hukuk devletindeki bu temel kural, kendini iki ayrı biçimde gösterir. Birincisi, anayasanın devletin bütün eylemleri, özellikle de kaynağını direkt anayasadan alanlar üzerinde kesin bir üstünlüğünün olmasıdır. İkincisi ise, devletin eylemlerini düzenleyen ve parlamento tarafından ihdas edilen kanunların üstünlüğünün mevcudiyetidir.³⁰

Takdir yetkisi, bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile doğrudan ilgilidir. Zira, kullanılması da, kullanılmaması da idare ile bireyi karşı karşıya getirebilecektir. Dolayısıyla, takdir yetkisi alanında her zaman bireyin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali tehlikesi vardır. İşte bu noktada, yargıya büyük görev düşmektedir. Çünkü hukuk devleti kurallarına sadece bireyler değil, idare de uymakla yükümlüdür.³¹

Bu anlamda da, hukuk devleti ilkesi, idarenin hukuka bağlılığını gerektirmekte, bu bağlılığı arttırmaktadır. Ancak, aynı şekilde modern devletin yerine getirmek zorunda olduğu görevler de artmaktadır. Bu da, otorite ile hürriyeti bağdaştırma bağlamında modern devletin ikilemini teşkil etmektedir. Kamu hizmetlerinin artması ve teknikleşmesi, sadece idarenin takdir yetkisine giren konuların sayısını arttırmaktadır, fakat takdir yetkisinin kendisinde bir artma olmamaktadır. Hatta hukuka bağlı devlet

²⁷ Erman Bayraktar, “Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler 1**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yay., Ankara, No:21, 1976, s.261.

²⁸ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.85.

²⁹ D5D, 24.09.2007, E:2007/2538, K:2007/4851, **DD**, Sayı:117, s.149-152.

³⁰ Hasan Tunç, **Anayasa Hukukuna Giriş**, En Son Değişikliklerle 1982 Anayasası, 2. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999, s.91

³¹ Akyılmaz, Sezginer, **a.g.e.**, s.69.

ilkesi, bu yetkide bir daralmaya yol açmaktadır. Yani modern devletteki bu iki eğilim idarenin takdir yetkisine aynı yönde iki etki yapmaktadır. İdarenin yerine getirmek zorunda olduğu görevlerin artması takdir yetkisini yatay olarak genişletirken, hukuka bağlılık ilkesi dikey olarak daraltmaktadır.³²

Takdir yetkisi, aynı zamanda idarenin başarı şartlarından birisidir. Çünkü, idare, yargı gibi sadece hukuku uygulamakla kalmayıp, toplumun maddi, manevi her türlü ihtiyaçlarını da karşılamak zorundadır.³³

Bir olayda idarenin takdir yetkisinin varlığından söz edilebilmek için, idareye verilmiş olan yetkinin nasıl kullanılacağına hukuk kuralında açıkça gösterilmemiş olması, işlemin yapılmasında birden fazla geçerli yolun bulunması ve idarenin bu yollarda birini seçebilmesi gerekmektedir.³⁴

Örnek vermek gerekirse, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 8.maddesinde, il içindeki bütün memurların lüzumu halinde il içindeki nakil ve tahvillerinin mensup olduğu il idare şube başkanlarının inhası üzerine valiler tarafından yapılabileceği hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, lüzumu halinde ifadelerini idare değerlendirecek, eğer idare bu belirsiz kavramın ifade ettiği durumların gerçekleştiği kanaatine varırsa, işlemi yapip yapmama konusunda da takdir yetkisini kullanabilecektir.

Yine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesinde yer alan, kurumların, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleri ile memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilecekleri yetkisi verilmiştir. Bu hüküm ile, idareye oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır, çünkü yasa koyucu burada idarenin davranış biçimini öngörmüş, ancak bu davranışın koşullarını hiç göstermemiş ve öngördüğü davranış biçimini seçip seçmeme konusunda da idareyi serbest bırakmıştır. Bu duruma göre idare, herhangi bir nedene dayanarak işlem icra edip etmemekte serbest kılınmıştır.

³² Metin Kıratlı, "Danıştay'ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması", **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, İdari Yargı Özel Sayısı, 1976, Sayı:6, s.31.

³³ Balta, **a.g.e.**, s.86.

³⁴ Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", **TİD**, C:63, Sayı:392, Eylül 1991, s.71.

1. Takdir Yetkisinin Tanımlanması

Takdir yetkisinin mevzuatlarda bir tanımı yapılmamış olup, doktrinde ise, takdir yetkisi ile ilgili yapılmış çok sayıda ve çeşitli tanımlar mevcuttur. Ancak aralarında bir fikir birliği bulunmasa da bu tanımlar, genelde ortak unsurlara dayanmakta, aynı şeyleri farklı yönlerden açıklamaktadırlar.

"Takdir yetkisi, belirli koşullarda idarenin şu ya da bu yönde hareket etme serbestliğinin, gücünün, olanağının bulunmasıdır."³⁵

"Sayısız ve çok çeşitli ihtiyaçlara muhtelif faaliyetlerde cevap vermek mecburiyetinde bulunan idareye, tasarrufun sebebini veya konusunu yahut icra zaman ve mekanını tayin konusunda bir serbesti bir takdir kudret ve salahiyeti tanınabilir, işte bazı hallerde kanunların, hükümler sevk etmeyerek bırakmış oldukları bu serbest saha, takdir salahiyetinin sahasını ve idarenin böyle hallerde ihtimallerden ve şıklardan birini tercih edebilmesi de takdir kudret ve salahiyetini teşkil eder."³⁶

"Çerçevesi mevzuatta öngörülmüş, fakat içi bir takım imkansızlıklarla bilinçli olarak doldurulmamış bir idari usulün varlığı durumunda, idareye bir idari usulün doldurulması konusunda tanınan bir kararı alıp almama, değişik çözümler arasında bir seçim yapma, yani yetkinin kullanılış usulünü belirleme yetkisine takdir yetkisi denir."³⁷

"Takdir yetkisi belli olguların varlığı halinde, idarenin serbestçe ya da mevcut seçeneklerden birini, uygun gördüğünce tercih ederek karar alabilme imkanıdır."³⁸

Micoud' un 1914 yılında yazdığı incelemesinde verdiği ve bugün Laubadère tarafında da benimsenmiş olan tanıma göre, idarenin

³⁵ Giritli, Bilgen, Akgüner, **a.g.e**, s. 70.

³⁶ Onar, **a.g.e**, s.420.

³⁷ Akyılmaz, Sezginer, **a.g.e**, s.69.

³⁸ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.77.

davranışının önceden bir hukuk kuralıyla belirtilmediği ve idare serbestçe harekete geçebildiği zaman takdir yetkisi vardır.³⁹

“İdarenin takdir yetkisi, yasa koyucu tarafından belirsiz olarak bırakılmış bulunan davranış koşullarını belirleme yetkisinden başka bir şey değildir. Bir başka deyişle takdir yetkisi, idarenin ya kamu düzeni, milli güvenlik, lüzum, ihtiyaç vs... gibi belirsiz kavramlar ya da -görünürde- yasada öngörülen çeşitli davranış biçimleri arasında bir seçim yapma serbestisine sahip olduğu, izlenimi uyansa dahi çeşitli davranış biçimlerinden birini ya da ötekini haklı kılacak nedenleri belirleme yetkisi ve serbestisidir.”⁴⁰ şeklinde değişik tanımlar yapılmıştır.

Tanımlardan çıkarılan netice şudur: Takdir yetkisi, bir keyfilik başı boşluk değildir. Doğrudan hukuk kurallarının öngördüğü ve hukuk kurallarından doğan bir yetkidir. Bunun sonucu olarak bu yetki, ancak hukuka uygun kullanılmak zorundadır. Hukukun tanıdığı bir yetkinin hukuka aykırı olduğunu söylemek mümkün olmadığı gibi, bunun hukuka aykırı kullanımının da kontrol dışı bırakılması söz konusu değildir.⁴¹

Danıştay bir kararında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 76. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile memurların naklen atanması konusunda idareye takdir yetkisi tanındığının açık olduğunun, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu işlemin neden, amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceğinin yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunduğunu⁴² belirtmiş ve böylece yukarıda çıkarılan sonucun ne denli isabetli olduğu, uygulama açısından da ortaya çıkmış bulunmaktadır.

³⁹ Nuri Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yay., Ankara, No:21, 1976, s.336.

⁴⁰ Metin Günday, “1982 Anayasası’na Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, **I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, 1991, s.146.

⁴¹ Sağlam, **a.g.e.**, s.6.

⁴² D2D, 18.06.2008, E:2006/3993, K:2008/2945, **DD**, Sayı:120, s.111-113.

Başka bir kararında Danıştay, öncelikle takdir yetkisinin tanımını yaptıktan sonra denetiminin ne şekilde yapılacağı hususuna şu ifadelerle yer vermiştir:

“İdarelerin idari işlem tesis ederken, eylemde bulunurken yararlandığı serbestiye takdir yetkisi denilir. Takdir yetkisi idareye bırakılan belli ölçüde karar alma özgürlüğüdür. Hukuken kabul edilebilir koşulların oluşumu halinde tanınmış bir serbestidir. Keyfi bir hareket yetkisi olmayıp ancak hukuka uygun olarak kullanılabilir.

Hukuk Devleti olmanın gereği, idarelerin takdir yetkisine dayalı olarak tesis ettikleri bireysel ya da düzenleyici işlemlerin hukuken geçerli ve objektif bir sebebe dayanmasıdır. Takdir yetkisine dayalı işlemlerin, hukukun belirlediği sınırlar ve eşitlik kuralı gözetilerek kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerekir.

Bu bakımdan idari işlemlere (bireysel ya da düzenleyici) yönelik yargı denetimi, bu işlemlerin Anayasa ve hukukun genel ilkelerine, yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile yargısal içtihatlarla uygun olup olmadığının denetlenmesidir.”⁴³

2. Takdir Yetkisinin Hukuki Niteliği

Doktrinde genel olarak, takdir yetkisinin hukuki niteliği konusunda objektivist teori benimsenmiş, takdir yetkisinin tanımı da bu teori doğrultusunda yapılmıştır.⁴⁴ Söz konusu teoriye göre, somut bir olayda idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığını anlamak için o işlemin dayanağını oluşturan hukuk kurallarının, işlemin unsurlarını ne ölçüde

⁴³ D8D, E:2010/2 sayılı dosyada 27.01.2010 gününde verilen YD Kabul kararı

⁴⁴ Ramazan Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, AÜEHFD, C:7, Sayı:3-4, Aralık 2003, s.175.

düzenlediğine bakılır. Eğer hukuk kuralı idareye serbest hareket imkanı tanıyorsa idarenin takdir yetkisi vardır⁴⁵

Takdir yetkisi, seçimlik bir yetkidir.⁴⁶ Bu, idarenin takdir yetkisini mevcut olan seçeneklerden birisini seçerek kullanmasını ifade eder.

İdari fonksiyonun doğası gereği, idarenin kamuya en yararlı olan seçeneği tercih etmesi gerektiği için esasında takdir yetkisinin olmadığını söyleyenler olmuştur. Ancak, takdir yetkisi zaten bu seçimi yapmaktır. Buradaki "takdir" ifadesinin karşılığı, kanunen imkan dahilinde olan seçeneklerden, idarenin kendi anlayışı doğrultusunda ve tabii ki hukuka uygun bir şekilde seçimini yapmasıdır.

Kiper, takdir yetkisini hukukun kaynaklarından biri olarak görmektedir. Zira, takdir yetkisinin sürekli olarak şu ya da bu yönde kullanılması, o konuda bir geleneğin oluşmasına, yeni yasal düzenlemelerin oluşan gelenek doğrultusunda yapılmasına yol açmaktadır.⁴⁷

Takdir yetkisi, hem idarenin kişisel işlemlerinde, hem de düzenleyici işlemlerinde söz konusu olabilir. Fakat ikinci durumda bu yetki, bunların genellik arz etmesi nedeniyle hiçbir zaman kişisel bir işlemdeki kadar olmayacaktır.

3. Bağlı Yetki-Takdir Yetkisi Ayrımı

Konumuzu ilgilendiren asıl yetki türü takdir yetkisi ise de, konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından ve takdir yetkisi ile olan ilişkisi nedeniyle bağlı yetki kavramının da açıklanması zorunluluk arz etmektedir.

⁴⁵ Ali Ülkü Azrak, "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Y:6, Sayı:1-3, Aralık 1985, s.22.

⁴⁶ Ramazan Cengiz Derdiman, **Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı, Temel Bilgiler İdari Teşkilat, Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, Alfa Aktüel Kitabevi, Bursa, 2003, s.120.

⁴⁷ Osman Kiper, "Bir Kamu Hukuku Sorunu Olarak Takdir Yetkisi (İdarenin ve Yargıcın Takdir Yetkisi) ve Yorum", **İBD**, C:54, Sayı:1-2, 1980, s.14.

Bazı konularda hukuk, idareye belli şart ve durumların gerçekleşmesi halinde belli bir çözüm yolunu uygulama ödevini yükler. Buna bağlı yetki denilmektedir.⁴⁸

Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, idare belli şartlarda, belli bir işlemde bulunmaya bir hukuk kuralı gereğince zorunluysa, yetkisi bağlıdır. Bu durumda idare, çeşitli ihtimaller ve alınması gerekli kararlar arasında bir tercih hakkına sahip değildir. Bu durumlarda kanun, idareye yapacağı işlemin konusunu, sebeplerini göstermiş ve yine işlemin hangi amaçlarla yapılacağını açıklamıştır. Böylece idare, kanunun kayıt ve şartları ile bağlı hale gelmiştir. Bu şekilde idarenin tamamen insiyatifine bırakılmamış yetkilere, bağlı yetki denilmektedir.⁴⁹

Bağlı yetkide, belli koşul ve durumların gerçekleşmesi halinde idarenin yapmak zorunda olduğu hareket yasada öngörüldüğü için sebep ve konu unsurları arasında zorunlu bir bağ tesis edilmiştir. İdare, işlemin sebebi ortaya çıktığı zaman, yasada öngörülmüş olan hareketi, yani konuyu gerçekleştirmekle mükelleftir.⁵⁰

İdare, takdir yetkisine sahip olduğunda işlemin yerindelğini kendisi tespit etme yetkisine sahip iken, bağlı yetkide yerindelik hukuk kurallarıyla belirlenmiştir. Bağlı yetkide hukuk kuralları, belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda idarenin yapması gerekeni önceden düşünmüş, kayıt altına almıştır, yani işlemin yerindelğini bu kuralları koyanlar belirlemiştir. İdare, hareket biçimini gösteren hukuk kurallarını ne kadar yerinde bulursa bulsun, bu kurallara aynen uymak zorundadır.⁵¹

Bağlı yetki halinde, idare, ilgili kişinin kanunla öngörülen şartları taşıdığı/taşımadığı andan itibaren aksine bir seçim imkanına sahip olmaksızın, kanunun gösterdiği kararı alacaktır.⁵²

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre, aylıktan kesme ve daha üstü disiplin cezası alanların, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, genel

⁴⁸ Balta, **a.g.e.**, s.84.

⁴⁹ Kıratlı, **a.g.e.**, s.31.

⁵⁰ Erol Alpar, "Yönetimin Karar Almada Takdir Yetkisi", **Polis Dergisi**, Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan, Y:9, Sayı:36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, s.169.

⁵¹ Giritli, Bilgen, Akgüner, **a.g.e.**, s.77.

⁵² Alan; **a.g.m.**, s.335.

müdürlük, genel müdür yardımcılığı, daire başkanlığı görevlerine atanamaması bağlı yetki taşıyan düzenleme örneği olarak verilebilir.

Danıştay, bir kararında “... yasa koyucunun iradesinin, 4603 sayılı Yasa kapsamındaki bankalara artık 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi personel çalıştırılmaması yönünde oluştuğu; banka yönetim kurullarına, bu fıkra hükmü kapsamında bulunan personelin, 4046 sayılı Yasanın 22.maddesi uyarınca diğer kamu kurum veya kuruluşlarına naklini sağlamak üzere Devlet Personel Başkanlığı’na bildirilmesi dışında bir seçenek bırakılmadığı ve bu konuda bağlı yetki içinde tutuldukları; Yasa hükmünün, “açıkça” ve “emredici” bir biçimde, bu kapsamdaki personelin Devlet Personel Başkanlığı’na bildirilmesini zorunlu kıldığı görülmektedir.” diyerek dava konusu işlemin bankada halen 399 sayılı KHK hükümlerine göre çalıştırılan davacının adının 5230 sayılı Yasa hükümleri uyarınca ve “zorunlu olarak” Devlet Personel Başkanlığı’na bildirilmesinden ibaret bulunması sebebiyle idare mahkemesince davanın konusunun başka türlü değerlendirilmesi suretiyle uyuşmazlığın çözüme kavuşturularak iptal kararı verilmesinde hukuki isabet görmeyerek, söz konusu mahkeme kararını oybirliğiyle bozmuştur.⁵³

Bağlı yetki durumunda idarenin mutlaka belli bir yönde hareket etmek zorunda olması, geçersiz (etkisiz) iptal sebepleri kavramını ortaya çıkarmıştır. Burada idare, kanunun belirlediği kararı mutlaka almak zorunda olduğundan, idarenin bu kararı alırken yaptığı bazı hatalar, meydana gelen bazı sakatlıklar önemini yitirecek ve açılan bir iptal davasında göz önüne alınmayacaktır.

İşte bağlı yetki halinde önemini yetiren ve dava sonucuna etkili olamayan bu tür sakatlıklara “geçersiz iptal sebepleri” denmektedir. Böyle bir durumda mahkeme, idarenin gösterdiği kanuni dayanağın isabetsizliğini tespitle beraber, işlemin gerçek dayanağını göstererek işlemi sonucu itibariyle yerinde bulmakta ve davayı reddetmektedir.⁵⁴

B. İdareye Takdir yetkisi Verilmesine Yol Açan Nedenler

⁵³ D5D, 22.03.2007, E:2006/3198, K:2007/1270, DD, Sayı:116, s.178-181.

⁵⁴ Sağlam, a.g.e, s.3.

1. Mevzuatın İdarenin Bütün Faaliyetlerini Bütün Ayrıntılarıyla Düzenleyememesi

Hukuk devleti ilkesi, idarenin faaliyetlerinde önceden tespit edilmiş olan hukuk kurallarına tabi olmasını gerektirmektedir. Böyle olmakla beraber, kanunların idarenin faaliyetlerini bütün ayrıntıları ile düzenlemesi imkansızdır. Bu nedenle, çok çeşitli ihtiyaçlara cevap vermek zorunda olan idareye bazı hallerde takdir yetkisi tanınması kaçınılmazdır. Bu gereklilik, herkes tarafından kabul edilmiş bir esastır.

İdarenin takdir yetkisi, yürütme ve idare fonksiyonunun mahiyetinden kaynaklanmaktadır. İdarenin görevi yargıda olduğu gibi hukuku uygulamakla sınırlı değildir. İdare, toplumun maddi ve manevi ihtiyaçlarını yerine getirmek zorunda bulunduğundan, hukuk idare için çoğu zaman düzenleyici olmayıp, sadece çerçeveleyici bir rol oynamaktadır.⁵⁵ Ayrıca, gerek kanunlar, gerekse tüzük, yönetmelik gibi diğer düzenleyici işlemler ne kadar ayrıntılı düzenlenirse düzenlensinler uygulamada ortaya çıkacak tüm meselelere çözüm getirmeleri maddeten de imkansız bir durumdur.

Böylece, idare hukukunun da içinde bulunduğu kamu hukuku alanında mevzuatta bulunan boşluklar ve eksiklikler, idarenin takdir yetkisiyle doldurulacak ve somut olaylara çözüm bulunacaktır.⁵⁶

Kanun koyucunun idarenin davranış şekillerini tüm ayrıntıları ile düzenlemeyip idareye takdir yetkisi tanınması, Türk hukuk mevzuatı açısından, hukuki bir imkansızlık veya zorunluluk değildir. Türk Anayasa Hukuku'na göre, kanun koyucu, idari davranışa ilişkin tüm ayrıntıları düzenleme konusunda hukuken yetkilidir. 1982 Anayasası'nın 8. maddesinde "Yürütme yetkisi ve görevi ... Anayasaya ve kanunlara uygun

⁵⁵ Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", **GÜHFD**, C:1, Sayı:2, Aralık 1997, s.260-261.

⁵⁶ Baha Kargın, "İdarenin Takdir Hakkı", **İD**, 1957, Sayı:245, s.71-72.

olarak kullanılır ve yerine getirilir." hükmü ile birlikte Anayasa'nın 123. maddesindeki "İdare ... kanunla düzenlenir." hükmüne bakılarak kanun koyucunun düzenleme yetkisinin bir alt sınırı olduğu ve kanun koyucunun bu alt sınırın başladığı yerden itibaren düzenleme yapmayarak idareye düzenleme yetkisi ve belli bir serbesti tanımasının zorunlu olduğu sonucu çıkarılamaz. Yani kanun koyucu idari davranışı, hem koşulları hem de davranışta bulunup bulunmama açısından idareye takdir yetkisi tanımadan düzenlemeye hukuken yetkilidir. Ancak kanun koyucunun idareye takdir yetkisi tanıması, bir zorunluluk içermemekle beraber, bir imkansızlık da söz konusu değildir, yani hukuken mümkündür. Kısacası idareye takdir yetkisi tanımak kanun koyucu için hukuki bir zorunluluktan ziyade, hukuk ötesi bazı nedenlerin zorlamasından kaynaklanmaktadır.⁵⁷

2. Kamu Hizmetlerinin Sahip Olduğu Farklı Teknik Özellikler

Hizmeti düzenleyen hukuk kurallarının hepsinin birbirinden farklı teknik özelliklere sahip kamu hizmetlerini tüm ayrıntıları ile düzenlemesi mümkün değildir. Mevzuatın bu tür teknik özellikler gösteren kamu hizmetlerini pek teferruatlı düzenlemediği ve idareye geniş bir takdir sahası bıraktığı görülmektedir.

Sık sık yaşanan yeni gelişmeler ve değişmelerin hukuk kurallarıyla düzenlenebilmesine yasama organının ne çalışma süresi, ne uzmanlığı ve ne de hayli ağır işleyen çalışma usulleri müsaittir.

Bu nedenle, çeşitli teknik özelliklere göre hizmetin yürütülmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınır.

Kanun koyucunun idareye takdir yetkisi vermediği düşünülürse, çıkaracağı pek çok kanunun uygulanması mümkün olmayacak ve idare de belli bir faaliyette bulunmak zorunda olsa bile, yetkisi bağlı olduğundan herhangi bir davranışta bulunamayacaktır. Ayrıca kanun koyucu da kanunları hızla değişen şartlara uydurabilmek için sık sık değiştirmek zorunda kalacaktır. Bu durum, yasama organının yapısı dolayısıyla yavaş

⁵⁷ Metin Günday, **İdarenin Takdir Yetkisi**, Basılmamış Doçentlik Tezi, AÜHF, Ankara, 1982, s.11.

islemesi sonucu belli bir gecikme ile mümkün olacak, böylece değişen şartların gerektirdiği tedbirler zamanında alınamayacaktır. Bütün bu sebeplerle takdir yetkisi, dinamik bir toplumun ihtiyaçlarına uygun ve etkili bir idari faaliyeti mümkün kılmakta, hukuk devletini zedelememekte, bilakis hukuk devleti ilkesinin bir tamamlayıcısı olmaktadır.⁵⁸

3. Meselelerin Çeşitliliği ve Karmaşıklığı

İdari faaliyet alanında karşılaşılan meseleler ve somut olaylar o kadar çeşitli ve fazladır ki, mevzuatın her olay için ayrı ayrı çözüm öngörmesi mümkün değildir. İdare, sahip olduğu takdir yetkisiyle her somut olayı ayrıntılarıyla değerlendirecek ve olayın mahiyet ve özelliğine göre bir karara varacaktır.⁵⁹

Meseleler ne kadar çeşitli ve farklı olursa olsun, idarenin takdir yetkisini benzer olaylarda benzer şekilde kullanması gerektiğine burada işaret etmek gerekir. Çünkü, olaylar çeşitlendikçe takdir yetkisini de alabildiğine genişletmek cevaz verilen bir durum değildir. Bu, idarede keyfilik doğurabilir. Bu nedenle, benzer olaylarda benzer çözümler öngörmek, eşitlik ilkesine uygun davranmak, hem idare edilenlere itimat ve güven, hem de idare için istikrar sağlayacaktır.⁶⁰ Ayrıca, söz konusu durum, aynı zamanda hukuk devleti ilkesine bağlılık anlamına da gelecektir.

Nitekim, idare, tüm işlemlerinde hukuk devletinin gereklerine uymak zorundadır. Doktrinde, hukuk devletinin unsurları arasında hukuki güvenlik (öngörülebilirlik, tahmin edilebilirlik, haklı beklenti) unsuruna da yer verilmektedir.⁶¹

⁵⁸ Günday, **a.g.t**, s.9-10.

⁵⁹ Sağlam, **a.g.e**, s.10.

⁶⁰ Kargın, **a.g.m**, s.72.

⁶¹ Akyılmaz, **a.g.e**, s.92

Ayrıca, olayın cereyan ettiği zamanın özelliği, müracaat sahibinin özel durumu, idarenin maddi imkanları gibi daha başka tali sebepler de takdir yetkisi tanınmasında rol oynayabilmektedir.⁶²

IV. TAKDİR YETKİSİNİN İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İdari işlemi en kısa şekilde, idarenin hukuki etki ve sonuç doğurma amacını güden irade açıklamaları olarak tanımlamak mümkündür.⁶³

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, iptal davası tanımlanırken idari işlemlerin unsurları da belirtilmiştir.⁶⁴ Bunlar; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarıdır.

İdari işlemin iptali için bu unsurların hepsinde birden sakatlık bulunmasına gerek yoktur. Bir idari işlem olan naklen atama işleminde de, her idari işlemde olduğu gibi bu beş unsur mevcuttur. Bu unsurlardaki herhangi bir sakatlık, naklen atama işlemine karşı açılacak bir davada nakledilen konumundaki davacı açısından davanın iptalle sonuçlanmasını sağlarken, nakleden sıfatıyla davalı konumunda bulunmak durumundaki idare açısından iptalle sonuçlanmasına yol açar.

İdari işlemin yukarıda sayılan unsurlarının hangisinde takdir yetkisinin bulunduğu tartışmalı bir konu olduğundan, söz konusu unsurlar, bu bakımdan ayrı ayrı incelenmelidir.

A. Yetki Unsurunda Takdir Yetkisi

Yetki, idari işlemin en önemli unsurlarından birisi olup, idari işlemi (veya eylemi) yapmaya ilişkin güç, kudret ve irade kullanma yeteneğidir.

⁶² Kargın, **a.g.m.**, s.72 vd.

⁶³ Celal Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990, s.9.

⁶⁴ Turan Yıldırım, **İdari Yargı Ders Notları**, İstanbul, 2002, s.15 vd.

İdare hukuku anlamıyla yetki, idari işlemin sadece kanunla belirlenmiş ve sınırlanmış makamlar tarafından yapılabilmesi yeteneğini ifade eder. Bu anlamda yetki, bir kişiye değil, bir makama verilmiştir. Ayrıca bir hak değil, bir yükümlülüktür.⁶⁵

Yetki, idari işlem (ve eylemin) kim tarafından, ne zaman, hangi konuda kullanılacağını belirleyen ölçüdür. Dolayısıyla yetkisizlik, işlemin; kişi, yer, zaman ve konu bakımından hukuka aykırı olup olmadığı göz önünde bulundurularak değerlendirilir.⁶⁶

Kamu görevlilerine tanınan bu yetki, özel hukuktaki gibi kişisel nitelikte olmayıp, objektif nitelik taşır. Naklen atama işlemi de ancak mevzuatça öngörülen yetki kurallarına göre ihdas edildiği takdirde hukuki etki ve sonuç doğurabilecektir. Aksi halde, dava açılması halinde yargı (idari) yerince iptal edilecektir.

Yetki kuralları kamu düzenini ilgilendiren kurallardır. Taraflarca ileri sürülmesine dahi, uyuşmazlığın her aşamasında mahkemece re'sen nazara alınabilir, alınmalıdır da.

Yetki sakatlığının sonradan verilen icazet veya onayla telafisi mümkün değildir.⁶⁷ Hal böyle olunca, idarenin ve görevlilerinin yetkileri önceden belirlenmelidir. Başka bir deyişle, idare adına karar verme yetkisine sahip olmayan kişi veya makamın kendisine verilmemiş yetkiyi kullanması bir yetki gaspıdır. Bu şekilde alınan kararlar, yok sayılır.⁶⁸ Bu nedenle, uygulamada karışıklıklara yer vermemek için, idare organlarının ve kamu görevlilerinin yetkileri kanunlarla belirlenmiştir. Bunun dışında, bir idari işlemin tesis edilebilmesi için mevzuatla o işlemi tesis etmeye yetkili kılınmış olunmalıdır.⁶⁹

⁶⁵ Akyılmaz/Sezginer, **a.g.e.**, s.217.

⁶⁶ Derdiman, **İdare Hukuku...**, s.525.

⁶⁷ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s.401.

⁶⁸ Ali Sıtkı Gökalp, **İptal Davaları, Yüzyıllar Boyunca Danıştay**, Ankara, 1968, s.456.

⁶⁹ Hikmet Kavruk, "İptal Davasında Hukuki Tasarrufların Konu Unsuru Yönünden İptale Esas Olan Hukuka Aykırılık Halleri", **TİD**, Y:64, Sayı:397, Aralık 1992, s.147.

Bir idari işlemin hangi makam veya idari organ tarafından yapılacağı kanunla önceden belirlendiği için, bu unsurda idarenin herhangi bir takdir yetkisi olamayacağı savunulmuştur.⁷⁰

Eğer yetki unsurunda da takdir yetkisi olursa, belli konularda ya birden çok idari makam aynı anda harekete geçecek ya da tam tersine alınması gerekli olan bir kararda idari makamlar kendini yetkisiz görerek hareketsiz kalacaktır.⁷¹

Bu genel görüşün dışında, yetki unsuru bakımından sınırlı da olsa idarenin takdir yetkisi olduğunu düşünenler de olmuştur.⁷² Bu görüşe göre, bir idari yetkinin esas merciine sahip olduğu yetkiyi dilerse kendisi kullanması, dilerse başkalarına devredebilmesi konusunda serbesti tanınması halinde yetki unsuru bakımından idarenin takdir yetkisi mümkün olabilir. Ancak bu görüş pek çok yönden eleştirilebilir. İlk olarak, burada yetkinin devredilebilmesi, bir hukuk kuralının verdiği izne dayanacağından, takdir yetkisi olarak nitelendirilemeyecektir. Ayrıca yetkinin devredileceği kişi, statü itibarıyla kendisine devredilen işlemi yapmaya kanunen yetkili olmak zorundadır. Yetkinin, kanunen devri mümkün olan eşit statüdeki kişilerden istenilen birisine devredilmesi ise, yetki unsurundan çok konu ya da sebep unsuruyla ilişkili görülmüştür.⁷³

Sonuçta, yetki unsurunun takdir yetkisiyle olan ilişkisine bakacak olursak, doktrinde genel olarak yetki unsurunda idarenin takdir yetkisinin olamayacağının kabul edildiğini söyleyebiliriz.

B. Şekil Unsurunda Takdir Yetkisi

⁷⁰ A.Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C:2, İdari Yargılama Hukuku Mevzuatındaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncelleştirilmiş 2.Baskı, Turhan Kitabevi, 2006, s.583.

⁷¹ Alan, **a.g.m.**, s.339.

⁷² Balta, **a.g.e.**, s.170.

⁷³ Karatepe, **a.g.m.**, s.94.

Şekil, idari işlemin yapılması için öngörülmüş yol, yöntem ve gerekli olan şartları ifade etmektedir. Özel hukukta ilke olarak şekil serbestisi ilkesi geçerli iken, kamu hukukunda şekil, önemli bir işlev ve yere sahiptir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen şekil, hem işlemin dış görünüşünü hem de işlemin hazırlanış usulünü ifade eder. Dolayısıyla bu durumun idari usul kavramını da içerdiği söylenebilir. Dış görünüşten kastedilen ise, hukuk dünyasındaki yansımadır.⁷⁴

Her idari işlem, belli bir usul izlenerek, belirli biçim kurallarına uyularak yapılır. İdari işlemin hukuk aleminde tezahür ediş şekli ve işlem yapılırken takip edilen usuller, idare için bir düzen ve kolaylık, idare edilenler için de bir güvence olarak görülür.⁷⁵ Şekil unsurunun önemli olmasının bir başka sebebi de, idari işlemin varlığının ispatı ve o işlemin hangi makam veya merci tarafından ve nasıl yapıldığını gösteriyor olmasıdır.⁷⁶

İdare hukukunda "şekil" idari işlemin ana unsurlarındandır. Şekil kurallarına bağlı olmayan idari işlemler istisnadır.

Hukuk sistemimizde idarenin gereksinme duyduğu usul ve biçim kurallarını düzenleyen genel bir "idari usul" yasası yoktur. Uyulması gereken şekil kuralları, genellikle yasa, tüzük, yönetmelik, genelge gibi çeşitli metinler içinde yer almaktadır. Anayasamızda dahi şekil ile ilgili birçok kural bulunmaktadır. Ancak, idari işlemlerin yapılmasında geçerli olan şekil kurallarının hepsi aynı ağırlık ve öneme sahip olmadığından, her türlü şekil şartının ihlali de aynı hukuki sonucu doğurmaz.

Aslında usul ve şekil tabirleri farklı anlamlara sahip olmakla beraber, usul kavramı daima şekil unsuru içinde yer almıştır. Usul, bir işlemin dış dünyaya yansımasından önce, işlemi yapacak olan makamın iradesinin oluşması sırasındaki muameleleri, takip edilen yöntemi ifade etmektedir. Şekil ise, bu muameleler, yöntemler sonucunda işlemin dış dünyaya yansıyan görünümüdür. Ancak "idari işlemin unsurları" usul

⁷⁴ Akyılmaz, Sezginer, **a.g.e.**, s.221.

⁷⁵ Karatepe, **a.g.m.**, s.95.

⁷⁶ Halil Kalabalık, "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi", **GÜHFD**, C:1, Sayı:1, Haziran 1997.

kavramını içermemektedir. Şekil unsuru usul ve şekil kavramlarını bir arada izah eden üst bir başlık olarak görülmelidir.⁷⁷

Acaba idari işlemin şekil unsuru ile takdir yetkisi arasındaki ilişki nedir? Bu konudaki genel görüş, yetkide olduğu gibi şekil unsurunda da takdir yetkisinin olmayacağıdır. Bunun sebebi, şekil konusunda da geniş ölçüde kanunilik ilkesinin hakim olmasıdır. Şekil unsuru da yetki gibi mevzuatla önceden tayin ve tespit edilmiş durumdadır. Bu alanda yer alan bir kısım boşluklar ise, yargısal içtihatlarla doldurulmaktadır. Örneğin, bir idari işlemin tesisinde izlenen usul ve şekil şartlarına işlemin değiştirilmesi ya da kaldırılmasında da uyulacağı yolundaki “usul ve şekilde paralellik” ilkesi içtihadi bir şekil kuralıdır.⁷⁸

Ancak, mevzuatta açıklık bulunmayan durumlarda ise, işlem için şekil şartı konmamış demektir. Zaten şekil unsurunda takdir yetkisinin olup olamayacağı yönündeki farklı görüşler de, kaynağını bu durumdan almaktadır. Çünkü, mevzuatta açıkça belirtilen bir şekil olduğu zaman takdir yetkisinin olamayacağı genel kabul görmüştür. Ancak tersi bir durum için farklı yorumlar yapılmıştır.

Şekil unsurunda hiçbir zaman takdir yetkisinin işlemeyeceğini kabul etmeyen yazarlara göre, idarenin şekil ve usul konusunda bazı yönlerden sahip olduğu serbestinin takdir yetkisiyle ilgisi yoktur. Bu serbesti, ancak yetkinin kullanma zamanı ve hukuki sonuçlarını seçmek anlamına gelir. İdarenin bazı durumlarda bir başvuruya süresi içinde cevap vermeyerek oluşturduğu zımni ret işlemlerini idari işlemin yazılılık kuralına öngörülen bir istisna olarak anlamak gerekir. Çünkü zımni ret yoluyla tesis edilen işlemler de İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda düzenlenmiş olup, bu yönüyle şekle tabi kılınmıştır. Bu nedenle idari işlemin şekil unsurunda takdir yetkisinin varlığını kabul etmek mümkün değildir.⁷⁹

⁷⁷ Murat Sezginer, “Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.201-202.

⁷⁸ Sağlam, **a.g.e.**, s.13.

⁷⁹ Muammer Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, **TİD**, C:57, Sayı:366, 1985, s.34.

C. Sebep Unsurunda Takdir Yetkisi

İdare hukukunda sebep denildiğinde, idari işlemten önce gelen ve idareyi böyle bir işlem yapmaya yönelten etkenler anlaşılır.⁸⁰

Sebep, bir idari işlemin yapılmasını mümkün kılan hukuki işlem veya olaydır.⁸¹

İdare hukukunun, özel hukukla ayrıldığı temel noktalardan birisi, sebep konusudur. Özel hukukta işlemin mutlaka sebep içermesi gerekmez. Sebepsiz işlem olabilir. Ancak idare hukukunda, işlemin mutlaka sebep içermesi gerekir.⁸²

İdari işlemler, kendilerinden önce var olan ve nesnel hukuk kurallarıyla belirlenmiş bulunan bir sebebe dayanmak zorunda oldukları gibi, bu sebebin hukuka ve gerçeğe uygun olması da gereklidir.⁸³

İdari işlemin kaynağını oluşturan hukuki metinlerin işlemin sebep unsurunu her zaman göstermedikleri, yani sebebin tayin ve tespiti konusunu idareye bıraktıkları görülebilmektedir. İşte bu gibi durumlarda, idarenin takdir yetkisi söz konusu olacaktır. İdareye sebep unsurunda takdir yetkisi verilip verilmediği, bu unsurun mevzuat tarafından düzenleniş şekline göre belirlenecektir. Eğer mevzuat işlemin sebebini açıkça göstermişse takdir yetkisinden bahsedilemeyecek ve idarenin bu unsur yönünden bağlı yetki içerisinde bulunduğu kabul edilecektir. Buna karşılık mevzuat, işlemde sebep unsurunu göstermemekle birlikte bir sebep gösterilmesini öngörmüşse veya sebep konusunda hiç düzenleme getirmemişse burada idarenin takdir yetkisi devreye girecektir.⁸⁴

Özellikle, naklen atama işlemlerinde üzerinde en çok tartışılan ve anlaşılmaya varılamayan husus, bu yolda yapılan işlemlerin sebep unsuru üzerinde olmuştur. Çünkü sebep unsuru yönünden nakil işlemlerinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu bir gerçektir.

⁸⁰ İlhan Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, 1996, s.356.

⁸¹ E.Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.393.

⁸² Akyılmaz, Sezginer, **a.g.e.**, s.225.

⁸³ Derdman, **İdare Hukuku...**, s.530-531.

⁸⁴ H.Tuncay Aydın, **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yay., No:14, Ankara, 1972, s.153,

D. Konu Unsurunda Takdir Yetkisi

Konu, idari işlemin hukuk düzeninde meydana getirdiği değişiklik ve sonuçtur.⁸⁵

Konuyu idari işlemle varılmak istenen ve elde edilmesi amaçlanan sonuç olarak da tanımlamak mümkündür.⁸⁶ Bu bağlamda, nakil işleminin doğuracağı hukuki sonuç, işlemin konusunu meydana getirir.⁸⁷

Sebepte olduğu gibi, idari işlemin konu unsurunda da, takdir yetkisi işleyebilecek, ancak idarenin bu unsur üzerindeki takdir yetkisi sebep unsuruna göre hayli kısıtlı olacaktır. Çünkü, konu unsurundaki takdir yetkisi, idareciye ancak bir karar almak için harekete geçip geçmemek, geçerse önceden belirlenmiş konulardan birini seçmek konusunda serbesti tanır. Yoksa idare, takdir yetkisine dayanarak yeni konular meydana getirebilme veya objektif hukukun önceden belirlediği konuları değiştirebilme yetkisine sahip değildir.⁸⁸

Örneğin, 657 sayılı Kanun'un 76. maddesi uyarınca yapılacak nakil işleminin konusu, memurun hizmet gördüğü kurum içinde başka yer veya göreve naklen atanmasıdır. Aynı Kanun'un 74. maddesine göre yapılacak nakil işleminin konusu ise, devlet memurunun söz konusu yasa kapsamında bulunan bir kurumdaki diğerine naklen atanması olacak ve burada her iki kurum da muvafakat verip vermemek konusunda takdir yetkisine sahip kabul edilecektir.

Sonuçta, 76. madde hükmü dayanak gösterilerek kamu personeli başka bir kurumun memuru haline getirilemeyecek, aksi halde nakil işlemi konu unsuru yönünden hukuka aykırı hale gelecektir.

⁸⁵ Erol Alpar, *Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları*, Ankara, 1990, s.33.

⁸⁶ Aydın, *a.g.e.*, s.151.

⁸⁷ Yıldırım, *a.g.e.*, s.19 vd.

⁸⁸ Onar, *a.g.e.*, s.425.

E. Maksat Unsurunda İdarenin Takdir Yetkisi

İdari işlemin maksat unsuru, idari işlemle ulaşılmak istenen gayeyi ifade eder. Her idari işlemin bir amacı vardır, o da kamu yararıdır. Buna genel amaç denir.⁸⁹

Bazı hallerde kanun koyucu, yine kamu yararı içinde kalmak şartıyla idari işlemin amacını açık olarak belirtebilir.

Bu durumda, özel bir amacın varlığından söz edilebilir. Ancak sonuçta, bu da daraltılmış bir genel amaçtan başka bir şey değildir.⁹⁰ Açıkça gösterilmiş olsun ya da olmasın her idari işlemin genel amacı, kamu yararıdır. Özel amacın geçerli olabilmesi için, işlemin genel amaca yani kamu yararına aykırı olmaması gerekir.⁹¹

Zaten, devlet yetkilerinin kamu yararından başka maksatlarla kullanılması, yetkinin mahiyetine aykırı olur.⁹² Nakil işlemlerinde de amaç, kamu yararını gözetmektir.

İdari işlemin tesisinde kamu yararı dışında bir amaç gözetilmesi, amaç yönünden hukuka aykırı olup, “yetki saptırması” olarak ifade edilebilir. Bu hallerde, kamu yararından uzaklaşmış olmaktadır. Bu anlamda, idari işlemin tesisi ve uygulanmasında kişisel menfaatin gözetilmesi, üçüncü kişilerin yararına veya siyasal amaçla hareket edilmesi gibi sebepler hep birer kamu yararı dışındaki amaçlardır.⁹³

İdari işlemlerde güdülecek maksadın bu şekilde açık ve belirli olması, bu unsur üzerinde idarenin herhangi bir takdir yetkisinin olmadığını göstermektedir. Aksine bir düşüncenin kabulü, bizi idarenin kamu yararı

⁸⁹ A.Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, Güncelleştirilmiş 21.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.223.

⁹⁰ Murat Sezginer, “İdari İşlemlerde Amaç Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılık”, **Doktora Tezi**, Konya, 1991, s.207

⁹¹ Karatepe, **a.g.m.**, s.96.

⁹² Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1972-1973, s.211.

⁹³ Derdiman, **İdare Hukuku...**, s.532.

amacı dışındaki amaçlarla da işlem yapabileceği sonucuna götürür ki, böyle bir sonucun hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir.⁹⁴

Sezginer'e göre, amaç (maksat) unsuru, idareye tanınan takdir yetkisinin sınırı olarak karşımıza çıkar ve bu nedenle idari işlemin amaç unsuru bakımından idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁹⁵

Danıştay da, 1963 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, işlemin tüm unsurlarında idarenin takdir yetkisi bulunsa bile, maksat unsurunda takdir yetkisi bulunmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.⁹⁶

V. TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLANDIRILMASI

Kamu hizmetlerinin daha etkin ve hızlı bir şekilde görülebilmesi için, idareye takdir yetkisi verilmesi gerekliliği kadar önem taşıyan diğer bir konu da, idarenin işlem ve kararlarında hukuka uygun hareket etmesinin sağlanması ve idare edilenlerin hak ve menfaatlerinin korunması esasıdır. İşte bu esasın korunabilmesi ve sağlanabilmesi, ancak takdir yetkisinin hukuk sınırları içerisinde kullanılmasıyla mümkün olacaktır. Çünkü her yetkide olduğu gibi takdir yetkisi de, belli sınırlar içerisinde vardır ve asla bir keyfilik aracı olarak kabul edilmemelidir.

Günümüzde takdir yetkisinin kullanılmasına iki şekilde sınırlama getirildiği görülmektedir. Birinci halde bu yetki, doğrudan takdir yetkisi tanıyan hukuki metinle sınırlanmakta, ikinci halde de, yargı organlarının içtihatlarıyla bu yetkiye sınırlama getirildiği görülmektedir.⁹⁷

1. Hukuki Metinlerin Getirdiği Sınırlar

⁹⁴ Özyörük, **a.g.e.**, s.211, Onar, **a.g.e.**, s.426.

⁹⁵ Sezginer, **a.g.t.**, s.114.

⁹⁶ DİBK, 21.12.1963, E:1962/644, K:1963/351.

⁹⁷ Sağlam, **a.g.e.**, s.15-16.

İdarenin takdir yetkisini sınırlayan unsurlarının başında şüphesiz başta Anayasa olmak üzere kanun, tüzük, yönetmelik gibi yazılı hukuk kuralları gelir.

Takdir yetkisi, hiçbir zaman mevzuatın sarıh ve emredici hükümlerini münakaşa hakkı vermez.⁹⁸

İdare, takdir ve lüzum içermeyen hükümlerde mevzuat hükümlerini aynen uygulamak zorundadır.

Mesela, özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmeyen memura 657 sayılı Yasa'nın 125. maddesinde söz konusu fiilin karşılığı olarak düzenlenen aylıktan kesme cezasının uygulanmasında, idarenin takdir yetkisi mevcut değildir. Ancak, bazen kanunların idareye bir takdir yetkisi tanımakla birlikte bunun kullanılmasına bazı sınırlar getirdiği görülmektedir.

Yine 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin 3. fıkrası hükmü ile, geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve iyi veya çok iyi derecede sicil alan memura bir alt ceza uygulanması konusunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Bu hüküm uyarınca idare, takdir yetkisini ancak, sicili iyi veya çok iyi olan memurlar için kullanabilecektir. Burada memurun iyi sicile sahip olmaması, takdir yetkisini sınırlayıcı bir düzenleme olarak görülmüştür.

Sonuç olarak, takdir yetkisini sınırlayan kuralların çoğu, yine idare için bağlı yetki doğurmakta, en azından sınırlanan hususta idare, bağlı yetki içinde bulunmaktadır.⁹⁹

2. Yargısal İçtihatların Getirdiği Sınırlar

İdarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi tutulması, hukuk devletinin en temel ilkelerinden biri olduğundan, kamu hizmetlerinin gereği gibi görülebilmesi için idareye tanınan takdir yetkisinin yargı denetimine tabi tutulması, bu ilkenin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁹⁸ Kargın, **a.g.m.**, s.12.

⁹⁹ Sağlam, **a.g.e.**, s.16.

İşte takdir yetkisinin sınırları ve kapsamı da yargı denetimi yoluyla olgunlaşmaktadır. İdari yargı yerleri, idarenin keyfi davranışlarını önleyecek en etkili yol olarak takdir yetkisinin kullanılmasını da hukuk sınırları içerisinde tutmaktadır.

VI. TAKDİR YETKİSİNİN YARGISAL DENETİMİ

İdarenin denetlenmesi için çeşitli yollar bulunmaktadır. Bunları yargısal ve yargı dışı denetim olarak iki ana başlıkta toplayabiliriz. Yargı dışı denetim de, kendi içerisinde idari denetim, siyasi denetim ve yönetilenler eliyle yapılan denetim olarak ayrılabilir.

Yargısal denetimin hukukilik denetimi olduğu vurgulanırken ilgilileri ve tarafları koruyucu özellikler gösteren bu yöntem, ağır işlemekte ve maliyetlidir. Ancak, en güvenilir olanıdır.

Akıllıoğlu da, düzenlediği toplumsal ilişkiler alanına kesinlik ve istikrar getirmesi gibi sonuçları açısından bakıldığında, yargı denetiminin “en etkili yol” olduğunu söylemektedir.¹⁰⁰

Hukuk devletinde ne yargı denetiminden, ne de takdir yetkisinden vazgeçilemez. Takdir yetkisinin denetiminde bu ikisi arasındaki sınırın iyi çizilmesi zorunludur.¹⁰¹

A. Amacı

Yargı denetiminde ilk ve en önemli amaç, idare edilenlerin haklarının teminat altına alınmasıdır. Devletin “cebredici” yanı en çok idarenin faaliyetlerinde kendini gösterir. Asıl uygulayıcı devlet birimi, yürütme ve idaredir. Günlük hayatta bireyler devletin en çok bu yüzüyle karşılaşır ve idarenin eylem ve işlemleri bu yönüyle bireylerin hak ve yükümlülüklerini

¹⁰⁰ Tekin Akıllıoğlu, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, **AİD**, C:23, Sayı:1, Mart 1990, s.4.

¹⁰¹ Akyılmaz, Sezginer, **a.g.e.**, s.69

doğrudan doğruya etkilemektedir.¹⁰² Bu nedenle yargısal denetim bireylerin hak ve özgürlükleri açısından son derece önemlidir.

İkinci amaç ise, idareye yardımdır. İdarenin icraatlarının tarafsız bir organ tarafından denetlenmesi, idarenin vatandaşın güvenini daha kolay kazanmasını sağlar. Ayrıca idare, yönetiminde sağlam esaslara dayanmak ister.

Yargı denetiminden hukukun genel ilkeleri gibi bir takım esaslar ortaya çıkabilir ve idare, yargı organının içtihatlarından faydalanarak takip edeceği yolu daha rahat seçebilir.¹⁰³

Takdir yetkisinin yargısal denetimi, idarecinin yapabileceği keyfi davranışlara karşı idare edilenleri ve kamu yararını koruyacaktır. Ayrıca bu noktadaki yargısal denetim, idareciyi hukuk alanında tutacak kadar etkili, kamu hizmetinin yürütülmesini engellemeyecek kadar da yumuşak olmalıdır.

Ancak, bu suretle idare ile idare edilen, kamu yararı ile kişi yararı arasındaki dengeler kurulmuş olacaktır.¹⁰⁴

Çünkü idare, işlem ve eylemlerinde kamu yararını gerçekleştirmek için üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatıldığından, sahip olduğu kamu kudretini kanunsuz ve keyfi kullanması halinde yargı denetimi sayesinde hukuka uygun davranmaya zorlanır.¹⁰⁵

B. 1982 Anayasası ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi

1961 Anayasası'nın 114. maddesinde "İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz." hükmüne yer verilmiştir.

¹⁰² Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, 4.Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001, s.101-102.

¹⁰³ Recep Başpınar, "İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması", **DD**, Sayı:3, Y:1971, s.62.

¹⁰⁴ Oytan, **a.g.m**, s.38.

¹⁰⁵ Atay, **a.g.e.**, s.94.

Söz konusu maddede 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu madde hükmü "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır." haline getirilmiştir.

Ayrıca "Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez." fıkrası maddeye eklenmiştir.

1982 Anayasası'nın 125. maddesinde de, yine idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra "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." fıkrası eklenmiştir.

Duran, maddenin kenar başlığının "yargı denetimi"nden "yargı yolu"na çevrilerek, "hiçbir" şeklinde nitelendirilen yasak kuralın idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğu biçimine sokulmasıyla, her başvurunun yargı denetiminin tam olarak gerçekleşmeyle sonuçlanmayabileceğinin anlatılmak istendiğini belirtmiş ve değişikliği eleştirmiştir.¹⁰⁶

Karatepe ise, "hiçbir eylem ve işlem" niteliğindeki ifadenin "her türlü eylem ve işlem" halini almasında hiçbir ifadesinde bulunan idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırma yönündeki kuşkunun bertaraf edilmesinin amaçlandığını belirtmiştir.¹⁰⁷

İlk defa 1982 Anayasası ile takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği Anayasal hüküm halini almıştır.

Kimileri "Takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez." şeklindeki hüküm ile ne kast edildiğinin anlaşılmadığını söylemiştir. Çünkü bu kural, idari yargılama hukukunun genel bir kuralıdır. Dolayısıyla

¹⁰⁶ Lütfi, Duran, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (1)", **AİD**, C:20, Sayı:4, 1987, s.3.

¹⁰⁷ Karatepe, **a.g.m.**, s.105-106.

Anayasa’da yer almasına gerek yoktur. Eğer bu madde hükmü, idarenin takdir yetkisine yargısal yolla müdahale yapılamayacağı anlamını taşıyorsa, takdir yetkisine ilişkin yetki ve şekil dışındaki öğeler yönünden takdire dayalı işlemlerin yargısal denetimi yapılamayacaktır. Bu durum da hukuk devletinin önünü tıkayacaktır.¹⁰⁸

Ayrıca, 1982 Anayasası’nın idarenin işlemlerine karşı yargı yolunu düzenleyen 125. maddesi içeriğinde bulunmamasına rağmen Anayasa’nın kabulünden önce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin 2. bendinde; idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceğine ilişkin mevcut olan hüküm ile beraber "İdari mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar." şeklinde değişiklik yapılarak yerindelik kavramından söz edilmiştir.

Azrak, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda Anayasa’da öngörülmemiş olan bir yargı denetimi kısıtlaması getirilmesinin Anayasa’ya uygunluğunun kuşku olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁹

Duran’a göre ise, "yerindelik denetimi yasağı" ve "yerindelik" kavramının belirsizliği nedeni ile bu ifade Anayasa’ya konmamıştır.¹¹⁰

C. Yargısal Denetimin Sınırları

İdarenin, takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği işlemler ve yaptığı eylemler, yargı organlarınca işlem veya eylemin türü ve niteliğinde somut olaya göre farklılık bulunması nedeniyle her zaman aynı sınırlarda denetlenmemektedir. Bu noktada, bazı işlemler en alt seviyede

¹⁰⁸ Sevtap Yokuş, “Yönetmelik Yargının Takdir Yetkisi Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *İBD*, C:72, Sayı:4, 1998, s.314.

¹⁰⁹ Azrak, *a.g.m.*, s.27-28.

¹¹⁰ Duran, *İdari İşlem Niteliğinde ...*, s.4.

denetlenirken, bazılarının denetimi aşamasında daha farklı ölçütler de işin içine girebilmekte ve denetim seviyesi en üst sınıra kadar çıkabilmektedir.

Sonuçta, takdir yetkisinin alanı, en alt seviyede gerçekleştirilen denetimde en geniş durumda iken, en üst seviyede gerçekleştirilen denetimde ise, ortadan kalkmaktadır.¹¹¹

1. Hukukilik Denetimi

Nasıl ki kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli işleyebilmesi için takdir yetkisi gerekli ise, yönetilenlerin hak ve özgürlüklerinin korunması için de yargı denetimi zorunludur.

Ancak idarenin eylem ve işlemleri üzerindeki yargı denetimi, kural olarak hukuka uygunlukla sınırlıdır. Aksi halde, hakim yerindelik alanına girerek, idare yerine geçmiş ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Yani denetim yapılırken, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığı incelenmeli, idarenin eylem veya işleminin ihtiyaca uygunluğu denetlenmemelidir.

Ayrıca bir iptal davası niteliğinde olan nakil davalarında da diğer idari işlemlerde olduğu gibi nakil işleminin tesis edildiği tarihteki hukuki durum ile mevzuat hükümleri değerlendirilmek suretiyle uyumsuzluk hakkında karar verilmelidir.

İdari işlemlerin denetiminin hukuka uygunlukla sınırlı olduğu, gerek yasalarla gerekse doktrince kabul edilmiş bulunmaktadır.

Nitekim, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinin 2. bendinin ilk cümlesinde "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır." hükmüne yer verilmiş bulunmaktadır. Ancak neyin yargısal denetimi hukukilik sınırları içinde tutacağı, neyin yerindelik denetimi anlamına geleceği konusunda kesin bir uzlaşma yoktur.

¹¹¹ Oytan, **a.g.m.**, s.40.

İdare hukukunun geniş ölçüde bir içtihat hukuku oluşu nedeniyle yargı denetimi her zaman hukukilik ile sınırlı kalamayabilmekte¹¹² ve bu durum Danıştay kararlarına da yansımış bulunmaktadır.

Hukukiliğin ne anlama geldiğinin yerindelikten ne kastedildiği anlaşıldığında kendiliğinden ortaya çıkacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü bu iki kavram, uygulamada iç içe geçmiş durumdadır.

2. Yerindelik Denetimi Yasağı

Yerindelik denetimi yasağı, ilk kez 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 21. maddesinde değişiklik öngören 25 Aralık 1981 tarih ve 2568 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile mevzuatımıza girmiştir. Maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesinde, idari yargı yetkisinin hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı olduğu belirtildikten sonra 2. cümlesinde de "Yerindelik denetimi yapılamaz." hükmüne yer verilmiştir.

Yerindelik, kamu hizmeti gereklerinin idarece takdir yetkisi içinde değerlendirilmesi suretiyle, her olayın özelliği ve koşulları gözetilerek idarece en uygun seçimin yapılması hali olarak tanımlanabilir.¹¹³

Ayrıca, aynı ifadeye 1982 Anayasası'nın idarenin işlemlerine karşı yargı yolunu düzenleyen 125. maddesi içeriğinde bulunmamasına rağmen Anayasa'nın kabulünden önce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. bendinde; idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceğine ilişkin mevcut olan hüküm ile beraber "İdari mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar." şeklinde yer verilmek suretiyle, yasaklayıcı hükmün sadece Askeri Yüksek İdare Mahkemesiyle sınırlı kalmayarak Danıştay, bölge idare

¹¹² Kıratlı, **a.g.m.**, s.86-88.

¹¹³ Kazım Yenice, Esin Yücel, **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, 1983, s.136.

mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerine de sirayet etmesi uygun bulunmuştur.

Azrak, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile, Anayasa’da öngörülmemiş olan bir yargı denetimi kısıtlaması getirilmesinin Anayasa’ya uygunluğunun kuşkulu olduğunu ifade ederek, bazen öyle durumlarla karşılaşılır ki, idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının saptanması, ancak işlemin yerindeliğinin incelenmesiyle olanak kazanacağından, hakimin bazı hallerde hukuka uygunluğu tespit edebilmesi için yerindeliği de araştırması gerekeceğinden, bu maddedeki düzenlemenin doğru ve yerinde olmadığını söylemiştir.¹¹⁴

Duran ise, bu hususun “Anayasal bir sorun” olarak değerlendirilmemesi veya “gerekli” görülmemesi” nedeni ile Anayasa’ya konmadığını ifade etmiştir.¹¹⁵

Yerindelik denetimi, idarenin yargısal denetiminde en hassas olan noktadır. Bir idari işlemin hukuka uygunluk denetimine tabi olan kısmı olduğu gibi, yerindelik alanına giren yanı da bulunabilir.

Bir idari işlemin hangi yanının yerindelik yetkisi ile yapıp, hangi kısmının bu alanın dışında kaldığının tespiti son derece zor ve önemlidir.

Ancak, hukukilik denetimi ile yerindelik yasağının sınırları konusunda açık bir ayırım yasalarda olmadığı gibi, doktrince de yapılabilmiş değildir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu ve 1982 Anayasası’nın yukarıda belirtilen hükümleriyle yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu belirtilmiş olsa da, söz konusu hükümlerde hukukilik denetimini aşacak olan bir yargısal denetimin neleri kapsayacağı gösterilmemiştir.

Bu noktada sınırları belirleyecek olan merci konumundaki Danıştay’ın içtihatlarına bakıldığında, Danıştay’ca da, bu konuda net bir sınır çizilemediği görülmekte olup, bazı kararlarda hukukilik alanına dahil kabul edilen bir durum, kimi kararlarda ise yerindelik alanına dahil sayılmış bulunmaktadır.

¹¹⁴ Azrak, **a.g.m.**, s.27-28.

¹¹⁵ Duran, **İdari İşlem Niteliğinde ...**, s.4.

Takdir yetkisi ile yerindelik, aynı kavramlar da değildirler. Yerindelik alanı, takdir yetkisinin içinde yer almakta ve takdir yetkisini veren mevzuatın kapsamına göre takdir yetkisinin içindeki yeri genişlemekte ya da daralmaktadır. Özellikle, işlemin sebep unsurunun denetiminde takdir yetkisinin yargısal denetimi artmakta iken, idarenin işlemin konu unsurunu bir çok seçenek arasından seçmek durumunda olduğu durumlarda ise yerindelik alanı genişlemektedir.¹¹⁶

Takdir yetkisi, tesis edilen idari işlemlerden bağımsız olup, işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez kullanılmakla tükenen bir yetkidir. Oysa yerindelik, yapılan idari işlemin ortaya çıkardığı, az çok süreklilik arz eden bir durumu belirtir. Bu durum, idari işlemin yarattığı sonucun, kamu hizmetinin gereklerine uygun düşmesinden ibarettir. Başka bir fark ise, takdir yetkisi uygulanacak hukuk normunun çerçevesi içinde idarenin serbest karar verme alanını oluşturur. Oysa yerindelik, bu serbest karar verme alanı içerisinde kalınarak verilen kararın konusunu oluşturur. Bu açıdan yargı denetiminin dışında kalan, gerçekte takdir yetkisinin ilişkin olduğu norm alanıdır.¹¹⁷

Bu noktada, Demirkol, bu maddedeki yargı yerlerinin idarenin takdir yetkisini kaldırabileceği ifadesinin ve bunun yasa ve Anayasa'ya yazılmasının, yargı yerlerini tereddüde düşürmekten ve kimi durumlarda yargı yerlerinin yapacağı denetimi kısıtlamaktan başka bir sonuç doğurmayacağını düşünmektedir.¹¹⁸

Gözler ise, takdir yetkisinin yargısal denetiminin mümkün olmadığını düşünmektedir. Çünkü takdir yetkisi, idari işlemin hukukiliği ile değil, yerindeliği ile ilgilidir. İdare takdir yetkisiyle, idari işlemin hukukiliğini değil, yerindeliğini takdir ettiğine göre, idari işlemlerin hukukiliğini inceleyen idari yargı organları, mahiyeti gereği yerindeliğini araştıramaz; dolayısıyla

¹¹⁶ Daştan, **a.g.m.**, s.331.

¹¹⁷ Azrak, **a.g.m.**, s.27.

¹¹⁸ Demirkol, **a.g.m.**, s.398.

idarenin takdir yetkisini denetleyemezler. Yazara göre, bu hukuk mantığından çıkan genel bir sonuçtur ve ayrıca pozitif bir metin tarafından öngörülmesi de gerekmemektedir. Yazar, 1982 Anayasası'nda bunun bir pozitif hukuk kuralı olarak öngörülmesinin Türk idari yargı organlarının idarenin takdir yetkisine karışır nitelikteki kararlarına bir tepki olarak düşünülmüş olabileceğini söylemiştir.¹¹⁹

Sonuç olarak, hukuka uygunluk denetimi yetkisiyle donatılmış olan idare yargıcı, hukukilik ve yerindelik sınırını yine kendi çizecektir.¹²⁰

Nitekim, Duran'ın da belirttiği üzere, bir hukuk devletinde tamamen takdiri bir işlemin yeri yoktur.¹²¹

Hukuka uygunluk denetimi ile yerindelik denetimi arasındaki ayrımın görece oluşu, bu konudaki ayrıma ancak yargı yerlerinin gidebileceğini gösterir. Bir başka deyişle, bu konuda bir ölçüye gidilebilmesi, ancak her olayın, her uyuşmazlığın sahip olduğu özelliklerin göz önünde tutulmasını gerektirir.¹²²

3. İdari Eylem veya İşlem Niteliğinde Yargı Kararı Verilmesi Yasağı

1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 4. fıkrası, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 21. maddesi hükümlerinin getirdiği bir diğer kural "İdari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemez." şeklindedir.

Bu kurala Anayasa ve yasalarda açıkça yer verilmesinin kuşkusuz özel bir anlamı vardır, fakat bununla asıl anlatılmak istenilenin ne olduğu konusunda doktrindeki görüşlerden bahsetmek gerekmektedir.

¹¹⁹ Gözler, **a.g.e.**, s.348.

¹²⁰ Yokuş, **a.g.m.**, s.200.

¹²¹ Duran, **İdari İşlem Niteliğinde ...**, s.6.

¹²² Nuri Alan, "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, 10-11-12 Haziran 1982, Ankara, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yay., Ankara, 1982, s.58-59.

Birinci görüşe göre; bu düzenlemede amaç, takdir yetkisinin bu bölümünü korumak, hakimın bu bölümde denetim yapmamasını sağlamaktır. Buna göre, tamamen idari yerindelik konusu olan bu alanda yargıcın alacağı kararlar, idari işlem niteliği taşıyacaktır. Yani bu alan, öylesine idarenin tasarruflarına tahsis edilmiş, öylesine idareye hastır ki, bu alanda yapılan tasarruf, kim tarafından yapılırsa yapılsın idari eylem veya işlem niteliği taşıyacaktır.¹²³

Bu şekilde bir düzenlemenin Anayasal hüküm haline getirilmesi yargının, idarenin eylem ve işlemlerini denetlerken idare yerine geçip, onun yerine karar vermemesi için getirilmiş bir hukuki güvencedir.¹²⁴

İkinci görüşü savununlar ise; düzenlemenin idarenin, yargı denetiminden mümkün olduğu kadar uzak durabilme özleminden kaynaklandığını belirtmektedirler.¹²⁵

Karahanoğulları, idari eylem niteliğinde yargı kararı verilmesinin hem hukuki bir yanı hem de izahı mümkün olmadığından, bir mahkeme kararının idari eylem niteliğini taşıyamayacağını ifade etmiştir.¹²⁶

Buna karşın Duran'a göre, yargı mercilerinin denetledikleri idari işlem ve eylemlerin "yerine geçebilecek" nitelikte kararlar verme olasılıkları fazladır. İdari Yargı yerlerinin verecekleri iptal kararı, hukuka aykırı işlemi ortadan kaldırmakla yetinip yerine bir şey koymazken; tam yargı hükümleri hukuka ve olgulara aykırı işlemleri bozmakla kalmaz, bunların yerine doğru ve geçerli olan durum ve edimleri de tesis eder. Ayrıca yazar, yasal düzenlemeler yapılırken, bu dava türleri arasındaki farklar dikkate alınmadan, sadece yargı yetkisinin yürütme ve idare üzerindeki etkisini kısıtlama amacı güdülerek, her çeşit uyuşmazlıkta yargı kararlarının idari işlem yerine geçirilmesinin yasaklandığını ifade etmiştir.¹²⁷

Karahanoğulları, konuya ayrıca idari işlemler ve yargı kararları arasındaki benzerlikten yaklaşarak, idari yargı yerlerinin verecekleri her iptal

¹²³ Oytan, **a.g.m.**, s.47.

¹²⁴ Karatepe, **a.g.m.**, s.88, Oytan, **a.g.m.**, s.47.

¹²⁵ Bayraktar, **a.g.m.**, s.292.

¹²⁶ Onur Karahanoğulları, **İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları**, Prof. Dr. Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.203.

¹²⁷ Duran, **İdari İşlem Niteliğinde ...**, s.8-9.

kararının doğası gereği idari işlem niteliğinde olduğunu; ancak idari işlem olmadığını ifade etmiştir. Yazara göre, iptal kararları, tıpkı idari işlemde olduğu gibi inşai nitelik taşır ve iptal kararının iptale konu işlemi olumsuzlaştırarak ortadan kaldırması "olumsuz kuruculuk" kavramına işaret eder. İptal kararları tanım gereği, işlemi geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırdığından, iptal kararı verilmesi halinde idarenin yeni bir işlem yaparak iptal edilen işlemi geri alması gerekmemektedir. Nitekim, iptal kararının doğal sonucu olarak işlem zaten ortadan kalkmış bulunmaktadır. Mahkemenin idari işlemi iptal ettikten sonra yerine yenisini kurması veya işlemi düzeltmesi ise olumlu kuruculuk olacaktır. Böylece, ilgili Anayasal ve yasal düzenlemelerde yer alan "idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemez" hükmüyle aslında yasaklanmak istenen durum, mahkeme kararlarıyla olumlu kuruculuk tanınmasıdır. İdarenin iptal kararından sonra, gerekçede belirtilen hukuka aykırılıklara dikkat ederek yeni işlem kurması zorunluluğu olmayan durumlarda, idare işlem oluşturma konusunda serbesttir. Yeniden bir işlem yapmak veya yapmamak hususunda takdir yetkisine sahiptir.¹²⁸

Danıştay bir kararında hukukilik denetimi ile yerindelik ve idari işlem veya eylem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağı kavramlarının tamamının bir arada bulunduğu bir kararında şu ifadelere yer vermiştir:

"İdari yargı yetkisinin sınırını belirleyen 2577 sayılı Yasanın 2. maddesinin 2. fıkrası, Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasının tekrarından ibaret olup, bu maddede açıkça ifade edildiği gibi idari işlemler üzerindeki yargısal denetim bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanması ile sınırlıdır.

İdarenin takdir yetkisinin denetiminde yargı organlarının yalnızca hukuka uygunluk denetimi yapabilecekleri şeklinde ifade edilen kural, aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin sınırlarını da ortaya koymuştur.

İdarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının somut biçimde ortaya konulması için birden çok

¹²⁸ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.203-205.

seçenekten birisini tercihte takdir yetkisine sahip olmaları halinde yapılacak yargısal denetim, idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve saptanması ile sınırlandırılmıştır.

İdari yargının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da belli bir yönde işlem ve eylem tesisine zorunlu kılacak biçimde yargı kararı vermeleri halinde, hukuka uygunluk denetimi aşarak yerindelik denetimi yapılmış olacaktır.

Bir başka anlatımla, idari işlemler üzerinde yerindelik denetiminden söz edilebilmesi için, bir işlemin idarenin objektif değerlendirme olanağı bulunmayan işleyiş zorunlulukları ile ilgili ya da hukuk sınırları içerisindeki seçeneklerden birine karışılması gibi bir durumun söz konusu olması gerekir.”¹²⁹

Son paragraftaki açıklamalar, Danıştay’ın zorunlu gördüğü bazı hallerde hukukilik denetimini aşarak uyguladığı yerindelik denetimini meşrulaştırma çabasında olduğunun bir göstergesidir.

Ayrıca, idarenin bir işlemi reddederek veya ilgilinin istediği lehe bir durumdan yararlandırılmama şeklinde tesis ettiği ve sonuç doğuran işlemler olarak tanımlanabilecek olan “olumsuz” işlemler hakkında yürütmenin durdurulması kararının verilmesi konusu da doktrinde tartışılmaktadır.

Konu ile ilgili olarak Özay, yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek işlem türüne, sadece konu unsuruna ilişkin olarak işlemin ya tamamen takdiri ya da öznel yani dar anlamda subjektif olan bazı istisnalar dışında bir örnek bulmanın ne kolay ne de mümkün olduğunu ifade etmektedir.¹³⁰

Gözübüyük/Tan’a göre ise, kural, olumsuz kararlara karşı yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğidir. Ancak olumsuz karar, ilgilinin eskiden var olan fiili veya hukuki durumunda değişiklik yapıyorsa ve "icrai"

¹²⁹ D8D, E:2010/2 sayılı dosyada 27.01.2010 gününde verilen YD Kabul kararı

¹³⁰ İlhan Özay, **Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.233-234.

bir nitelik taşıyorsa bu tür olumsuz kararlara karşı yürütmenin durdurulması kararı verilebilir. Bu durumda olmayan olumsuz kararlara karşı yürütmenin durdurulması kararı verilmesi, yargının idare yerine geçmesi, onun adına karar alması sonucunu doğurur.¹³¹

4. Gerekçe İlkesi ve Takdir Yetkisi

Bir idari makamın takdir yetkisine dayanarak tesis etmiş olduğu işlemlerin gerekçelendirilmesi, idarenin farklı seçenekler arasında tercihinin yapmış olması sebebiyle oldukça önemlidir.

Gerekçe, bir idari işlemde idari işlemin hangi nedenle yapılmış olduğunu, hukuka uygunluğunu ve yerindeliğini açık seçik ortaya koymak şeklinde tanımlanabilir.¹³²

Sezginer, idari işlemin sebebini işlemin gerekçesini oluşturduğundan hareketle işlemin sebebi ve gerekçesi arasında bir aynılıktan söz etmenin mümkün olabileceğini belirtmektedir.¹³³

Akıllıoğlu, esasında bu aynılığı kabul etmekle beraber, söz konusu iki kavram arasındaki fark üzerinde durmuştur. Yazara göre, işlemin gerçek nedeni ne ise, gerekçe olarak da o gösterilmelidir. İki kavram arasındaki bu mantiki tutarlılık, aynı anlamda ya da özdeş sayılmalarına neden olduğunu belirttikten sonra işlemin nedensiz tesis edilemeyeceği halde gerekçesiz olmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir.¹³⁴

İdarenin takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği işlemlerde, mecbur olmasa dahi, gerekçe göstermesi keyfi hareket etmediğini, kamu yararı ve hizmet gereklerinin dikkate alındığını ortaya koyması bakımından oldukça önemlidir. Bu, toplumda devlete olan güven duygusunu da artıracaktır.

Gerekçe gösterilmesi, hukuki güvenliği sağlar ve hak aramayı kolaylaştırır. Gerekçe gösterilmesi sayesinde, idari işlemin dayandığı esasları

¹³¹ Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku...**, s.967.

¹³² İbrahim Bağcı, “Hukuk Devletinde İyi İdare”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler**, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.287.

¹³³ Sezginer, **a.g.m.**, s.217.

¹³⁴ Tekin Akıllıoğlu, “Yönetmelik İşlemlerinde Gerekçe İlkesi”, **AİD**, C:15, Sayı:2, Haziran 1982, s.7

ve bunların sonuçlarını önceden görebilen ilgililer, gerekçeden işlemin hukuka uygun olduğu kanaatine vardıkları takdirde dava açmaktan vazgeçebilirler. Bu durum yargı yerlerinin iş yükünü de hafifletecektir. Böylece, idare sürekli dava tehdidi altında olmaktan da kurtulacaktır.¹³⁵

Bu yönüyle gerekçe, “ilgilinin işleminden bilgi alma hakkının asgari düzeyi”, “savunma haklarına saygının bir parçası” olarak görülmüştür.¹³⁶

Ayrıca, işlemin yöneldiği kişi, şablon bir kararla karşı karşıya olmadığı, somut olaya ilişkin kapsamlı bir değerlendirmeye gayret edildikten sonra kararın verildiğinden emin olursa, doğruluğu bakımından da ikna olur. Bu sebeple gerekçede muhtemel sebepler üzerinde düşünüldüğü de ortaya konulmalıdır.¹³⁷

¹³⁵ Sezginer, **a.g.m.**, s.219.

¹³⁶ Bağcı, **a.g.m.**, s.287.

¹³⁷ Bahtiyar Akyılmaz, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yay., Ankara, 2000, s.211.

İKİNCİ BÖLÜM
DEVLET MEMURLARININ NAKLEN ATANMASINA
İLİŞKİN DAVALARDA 1982 ANAYASASI
ÇERÇEVESİNDE YARGISAL DENETİMİN İŞLEYİŞİ

I. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI KANUNU'NDA NAKİL
İŞLEMLERİNİN DÜZENLENİŞİ

1982 Anayasası'nın 123. maddesinin 1. fıkrasında, idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtildikten sonra 128. maddesinin 2. fıkrasında da, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Anayasal düzenlemenin verdiği yetkiye dayanılarak devlet memurlarının naklen atanmalarına ilişkin kuralları düzenlemek üzere, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 14.07.1965 tarihinde kabul edilip, 23.07.1965 tarih ve 12056 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

Devlet memurlarının naklen atanmalarına ilişkin kurallar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun IV. Kısım içinde yer alan ve 72. maddeden itibaren başlayan "Yer Değiştirme" başlıklı 3. Bölümünde düzenlenmiş bulunmaktadır.

A. Yer Değiştirme Suretiyle Atama

657 sayılı Kanun'un 72. maddesinin 12.05.1982 tarihli 2670 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile değişik 1. fıkrasında, kurumlarda yer değiştirme suretiyle atanmaların; hizmetlerin gereklerine, özelliklerine, Türkiye'nin ekonomik, sosyal, kültürel ve ulaşım şartları yönünden benzerlik ve yakınlık gösteren iller gruplandırılarak tespit edilen bölgeler arasında adil ve dengeli bir sistem içinde yapılacağı, 29.11.1984 tarihli 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 13. maddesiyle değişik son fıkrasında da, memurların ... yer değiştirme ile ilgili atama esaslarının Devlet Personel Başkanlığı'nca hazırlanacak bir yönetmelikle belirleneceği, kurumların atamaya tabi olacak personeli için bu yönetmelik esaslarına göre Devlet Personel Başkanlığı'nın görüşünü almak suretiyle bir personel ve atama planı hazırlayacağı hükmü yer almaktadır.

Söz konusu hüküm uyarınca bu güne kadar Devlet Personel Başkanlığı'nca bir yönetmelik çıkarma yoluna gidilmemiş ve değişiklikten önce 19.04.1983 tarih ve 83/6525 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilip, 25.06.1983 tarih ve 18088 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelik hükümleri uyarınca devlet memurlarının naklen atanmasına ilişkin işlemler gerçekleştirilmiştir.

Hatta, bu yönetmelikte Bakanlar Kurulu'nun 03.08.2005 tarih ve 2005/9246 sayılı, 27.02.2007 tarih ve 2007/11837 sayılı, 26.05.2008 tarih ve 2008/13709 sayılı kararları ile kabul edilip yayımlanarak yürürlüğe girmiş değişiklikler mevcuttur ve bu hükümler halen güncelliğini korumaktadırlar.

Ayrıca, aralarında Adalet Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı' nın da bulunduğu bazı kurumlar, 72. maddenin son fıkrası hükmü uyarınca kendi hizmet alanlarının özelliklerine göre atamaya tabi olacak personeli için söz konusu yönetmelik esaslarına göre personel atama yönetmelikleri çıkarıp bunları 3011 sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince Resmi Gazete'de yayımlayarak yürürlüğe koymuş ve personellerinin naklen atama işlemlerini bunlarda belirtilen esaslara göre tesis etmektedirler.

Ancak şunu önemle belirtmek gerekir ki, kurumların çıkaracakları yönetmelik hükümlerinin 19.04.1983 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilen ve 72. maddede 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklikten sonra da hukuki varlığını korumakta olan ve maddede öngörülen genel nitelik taşıyan anılan Yönetmelik hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir.

1. Özür Nedeniyle Yer Değiştirme

Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmeliğin “Memurun İsteği zerine Yapılacak Yer Değiştirmeler” başlıklı 12. maddesinde, aşağıda belirtilen özürlerin belgelendirilmesi halinde, bölgelerdeki ve/veya hizmet alanlarındaki zorunlu çalışma süreleri tamamlanmadan memurun isteği üzerine yer değiştirme suretiyle atama yapılabileceği belirtilmiş olup, A zr Grubu: Sağlık Durumu, ,B zr Grubu: Eş Durumu ncelik sırası esas alınarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

657 sayılı Kanun ve yer değiştirme suretiyle atamaya ilişkin yönetmelikte, memurun ve çocuklarının öğrenim durumlarının özür kabul edileceği yönünde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da, personellerinin atama işlemlerini çıkardıkları özel yönetmelik hükümlerine göre yapan kurumların bir kısmı (Adalet Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı gibi) bu durumu özellikle memur açısından özür nedeniyle yer değiştirme sebebi saydığından, anılan durum ile ilgili açıklamalara da bu başlık altında yer verilecektir.

a. Eş zrnn Gözetilmesi Durumu

1982 Anayasası’nın “Ailenin Korunması” başlıklı 41. maddesine göre “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile

planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.”

Bu anayasal hükmün gerekli yasal düzenlemesi olarak değerlendirilebilecek olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 527 sayılı KHK’ nın 5. maddesiyle yeniden düzenlenmiş olan 72. maddesinin 2. fıkrasında ise “Yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda; aile birimini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74 ve 76. maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılır. Yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde, bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere aşağıdaki şartlarda izin verilebilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Yine Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmeliğin “Eş Durumunun Belgelendirilmesi” başlıklı 14. maddesinde de, B özür grubuna (eş durumu) dayanarak memurun yer değiştirme isteğinde bulunabilmesi için; eşinin Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkındaki 13.12.1960 tarih ve 160 sayılı Kanun’a tabi bir kurumda memur statüsünde çalıştığını, görev yeri belgesi ve nüfus kağıdı örneği ile belgelendirmesinin, eşlerden birinin bağlı olduğu nüfus idaresinden alınacak evlilik durumunu kanıtlayan belgenin de eklenmesi suretiyle gerekli olduğu ve bu özür grubuna dayanarak yerleri değiştirilenlerin her yıl Ocak ayı içinde durumlarının devam ettiğini aynı şekilde alınmış belgelerle belgelendirecekleri düzenlemiş bulunmaktadır.

Aslında, anılan Yasa maddesinde eşlerin farklı kurumda olmaları hali düzenlenerek bununla ilgili olarak kurumlar arasında gerekli koordinasyonun sağlanması zorunluluğundan bahsedilmiş, fakat kuvvetle muhtemel olarak memuru atayacak olan kurumun eşinden de haberdar olacağı ve bu hali göz önüne alacağı düşüncesiyle her iki eşin de aynı kurumda çalışma durumu düzenlenmemekte ise de, bu durumdaki eşler açısından da eş durumunun dikkate alınması gerektiğine Danıştay kararlarında yer verilmektedir.

Bahsedilen tüm düzenlemelere rağmen nakil işlemlerinde eş durumunun gözetilmediğine yönelik sıkça ileri sürülen iddialar nedeniyle, bu noktada idarelerin bu yasal yükümlülüğü gerektiği şekilde dikkate almadıkları şeklinde bir sonuca varmak yanlış olmayacaktır. Ayrıca, konu ile ilgili Danıştay içtihatlarının öneminin bu nedenle daha da arttığı yadsınamaz bir gerçektir.

Bu son duruma göre, eşlerin ayrı ve aynı kurumda çalışmaları hallerini ayrı ayrı ele almak suretiyle Danıştay içtihatlarına yer vermek gerekli olacaktır.

Fakat ayrı kurumda çalışan eşler açısından eş durumunun naklen atama sırasında göz önüne alınmasının, ancak atanan memurun eşinin de memur olması halinde mümkün olabileceğini öncelikle belirtmek gerekir. Bu hususta Bursa Devlet ... Korusu'nda sanatçı olarak görev yapan davacının, eş durumu gözetilerek İstanbul ... Müziği Topluluğu'na naklen atanma istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bir davada Danıştay; anılan Yasa maddesine göre eş durumunun göz önüne alınmasının ancak yer değiştirme suretiyle atamaya tabi tutulan kişinin eşinin de memur olması halinde mümkün olduğunu belirttikten sonra davacının Türkiye İş Bankası ... Şubesi'nde 2. Müdür olarak çalışan eşinin Devlet memuru olmaması sebebiyle, idarenin davacının eş durumunu gözetmek suretiyle atama yapma zorunluluğunun bulunduğundan söz edilemeyeceği, dolayısıyla idarenin bu yönde yargı kararı ile zorlanamayacağını açık olması karşısında, dava konusu işlemde hukuka aykırılık, işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığına hükmetmiştir.¹³⁸

Danıştay bir başka kararında, bayan kuaför olan eşin durumunu özür kapsamında değerlendirerek iptal kararı veren Mahkeme kararını temyiz aşamasında; kamu görevlisinin isteği halinde eşinin mesleğini serbest olarak yürütmekte olduğu yere naklinin yapılabileceği şeklinde bir anlayışın bütün işlem ve eylemlerinin ortak hedefi kamu yararını sağlamak olan idarenin bu amacını gerçekleştirmesini kişilerin subjektif karar ve tutumlarına bağlı kılmak

¹³⁸ D5D, 12.05.2009, E:2007/4111, K:2009/2508.

sonucunu doğuracağından hukuken kabul edilemeyeceğini, eşi memur olarak aynı veya başka bir kamu kurumunda çalışmakta olan bir kamu görevlisinin, kamu hizmetinin gerektirmesi halinde, eşinin de doğrudan veya kurumlar arasında koordinasyon sağlamak suretiyle naklinin yapılabilmesine karşılık, eşi memur olmayan kamu görevlisinin naklinin eşinin istek ve iradesine bağlı tutulması yolundaki bir anlayışın, ikinci durumda olanları öncekilere göre ayrıcalıklı duruma getirmenin yanı sıra kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından büyük sakınca yaratacağını ve 657 sayılı Kanun'un 72. maddesinin amacıyla bağdaşmayan böyle bir yolun kabul edilemeyeceğini belirterek bozmuştur.¹³⁹

Ayrı kurumda çalışan eşlerin durumu ile ilgili olarak Danıştay karar düzeltme aşamasında vermiş olduğu bir kararında, devlet hastanesinde uzman tabip olarak görev yapan davacının, naklen atanması sırasında öğretmen olan eşinin durumunun gözetilmemesini iptal sebebi olarak değerlendirmiş ve yasa maddesinde düzenlenen koordinasyon zorunluluğunun ne şekilde yerine getirileceği hususundaki ilkesini de açıklamıştır. Kararda şu ifadeler yer verilmiştir:

“... Anayasa'nın ve 657 sayılı Yasa'nın söz konusu düzenlemelerine göre; farklı kurumlarda çalışan eşlerden birinin hizmet gereği başka bir yere naklen atanması halinde diğer eşin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyonun sağlanması ve diğer eşin de isteği halinde aynı yere naklinin yapılması idare için bir yükümlülüktür...

Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; atama işleminin hizmet gerekleri gözetilerek kurulduğu sonucuna varılmış olup, işlemde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, davacının eşinin dava konusu işlemin kurulduğu tarih itibarıyla Lapseki Lisesi'nde öğretmen olarak çalıştığı anlaşıldığından, Anayasa'nın ve 657 sayılı Yasa'nın bahsedilen hükümleri nedeniyle hizmet gereği yapılan atama işleminde aile bütünlüğünün korunması gerekmekte olup, kamu kurumunda çalışan eşler yönünden nakil işleminin kurulmasından önce eşlerin birlikte görev

¹³⁹ D5D, 04.04.2006, E:2005/692, K:2006/1789.

yapabilecekleri yerlerin diğer idare ile gerekli koordinasyon sağlanması suretiyle önceden belirlenerek, diğer eşin de muvafakatı alındıktan sonra işlemin kurulması gerekirken, bu esaslara uyulmaksızın kurulan işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁴⁰

Buna rağmen Danıştay, bazı durumlarda salt eş durumunun gözetilmemiş olmasını iptal sebebi saymamakta ve yine eşin durumunun dikkate alınmadığı bir davada hizmetin gerekleri yönünden bir değerlendirme yapılmasını gerekli görmüştür.

“Belli bir statüye girmeyi kabul eden bir kişinin bu statü için geçerli kurallara uyması gerektiği açıktır. 657 sayılı Yasa’nın 72. maddesi, naklen atanan memurun kamu kurumunda çalışan eşine ancak belli koşullarla sınırlı koruma getirmektedir. Söz konusu maddeye göre, memurun atandığı yerde eşinin kurumunun örgütünün bulunmaması yada örgütü olmakla birlikte niteliğine uygun boş bir görev bulunmaması hallerinde, isteğe bağlı olarak, eş kural olarak, ücretsiz izinli sayılabilecek; kadrosu eşinin görevlendirme süresiyle sınırlı olarak saklı tutulacak; ancak bu süre memuriyet boyunca 4 yılı geçmeyecektir.

Yukarıda yer alan kurallar ve yapılan açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde; bir kamu görevlisinin eş durumu nedeniyle atama talebinde bulunması halinde, sadece eş durumunun değil, hizmet gereklerinin de gözetilmesi gerekmektedir. Esasen bu yönde bir değerlendirme, hizmet verimliliğinin sağlanması ve etkin yönetim için zorunlu bulunmaktadır.

Eş durumu özrü nedeniyle ... İlinden ... İline okul ve ilçe tercihinde bulunarak atama isteminde bulunan ... tercihte bulunduğu okullara atamasının yapılmaması nedeniyle yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri uyarınca, eğitim kurumlarında atıl kapasite yaratılmadan, verimli ve etkin bir hizmet sunumunu sağlamak amacıyla atamasının ... İlçesi ... Okulu’na yapılması yönündeki işlemde hukuka ve hizmet gereklerine aykırılık

¹⁴⁰ D.5.D, 22.06.2009, E:2007/2856, K:2009/3897.

bulunmadığından dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁴¹

Eş durumu konusundaki içtihatlarının aynı yönde devam etmediği görülen Danıştay, özellikle teşkilatı ülke çapında yaygın bulunan bazı kurumlarda çalışan eşlerle ilgili olarak farklı kararlar vermektedir.

“ ... davacının dava konusu işlemle ... öğretmenliğine naklen atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı, diğer yandan, yaygın teşkilat yapısı gözetildiğinde, öğretmen olan eşin de isteği halinde davacının atandığı yere veya bu yere coğrafi bakımdan en yakın yere atanabileceği de açık olduğundan, eş durumunun dikkate alınmamış olmasının dava konusu işlemi hukuken kusurlandırabilecek nitelikte görülmediği” gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen Mahkeme kararı onanmıştır.¹⁴²

Ülkemiz şartları açısından bakıldığında, bazı kamu kurumlarının tüm ülkeye yaygın şekilde teşkilat bulunduğu halde, bazı kurumlarda ise böyle bir imkan bulunmamaktadır. Bu durumu öngören Yasa koyucu da, memurun atandığı yerde eşinin kurumunun teşkilatı ya da teşkilatı olmakla birlikte durumuna uygun boş kadro yoksa eşe memuriyeti boyunca olmak üzere en fazla 4 yıl süreyle ücretsiz izin verilmesini, hatta atanan memurun görevli olduğu yerin durumuna göre bazı şartlarda belli oranlarda bu kişilere aylık ödenmesini düzenlemiştir.

Bu hükmün uygulanabilmesi için eşin 657 sayılı Kanun’a tabi çalışıyor olması şartı ile birlikte, yer değiştirmek suretiyle atanan memurun da 657 sayılı Kanun’a tabi çalışırken anılan Kanun’un 72. maddesi kapsamında naklen atanmış olması gerekmektedir.

Konu ile ilgili olarak Danıştay’ın bir kararında, aylıksız izin verilmesi koşullarını düzenleyen hükmün, 657 sayılı Kanun’a tabi çalışan 72. madde kapsamında yer değiştirme suretiyle atanan memurun yine 657 sayılı Kanun’a tabi eşi hakkında uygulanacağının açık olduğu belirtildikten sonra, davacının eşinin 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’na tabi personel olması nedeniyle, 657 sayılı Kanun’a tabi olarak çalışan eşin,

¹⁴¹ D.2.D, 18.06.2008, E:2007/371, K:2009/2943.

¹⁴² D.2.D, 23.11.2007, E:2006/5278, K:2007/6370.

(davacının) 657 sayılı Kanun'un izin verilmesi yolundaki 72. madde hükmünden faydalanmasının mümkün olmadığına hükmedilmiştir.¹⁴³

Eşlerin aynı kurumda çalışıyor olması haline ilişkin olarak Danıştay bir kararında, Anayasa'nın 41. ve 657 sayılı Kanun'un konuya ilişkin 72. maddesinin 2. fıkrası hükümlerine yer verdikten sonra şöyle demiştir:

"... kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek kurulan işlemde hukuka aykırılık bulunmamakla birlikte, davacının eşinin dava konusu işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla aynı yerde memur olarak çalışması nedeniyle Anayasa'nın sözü edilen hükmü nedeniyle hizmet gereği yapılan atama işleminde aile bütünlüğünün korunması gerekmekte olup, ... nakil işleminin tesisinden önce eşlerin birlikte görev yapabilecekleri yerlerin önceden belirlenerek, işlemin kurulması gerekirken, anılan esaslara uyulmaksızın kurulan işlemde bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır."¹⁴⁴ şeklinde hüküm kurarak aksi yöndeki Mahkeme kararını bozmuştur.

b. Sağlık Özrünün Gözetilmesi Durumu

Ülkemizde farklı iklim ve coğrafi koşulların bulunması sebebiyle yer değişikliği suretiyle yapılan atamalarda, memurun ya da bakmakla yükümlü oldukları kişilerin sağlık durumları yeni atanılan yere gitmeye elverişli veya hastalığın atanılan yerde tedavisinin mümkün olmaması hususları ihtimal dahilinde bulunduğundan, anılan durumun naklen atamada göz önünde bulundurulması gerekecektir.

İşte bu nedenle; Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmeliğin "Sağlık Durumunun Belgelendirilmesi" başlıklı 13. maddesinde, A özür grubuna (sağlık durumu) dayanarak memurun yer değiştirme isteğinde bulunabilmesi için; kendisinin veya kanunen bakmakla yükümlü olduğu kimselerden birinin bulunduğu yerde kalmasının sağlık durumunu tehlikeye koyacağını, Devlet Memurlarının

¹⁴³ D2D, 11.07.2008, E:2008/60, K:2008/3316, **DD**, Sayı:119, s.115-118.

¹⁴⁴ D5D, 14.04.2009, E:2007/3674, K:2009/1977.

Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği'ne göre tam teşekküllü Devlet Hastanesi'nden alınacak sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesinin gerekli olduğu, bu özür grubuna dayanarak yerleri değiştirilenlerin her yıl Ocak ayında alacakları aynı nitelikteki sağlık kurulu raporu ile durumunun devam ettiğini belgelendirecekleri, gerekli sağlık şartlarını kazandıkları resmi sağlık kurullarınca tespit edilenlerin ise, ayrıldıkları hizmet bölgesindeki eksik hizmetlerini tamamlamak zorunda oldukları kurala bağlanmıştır.

Danıştay, memurun eşinin sağlık durumu dikkate alınmaksızın tesis edilen bir naklen atama işlemine karşı açılan davaya ilişkin kararda şöyle demiştir:

“... davacı hakkında soruşturma açılmasına neden teşkil eden, davacının sahte ölüm ve çocuk nüfus kaydı yapıp kaydı yapılan çocuk sahiplerinden ... para aldığı iddiası sabit olmamakla birlikte soruşturma raporunda belirtilen diğer hususlar yönünden, davacının 1989 yılından bu yana görev yaptığı İğdır İlinde yıprandığı ve görev yeri değişikliğinin hizmetin sağlıklı ve düzenli olarak işlemesi için gerekli olduğu, bu bağlamda tesis edilen işlemde sebep yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı açık ise de, davacı eşinin kolon kanseri hastası olduğu ve onkoloji merkezine yakın tam teşekküllü hastanesi olan bir yerde yaşamasının hastalığı için zorunluluk arz ettiği sağlık kurulu raporu ile sabit olduğundan tam teşekküllü hastanesi bulunmayan Kızılören İlçesi'ne yapılan atama işleminde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”¹⁴⁵

c. Öğrenim Özrünün Gözetilmesi Durumu

657 sayılı Kanun ve Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelikte öğrenim gören memurun ve çocuklarının durumunun nakil işleminde dikkate alınması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte bir kısım kurumların özel

¹⁴⁵ D5D, 25.04.2005, E:2002/1043, K:2005/2176, D.D, Sayı:110, s.175-176.

yönetmeliklerinde bu durum da nakil sırasında göz önüne alınması gereken hususlar arasında sayılmıştır. Örneğin, Adalet Bakanlığı Memur, Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin 27. maddesinde; memurun kendisine, eşine ve çocuklarına öğrenim özü nedeniyle atama imkanı tanınmışken, Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama Ve Değiştirme Yönetmeliği'nin 23. maddesinde; söz konusu durum sadece öğretmenin kendisine tanınmıştır.

Danıştay, zorunlu hizmet yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla naklen atanan bir memurun açtığı davada, ... Yılı Öğretmenlerin İller Arası Yer Değiştirme Klavuzunda zorunlu çalışma yükümlüsü öğretmenlerden görev yaptığı ilin dışında farklı bir ilde yüksek lisans ya da doktora öğrenimi görmekte olanların zorunlu çalışma yükümlülüğü öngörülen il/ilçelere yer değiştirmeye tabi tutulacakları düzenlendiğinden, yüksek lisans kaydı nedeniyle zorunlu çalışma yükümlülüğünün ertelenmesi amacıyla yapılan başvurunun görev yaptığı ilin dışında farklı bir ilde yüksek lisans yapıldığı gerekçesiyle reddedilmesi sonrası tesis edilen nakil işleminde hukuka aykırılık görmemiştir.¹⁴⁶

Çocukların öğrenim durumu ile ilgili olarak ise, Danıştay'ın genel tutumu, özel yönetmeliklerde aksine bir düzenlemeye yer verilmedikçe bunun nakil işlemi açısından dikkate alınma zorunluluğu bulunmayan bir husus olduğu yönündedir.

“... naklen atanan memurun öğrenim gören çocuklarının durumu (memurun görev yaptığı kurumun özel mevzuatında bu konuda istisna teşkil edecek bir hüküm bulunması hariç) anılan maddede sözü edilen zorunluluk kapsamına dahil edilmemiş olduğundan, bu hususun iptal kararına gerekçe alınmasında hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁴⁷

Danıştay'ın çocukların öğrenim durumunun dikkate alınması gerektiği yönünde kararları da mevcuttur.

Danıştay, soruşturmaya dayalı olarak tesis edilen naklen atama işlemini her ne kadar soruşturma konusu fiiller davacının başka bir okula tayinini gerektirmekte ise de, üç kızının ... Lisesi ... sınıflarında öğrenci

¹⁴⁶ D2D; 20.11.2008, E:2008/43, K:2008/4643, D.D, Sayı:121, s.129-131.

¹⁴⁷ D5D, 07.02.1994, E:1993/8888, K:1994/783.

olmaları ve naklen tayin edildiği yerde ... Lisesi'nin bulunmaması nedeniyle okulu bırakmak zorunda kalabileceği, bu nedenle çocukların eğitim ve öğretimine engel olmayacak şekilde ... Merkez ve İlçelerinde ihtiyaç olan başka bir okula atanması gerekirken, söz konusu durum dikkate alınmadan gerçekleştirilen işlemi iptal eden Mahkeme kararını bozmuştur.¹⁴⁸

Başka bir kararında Danıştay şöyle demiştir: "... Bu durumda davacı, her ne kadar isteği üzerine ... Lisesi Müdürlüğü'ne atanarak ... İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'nden ... İli ... İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'ne atanmasına ilişkin işlem ortadan kaldırılmışsa da; davacının dilekçede ileri sürdüğü hususlar ile çocuklarının öğrenim durumu, aile bütünlüğünü koruyabilmek amacıyla alt bir göreve atanmaya mecbur bırakıldığı yönündeki iddialar ve davacının menfaatini ilgilendiren ve esasen iptalini istediği ... İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünden ... İli, ... İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'ne atanmasına ilişkin işlemin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde olmadığı gerekçesiyle incelenmeksizin reddedilmesinde hukuksal açıdan isabet görülmemiştir."¹⁴⁹

2. Özür Durumu Nedeniyle Nakil İşlemlerinde Uygulanması Gereken Genel Kurallar

Söz konusu uygulamayla ilgili olarak şunu belirtmekte yarar vardır. İlgili yönetmelik hükümlerinde belirtilen özür durumlarının öngörülen sürelerde ileri sürülerek belgelendirilmemesi halinde hak kaybı olabilmektedir.

Bu hususla ilgili olarak Danıştay bir kararında, zorunlu çalışma yükümlülüğü bulunan davacının, Yönetmelikte belirtilen süreler içerisinde yüksek lisans nedeniyle mevcut olan öğrenim ömrünü belgelendirmek suretiyle zorunlu çalışma yükümlülüğünün ertelenmesi istemiyle başvuruda

¹⁴⁸ D2D, 01.04.2005, E:2004/1387, K:2005/1151, DD, Sayı:110, s.106-107.

¹⁴⁹ D2D, 25.01.2006, E:2004/4526, K:2006/205.

bulunması gerekirken, bu yönde başvurusunun olmaması nedeniyle tesis edilen nakil işlemini hukuka aykırı bulmamıştır.¹⁵⁰

Danıştay ayrıca, herhangi bir mazerete dayalı olmadan naklen atama talebinde bulunanların bu taleplerinin reddedilmesi sonrasında açtıkları davalarda idarenin atayıp atamama konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamakta ve bir kararında şu ifadelere yer vermektedir:

“... öte yandan, davacının naklen atanmasını gerektirecek eş durumu, sağlık durumu, öğrenim durumu gibi hukuken geçerli bir özrünün de bulunmadığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, davacının hukuken geçerli bir özrü bulunmaksızın atama isteminde bulunduğu anlaşıldığından, naklen atama konusunda takdir yetkisine sahip bulunan davalı idarece, kadro durumu, hizmet durumu ve ihtiyaç durumu göz önüne alınarak kurulan atama başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁵¹

Burada üzerinde durulması gereken diğer önemli husus da, aynı özür nedeniyle aynı yere atanmak isteyen kişilerle ilgili olarak hizmet puanının esas alınacağıdır.

Konu ile ilgili olarak Danıştay bir kararında, “...Bu durumda; aynı özre dayalı yer değiştirmelerde hizmet puanının esas alınacağı açık olup, eş özründen dolayı davacıdan daha yüksek hizmet puanına sahip öğretmenin başvurusu varken, davacının atandığının tespit edilmesi nedeniyle atama onayının iptal edilerek eski görev yerine iadesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık; işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” şeklinde hüküm kurmuştur.

B. Karşılıklı Olarak Yer Değiştirme

¹⁵⁰ D2D, 18.06.2008, E:2007/235, K:2008/2950, **DD**, 120.Sayı, s.113-115.

¹⁵¹ D5D, 12.05.2009, E:2007/5294, K:2009/2492.

657 sayılı Kanun'un 73. maddesinde, "Aynı Kurumun başka başka yerlerde bulunan aynı sınıftaki memurları, karşılıklı olarak yer değiştirme suretiyle atanmalarını isteyebilirler. Bu isteğin yerine getirilmesi, atamaya yetkili amirlerince uygun bulunmasına bağlıdır." hükmüne yer verilmiştir.

Bu madde uyarınca nakil işleminin gerçekleştirilmesi, memurların iradesine bağlı tutulmuş olduğundan, konu ile ilgili yargı mercilerine intikal etmiş davaya da doğal olarak pek rastlanmamaktadır.

C. Memurların Bir Kurumdan Diğerine Nakilleri

657 sayılı Kanun'un 74. maddesinde yer verilen hükme göre: "Memurların bu Kanuna tabi kurumlar arasında, kurumların muvafakatı ile kazanılmış hak dereceleri üzerinden veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde derece yükselmesi suretiyle, bulundukları sınıftan veya öğrenim durumları itibarıyla girebilecekleri sınıftan, bir kadroya nakilleri mümkündür. Kazanılmış hak derecelerinin altındaki derecelere atanabilmeleri için ise atanacakları kadro derecesi ile kazanılmış hak dereceleri arasındaki farkın 3 dereceden çok olmaması ve memurların isteği de şarttır. Aşağı dereceye atananların 68. maddede yazılı süre kaydı aranmaksızın eski derecelerine tekrar atanmaları caizdir... 13.12.1960 tarihli ve 160 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına giren kurumlarla bu Kanuna tabi kurumlar arasındaki nakillerde de yukarıdaki hükümler uygulanır..."

Söz konusu hüküm uyarınca kurum değiştirme talepleri memurun başka bir kurumun açtığı kariyer nitelikteki sınavı kazanması, yeni bir üst öğrenimi bitirmiş olması, mali imkanlarını gözetmesi gibi çeşitli sebeplere dayanabilir. Bu noktada olmazsa olmaz koşul, kurumların muvafakatının sağlanmasıdır. Bu nedenle her ne kadar kurum amirlerinin muvafakat verme konusunda naklen atama ile ilgili diğer hususlarda olduğu gibi takdir yetkisinin bulunduğu şüphesiz ise de, uygulamada Danıştay önemi nedeniyle, söz konusu yetkiyi çeşitli kıstaslara göre denetlemekte ve keyfi uygulamaların önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

Nitekim, Ulaştırma Bakanlığı'nda Avrupa Birliği Uzman Yardımcısı olarak görev yapmakta iken, Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı'nca yapılan Dış Ticaret Uzman Yardımcılığı sınavını kazanarak bu kuruma geçmek isteyen davacıya muvafakat verilmemesine dair işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden mahkeme kararını şu gerekçelerle bozmuştur:

“...İdarelere kamu görevlilerinin diğer kamu kurum ve kuruluşlarına naklen geçişleri konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, mutlak ve sınırsız olmayan bu yetkinin kullanılması halinde, gerçekleştirilen işlemlerin kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından yargı denetimine tabi olduğu çekişmesizdir.

Kamu hizmetinin bütünlüğü ve devamlılığı ilkesi gereğince, kamu görevlilerinin özel koşullarına göre verimliliklerinin en yüksek olduğu ve hizmetlerinden en yüksek oranda yararlanılacak bir birimde çalıştırılmalarının kamu yararına uygun düşeceği açıktır.

Olayda, ihtiyaç gerekçesiyle işlemin kurulduğu söylenmekte ise de, davacı ile aynı durumda olan personele daha önce muvafakat verilmiş olduğu ve davacının hizmetine duyulan ihtiyacın hukuken geçerli belgelerle ortaya konulamadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁵²

Yine başka bir kararında Danıştay, muvafakat verilmemesi işleminin davacıyı Anayasa'nın 42. maddesinde düzenlenen eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakmaması gerektiğini belirtmiş ve kararın gerekçesinde şu hususları belirtmiştir:

“... Dosyanın incelenmesinden; hemşirelik önlisans mezunu olup, ... Üniversitesi Hastanesi'nde hemşire olarak görev yapmakta iken, ... Üniversitesi ... Felsefe Bölümü'ne kaydını yaptıran davacının, ... Üniversitesi ... Hastanesi'ne naklen atanmasının sağlanması amacıyla muvafakat verilmesi istemiyle ... davalı idareye başvuruda bulunduğu, davalı idarenin ...

¹⁵² D5D, 01.10.2007, E:2006/875, K:2007/4996, **DD**, Sayı:117, s.147-148, Benzer şekilde, D5D, 04.10.2005, E:2004/4156, K:2005/4121, **DD**, Sayı:111, s.178-179.

günlü, ... sayılı işlemiyle 'hizmetine ihtiyaç duyulduğundan muvafakat verilmesinin uygun olmadığı'nın bildirildiği, bu işlemin iptali istemiyle de bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı idarece, davacının çalıştığı ... Üniversitesi Hastanesi'nde sağlık hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi için hizmetine ihtiyaç duyulduğu ve kendisine muvafakat verildiği takdirde aynı konumda olan diğer personele olumsuz yönde örnek oluşturacağı belirtilerek ve 657 sayılı Kanun'un 74. maddesinde tanınan takdir yetkisine dayanılarak işlemin kurulduğu öne sürülmekte olup; madde hükmünde de anlaşılabacağı üzere, idarelere kamu görevlilerinin diğer kamu kurum ve kuruluşlarına naklen geçişleri konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, mutlak ve sınırsız olmayan bu yetkinin kullanılması kapsamında gerçekleştirilen işlemlerin kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından yargı denetimine tabi olduğu çekişmesizdir.

Bu durumda, Anayasa'nın sözü edilen hükmünün doğal sonucu olarak davacının eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılacağı açık olup, davacıya muvafakat verilmemesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise, hukuksal isabet görülmemiştir."

657 sayılı Kanun'un kurumlararası nakil konusuna ilişkin hüküm içeren "Adaylığa Kabul Edilme" başlıklı 54. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre "Aday olarak atanmış Devlet memurunun adaylık süresi bir yıldan az iki yıldan çok olamaz ve bu süre içinde aday memurun başka kurumlara nakli yapılamaz."

Danıştay, bu hüküm uyarınca kurum içi nakle ilişkin ilgili Yasa maddesinde herhangi bir sınırlayıcı norm getirilmediğinden, Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 20. maddesinin 8. bendinde yer alan aday öğretmenlerin yer değiştirme isteklerinin dikkate alınmayacağı şeklindeki düzenlemenin üst düzenleyici norma aykırı olduğundan bahisle istemin reddi yolunda tesis edilen dava konusu işlemi iptal eden Mahkeme kararını temyiz aşamasında şu gerekçeyle bozmuştur:

“... ancak davalı idare tarafından işleme dayanak gösterilen Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 20. maddesinin 8. bendinde yer alan düzenlemenin adaylık statüsünün özelliği nedeniyle aday öğretmenlerin durumuna ilişkin özel hüküm niteliği taşıdığı dikkate alındığında, üst normlara aykırılık taşımadığı açık olup, temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Kaldı ki, dava konusu işlemlere dayanak Yönetmelik maddesinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay 2. Dairesi'nin 11.07.2006 gün ve E:2006/487 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması istemi reddedilmiş bulunmaktadır.¹⁵³

D. Sınıf Değişikliği Suretiyle Atama

657 sayılı Kanun, devlete, kamu hizmeti görevlerini ve görevlilerini görevin gerektirdiği nitelikler ve mesleklere göre sınıflandırma görevini vermiştir. Sınıflandırma, kadro ve rütbe sınıflandırması olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Memuru esas alan sınıflandırmaya rütbe; görevi esas alan sınıflandırma ise kadro sınıflandırması denmektedir.¹⁵⁴

Memurların sınıf değiştirmeye ilişkin usul ve esasları, 657 sayılı Kanun'un IV. Kısımında yer alan ilerleme ve yükselmeye ilişkin 2. Bölümünde düzenlenmişken, sınıfları II. Kısımında Sınıflandırma ana başlığı altında “Tesis Edilen Sınıflar” başlıklı 36. maddesinde düzenlenmiş ve söz konusu maddede; bu Kanuna tabi kurumlarda çalıştırılan memurların sınıfları;

- I- Genel İdare Hizmetleri Sınıfı,
- II- Teknik Hizmetler Sınıfı,
- III- Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı,
- IV- Eğitim ve Öğretim Hizmetleri Sınıfı,
- V- Avukatlık Hizmetleri Sınıfı,
- VI- Din Hizmetleri Sınıfı,

¹⁵³ D2D, 19.01.2009, E:2007/2836, K:2009/122.

¹⁵⁴ Derdiman, **İdare Hukuku**, s.417.

VII- Emniyet Hizmetleri Sınıfı,

VIII- Yardımcı Hizmetler Sınıfı,

IX- Mülki İdare Amirliği Hizmetleri Sınıfı,

X- Milli İstihbarat Hizmetleri Sınıfı olarak sayılmıştır.

657 sayılı Kanun'un "Kadroların Tespiti" başlıklı 33. maddesinin 1. fıkrasında, kadrosuz memur çalıştırılmayacağı, "Memurun Başka Sınıfta ve Derecesinin Altında Bir Görevde Çalıştırılmayacağı" başlıklı 45. maddesi hükmü uyarınca da, hiçbir memurun sınıfının dışında ve sınıfının içindeki derecesinin altında bir derecenin görevinde çalıştırılmayacağı kurala bağlanmıştır.

Kouyu düzenleyen "Bir Sınıftan Başka Bir Sınıfa Geçme" başlıklı 71. maddesine göre ise "Memurların eşit dereceler arasında veya derece yükselmesi suretiyle sınıf değiştirmeleri caizdir. Bu şekilde sınıf değiştireceklerin geçecekleri sınıf ve görev için bu Kanunda veya kuruluş kanunlarında belirtilen niteliklere sahip olmaları şarttır ...

Kurumlar, memurlarını meslekleri ile ilgili sınıftan genel idare hizmetleri sınıfına veya genel idare hizmetleri sınıfından meslekleri ile ilgili sınıfa, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle atayabilirler..."

71. madde uygulamasında, memurun tabi olduğu mevzuat hükmü önemlidir. Çünkü, sınıf değişikliğinde söz konusu madde hükmüne göre değerlendirme yapılarak nakil işleminin denetlenebilmesi için memurun 657 sayılı Kanun'a tabi olması gerekmektedir. 657 sayılı Kanun'a tabi olmayan bir memurla ilgili olarak 71. madde hükmünü olaya uygulayarak hüküm kuran mahkeme kararını temyiz aşamasında bozan Danıştay anılan kararında şu hususları belirtmektedir:

"... davacı; teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerinde 399 sayılı KHK' da belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde aktedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde olmayan personeldir. Bu statüsüyle davacının, davalı idarede 190 sayılı KHK

ve 657 sayılı Yasa kapsamında bir kadroyu işgal etmediğinde kuşkuya yer bulunmamaktadır.

... 657 sayılı Yasa'nın anılan maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; bu Yasa kapsamındaki bir hizmet sınıfı içinde yer almanın temel koşulunun; bu Yasa ile, Yasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrasının yollamada bulunduğu Genel Kadro Kanunu kapsamında bir kadroyu işgal etmek olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, kadrosu olmayan bir kamu görevlisinin hizmet sınıfı da yoktur. Dolayısıyla, 399 sayılı KHK' nın 3/b maddesinde sayılan personel ile bu KHK' ya ekli (I) sayılı Cetvel'e tabi personel dışında kalan ve 657 sayılı Yasa'ya tabi olmayan; sözleşme ücreti, 399 sayılı KHK' nın 25/c maddesi uyarınca kararname ile belirlenen, davacının ve davacı ile aynı durumda olan personelin kadrosunun veya hizmet sınıfının bulunduğundan söz edilmesine olanak bulunmadığı gibi; bu statüde kaldıkları sürece, bu personelin "kazanılmış hak aylık derece ve kademesinin" bulunduğundan da söz edilemez.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; İdare Mahkemesi'nce davacı hakkında tesis edilen atama işleminden kaynaklanan bu uyuşmazlık çözümlenirken, adı geçen tabi olduğu mevzuat hükümlerinin olaya uygulanması gerekirken; davacının "657 sayılı Yasa kapsamında bir personel" gibi değerlendirilmesinde ve buna dayalı olarak, (657 sayılı Yasa'nın, kurumların, memurlarını meslekleri ile ilgili sınıftan genel idare hizmetleri sınıfına veya genel idare hizmetleri sınıfından meslekleri ile ilgili sınıfa atayabileceklerini düzenleyen 71. maddesinin ikinci fıkrasının olayda "dolaylı olarak" uygulanması suretiyle) adı geçen, sınıf değişikliği yapılarak posta dağıtıcılığı görevinden hizmetli görevine atanmasına hukuken olanak bulunmadığı" gerekçesiyle anılan işlemin iptaline karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir."¹⁵⁵

¹⁵⁵ D5D, 07.11.2007, E:2005/2411, K:2007/5976.

Bu maddeye göre tesis edilen nakil işlemlerinde Danıştay, idarenin mevcut takdir yetkisini nakil işlemleri ile ilgili diğer durumlarda olduğu gibi çeşitli açılardan denetlemektedir.

Örneğin, emniyet hizmetleri sınıfında polis memuru olan davacının sağlık sorunları nedeniyle genel idare hizmetleri sınıfına atanmasına ilişkin işleme karşı açtığı davada Danıştay, "... davacının takip ve tedavi altında olduğu, hastalığının tüm aşamalarını bilen ve takip eden, sağlığının hangi derecede olduğunu en sağlıklı biçimde tespit edecek konumda olan Uludağ Tıp Fakültesi Hastanesi'nce verilen raporlarda sınıf değişikliğini gerektirir yönde bir tespiti yer verilmediğinden, davalı idarenin Bursa Devlet Hastanesi Sağlık Kurulu'nca verilen rapor uyarınca tesis ettiği işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle iptali yolunda" verilen Mahkeme kararını onamıştır.¹⁵⁶

Maddenin 2. fıkrasıyla memurların ancak meslekleri ile ilgili sınıftan genel idare hizmetleri sınıfına veya genel idare hizmetleri sınıfından meslekleri ile ilgili sınıfa atanabileceği şeklindeki kısıtlamayla ilgili olarak Danıştay bir kararında şu ifadelere yer vermiştir:

"...Müdürlüğü'nde genel idare hizmetleri sınıfında şoför olarak görev yapan davacının, bu görevden alınarak aynı Müdürlükte yardımcı hizmetler sınıfında hizmetli kadrosuna atanmasına ilişkin ... günlü, ... sayılı işlemin 657 sayılı Yasa'nın 45/1. maddesinde hiç bir memurun sınıfının dışında ve sınıfının içindeki derecenin altında bir derecenin görevinde çalıştırılmayacağına hüküm altına alındığı, davacıya alkollü araç kullanmaktan dolayı bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmesi nedeniyle şoförlük görevinin üzerinden alınmasının yerinde olduğu, fakat genel idare hizmetleri sınıfında görev yapan davacının 657 sayılı Yasa'nın 45/1. ve 71/2. maddeleri uyarınca bir meslek sınıfı olmayan yardımcı hizmetler sınıfına atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle iptali ... yolundaki karar ve dayandığı gerekçe

¹⁵⁶ D5D, 18.05.2005, E:2002/478, K:2005/2610.

hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına...”¹⁵⁷

Yine benzer bir olayda Danıştay, davacının sınav sonucu atanmaya hak kazandığı genel idare hizmetleri sınıfından, sağlık sorunları ileri sürülerek yardımcı hizmetler sınıfına atanamayacağına karar vermiştir.¹⁵⁸

E. Memurların Kurumlarınca Görevlerinin ve Yerlerinin Değiştirilmesi

İdareye nakil işleminin sebep unsuru yönünden takdir yetkisi tanıyan mevzuat hükmü olan 657 sayılı Kanun’un 76. maddesinin 1. fıkrasında, kurumların, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilecekleri düzenlenmiştir.

Söz konusu madde uyarınca idareye tanınmış olan takdir yetkisi uyarınca idarece tesis edilen nakli işlemlerinin yargısal denetiminde son sözü söyleyecek olan Danıştay’ın kararlarında sebep denetimi açısından uyguladığı başlıca ilkeler ve iptal sebepleri incelenmelidir.

1. Sebep Denetimi İle İlgili Yargısal İçtihatlar

Kural olarak, nakil işleminin hukuken kabul edilebilir bir sebebe dayalı olarak tesis edilmesi gerekmekte ise de, idarece herhangi bir sebep gösterilmeksizin 76. maddenin tanıdığı takdir yetkisine dayalı olarak hareket edilip, nakil işleminde anılan yasa maddesine dayanak olarak yer vermek suretiyle savunma yapıldığı da görülmektedir. Her iki durum açısından Danıştay’ın yaklaşımı farklılık arz etmektedir.

¹⁵⁷ D5D, 14.01.2005, E:2001/3925, K:2005/104.

¹⁵⁸ D5D, 21.09.2005, E:2002/2415, K:2005/3735, **D.D.**, Sayı:111.Sayı, s.168.

a. Nakil İşleminin İdarece Salt Takdir Yetkisine Dayalı Olarak Ve/Veya Objektif Kriterler Gözetilmeksizin Tesis Edilmesi Hali

Nakil işleminin objektif kriterler gözetilerek tesis edilmesi, aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin nakle muhatap olacak memurlar açısından uygulandığının kuvvetli göstergesi olacaktır.

Danıştay da, böyle durumlarda idarenin subjektif saiklerle hareket etmesinin önüne geçmek amacıyla özellikle genel rotasyon ya da uygulamaya tabi tutulan memurlar açısından genellikle iptal kararları vermektedir.

Danıştay bu yönde bir kararında, idarenin hangi durumları objektif kriter kapsamında değerlendirmesi gerektiğini de açıklamak suretiyle söz konusu kriterlerin gözetilmediği ve salt takdir yetkisine dayalı olarak tesis edildiğini belirttiği nakil işlemini şu ifadelerle yer vererek iptal etmiştir:

“ ... Bu durumda davalı idare tarafından, kuruluşlarının özelleştirme programına alınması ve faaliyetlerinin daraltılması nedeniyle istihdam fazlası personel belirlenmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, istihdam fazlası personel belirlenmesinde idarece, personelin sicil, başarı düzeyi, eğitim durumu, hizmet süresi, disiplin cezaları, yeteneklilik gibi objektif ölçütlerin saptanması ve bu ölçütler esas alınarak değerlendirme yapılması gerekirken, böyle bir değerlendirme yapılmaksızın salt idarenin takdir yetkisi bulunduğu bahisle ve herhangi bir objektif kriter esas alınmadan davacının istihdam fazlası personel olarak belirlenmesine ve başka kuruma atanmasına ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık ... bulunmamaktadır.”¹⁵⁹

Başka bir kararında Danıştay, genel rotasyona tabi tutulan bir Maliye Bakanlığı personelinin açtığı davada, “ ... davacı yönünden anılan Yönetmeliğin 7. maddesinde belirtilen 1. hizmet bölgesinde 7 yıl olarak belirlenen çalışma süresinin tamamlanmış olması ile birlikte aynı yerde görev yapan ve yer değiştirmeye tabi olan personelden 7 yıllık hizmet süresini

¹⁵⁹ D2D, 20.11.2007, E:2006/2357, K:2007/6293.

tamamlayanlarla ilgili objektif ölçütlerin uygulanmadığı, bir kısmının ataması yapılırken bir kısmının yerinde bırakıldığı, yine ataması yapılan bazı personelin atamalarının çeşitli nedenlerle iptal edildiği, bütün personel için objektif ölçütlerin belirlendiği Yönetmelik hükümlerinin uygulamasının subjektif nitelik taşıması ve objektif ölçütlerin gözetilmemiş olması nedeniyle davacının naklen atanması yolunda kurulan işlemde hukuka aykırılık ..." bulunmadığını belirtmiştir.¹⁶⁰

Danıştay sadece, yukarıda örnekleri verilen genel uygulamalarda değil , kişisel özellik gösteren olaylarla ilgili nakil işlemlerinde de benzer şekilde karar vermekte olup bir kararında, kurumdaki fazla personelin azaltılması amacına yönelik olarak tesis edilen nakil işlemini, davacı haricinde dört kişinin geçici görevlendirildiği dikkate alındığında ataması yapılmayıp aynı yerde kalan personel olduğundan bahisle ataması yapılan personel ile ataması yapılmayan personel arasında objektif bir ölçüt belirlenmediği ve atamanın salt takdir yetkisine dayalı olarak kurulduğu gerekçesiyle atama işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varmıştır.¹⁶¹

Danıştay'ın duruma ilişkin genel yaklaşımı bu olsa da her zaman iptal kararı vermediği, somut olayın özelliğine göre kariyer ve liyakat ilkeleri yönünden de değerlendirme yapmak suretiyle açılan davaları reddettiği söylenebilir.

"Aynı -657 sayılı- Kanun' un 3. maddesinde de, "Sınıflandırma", "Kariyer" ve "yeterlik" ilkeleri bu kanunun temel ilkeleri olarak belirlenmiştir.

Kariyer ilkesi, Devlet memurlarına yaptıkları hizmetler için lüzumlu bilgilere ve yetiştirme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanı sağlamak olarak tanımlanmıştır.

Yeterlik ilkesi ise, Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini yeterlik sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak olarak tanımlanmıştır.

¹⁶⁰ D5D, E:2007/4209 dosyada verilen YD Kabul kararı, Benzer şekilde D5D, 09.11.2009, E:2007/5657, K:2009/5972.

¹⁶¹ D5D, 31.10.2008, E:200/2051, K:2008/5329.

Görüldüğü üzere Yasa, Devlet memurluğunu bir meslek olarak kabul etmekte ve bunlara, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanı sağlanmasını, sınıflar içinde ilerleme ve yükselme işlemlerinin yeterli sistemine dayandırılmasını öngörmektedir.

Bu iki ilkenin temelinde, objektif kurallar çerçevesinde işin ehline verilmesi ve hak etme kavramı yatmakta olup, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilmesinin tek güvencesinin de, hizmetin yetişmiş, ehil kamu görevlilerince yerine getirilmesiyle sağlanabileceği tabiidir.

Bu bakımdan yukarıda sözü edilen 76. madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye verilen takdir yetkisinin ancak Yasanın temel ilkeleri, kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, dava konusu edilen idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.

Öte yandan, 24.7.2001 günlü, 24472 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliği ile Eki Cetvellerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmeliğin" Ek (1-A) Sayılı Cetvel-(İdari Bölüm) kısmında A, B ve C Grubu İllerde Uygulanacak İl Sağlık Müdürlüklerine ait atamalarda İl Sağlık Müdür Yardımcılığı kadrosu için tabipler dışında kalanlar yönünden, İdari ve Mali İşlerle İlgili 4 yıl süreli bir yüksekokuldan mezun olmak ve 5 yıl mesleki deneyim sahibi olmak şartı ayrıca yer almıştır.

...

...

mesleki deneyim şartını taşımayan ve hatta bu konuda hiç deneyimi bulunmayan davacının, Sağlık Memurluğu (Çevre Sağlığı Teknisyenleri) görevinden, doğrudan ... İl Sağlık Müdür Yardımcılığı görevine atanması yolunda tesis edilen işlemde kariyer ve liyakat ilkeleri ile kamu yararı ve sağlık hizmetlerinin gereklerine uyarlık bulunmamaktadır.

...

Öte yandan, idarenin açık hataya düşerek yaptığı işlemlerini geri alması, kaldırması veya iptal etmesi doğal olup, bu türlü işlemlerin kişiler yönünden kazanılmış hak doğurması da mümkün değildir.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ile tüm anlatımlar birlikte değerlendirildiğinde, kariyer ve liyakat ilkeleri gözardı edilerek, kamu yararı ve sağlık hizmetlerinin gereklerine uygun olmayan bir şekilde, davacının Konya İl Sağlık Müdür Yardımcılığı görevine yapılan atamasının iptali yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gibi, bütün bu hususları irdeleme dışı bırakmak suretiyle sonuca ulaşan Mahkeme kararında ise, hukuki isabet görülmemiştir ...¹⁶²

b. Nakil İşlemi İle İlgili Olarak İdarece Sebep İleri Sürülmesi Hali

Bu halde Danıştay, idarece ileri sürülen sebepleri hukuken ve kamu yararı ile hizmet gerekleri yönünden değerlendirmek suretiyle ulaştığı sonuca göre hüküm kurmaktadır.

(1) İdarece İleri Sürülen Sebeplerin Sübuta Erme/Ermeme Durumu

“... Bu durumda, yapılan soruşturma sonucunda ilgili –davacı- hakkındaki iddiaların sübuta ermediği açık olduğundan, davacının görev yerinin değiştirilmesini gerektirecek geçerli bir neden bulunmaksızın kurulan dava konusu işlemde hukuka uyarlık ve davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir ...¹⁶³

“... Bu durumda bazı öğrencilere karşı şiddet uyguladığı yapılan soruşturma ile sabit olan davacının, ... başka bir okula öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir ...¹⁶⁴

¹⁶² D5D, 10.12.2004, E:2004/3658, K:2004/5187, **DD**, Sayı:109, s.175-177.

¹⁶³ D5D, 31.01.2007, E:2004/4590, K:2007/286, Benzer şekilde D2D, 06.03.2006, E:2004/913, K:2006/721.

Bazı hallerde Danıştay, sübuta eren fiilerin davacı aynı yerde çalışmaya devam ettiği takdirde davacının kendisi, çevresindekileri ve hizmet açısından ortaya çıkması muhtemel sonuçları da öngörmeye çalışarak hüküm kurmaktadır. Buna ilişkin olarak bir kararında Danıştay şöyle demiştir:

“... Uyuşmazlık konusu olayda, ilgili soruşturma kapsamında alınmış tanık ifadeleri ve diğer tespitler göz önüne alındığında; davacı hakkındaki iddiaların sübuta erdiği görülmekte olup, buna göre; davacının çalıştığı yerde göreve devamı halinde gerek kendisinin yıpranacağı, gerekse İl’de görev yapan Milli Eğitim Teftiş Grubunun çalışmalarının olumsuz yönde etkileceği anlaşılmakta ve hizmetin daha iyi yürütülmesini sağlamak amacıyla tesis edildiği anlaşılan dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır ...”¹⁶⁵

(2) İdarece İleri Sürülen Sebeplerin Somut Olarak Ortaya Konulamaması ve Naklen Atamaya Dayanak Oluşturacak Nitelikte Bulunmaması Durumu

Danıştay, İl Jandarma Komutanlığı’nın aldığı duyum üzerine İl Milli Eğitim Müdürlüğü’nü haberdar etmesi ve yazılanların Valilikçe de uygun görülerek Bakanlıkça görev yeri değiştirilen bir öğretmenin açtığı davada verdiği kararla, “... davacının köyün ve ilçenin huzuru için ne gibi sakıncalar yaratacağı hususunun somut olarak ortaya konulamadığı, faaliyette bulunduğu şeklindeki duyumların hukuki değerinin olmadığı ve bu şekliyle içeriği itibarıyla hukuki bir delil olarak kullanılması mümkün olmayan doğruluğu kanıtlanmamış istihbari bilgilere dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık” bulunmadığını belirterek işlemi iptal etmiştir.”¹⁶⁶

¹⁶⁴ D2D, 26.12.2005, E:2004/4419, K:2005/4361, DD, Sayı:112, s.95-97, Benzer şekilde D2D, 02.05.2005, E:2004/4552, K:2005/1547 sayılı karar, DD, Sayı:110, s.127-130.

¹⁶⁵ D2D, 25.06.2008, E:2007/3737, K:2008/3017.

¹⁶⁶ D2D, 12.05.2005, E:2004/1822, K:2005/1657, DD, Sayı:111, s.112-114.

Aynı yöndeki başka bir kararında Danıştay, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararını; dava konusu atamaya dayanak olarak gösterilen iddianın somut bilgi ve belgelerle ortaya konulamaması karşısında, idarece ileri sürülen hususların davacının naklen atanmasının dayanağını oluşturabilecek nitelikte bulunmadığından bahisle bozmuştur.¹⁶⁷

Danıştay, eğer idarece nakli hukuken haklı göstermek amacıyla davacı hakkında ileri sürülen iddiaları nakli gerektirecek nitelik ve ağırlıkta görmezse doğrudan dava konusu işlemin iptaline hükmetmekte, iddiaların sübuta erip ermemesi yönünden ayrıca bir değerlendirme de yapmamaktadır.¹⁶⁸

(3) Nakil İşlemine Konu Edilen Memurun Görevinde Başarılı Olma/ma Durumu

Danıştay, nakil işlemine konu edilen memurun başarı ve işindeki verim durumunu gözetmek suretiyle kamu hizmetinin 657 sayılı Kanun’ da yer verilen kariyer ve liyakat yönünden uygun kişilere gördürülmesi amacına hizmet eder şekilde içtihat oluşturma çabasıdır.

Bölge müdürü olarak görev yapmakta iken daire başkanı olarak atanan kişi ile ilgili verdiği kararda “... davacının görevinde başarısız veya verimsiz olduğu yönünde herhangi bir somut belirlemenin mevcut olmadığı, dolayısıyla anılan -657 sayılı- Kanun’ un 76. maddesinde öngörülen takdir yetkisine dayalı biçimde tesis edilen dava konusu işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırılık taşıdığı tartışmasızdır ...” ifadelerine yer vermek suretiyle, aksi düşünceyle verildiğini belirttiği İdare Mahkemesi kararını bozarak dava konusu işlemin iptali gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶⁹

Danıştay’ın genel uygulaması bu yönde ise de, görevde başarısızlığın veya yetersizliğin bulunması Danıştay’ca her zaman işlemin iptali için yeterli

¹⁶⁷ D5D, 12.03.2008, E:2005/4172, K:2008/1408.

¹⁶⁸ D5D, 01.07.2008, E:2007/2920, K:2008/4053.

¹⁶⁹ D2D, 25.01.2008, E:2007/3131, K:2008/329, **DD**, Sayı:118, s.117-120.

görülmemekte, somut olaya özgü olarak nakil işlemi değerlendirilerek ret kararları da verilmektedir.

“... Bu bağlamda, dava konusu işlemin temelinde bulunan ve ayrı bir kurucu iradeye sahip olan Valilikçe davacının önerilmemesinin nedenini; Yönetmeliğin 30. maddesi çerçevesinde inceleyecek olursak; herşeyden önce, ilgisini eşitler arasında öncelikli konuma getiren idari bir tasarruftan ibaret olan bu görevlendirmeyi kazanılmış hak olarak görmek mümkün değildir.

Aksine bir durum, aynı birimde görev yapan on yılını doldurmuş ve belirli bir kıdem ve liyakata ulaşmış müfettişlerin başkan olarak görevlendirilmemesi gibi bir sonucu ortaya koyar ki, bu da Yönetmelikle öngörülen amaca ters düşer.

...

Bu durumda; davacının üç yıllık görev süresinin dolmuş olması nedeniyle, aynı birimde görev yapan diğer kıdemli ve liyakatlı müfettişlere de idari görevde bulunmaları imkanını veren Yönetmelik maddesinde öngörülen amacın gerçekleştirilmesi bağlamında tesis edildiği anlaşılan dava konusu işlemde hukuka aykırılık ve salt davacının görevinde başarısızlığı ya da yetersizliği yolunda herhangi bir bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır ...”¹⁷⁰

(4) İdarece İleri Sürülen Sebeplerin Kişi/Zaman Olarak Değerlendirilmesi

Danıştay, bazı durumlarda işlemin sebebi olarak ileri sürülen hususları kişi ve zaman bakımından dikkate alarak, gerektiğinde eylemin naklen atamayı zorunlu kılıp kılmadığı hususunu da değerlendirmek suretiyle iptal kararları vermektedir.

¹⁷⁰ D2D, 28.02.2007, E:2004/5184, K:2007/1211.

Danıştay, öğretmen olan davacının aynı okulda görev yaptığı bir kısım öğretmen tarafından şikayeti üzerine hakkında yapılan soruşturma sonucunda başka bir okula atanmasına ilişkin işlem, "... şikayetçi öğretmenlerin şikayet dilekçelerini okul idaresine vermelerinden sonra olayı öğretmenler odasında ve öğretmenlerle bire bir konuşmalarında kendilerinin dile getirdikleri, aynı okulda görev yapan bir öğretmenin ifadesi dışında olayı davacıdan duyduğunu beyan eden tanık ifadesinin bulunmadığı, dolayısıyla okulda yoğunlaşan dedikodulara şikayetçi öğretmenlerin kendilerinin sebep olduğu ..." gerekçesiyle iptal etmiştir.¹⁷¹

Danıştay, dava konusu nakil işleminin dayanağı olarak ileri sürülen hususların ait olduğu zaman zarfında davacının eski görev yerinde çalıştığını belirtip, bunların şimdiki görevinden alınmasına neden olamayacağını ifade ederek nakil işlemini iptal eden bir Mahkeme kararını onayan kararında şöyle demiştir:

"... davalı idarece davacı hakkında geçmiş yıllarda yapılan soruşturma sonucunda düzenlenen raporlar dikkate alınarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 71/2 ve 76/1. maddeleri gereğince dava konusu işlemin tesis edildiğini belirtilmiş ise de, davacı hakkındaki soruşturma raporları 1990, 1991, 1993 ve 1994 yıllarında düzenlenmiş olup, 1993 yılında işletme müdürlüğü görevinden alınan davacının 30.6.1997 tarihinde tekrar orman işletme müdürlüğüne atandığı, bu tarihten sonraki müdürlük görevinden alınmasını gerektirir, görevinde başarısız ve yetersiz olduğuna dair davalı idarece herhangi bir iddia ileri sürülmediği gibi, dava dosyasında da bu konularda herhangi bir somut bilgi ve belge de bulunmadığı; bu durumda, Orman İşletme Müdürlüğü görevine tekrar atandıktan sonra hakkında düzenlenen sicil raporları olumlu olan ve görevden alınmasını gerektirecek herhangi bir eylemi, işlemi, tutum ve davranışı somut bilgi ve belgeler ile ortaya konulamayan davacının müdürlük görevinden alınarak mühendis olarak atanmasına ilişkin işlemde kamu yararı, hizmet gerekleri ve hukuka uygunluk görülmediği; ... davacının tekrar

¹⁷¹ D2D, 23.10.2007, E:2005/2308, K:2007/3986.

atandığı müdürlük görevini başarı ile yürüttüğünün dosyadaki sicil belgelerinden görüldüğü; davacının müdürlük görevi sırasında bu görevini yapmasına engel olacak herhangi bir tutum ve davranışı saptandığı takdirde her zaman idarecilik görevinden alınabileceğinin de tartışmasız olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali .. yolunda ... verilen ... karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına ...”¹⁷²

(5) İdarece İleri Sürülen Sebeplerin Ortadan Kalkması

İşin doğası gereği, nakil işleminin dayanağı olarak idarece ileri sürülen sebebin ortadan kalkması nakil işleminin de iptalini gerektirecektir.

“... Bu durumda işlemin gerekçesi olarak gösterilen 2001, 2002, 2003 yılı sicil raporlarının İdare Mahkemesi kararıyla iptal edilmekle iş bu davanın konusunu oluşturan işlemin sebep unsurunun ortadan kalktığı; kaldı ki sicillere karşı dava açılmaması halinde de dava konusu işlemin sebep unsurunu oluşturması nedeniyle, söz konusu sicillerin hukukiliğinin incelenerek sonucuna göre dava konusu işlemin hukuka uygun olup olmadığı hakkında bir karar verilmesi gerekeceğinden anılan sicillere dava açılmadığı, bu sebeple söz konusu sicillerin bakılan davada değerlendirilmesi mümkün olmadığı gerekçesiyle verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir ...”¹⁷³

Fakat, idarece işlemin sebebi olarak gösterilen durumun ortadan kalkması üzerine tekrar eski görevine atama talebinde bulunan kişinin açtığı davada Danıştay, davacı hakkında düzenlenen soruşturma raporundaki tespitler ve müfettişin önerisi üzerine yöneticilik görevinden alınarak öğretmenliğe atanan davacının, tekrar eski görevine atanma isteminin

¹⁷² D2D, 12.05.2005, E:2004/1553, K:2005/1670, **DD**, Sayı:111, s.109-110, Benzer şekilde D2D, 23.12.2008, E:2007/2998, K:2008/5119.

¹⁷³ D2D, 25.01.2008, E:2005/3681, K:2008/315.

değerlendirilmesinin idarenin takdirinde olduğunu, ayrıca davacıya isnat edilen eylemden dolayı verilen disiplin cezasının Mahkeme kararıyla iptal edilmesinin kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hizmetin korunması veya kamu görevlisinin etkin ve güvenilir biçimde devamının sağlanması amacıyla tesis edilen atama işlemini ortadan kaldırarak kendiliğinen atama sonucunu doğurmayacağını belirterek, dava konusu işlemin iptaline ilişkin olarak verilen yerel Mahkeme kararını bozmuştur.”¹⁷⁴

2. Kazanılmış Hak Aylık Derecesinin Altında Bir Kadroya Atama Yasağı

657 sayılı Kanun’un 76. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile memurların naklen atanmaları konusunda işlemin sebep unsuru yönünden idareye tanınmış olan takdir yetkisine yer verilmiştir.

Yine söz konusu maddenin 2. fıkrası hükmü ile memurun kendi isteği bulunmadığı sürece kazanılmış hak aylık dereceleriyle bulunduğu kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst kadrolara atama yapılabileceği ifade edilmek suretiyle idare açısından bağlayıcı bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır.

Danıştay, belirtilen hükmün ihlali suretiyle tesis edildiğini tespit ettiği nakil işlemlerinde iptal kararı vermektedir.

“... Olayda, dava konusu işleme gerekçe teşkil eden ... günlü, ... sayılı soruşturma raporunda saptanan hususlar dikkate alındığında, kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilmek suretiyle adı geçen in mühendis olarak naklen atanması yolunda tesis edilen işlemde 657 sayılı Yasa’nın 76. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükme ve hukuka aykırılık bulunmamakta ise de; ... “1. dereceli kadroda” 1. derecenin 4. kademesi kazanılmış hak aylığıyla mühendis olarak görev yapmakta iken, yine 1. derece kadrolu Şube Müdürlüğü görevine atanmış olan ve bu kadroda görev yapan davacının,

¹⁷⁴ D2D, 18.01.2006, E:2004/4586, K:2006/57.

tesis edilen dava konusu işleme, isteği olmaksızın kadro derecesinin altında bir görev olan 2. derece kadrolu mühendislik görevine 1. derecenin 4. kademesi kazanılmış hak aylık derecesi ile atamasının yapılması suretiyle kadro derecesinin gözetilmediği anlaşılmış olup; anılan işlemde bu yönüyle 657 sayılı Yasa'nın 76. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükme uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesi'nce bu husus göz ardı edilerek davanın reddine hükmedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir ...”¹⁷⁵

F. Nakil İşlemlerine Karşı Açılan Davalarda Söz Konusu Olan Diğer İptal Sebepleri ve Bazı Özel Durumlar

Nakil davalarındaki yargısal denetim, salt sebep unsuruyla sınırlı kalmamaktadır. Bununla birlikte Danıştay’ca; kimi Anayasal, kimi kendince geliştirilmiş içtihadi bir takım ilkelere ve somut olayın kendine has özelliklerine göre de denetim yapılmaktadır.

1. Kamu Yararı Ve Hizmetin Gerekleri

Her idari işlemde olduğu gibi nakil işleminin de nihai amacının kamu yararını sağlamak olduğunu daha önceden belirtmiştik. Ayrıca, bu işlemin özelliği gereği memurun nakline neden olan eylemleri sonrasında eski görevine dönmesi halinde bu durumun hizmete etkisinin araştırılması da önem arz etmektedir. Bu nedenle uyumsuzluğun doğal olarak nakil işleminin sebep ve maksat unsurları bir arada değerlendirilmek suretiyle çözümlenmesi şarttır.

Danıştay da, bu iki kavramı birbirini tamamlar şekilde kullanmakta ve naklin dayanağı eylemleri hukuken değerlendirmekle birlikte kamu yararı ve kamu hizmetinin sıhhatli şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla hizmetin

¹⁷⁵ D5D, 16.02.2007, E:2006/6424, K:2007/592, DD, Sayı:115, s.199-201.

türü ile somut olayın özelliklerini birlikte değerlendirmek suretiyle karar vermektedir.

Danıştay'ın kamu yararı ve hizmetin gereklerine dayanarak uyumsuzluğu sonuçlandığı pek çok kararı vardır. Bu durum genelde, subjektif değerlendirmenin ağır bastığı nakil işlemlerinde idari yargı yerinin sadece bu ölçütü kullanmak suretiyle yargısal denetim yapabilmesinden kaynaklanmaktadır.

Burada önemli olan husus, bu ölçüt kullanılarak yapılacak denetimin yerindeliğe yol açacak şekilde kullanılmaması gerektiğidir. Fakat, idari yargı yerinin nakil işleminde kamu yararı ve hizmetin gereğinin ne olduğunu söylemesi, hukukilik denetimi sınırının aşarak yerindelik denetimi aleyhine genişlemesinin kaçınılmaz sonucu olabilmekte ve bu durum da kimi zaman idarenin yerine geçilerek karar verilmesi anlamına gelebilmektedir.

“... Bu madde -657 sayılı Kanun'un 76. maddesi- ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.

... Emniyet Müdürlüğü'nde ... Şube Müdürü olarak görev yapan davacının, ... Emniyet Müdürlüğü emrine Şube Müdürü olarak atandığı, Valiliğin söz konusu teklif yazısında, ... Emniyet Müdürlüğü kadrosunda görevli 22 emniyet mensubunun ... Emniyet Teşkilatı kadrosunda uzun süreden beri aktif görev anlayışından uzak bir şekilde vatandaşın güven ve itibar duygusunu kaybedici tutum ve davranışlar içerisine girdiklerinin müşahade edildiğinin belirtildiği, ayrıca önemli olayların faillerinin uzun süre davacının görev yaptığı bölgede saklandığı ve bu konuda halk arasında dolaşan söylentilere karşın olayın üzerine gidilmeyerek, bu kişilerin yakalanıp adalete teslimi konusunda gereken hassasiyetin gösterilmediği dava dosyasında bulunan bilgi ve belgelerin incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Bu durumda, bulunduğu kadroda verimli olamayacağı ve yapıldığı anlaşılan davacının, kamu hizmetinin daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi amacıyla görevinden alınarak ... atanması kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bulunduğundan, dava konusu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir...¹⁷⁶

Başka bir kararında Danıştay, tapu sicil müdürlüğünde şef olarak görev yapan davacı ile ilgili verdiği kararında inceleme raporunda yer verilen ve dava konusu nakil işlemine dayanak davacı eylemleri ile uyumsuzluğun çözümünde değerlendirmeksizin aksi düşünceyle işlemi iptal eden Mahkeme kararını şu ifadelere yer vererek bozmuştur:

“... İlçe’de uzun süreden beri görev yaptıkları, haklarında özellikle menfaat sağladıkları konusunda şaibe ve dedikodu yayıldığı, bu durumdan dolayı dairenin yıpratıldığı belirtilerek, bu personelin İlçe dışında başka bir yere atamalarının yapılması önerisinde bulunulduğu görülmüştür.

Bu durumda, kamu hizmetinin her türlü şaibeden uzak ve etkin bir biçimde yürütülmesi amacıyla kurulduğu anlaşılan dava konusu işlemde mevzuata aykırılık bulunmamakta olup, işlemin iptali yolundaki kararda hukuki isabet görülmemiştir ...”¹⁷⁷

2. Eşitlik İlkesi

Hukuk önünde eşitlik, devlet organları ve yönetim makamlarının hiçbir ayırım gözetmeksizin herkese eşit davranması ve muamele etmesini gerektirir.

Eşitlik ilkesi, hukuk kurallarının genel olmasını ve herkese eşit uygulanmasını da içerir. Eşitlik, yatay ve dikey eşitlik şeklinde görülmektedir. Yatay eşitlik, aynı hukuksal veya özdeş durumda bulunanların aynı kurallara

¹⁷⁶ D5D, 27.04.2005, E:2001/426, K:2005/2235.

¹⁷⁷ D5D, 29.01.2008, E:2007/2572, K:2008/371.

bağlı olmalarıdır. Ancak haklı nedenler ve farklı uygulamalar, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmazlar.¹⁷⁸

Dikey eşitlik, ayrı durumda bulunanların, ayrı kurallara bağlı olmasıdır. Bu, farklı durumlarda bulunan kişilerin, farklı işlemlere tabi tutulabilmesi anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle, dikey eşitlik anlayışına göre, eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Hukukun genel ilkelerinden biri olarak da kabul edilen eşitlik işkesi, 1982 Anayasası'nda da yerini almıştır. Anayasa'nın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesine göre: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

Danıştay da bu ilkeyi, uyuşmazlık konusu olayın özelliğine göre uygulamakta ve idarece söz konusu ilkeye aykırı davranışlarda bulunulmasını iptal sebebi olarak saymaktadır.

"... Anayasa'nın 10. maddesi; herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit ve devlet organları ile idari makamların bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğunu açıklayarak "kanun önünde eşitlik ilkesini" temel bir kural olarak benimsemiştir. 70. maddesinde ise, her Türk'ün kamu hizmetlerine girme hakkına sahip bulunduğu, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemeyeceği açıklaması ile "kamu hizmetlerine girmede eşitlik ilkesi" vurgulanmıştır.

Bu ilkeler; yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayan temel hukuk kuralları olmasının yanında, hukuk devleti ilkesinin ve Anayasa'nın 11. maddesi hükmünün doğal sonucudur.

¹⁷⁸ Hasan Tunç, Faruk Bilir, **Anayasa Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005, s.53.

Anayasa'nın 70. maddesinde öngörülen "görevin gerektirdiği niteliklerin" hiç kuşkusuz subjektif değerlendirmelerle değil, objektif, genel ve gayri şahsi nitelikteki kurallarla belirlenmesi gerekir.

Her görevin gerektirdiği nitelikler, devlet memurları için 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde, bu kanun kapsamı dışında kalanlar içinde özel yasalarıyla veya yönetmelikleriyle belirlenmiştir. Adı geçen Kanun'un 48. maddesinde, devlet memurluğuna alınmanın genel şartlar tek tek sayılmış, özel şartlar ise; ... olarak açıklanmıştır.

Davacının atanmak istediği Milli Eğitim Bakanlığı Müfettiş Yardımcılığı için; ... gün ve ... sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin "Müfettiş Yardımcılığı Giriş Sınavına Katılacaklarda Aranacak Nitelikler" başlıklı 17/c maddesinde; "sicili ile yapılacak inceleme sonunda tutum ve davranışları yönünden müfettiş yardımcılığına alınmasına engel hali bulunmamak" kuralına yer verilmiştir.

Kamu görevine atama yapıp yapmamak konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisi sadece "boş olan kadroya atamak veya atamamak" konusuna ilişkin genel bir yetki olup, bu kadroya atanacak kişinin tutum ve davranışları üzerinde değerlendirme yapma yetkisini içermez.

Başka bir ifade ile idare, boş olan bir kadroya atama yapmak için harekete geçtiği andan itibaren bağlı yetki içine girer. Bu sürenin sonunda artık yasada ve yönetmeliklerde belirlenen niteliklere sahip olup, yarışma ve yeterlik sınavını kazanmış olanlar arasından sırası ile atama yapmak zorundadır. İdarenin bu niteliklere sahip olanlar arasından "İlgilinin tutum ve davranışlarına" göre seçme hakkına sahip olduğunu kabul etmek, Anayasa ve Yasa ile belirlenen özellikleri bir yana bırakarak, atama işlemini yetkili makamın subjektif değerlendirmesine bırakmak anlamını taşır ki; bunun sınırını belirleme olanağı yoktur.

Böylesine subjektif değer yargılarına bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi muhtemel olduğu gibi, böyle bir uygulama Anayasa' da ifade edilen "kanun önünde eşitlik" ilkesinin ve "kamu hizmetine girme hakkının" ihlali niteliğini taşır.

Bu hukuki durum karşısında, davalı idarenin güvenlik soruşturmasına ve yine bu soruşturma sonucu elde edilen "tutum ve davranışlarıyla müfettişlik görevini olumlu bir şekilde yürütemeyeceği görüşünü kuvvetlendiren ibareler olduğu" şeklindeki somut olmayan bilgilere dayanarak davacının atamasının yapılmaması yolundaki dava konusu işleminde hukuka ve Anayasa'ya uyarlık bulunmamaktadır..."¹⁷⁹

Bir başka kararında Danıştay, vergi dairesi müdürü olan davacının naklen atanmasına ilişkin işleme karşı açılan davada söz konusu Anayasal hükmü, aynı hukuki statüde olanlara aynı hukuk kurallarının uygulanmasının gerekliliği şeklindeki anlamıyla değerlendirerek; davacının görev yaptığı hizmet bölgesi için öngörülen çalışma süresini doldurmuş olmasına rağmen, zorunlu hizmet süresini dolduran tüm personelin durumu gözden geçirilerek ve ülke çapında kamu hizmetinin aksamaması da dikkate alınarak bir düzen dahilinde tüm personelin değerlendirilmesi suretiyle genel bir kararname şeklinde yerlerinin değiştirilmediği, ayrıca subjektif nedenlerle bazı personelin zorunlu bölge hizmetini tamamladığı gerekçesiyle tesis edilen atama işlemini, tüm personelin değerlendirilmesi koşulunu taşımadığından bahisle Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmış ve dava konusu işlemin iptali yolunda verilmiş olan İdare Mahkemesi kararını onamıştır.¹⁸⁰

3. Açık (Takdir) Hata(sı)

Danıştay'ın nakil işlemlerinde idarenin takdir yetkisini denetlerken kullandığı bir diğer ölçüt, "açık hata", "açık takdir hatası" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Açık hata ölçütü, idarenin takdir yetkisine dayanarak tesisi ettiği işlemlerde, idarenin yaptığı açık, belirgin, hemen fark edilebilen, getirdiği çözüm, adalet duygularına ters düşen bir değerlendirme veya tercih hatası

¹⁷⁹ D5D, 13.03.2003, E:2001/5253, K:2003/796.

¹⁸⁰ D5D, 14.10.2009, E:2007/4779, K:2009/5345.

olarak tanımlanabilmektedir.¹⁸¹

Bu şekilde idari yargı yerleri, takdir yetkisi içinde yapılan işlemlerde açık hatayı gördüğünde bunu da bir iptal sebebi olarak kabul edip, böylece hatalı değerlendirmeyi yerindelik alanından çıkarıp hukukilik alanına çekme imkanına sahip olmaktadır.

İdari yargı yerlerinin geliştirdiği bu yargılama tekniği, idari işlemlerin sebep ve maksat (yetki saptırması) unsurları üzerinde yapılan denetimin zayıf ve yetersizliği nedeniyle, daha doğrusu bu ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bununla beraber "açık hata" ölçütünün idari yargı yetkisinin kapsamını derinleştirebilme açısından sahip olduğu olumlu özellikler, kavramın kendisinin çok belirgin bir anlama sahip olmayışından ötürü bazı güçlükleri de beraberinde taşımaktadır. Bu güçlük, kendisini özellikle idari işlemin dayanağı olarak ileri sürülen maddi olayların değerlendirilmesi konusunda yargı yerleri tarafından yapılacak denetimde kendisini göstermektedir.¹⁸²

Danıştay, özellikle üst düzey yöneticilerin görevlerinden alınmasından sonra atanılan yeni görev açısından bu ilkeye başvurmakta ve kendi kararlarıyla belirlediği bir takım kriterlere uyulmadan atama işlemi tesis edilmesini açık takdir hatası kapsamında görmektedir.

"... yargı kararının uygulanmasının gereği olarak davacının ... Genel Müdürlüğü ve Yönetim Kurulu Başkanlığı görevine iadesi hukuken mümkün olmamakla birlikte, bu durumda davacının atanacağı kadronun belirlenmesinde, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun ... günlü ve ... sayılı kararında da belirtildiği üzere, ilgilinin hizmet süresi, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihe kadar bulunduğu görevler, alındığı ve atandığı görevlerin unvan ve nitelikleri, bu iki görev arasındaki hiyerarşik kademeler ve değişik kadroların idarece dikkate alınması gerekmektedir.

Bu bağlamda uyuşmazlık incelendiğinde, davacının 6 yıl ... Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Başkanı olarak görev yaptığı, ayrıca ... Genel

¹⁸¹ Alan; **Türk İdari Yargısında Yerindelik ...**, s.54.

¹⁸² Alan; **Konu Unsuru Bakımından ...**, s.368.

Müdürü ve Yönetim Kurulu Başkanlığı görevinde bulunduğu dikkate alındığında, ... Genel Müdürlüğü emrine müşavir olarak atanmasına ilişkin işlemde “açık takdir hatası” bulunmaktadır ...”¹⁸³ Başka bir kararında Danıştay, görevde yükselme sınavında başarılı olarak müdürlüğe atanan davacının aradan 2 yıl geçtikten sonra Yönetmelik hükmüne aykırı olarak atandığının tespit edilmesi sonucu başka bir yere atanmasına ilişkin işlemin iptali yolundaki yerel mahkeme kararını temyiz aşamasında onamasına rağmen karar düzeltme aşamasında şu gerekçeyle bozmuştur:

“Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun ... günlü, ... sayılı kararında; idarenin sakat ve dolayısıyla hukuka aykırı işlemine idare edilenlerin gerçek dışı beyanı veya hilesi sebep olmuşsa veyahut geri alınan idari tasarruf yok denilebilecek bir illele malülse yahut idare edilenin kolayca anlayabileceği kadar açık bir hata mevcutsa ve idareyi haberdar etmemişse, memurun iyi niyetinden söz etmeye olanak bulunmadığı ve bu nedenle de idarenin yokluk, açık hata, ilgilinin gerçek dışı beyanı veya hilesi hallerinde süre aranmaksızın işlemin geri alınabileceği kabul edilmiştir.

Diğer taraftan, mevzuat hükmünün yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu, idare edenlerin kasıt ve ihmal içinde olmadıkları sürece, hükmü uygularken hataya düşmelerinin beklenmeyeceği hallerde, maddi, olaya ve mevzuatın açık hükmüne aykırı davranılmış ise, idarenin açık hatasından söz edilebilir.

...

Yukarıdaki değerlendirmelere göre, davacının Yalova ... Müdürlüğü’ne atamasının yapıldığı aşamada gerçek dışı beyanı ve hilesi söz konusu değil ise de, idare işlemin dayanağı mevzuat hükmünü uygularken açık hataya düştüğünden, davacının elde ettiği hakkın; hukuka uygun olarak elde edilmiş bir hak olarak kabulü mümkün bulunmamakta olup, ... korunması gerekmemektedir...”¹⁸⁴

¹⁸³ DİDDK, 25.09.2008, E:2005/1579, K:2008/1674, DD, Sayı:120, s.39-41.

¹⁸⁴ D2D, 16.06.2008, E:2008/508, K:2008/2850.

4. Eşdeğer Göreve Atama/ma

Danıştay, yer değişikliği suretiyle görev değişikliğine neden olan nakil işlemlerinin yargısal denetimi aşamasında işleme sebep olarak gösterilen fiillerin görev yeri değişikliğini gerektirdiği sonucuna ulaşsa da, ilgilinin görevini yerine getiremediğine yönelik bir tespit bulunmadığı takdirde görev değişikliğini gerektirmediğinden bahisle nakil işlemini iptal etmektedir.

Bu hususa yönelik bir kararında Danıştay, soruşturma sonucu okul müdür yardımcılığı görevinden alınarak öğretmenliğe atanan davacının soruşturmaya konu fiillerinin, görev yeri değişikliğini gerektirmesine rağmen geçmiş sicillerinin iyi ve çok iyi düzeyde olması, ve ayrıca yöneticilik görevinde başarısız olduğuna ilişkin bir tespitin de dava dosyasından anlaşılamaması nedeniyle yöneticilik görevinden alınmasını gerektirmediğini ifade etmiştir.¹⁸⁵

Benzer bir kararında da, “davacının ... İl Müdürlüğü görevinden alınması yerinde ise de, İl Müdürlüğü görevini yerine getiremediğine ilişkin olarak herhangi bir tespit bulunmadığından, eşdeğer bir göreve atanması gerekirken İl Müdürlüğü emrinde bir göreve atanmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptali yolunda ... verilen ... kararın onanmasına...” hükmetmiştir.¹⁸⁶

Danıştay özellikle özelleştirme veya yeniden yapılanma kapsamına giren kamu kurumlarında çalışan personelin nakil işlemlerinde memurun önceki ve sonraki görevini karşılaştırmak suretiyle uyumsuzluk konusu olayın özelliğine göre ret ya da iptal kararları vermektedir.

Bu yönde verdiği bir ret kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“... Kariyer ve liyakat ilkeleri gereği yeniden yapılanma nedeniyle birimi kapatılan personelin, faaliyetine devam eden birimlerde durumlarına uygun kadrolara atanmalarının gerekeceği açık olup; ... Müdürlüğünün kapatılması nedeniyle norm kadro fazlası olan Bölge Müdür Yardımcısı ... için durumuna

¹⁸⁵ D2D, 14.10.2009, E:2008/778, K:2009/3577.

¹⁸⁶ D5D, 13.04.2005, E:2002/301, K:2005/1990.

uygun kadronun önceki kadrosuna uygun olarak birim amirliği olacağı, üst birim haline gelen ... Şube Müdürlüğü personelinin statülerinin de yeniden yapılanmadan etkilenmemesinin düşünülemeyeceği, bu durumda Bölge Müdür Yardımcısının Şube Müdürü olarak atanması ve davacının da Baş Uzmanlığa getirilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık ... bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”¹⁸⁷

Başka bir kararında ise, işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan yasa maddesi hükmüne göre, davacının yapmış olduğu görevler ve unvanlar dikkate alarak eşdeğer bir göreve atanması gerekirken atanmadığından bahisle dava konusu nakil işleminin iptaline hükmetmiştir.¹⁸⁸

5. Sebep İkame Edilmesi Durumu

Kavram bir Danıştay kararında “...Açılan bir davada idarece ileri sürülmemiş ancak idari yargı yerince dosyanın incelenmesi sonucu başka bir neden saptanmış ve idarece ileri sürülen nedenin hukuken geçerli olmadığı belirlenmiş ise, idarenin ileri sürdüğü nedenin bir yana bırakılarak dosyadan saptanan nedene göre uyuşmazlığın çözümlenebilmesine idare hukukunda ‘sebepten ikamesi’ adı verildiği bilinen bir olgudur...” şeklinde tanımlandıktan sonra kararın devamında dosyadan saptanan bu nedenin ancak dava konusu işlemin tesisini haklı kılacak nitelikte olması durumunda davanın reddine karar verilebileceği ifade edilmiştir.¹⁸⁹

Danıştay, dava konusu nakil işleminin tesis edildiği tarihten önce maddi bir vakıa olarak var olması koşuluyla, işlem tesisi sırasında mevcut olmayan ancak daha sonradan ortaya çıkarılmış olan sebebin idarece ileri sürülmesi hali ile ilgili bir nakil uyuşmazlığında şu ifadelerle yer vermiştir:

¹⁸⁷ D2D, 22.11.2007, E:2007/3336, K:2007/4528.

¹⁸⁸ D5D, 19.03.2008, E:2005/4802, K:2008/1573, Benzer şekilde D2D, 17.04.2007, E:2005/52, K:2007/1746.

¹⁸⁹ DİDDK, 03.12.1999, E:1999/775, K:1999/1200.

“...Bu durumda, temyiz aşamasında ileri sürülmekle birlikte, davacının görev dönemine ilişkin bulunan ceza davasına konu fiilin ... Mahkemesi’nce, mahkumiyet hükmünün kesinleşip kesinleşmediği de araştırılmak suretiyle işlemin sebep unsuru olarak incelenerek bir karar verilmesi gerekmektedir...”¹⁹⁰

6. Aynı Niteliktekiler Arasından Boş Kadrolara Atama Durumu

Danıştay, atama talebinin reddine ilişkin işlemlere karşı açılan davalarda kural olarak, idarenin mevcutlar arasında seçim yapmak konusunda takdir yetkisine sahip bulunduğunu vurgulayarak bu yetkisini belli bir kişi yararına kullanma noktasında zorlanamayacağını ve nakil işleminin diğer unsurlarında herhangi bir sakatlık yoksa açılan davaların reddine hükmetmektedir.

Ancak, atanmak istenen kadroya sınav kazanılmak veya kurs bitirilmek suretiyle gelme durumu söz konusu olduğunda atama taleplerini dikkate almakta ve iptal kararları vermektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu bir kararında, idarenin boş bulunan bir kadroya kamu yararı amacı ve hizmet gereklerini gözeterek en uygun kişiyi atamak üzere bu göreve atanma koşullarını taşıyanlar arasında tercihte bulunmak hak ve yetkisine sahip bulunduğunu kabul ederek, bu yetkisini belli bir tarzda kullanmaya yargı kararıyla zorlanamayacağı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verdiği ret kararında ısrar eden yerel mahkeme kararını onamıştır.¹⁹¹

Benzer bir olayda da Danıştay 5. Dairesi, atanmak istenen kadronun görevde yükselme sınavına tabi olmadığından yola çıkarak iptal yönünde verilmiş Mahkeme kararını şu gerekçelerle bozmuştur:

¹⁹⁰ D5D, 16.04.2004, E:2001/87, 2004/1762.

¹⁹¹ DİDDK, 06.11.2008, E:2005/2221, K:2008/1856, DD, Sayı:121, s.39-41.

“... Görevde yükselme sınavına tabi olmayan kadrolara atanacakları seçme konusunda takdir hakkı kuşkusuz olan ve boş bulunan bir kadroya kamu yararı ve hizmet gereklerini gözeterek en uygun kişiyi atama konusunda, gerekli nitelikleri taşıyanlar arasında tercihte bulunma hak ve yetkisine sahip olan davalı idarenin, bu yetkisini belli bir kişi lehine kullanmaya yargı kararıyla zorlanamayacağı gibi; bu husustaki yargısal denetimde, işlemin diğer unsurları yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı sürece, anılan kadroya atanma koşullarını taşıyan iki kişi arasında birinin niteliklerinin daha iyi olduğu gerekçesiyle idarenin takdir yetkisini kaldırarak bu kişinin atanması sonucunu doğuracak şekilde iptal kararı verilemeyeceği ve bu kadroların boşalması halinde atama yapmadan önce boş kadroları duyurmaya zorlanmasına olanak bulunmadığı açıktır. Belirtilen hukuksal duruma göre, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir ...”¹⁹²

Bir başka kararında ise, kursu başarıyla tamamladığı ve özel hüküm içeren Yönetmelik hükmü uyarınca kazanılmış hakkının varlığının açık olduğu gerekçesi ile davacının görev değişim isteminin reddine ilişkin işlemin iptaline hükmeden Mahkeme kararını onamıştır.¹⁹³

7. Menfaat Durumu

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/1-a maddesinde, iptal davalarını idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenlerin açabilecekleri belirtilmiştir.

Bir idari işlem olan nakil işleminin muhatabı, nakledilen memurdur. Fakat bu kişinin evli olması halinde en başta eşi olmak üzere, varsa çocukları nakil işleminin getirdiği sonuçlardan doğrudan etkilenen kişilerdir.

¹⁹² D5D, 10.02.2009, E:2007/2093, K:2009/502, **DD**, Sayı:121, s.225-226.

¹⁹³ D5D, 16.02.2009, E:2006/7646, K:2009/628.

Fakat Danıştay, nakil işlemine konu memurun eşinin nakil işleminin iptali istemiyle açtığı davada verdiği kararla, naklen atama işleminin bu işleme muhatap olan kişinin kişisel menfaatini ihlal edici bir nitelik taşıması, dolayısıyla davacının meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ihlalinin söz konusu olmadığı ve bu nedenle dava açma ehliyetinin bulunmadığını ifade etmiştir.¹⁹⁴

Danıştay, nakledilen memurun davayı açtığı tarihte işlemle olan mevcut menfaat ilişkisinin, dava sonuçlanmasına kadar devam etmesini aramamakta ve dava aşamasında gelişen bir takım sebeplerle (emekli olma, istifa etme, başka yere atanma vb.) değişmesi halinde kesildiğini kabul etmemekte, davalı idarece geri alınmadığı sürece hukuki varlığını devam ettirecek olan nakil işleminin tesis edildiği tarih itibarıyla denetlenmesi ve işin esası yönünden bir karar verilmesi, bu aşamada verilecek kararın türüne göre de yargılama gideri ile vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği hukuki gerçeğinden yola çıkarak, ayrıca memurun tazminat istemi ve özlük hakları ile ilgili olarak hak kaybına uğramasına da imkan vermemek için bunun gerekli olduğunu belirtmektedir.

“... İptal davasının konularından birini oluşturan bireysel idari işlemler, belli kişiler üzerinde yeni bir hukuki durum yaratma veya değiştirme gibi sonuçlar doğurmakta olup, görevli ve yetkili yargı merciince iptal edilmeye veya işlemi tesis eden idarece geri alınıncaya, kaldırılıncaya, değiştirilinceye veya düzeltilinceye kadar hukuki geçerliliğini korumaktadır. Dolayısıyla bireysel işleme karşı açılmış bir iptal davası söz konusu ise, bu dava sonuçlanıncaya kadar, hakkında işlem tesis edilen kişi ile işlem arasındaki ilişki, işlemin ilk tesis edildiği hukuki sebeplerle birlikte devam eden nitelik arz etmektedir.

Öte yandan, açılan iptal davaları sonucunda idari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının; ilgisinin, işlemin tesisinden önceki hukuki durumunu korumaya yönelik olduğundan, işlemin iptal edilmeden önce doğurmuş bulunduğu tüm hukuki sonuçlarını ortadan kaldıracı; yani işlemten önceki

¹⁹⁴ D5D, 30.10.2006, E:2006/1524, K:2006/4911, DD, Sayı:114, s.193-194.

eski halin iadesi dışında, işlem nedeniyle uğranılan maddi ve manevi kayıpların tazmini sonucunu doğuracağı da tartışmasıdır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, davalı idaredeki ... görevinden alınarak ...'na atanmasına ilişkin ... dava konusu işlemin iptali istemiyle açmış olduğu bu dava devam etmekte iken, yaş haddinden emekli olduğu; İdare Mahkemesince de, davacının dava devam etmekte iken emekli olması nedeniyle iş bu davada verilecek olan kararın fiilen uygulanabilirliği kalmadığından bahisle dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; davacının menfaatinin ihlaline neden olan uyuşmazlık konusu işlemin idarece geri alınmadığı sürece hukuk alemindeki varlığını halen koruduğu ve davacı ile işlem arasındaki ilişki devam eden nitelik arz ettiğinden, uyuşmazlık konusu işlemin tesis edildiği tarihte taşıdığı hukuki unsurlar yönünden incelenerek işin esası yönünden bir karar verilmesi ve verilecek kararın türüne göre yargılama gideri ile vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken; İdare Mahkemesince, iş bu davada verilecek kararın fiilen uygulanabilirliği kalmadığından bahisle dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir

...¹⁹⁵

Danıştay başka bir kararında, davacının idari işlemle ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesini zorunlu tutmanın, iptal davalarını sadece davacılar yönünden ortaya koyduğu sonuçlarla değerlendirmek ve bu davaların amacını ihlal etmek anlamını taşıyacağını ve bunun sonucu olarak dava görülmeden önce alınacak yeni idari kararlarla davacının iptali istenilen işlemle ilişkisini kesmek ve böylece hukuka aykırılığı ileri sürülen işlemi yargısal denetim dışında bırakmak yolunun açılmış olacağını ifade ederek, dava devam ederken başka bir yere atanan memurun açtığı davanın esastan sonuçlandırılması gerektiğini belirtmektedir.¹⁹⁶

¹⁹⁵ D2D, 18.12.2006, E:2004/5494, K:2006/4269, **DD**, Sayı:115, s.135-137.

¹⁹⁶ D5D, 13.02.2006, E:2005/1005, K:2006/455, **DD**, Sayı:112, s.179-181.

8. Memurun Kendi İsteğiyle Tesis Edilmesi Durumu

Danıştay; memurun, isteği üzerine hakkında tesis edilen nakil işlemine karşı dava açması halinde durumun tespiti üzerine sebep unsuru hakkında değerlendirme yapmaksızın açılan davayı reddetmektedir.

“... dava konusu işlemin, davacının davalı idareye hitaben verdiği ‘... kadrosuna atanmam hususunda gereğini emir ve müsaadelerinize arz ederim.’ şeklindeki ... dilekçesi üzerine kurulmuş olması karşısında; adı geçen dilekçesiyle ortaya koyduğu iradesinin hukuki sonucu niteliğinde olan dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir ...”¹⁹⁷

Danıştay bir kararında, görevini sürdüremeyeceğini kendi ifadesi ile belirterek yürüttüğü görevden alınmasını isteyen ancak daha sonra hakkında talebine uygun şekilde işlem tesis edilmeden söz konusu isteğinden vazgeçen davacının, kişilere özgü olmayan kamu hizmetini amirlerine yardımcı olmak ve onlara rahat çalışma imkanı sağlamak anlayışıyla bağdaştırdığı gerekçesiyle açılan davayı reddeden Mahkeme kararını şu gerekçeyle bozmuştur:

“ ... Olayda; davacının ... tarihinde, ...'na verdiği görevden alınması hakkındaki dilekçesinden sonra ve dava konusu işlem kurulmadan önce verdiği dilekçesiyle görevden alınması isteminden vazgeçtiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, davacının uyuşmazlık konusu işlemde önce verdiği görevinden alınmasına ilişkin dilekçesinin işleme dayanak alınmasına hukuki olanak bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, Mahkemece davacının sicilleri getirtilerek, görev için yeterliliği ya da başarı-başarısızlık durumu belirlenerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, aksi yönde verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir ...”¹⁹⁸

¹⁹⁷ D5D, 26.05.2009, E:2007/2579, K:2009/2978.

¹⁹⁸ D5D, 28.12.2004, E:2001/1492, K:2004/6097, DD, Sayı:109, s.180-181.

9. Kazanılmış Hak - İdari İstikrar -Haklı Beklenti - Baskı Kamu Yararı İlkelerinin Gözetilme/mesi Durumu

Danıştay, her biri hukukun genel ilkeleri arasında kabul edilen kazanılmış hak, haklı beklenti, baskın kamu yararı ve idari istikrar ilkelerinin nakil işleminin tesisi sırasında idarece gözetilmesi gerekirken gözetilmediğini tespit ettiği taktirde, bu ilkeleri, içtihatlarında iptal yolundaki kararlarına gerekçe olarak göstermektedir.

Bu noktada, nakledilen memurun kazanılmış hakkı, genelde mevzuat hükmünden kaynaklanmakta ve Danıştay da söz konusu mevzuat hükümleri uyarınca kazanılan hakkı korumaktadır.

“... Müdürlüğü'nde Veri Hazırlama Kontrol İşletmeni olarak görev yapmakta iken ... işleme ... APK Uzmanı olarak atanan davacı hakkında, 657 sayılı Yasanın 76. maddesine dayanılarak ... Şef olarak atanmasına ilişkin ... dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmakta olup, APK Uzmanı olarak atanan davacının yönetmelikte sayılan görev unvanlarına, yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce atananların kazanılmış haklarının saklı olduğunun belirtilmesi nedeniyle kazanılmış hakkının mevcut olması karşısında tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir...”¹⁹⁹

Danıştay, memur olarak görev yapmakta iken mevzuatta öngörülen yaş sınırını aşıyor olmasına rağmen 1992 yılında zabıta memurluğuna atanan davacının, mevzuata aykırı olan bu atama nedeniyle kazanılmış hakkının varlığının söz konusu olamayacağının açık olduğunu belirttikten sonra, idarenin hatalı işlemini ancak makul süre içerisinde geri alabilecek olması nedeniyle 12 yıl sonra davacının görevden alınmasının idari istikrar ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmiş²⁰⁰ ve kararında bu ilkeye yer vermiştir.

Yine bir kararında Danıştay, haklı beklenti ilkesinin tanımını da yapmak suretiyle baskın kamu yararının bulunmaması halinde idarece takdir

¹⁹⁹ D2D, 17.11.2006, E:2004/2477, K:2006/3362, DD, Sayı:114, s.131-132, Benzer şekilde D5D, 16.02.2009, E:2006/7646, K:2009/628.

²⁰⁰ D5D, 07.12.2007, E:2005/3021, K:2007/6641, Benzer şekilde D2D, 15.11.2006, E:2006/1053, K:2006/3272.

yetkisinin kullanma alanlarında bu ilkenin gözetilmesinin gerekli olduğuna değinerek, şu ifadelerle Ağrı'dan Ankara'ya atanma istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptaline hükmeden Mahkeme kararını gerekçeli olarak onamıştır:

“... Haklı beklenti, yönetimin ister bir taahhüt isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir.

...

Kaldı ki, kamu hizmetinin olağan işleyişi içinde umulabilecek bir durum vardır ve kamu görevlilerinin böylesine haklı beklentiler içinde olması hizmetin gereğidir. Dava konusu olaydaki beklenti de makul bir beklentidir. Yönetim, yönetim olmaktan kaynaklanan gücünü ve olanaklarını, bu kişisel konumda kullanarak makul beklentiye karşılayabilir.

Kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin korunması, ancak kişisel kararlarda, yönetimin takdir yetkisinin kullanma alanlarında söz konusu olduğundan, baskın kamu yararı olmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir.

Bu nedenle, davacının yer değiştirme isteminin, Devletin aile birliğinin sağlanması yönündeki görevi de göz önünde tutularak, haklı beklentiler ilkesi içerisinde idarece değerlendirilmesi gerekirdi...”²⁰¹

10. Yetki veya Şekil Sakatlığı Bulunması Durumu

Yetki ve şekil, 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesine göre idari işlemin unsurları arasında sayıldığından, aynı zamanda organik anlamda bir idari işlem olan nakil işlemini tesis eden idari makam ya da görevlinin bu konuda yetkisinin olmaması veya nakil işleminin şekil yönünden öngörülen usul gözetilmeksizin tesis edilmesi durumu söz konusu ise Danıştay; işin esasına girilmeksizin salt bu sebeplerle işlemin iptaline karar verilmesi gerektiğini

²⁰¹ D5D, 14.03.2006, E:2003/3647, K:2006/1140.

belirtmekte, işin esasına girmek suretiyle iptal kararı veren Mahkeme kararını sonucu itibariyle yerinde olduğundan gerekçeli olarak onamaktadır:

“... Bu düzenleme ile merkezi idare, 5442 sayılı Kanunun 8. maddesinin (C) fıkrasında "Öğretmen atamaları ve yer değiştirme işlemleri" konusunda Valiye tanıdığı yetkinin sınırlarını Anadolu Liseleri öğretmenleri yönünden yeniden çizmiş, bu yetkinin doğrudan Bakanlık tarafından kullanılacağını hükme bağlamıştır.

Dosyanın incelenmesinden, ... davacının, ... naklen atanmasına ilişkin ... işlemin, ... 8/C maddesi gereğince Valilik onayıyla kurulduğu anlaşılmaktadır.

Davacının, Anadolu Lisesi Öğretmenliği görevinden alınmasına ilişkin Valilikçe tesis edilen işlemde yukarıda açıklanan Yasa ve Yönetmelik hükmü gereğince yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmayıp, işlemin bu nedenle iptali gerekmekte ise de, Mahkemece işin esasına geçirilerek verilen kararda sonuç itibariyle hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle ... Mahkemesince verilen ve hüküm fıkrası itibariyle hukuka uygun bulunan ... kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına ...”²⁰²

Danıştay, bir kararında mevzuatın açık hükmüne rağmen nakil işleminin Başbakan Yardımcısının imzası olmaksızın tesis edilmesini şekil yönünden sakatlık saymıştır.²⁰³

Birçok idari işlem gibi nakil işleminin de yetki devrine dayalı olarak tesis edilmesi mümkündür, fakat yasanın açıkça izin vermediği bir konuda yetki devrine dayalı olarak tesis edilen nakil işlemi, yetki yönünden sakat olacaktır. Bu duruma ilişkin bir Danıştay kararında, bu halde artık işin esasına girilmeksizin nakil işleminin yetki yönünden iptal edilmesi gerekirken, işin esasına girmek suretiyle ret kararı veren Mahkeme kararının şu gerekçelerle bozulmasına hükmedilmiştir:

²⁰² D2D, 24.05.2005, E:2004/1326, K:2005/1786, DD, Sayı: 111, s.119-121.

²⁰³ D5D, 25.03.1998, E:1997/1004, K:1998/888.

“... Yukarıda anılan hükümler karşısında, vali yardımcısının ancak, valiye vekalet ettiği dönemlerde il içi atama yetkisini kullanabileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Kamu hukukunda bir makama verilen yetkinin, aksine bir hüküm bulunmadıkça o makam tarafından kullanılacağı, bir makamın yetkisinin başka bir kişiye devredilmesi için mevzuatla yetkili kılınması gerekeceği tartışmasızdır.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 8. maddesi ile il memurlarının görev yerlerinin değiştirilmesi konusunda valilere verilen yetkinin devrinin mümkün olmadığı, Valiye tanınan bu yetkinin Vali Yardımcısı tarafından kullanılamayacağı anlaşıldığından, dava konusu işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bu nedenle işin esasına girilerek davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir...”²⁰⁴

11. Sebebinin Disiplin Cezası Olması Durumu

Bir memurun hakkında göreviyle ilgili olarak yapılan bir idari soruşturmada kusurlu görülmesi halinde çoğu kez hem memurun naklen atanması teklif edilmekte, hem de memura fiiline göre mevzuatlarla öngörülmüş değişik disiplin cezalarından birinin verilmesi önerilmektedir. Söz konusu öneri doğrultusunda nakil işlemi tesis edildiği ve disiplin cezası verildiği taktirde, nakil işlemi ve disiplin cezasının dayanağı aynı soruşturma konusu olan aynı fiiller olmakta ve sonuçta idare, nakil işlemine karşı açılan davada genellikle disiplin cezasını işlemin sebep unsuru olarak ön plana çıkarmaktadır.²⁰⁵

Bu nedenle Danıştay'ın konuya yaklaşımını somut olaya özgü olarak değerlendirme yapmak suretiyle incelemek gereklidir.

Memurun aynı soruşturma raporuna konu fiilleri nedeniyle hakkında tesis edilen nakil işlemi ile disiplin cezasına karşı açılan davalarda Danıştay,

²⁰⁴ D2D, 17.02.2006, E:2004/4638, K:2006/510, DD, Sayı:112, s.97-99.

²⁰⁵ Sağlam, a.g.e, s.60-61.

disiplin cezası davasının esası hakkında verilen karar sonucunu genellikle nakil işlemi açısından da dikkate almakta ve isnat edilen fiilin niteliği ve hizmete etkisini de değerlendirmek suretiyle nakil davasını aynı yönde sonuçlandırmaktadır.

“... davacıya isnat edilen fiilin niteliği ve bu fiilin sübuta ermesi nedeniyle verilen 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı açılan davanın ... Mahkemenin ... günlü ve ... sayılı kararıyla reddedildiği hususu dikkate alındığında, davacının yöneticilik görevinde zaafiyet gösterdiği ve yıprandığının anlaşıldığı ... davanın reddi yolunda verilen yolunda verilen kararda ... hukuka aykırılık görülmemiştir ...”²⁰⁶

Fakat Danıştay, memur hakkında verilmiş disiplin cezasının iptal edilmiş olması halinin her zaman nakil işleminin de iptalini gerektirmeyeceğini, eski göreve naklen atanma istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işleme karşı açılan bir davada; atanma isteminin değerlendirilmesinin idarenin taktirinde olduğunu belirttikten sonra şöyle ifade etmiştir:

“... davacıya isnat edilen eylemden dolayı verilen disiplin cezasının Mahkeme kararıyla iptal edilmesi, kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hizmetin korunması veya kamu görevlisinin etkin ve güvenilir bir biçimde devamının sağlanması amacıyla tesis edilen atama işlemini ortadan kaldırarak kendiliğinden atama sonucu doğurmayacağından, aksi düşünceyle verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir...”

Danıştay, memura isnat edilen fiillerin disiplin cezasını gerektirmesine rağmen, memurun ayrıca naklini gerektirecek nitelikte olup olmadığını yürütülen görevin niteliği ve göreve olan etkisini birlikte değerlendirerek karar vermektedir.

“... il emniyet müdürlüğü gibi önemli bir görevi yürüten davacının görevinden alınmasına neden olan olaylarla ilgili hakkında yapılan soruşturma sonucu aldığı disiplin cezasının dayanağı da olan fiillerinin bu görevden alınmasını gerektirecek nitelikte olduğunun ve hukuken geçerli bir

²⁰⁶ D2D, 28.12.2007, E:2007/501, K:2007/5096, Benzer şekilde D2D, 10.04.2009, E:2007/4747, K:2009/1542.

neden olarak kabulünün gerektiği, işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı reddi yolunda verilen ... kararın onanmasına ...”²⁰⁷

“... Bu durumda, davacının sübuta eren eyleminin sadece disiplin cezasını gerektirecek bir mahiyet taşıması, bunun dışında ayrıca yöneticilik görevinden alınmasını gerektirecek nitelik ve ağırlıkta olmaması nedeniyle dava konusu işlemde kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka uyarlık ve davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...”²⁰⁸

Danıştay, başka bir kararında, memurun aldığı kınama cezasının aynı görevle naklen atanmasını gerektirmeyeceğini belirterek nakil işleminin iptaline hükmetmiştir.²⁰⁹

Danıştay bazı durumlarda ise, hem disiplin cezasına konu eylemin niteliği hem de memurun görevinde başarılı olmasından yola çıkarak, her iki duruma rağmen hakkında söz konusu eylemi nedeniyle ayrıca nakil işlemi tesis edilmesini cezalandırma amacı güdülerek hareket edilmesine bağlayarak, bu durumu atama işleminin iptali yolunda verdiği bir iptal kararına şu gerekçelerle konu etmiştir:

“... Dava dosyasının incelenmesinden, davalı idarece ... Sendikası ... Nolu Şube Başkanı olan davacının sendikal faaliyetleri nedeniyle görevini aksattığı ileri sürülerek dava konusu naklen atama işleminin tesis edildiği, davacının ... günü bağlı bulunduğu sendikanın yayınladığı el ilanını zabıta amirliğine izinsiz asmak, ... ve ... günleri yapılan memur eylemlerine katılmak suçları nedeniyle hakkında disiplin soruşturması yapılarak disiplin cezaları verildiği anlaşılmaktadır.

Görevinde başarısızlığı ya da başkaca bir olumsuzluğu ileri sürülmeyen ve sicilleri de olumlu olan davacının; bu eylemlerinin disiplin cezası verilmesini gerektirir nitelikte olması ve bu cezaların verilmiş bulunması karşısında, ayrıca bu eylemlerinin naklen atanmaya da gerekçe

²⁰⁷ D5D, 12.10.2009, E:2007/4051, K:2009/5085.

²⁰⁸ D2D, 14.03.2007, E:2004/5490, K:2007/1058, Benzer şekilde D2D, 05.10.2007, E:2005/685, K:2007/3692.

²⁰⁹ D2D, 09.06.2009, E:2008/130, K:2009/2417.

alınması, atamanın cezalandırma amacı taşıdığını göstermekte olup, söz konusu cezaların dava konusu işlemin sebep unsuru olarak kabul edilmesine imkan bulunmadığından, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir ...”²¹⁰

12. Ceza Yargılaması İle İlgisinin Olması Durumu

Memura soruşturmaya konu fiilleri ile ilgili disiplin yönünden ceza verilmiş ve fiillerin ayrıca hizmete etkisi gözetilmek suretiyle idari yönden hakkında nakil işlemi tesis edilmiş olmakla birlikte, söz konusu fiiller aynı zamanda Ceza Kanunu’na göre suç da oluşturur nitelikte olabilir.

Bu durumda, memur hakkında cezai yönden işlem tesisi amacıyla yapılacak olan ceza yargılamasının maddi sebepleri ile nakil davasının maddi sebepleri aynı olacaktır. Bu nedenle çalışmanın bu kısmında, memur hakkında ceza yargılaması sonucunda verilen kararın nakil davasının sonucuna ne şekilde etki ettiği konusundaki Danıştay kararları üzerinde durulacaktır.

Danıştay bir kararında, icra müdürü olan davacı hakkında açılan ceza davasında verilen mahkumiyet kararını görevin önem ve özelliği ile birlikte değerlendirerek nakil davasının reddine hükmetmiştir.

“... davacının ... görevi kötüye kullanmak eyleminden hakkında açılan ceza davası sonucunda ... Ağır Ceza Mahkemesi’nin ... günlü .. sayılı kararıyla iki yıl altı ay hapis cezası ile cezalandırılması ... dikkate alındığında, ... görevinin önem ve özelliğine göre, hizmetin daha iyi yürütülmesi amacıyla ... yapılan atama işleminde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık ... görülmemiştir ...”²¹¹

Fakat burada üzerinde durulması gereken asıl husus, ceza davasında ilgili memur hakkında beraat kararı verilmiş olması halidir.

²¹⁰ D5D, 07.04.1999, E:1998/2342, K:1999/853.

²¹¹ D5D, 15.05.2009, E:2007/5131, K:2009/2694.

Danıştay, konu ile ilgili olarak verdiği kararlarında genel yaklaşım olarak, ceza yargılamasının şartları ve yargılama açısından esas alınan ilkelerinin görevden alma işleminde idarece kullanılan takdir yetkisinin yargısal denetimine esas alınan ilkelerden farklı olduğundan yola çıkarak, beraat gerekçesini de dikkate almak suretiyle beraat kararının nakil davasında işlemin iptaline neden olacak bağlayıcı bir etkisinin olmadığını düşünmektedir.

“...davacının ... Çiftçi Eğitim Merkezi İnşaatı nedeniyle görevi ihmal suçundan yargılandığı ... Asliye Ceza Mahkemesi’nin ... günlü, ... sayılı kararıyla beraatine karar verilmiş ve bu karar Yargıtay ... Ceza Dairesi’nin ... günlü, ... kararı ile onanmış ise de, ceza yargılaması yapılmasının gerekliliğini sağlayan yasal koşullar ve esas alınan ilkeler ile görevden alma işleminde idarece kullanılan takdir yetkisinin yargısal denetimine esas alınan ilkelerin farklı olması nedeniyle cezai yönden yaptırımı gerektirmeyen bir olayın, kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hizmetin korunması yönüyle değerlendirileceği açıktır.

Bu durumda, dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının görev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiremediği anlaşıldığından, hizmetin daha iyi ve verimli yapılmasını sağlamak amacıyla tesis edildiği sonuç ve kanaatine ulaşılan dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir ...”²¹²

Danıştay’ın genel yaklaşımı bu olmakla birlikte, yapılan ceza yargılamasında böyle bir suçun bulunmadığı, bu suçu davacının işlemediği gibi sebeplerle verilen beraat kararlarını ise, başkaca bir sebep bulunmadıkça nakil davası yönünden de işlemin iptalini sağlayacak hukuki bir durum olarak kabul etmek gerekecektir.²¹³

²¹² D2D, 30.09.2005, E:2004/1228, K:2005/2822, **DD**, Sayı:111, s114-116.

²¹³ Sağlam, **a.g.e.**, s.67.

13. Yargı Kararının Uygulanması Amacıyla Tesis Edilmesi Durumu

Anayasanın 138. maddesinin son paragrafında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği şeklinde yer alan hükme paralel olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 28. maddesinin 1. fıkrasında; idarenin, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının gereklerine göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu kuralına yer verilmiştir.

Danıştay, yargı kararlarının uygulanması konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığını belirterek, iptal davalarında genel olarak ne şekilde uygulanması gerektiğini bir kararında şu ifadelerle yer vermek suretiyle belirtmiştir:

“Hukuk Devletinde yargı kararlarının uygulanmamasından söz edilemeyecek olup, bu maddelerin kararların tam ve gereğince yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olduğu açıktır.

İptal kararlarının özelliği gereği; dava konusu idari işlemin, tesis edildiği tarihten geçerli olmak üzere hukuksal varlığına son verilmektedir. Böylece, hukuka aykırı olduğu belirlenmiş olan idari işlemin bütün sonuçları ile ortadan kaldırılarak hukuk düzeninin korunması amaçlanmıştır.

Bir başka anlatımla, iptal davaları ile idarenin, hukuka aykırı tasarruflarda bulunması, kararlar alması önlenerek, hukuka bağlılığı sağlanmaya çalışılmaktadır.

Bu açıklamalar karşısında, yargı kararlarının uygulanması konusunda idarelere herhangi bir takdir yetkisi tanınmadığı açıktır. Yani idarelerin yargı kararlarının doğruluğunu tartışma ve buna göre uygulama yapma yetkisi bulunmamaktadır.

İdari işlemlerin yargısal bir kararla iptali halinde bu karar, işlemin unsurlarında bulunan hukuka aykırılığı saptayarak tesis edildiği tarihten

başlayarak ortadan kaldırmakta ve bu özelliği nedeniyle geriye yürüyen sonuçlar doğurmaktadır.

İptal kararlarının işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliğini sağladığı idare hukukunun bilinen ilkesidir. Aksine bir yaklaşım, iptal kararı ile ortadan kaldırılan bir işlemin sonuçlarını geçerli kılmak anlamına geleceğinden bu ilkeyle bağdaşmayacaktır.

Yukarıda anılan Anayasa ve Yasa hükümleri ile idare hukuku ilkesi gereği idareler iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem yapmak ve iptal edilen işlemde doğan sonuçları ortadan kaldırmak ve önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamakla görevlidir. Bu nedenle, idareler iptal kararlarının amaç ve kapsamı dışında bir işlem tesis edemez. İdarelerin bu amaç dışında başkaca bir tercih ve takdir hakkı yoktur.

Yargı kararı üzerine tesis edilen bir işlemin yargısal denetiminde yargı organlarının hareket noktasını da, kararların tam ve gereğince uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi oluşturur.

Buradaki denetimin amacı yine hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Kararın uygulanması konusunda farklı seçeneklerin varlığı halinde idarenin kullanacağı takdir hakkı ile tercih edilen bu seçeneğin de yargı kararının gereğinden hareketle hukuksal denetimi yapılacaktır. Bir başka anlatımla; idarenin iptal kararının uygulanması bakımından bağlı yetki içinde bulunmasına karşın, zorunlu tek seçeneği olmaması halinde sahip olacağı takdir yetkisinin denetlenmesi de hukuksal bir denetimdir.”²¹⁴

Bazı durumlarda, yargı yerince verilen kararlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla nakil işlemi tesis edilebilmekte, yani yargı kararını uygulama amacı, nakil işleminin de sebebi olmaktadır.

Danıştay, bu amaçla tesis edilen nakil işlemlerine karşı açılan davaları, söz konusu kararın doğru uygulanması suretiyle tesis edilmiş olduğunu tespit ettiği takdirde reddetmektedir:

“...Anayasa’nın 138. maddesinin son fıkrasında, ‘...Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu

²¹⁴ D8D, E:2010/2 sayılı dosyada 27.01.2010 gününde verilen YD Kabul kararı

organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.’ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. maddesinin 4001 sayılı Yasa ile değişik 1. fıkrasında ise; ‘Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiç bir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez ...’ hükümleri yer almıştır.

Davacının ... Lisesi öğretmeni iken ... günlü, .. sayılı müşterek kararname ile ... İl Kültür Müdürlüğü’ne atandığı; eski İl Kültür Müdürünün görevden alınmasına ilişkin ... işlemin iptali istemiyle açtığı davada Danıştay ... Dairesince ... yürütmenin durdurulması kararı verilmesi üzerine davacının ... görevinden alınarak ... Müdürlüğüne atandığı ve bu işlemin iptali istemiyle bakılan davayı açtığı dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır.

... yukarıda anılan Anayasa ve yasa kuralları karşısında yargı kararlarını uygulamak konusunda "bağlı yetki" içerisinde bulunan idarenin, ... yürütmenin durdurulması kararlarının iptali istenen idari işlemin ve onun sonucu olan işlemleri durduran ve bu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlayan niteliğini de gözeterek tesis ettiği işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, ... iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir ...”²¹⁵

Fakat, Danıştay, yargı kararının uygulanmasında idarece yanlışlık yapıldığını tespit ettiği hallerde konu ile ilgili ilkeleri belirterek iptal kararları vermektedir.

“..... Daire Başkanlığında ... Şube Müdürü olarak görev yapan davacının, aynı Daire emrine Tekniker olarak atanmasına ilişkin ... günlü işlemin, daha önce Genel Evrak Şube Müdürü iken bu görevden alınan F.G. hakkındaki yargı kararının bu kişiden boşalan Şube Müdürlüğü kadrosuna kim atandı ise, o kişinin görevden alınarak uygulanması gerekirken, M.Ş.’ dan boşalan Şube Müdürlüğü kadrosuna atanmış olan davacının bulunduğu

²¹⁵ D5D, 06.11.1996, E:1996/1997, K:1996/3334.

kadronun boşaltılarak F.G. 'ın atanması ve davacının eski görevi olan Teknikerliğe iadesi şeklinde kurulan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptali yolunda ... verilen ... kararın onanmasına ...”²¹⁶

“... davalı idarece, dava konusu işlemin dayanağı olarak ... isimli şahıs hakkında verilen yargı kararının uygulanması ... gösterilmekte ise de; ... bu kişi ile davacı arasında halef selef ilişkisinin bulunmadığı, bu kişi hakkında verilen yargı kararının uygulanması amacıyla görevden alınamayacağı ...”²¹⁷

Danıştay, yargı kararının uygulanması amacıyla, fakat yanlış yorum yapılarak tesis edilmiş olduğu idarece sonradan tespit edilen bir nakil işleminin düzeltilmesi amacıyla tesis edilen nakil işlemine karşı açılan davayı şu ifadelerle reddetmiştir:

“... davalı idarece, Dairemizin yukarıda belirtilen kararı, yanlış yorumlanarak davacının önce ... günlük işlemler ... olarak atandığı, sonra ise, ... tarihli işlemler ... Müdürlüğü emrine atamasının yapıldığı, daha sonra ise, idarece, davacı ile aynı durumda bulunan 17 kişinin atamasında yanlışlık yapıldığı anlaşılarak atamaların iptal edildiği, 5. dereceli arkeolog kadrosunda görev yapan davacının da dava konusu işlemler 5. dereceli memur kadrosuna atandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yargı kararı yanlış yorumlanarak kurulan işlemin düzeltilmesi amacıyla Dairemizin anılan kararında belirtilen gerekçe doğrultusunda kurulan işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır ...”²¹⁸

Yargı kararının doğru uygulandığından bahsedilmek için tam ve gerektiği şekilde uygulandığının ortaya konulması gerekmektedir.

Danıştay konuya ilişkin bir kararında, öğretmen olarak görev yapmakta iken katıldığı görevde yükselme eğitimi ve sınavında başarılı olması üzerine şube müdürü olarak atanan, fakat daha önce şube müdürlüğü görevini yürütmekte iken bu görevden alınan kişinin açtığı davayı kazanması sonrasında söz konusu kararın uygulanması amacıyla öğretmenliğe atanan

²¹⁶ D5D, 19.04.2005, E:2001/4414, K:2005/2065.

²¹⁷ D2D, 18.06.2008, E:2006/3993, K:2008/2945, **DD**, Sayı:120, s.111-113.

²¹⁸ D5D, 24.06.2008, E:2007/2511, K:2008/3954, **DD**, Sayı:119, s.195-196.

bir memurun açtığı davada, memurun eşdeğer görevle ilişkilendirilmemesini iptal sebebi olarak kabul etmiştir.

“... davacının belli usul ve süreci başarıyla tamamlayarak Şube Müdürlüğü görevine atandığı ve doğal olarak bu kazanımının sadece atandığı ilk kadro için geçerli olmadığı, bu kadroda daha önce çalışan bir başka memurun yargı kararıyla göreve iadesinin davacı açısından yöneticilik unvanının da sona erdirilmesi gibi bir sonucunun olamayacağı; kaldı ki uyumsuzluğa ilişkin yönetmelikte de, bu yönde yorumlanabilecek bir düzenlemeye yer verilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda, yöneticilik niteliğini kaybetmemiş davacının bu niteliği taşıyan unvanına eşdeğer bir kadroda görevlendirilmesi gerekirken, yargı kararı gerekçe gösterilerek tekrar öğretmenliğe atanmasına yönelik işlemde hukuka uyarlık ve davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir ...”

Danıştay, bir davada mevzuatın değişmesi nedeniyle yargı kararının uygulanması yönünde hukuki imkansızlık olduğu savunmasını, iptal kararlarının geriye yürüyen ve ortadan kaldırıcı niteliğinin bulunduğu ve iptal davalarında dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükmüne göre hukukilik denetimi yapıldığı gerekçesiyle kabul etmemekte iken; başka bir davada, adı geçen kişiden boşalan kadroya kimin atandığının saptanmasının kurumun yeniden teşkilatlanması söz konusu olduğundan mümkün olmaması nedeniyle aynı unvanlı kişilerden hangisinin görevden alınacağı hususunun idarenin takdir yetkisi içinde kaldığını ve bu konuda yargı kararıyla zorlanamayacağını ifade etmiştir.

“... İptal davalarında, dava konusu işlemlerin tesis edildikleri tarihte yürürlükte olan mevzuata göre hukukilik denetimlerinin yapılacağı açıktır.

Dava konusu olayda da, ... tarihinde ilan edilen kurum müdürlüklerine atanmak için başvuran davacının başvurusunun reddine ilişkin işlemlerin yargı kararıyla iptali üzerine bu işlemler hiç tesis edilmemiş kabul edileceğinden, davacının ilk başvuru tarihinde yürürlükte olan ve ... günlü ... sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ... Yönetmeliği uyarınca ... durumunun değerlendirilerek, ... hakkında işlem tesis edilmesi gerekirken, yargı kararının

uygulanmasında hukuki imkansızlık olduğu gerekçesiyle tesis edilen dava konusu işlemde ve davanın reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir ...”²¹⁹

“... Yargı kararını uygulamak ve bunun için gerekli işlemleri tesis etmekte yükümlü olan davalı idarenin, ...'in atanmasını sağlamak üzere genel müdür yardımcılarında birisini görevden almak zorunda olduğu ve adıgeçen kişiden boşalan kadroya kimin atandığının (...Genel Müdürlüğü'nün ... Holding A.Ş. adıyla yeniden teşkilatlandırılması nedeniyle) saptanmasının mümkün olmadığı dikkate alındığında, genel müdür yardımcılarında hangisinin görevden alınacağı hususu idarenin takdir yetkisi içinde kalmaktadır.

... yargı kararının uygulanabilmesi için, ... yılında boş olan dört genel müdür yardımcılığı kadrosuna atanmaları yönünden aynı durumda olan genel müdür yardımcılar arasında belirli bir kişinin görevden alınması sonucunu doğuracak biçimde idarenin yargı kararı ile zorlanmasına hukuken olanak bulunmadığı da açıktır ...”²²⁰

Görevden alındıktan sonra yargı yerlerince verilen yürütmeyi durdurma veya iptal kararı üzerine görevine iade edilen bir memurun hakkındaki mahkeme kararı şeklen uygulandıktan sonra tekrar görevden alınması ve sonuçta yargı kararının etkisiz bırakılmasının amaçlanması, ülkemiz gerçekleri karşısında sıkça rastlanılan bir durumdur.

Danıştay konu ile ilgili bir kararında, nakil işleminin yargı kararını etkisiz kılmak amacıyla kurulup kurulmadığı hususunun, yargı kararının uygulanmasının hemen sonrasında kurulan bir işlemin iptali istemiyle açılan davada tartışılarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir.²²¹

²¹⁹ D2D, 23.01.2009, E:2007/2869, K:2009/199.

²²⁰ DİDDK, 25.10.2007, E:2004/2505, K:2007/2225, **DD**, Sayı:118, s.64-66.

²²¹ D5D, 15.01.2008, E:2005/3665, K:2008/42.

SONUÇ

Günümüz toplumlarında, idarenin yerine getirmek zorunda olduğu görevlerin sürekli artması ve nitelik itibariyle de teknik bir hal alması nedeniyle idareye takdir yetkisi tanınması gerekli olmuştur.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Devlet memurlarının naklen atanmalarını düzenleyen maddelerinde de, idareye takdir yetkisi verilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak her konuda olduğu gibi, bu konuda da idareye takdir yetkisi verilmesi, idarenin keyfi hareket etmesini gerektirmemeli, kamu yararının sağlanması mutlaka nihai amaç olarak gözetilmelidir.

Danıştay da kararlarında, devlet memurlarının naklen atanması konusunda idareye takdir yetkisi tanındığını kabul etmekle birlikte, söz konusu yetkinin mutlak ve sınırsız bir nitelik taşımadığını, aksine kullanımının kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olduğunu ve bu açıdan yargı denetimine tabi tutulması gerektiğini belirtmektedir.

Devlet memurlarının naklen atanmalarına ilişkin işlemlerin yargısal denetimi aşamasında en hassas konu, hukukilik denetiminin sınırlarının ne olduğunun Danıştay'ca tespit edilmesidir.

Çünkü, idare hukukunun geniş ölçüde içtihat hukuku olması nedeniyle bu konudaki uygulamayı Danıştay belirlemektedir ve yerindelik alanına girerek denetim yapması durumunda kararları 1982 Anayasası'nın 138. maddesi hükmü uyarınca kesin ve herkesi bağlayıcı olduğundan buna karşı yapılabilecek hiçbir şey yoktur. Bu nedenle söz konusu durumun da kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından ciddi bir tehlike olarak algılanması gerekir; zira bu, hukuk devleti açısından da tartışılmaz bir öneme sahiptir.

Danıştay, 1982 Anayasası ile idarenin yargısal denetiminin hukukilik denetimi ile sınırlı olduğu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yerindelik denetimi yapılamayacağına ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesinden sonra kararlarında yerindeliğin ne demek olduğu, bakılan davada yerindelik denetimi yapılmadığı, idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmediği veya verilemeyeceği hususları üzerinde sıkça

durma ihtiyacı duyarak hukukilik denetiminin sınırları içerisinde kalma gayreti göstermekte, ancak buna rağmen Danıştay' ın bazen söz konusu sınırı aşarak denetim yaptığı da görülmektedir. Hatta söz konusu değişiklikler sonrasında geliştirdiği açık takdir hatası gibi yeni ölçütlerle yapmayı uygun gördüğü denetimi sürdürerek derinleştirdiğini söylemek de yanlış olmayacaktır.

Fakat, zaman zaman nakil davalarında somut olayın özelliğinden kaynaklanan bazı özel durumlar, hukukilik ile yerindelik denetiminin iç içe girmesine sebep olabilmekte ve bu durum, hukukilik denetiminin sınırlarının yerindelik aleyhine genişlemesini kaçınılmaz da kılabilir.

Devlet memurlarının naklen atanmaları konusunda son sözü söyleyecek konumda olan Danıştay; hukukilik denetiminin sınırı konusunda hassasiyet göstermeli, denetimlerinde kamu yararı, hizmet gerekleri gibi hukuka olan güven konusunda soru işaretlerine neden olabilecek subjektif ölçütler yerine, somut olayın özelliğine göre mümkün olduğunca objektif ölçütlere başvurarak denetim yapmalıdır. Bu durum, yerindelik denetimi yapıldığı kuşkuvarlığının oluşmasını önlemek suretiyle hukuka olan güveni arttıracak ve sonuçta Anayasal ilke olarak kabul edilmiş hukuka uygun davranan devletin varlığına da hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

- AKGÜNER, Tayfun; **Kamu Personel Yönetimi**, İstanbul, 1988.
- AKILLIOĞLU, Tekin; “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, **AİD**, C:23, Sayı:1, Mart 1990, s.3-11.
- AKILLIOĞLU, Tekin; “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, **AİD**, C:15, Sayı:2, Haziran 1982, s.7-19.
- AKYILMAZ, Bahtiyar; **İdare Hukuku**, Sayram Yay., Konya, 2004.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat; **İdare Hukuku Dersleri**, Göksu Matbaası, Konya, 2001.
- AKYILMAZ, Bahtiyar; **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yay., Ankara, 2000.
- ALAN, Nuri; “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yay., Ankara, No:21, 1976, s.330-371.
- ALAN, Nuri; “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, 10-11-12 Haziran 1982, Ankara, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yay., Ankara, 1982, s.31-62.
- ALPAR, Erol; **Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları**, Ankara, 1990.
- ALPAR, Erol; “Yönetimin Karar Almadaki Takdir Yetkisi”, **Polis Dergisi**, Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan, Y:9, Sayı:36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, s.68-194.
- ASLAN Onur Ender; **Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri Tarihi ve Toplumsal Temelleri**, TODAİE Yayın No:330, Ankara, Aralık 2006.
- ATAY, E. Ethem; **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- AYDIN, H.Tuncay; **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yay., No:14, Ankara, 1972.
- AZRAK, Ali Ülkü; “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Y:6, Sayı:1-3, Aralık 1985, s.17-28.

- BAĞCI, İbrahim; "Hukuk Devletinde İyi İdare", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler**, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.286-288.
- BALTA, Tahsin Bekir; **İdare Hukukuna Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- BAŞPINAR, Recep; "İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması", **DD**, Sayı:3, Y:1971, s.59-84.
- BAYRAKTAR, Erman; "Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi", **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yay., Ankara, No:21, 1976, s.254-294.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan; "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", **AÜEHFD**, C:7, Sayı:3-4, Aralık 2003, s.171-208.
- DAŞTAN, Deniz; "Takdir Yetkisi, Yargısal Denetim ve Yerindelik", **İBD**, Sayı:2, Haziran 2003, s.321-332.
- DEMİRKOL, Selami; "İdari Yargı Denetiminin Sınırı, Yargılama Tekniklerine Çizilen Sınır ve Bu Sınırı Belirleyen Temel Kriterler", **İBD**, C:70, Sayı:7-8-9, 1996, s.383-411.
- DERDİMAN, Ramazan Cengiz; **İdare Hukuku**, 2.Baskı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, Kasım 2007.
- DERDİMAN, Ramazan Cengiz; **Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı, Temel Bilgiler İdari Teşkilat, Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, Alfa Aktüel Kitabevi, Bursa, 2003.
- DOĞAN, İlyas; "Yönetilenlere Katılım Yollarının Kısıtlanması Güçlü Devlet Anlamına Gelir Mi?" **İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler**, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.130-143.
- DURAN, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982.
- DURAN, Lütfi; "Anayasa Mahkemesi'ne Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II)", **AİD**, C:19, Sayı:2, 1986, s.3-28.
- DURAN, Lütfi; "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (1)", **AİD**, C:20, Sayı:4, 1987, s.3-17.
- ERDOĞAN, Mustafa; **Anayasal Demokrasi**, 4.Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001.

- ERKUT, Celal; **İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990.
- GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun; **İdare Hukuku**, Genişletilmiş 2.Basım, Der Yayınları, No:292, İstanbul, 2006.
- GÖKALP, Ali Sıtkı; **İptal Davaları, Yüzyıllar Boyunca Danıştay**, Ankara, 1968, s.456.
- GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4.Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, TAN, Turgut; **İdare Hukuku**, C:2, İdari Yargılama Hukuku Mevzuatındaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncelleştirilmiş 2.Baskı, Turhan Kitabevi, 2006, s.583.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref; **Yönetmelik Yargı**, Güncelleştirilmiş 21.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- GÜNDAY, Metin; **İdarenin Takdir Yetkisi**, Basılmamış Doçentlik Tezi, AÜHF, Ankara, 1982.
- GÜNDAY, Metin; “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, **I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, 1991, s.139-148.
- GÜRAN, Sait; “İdari Lüzum Üzerine Memurun Tahvili ve Mustafi Addi”, **İÜHF**, 1963, C:29, Sayı:1-2, s.149-155.
- KALABALIK, Halil; “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, **GÜHFD**, C:1, Sayı:2, Aralık 1997, s.258-295.
- KALABALIK, Halil; “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, **GÜHFD**, C:1, Sayı:1, Haziran 1997, s.197-239.
- KARAHANOGULLARI, Onur; **İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları**, Prof. Dr. Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- KARATEPE, Şükrü; “İdarenin Takdir Yetkisi”, **TİD**, C:63, Sayı:392, Eylül 1991, s.63-116.
- KARGIN, Baha; “İdarenin Takdir Hakkı”, **İD**, 1957, Sayı:245, s.71-83.
- KAVRUK, Hikmet; “İptal Davasında Hukuki Tasarrufların Konu Unsuru Yönünden İptale Esas Olan Hukuka Aykırılık Halleri”, **TİD**, Y:64, Sayı:397, Aralık 1992, s.143-147.

KAYA, Cemil; "Devletin Aile Birliğini Koruması Ödevi Çerçevesinde Devlet Memurları Kanunu m.72", **SÜHFD**, Prof. Dr. Süleyman Arslan' a Armağan, C: 6, Sayı: 1-2, Konya, 1998, s.635-666.

KIRATLI, Metin; "Danıştay'ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması", **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, İdari Yargı Özel Sayısı, 1976, Sayı:6, s.31-35.

KİPER, Osman; "Bir Kamu Hukuku Sorunu Olarak Takdir Yetkisi (İdarenin ve Yargıcın Takdir Yetkisi) ve Yorum", **İBD**, C:54, Sayı:1-2, 1980, s.14-21.

ODYAKMAZ, Zehra, KAYMAK, Ümit, ERCAN, İsmail; **Anayasa Hukuku-İdare Hukuku**, İkinci Sayfa Basım Yayım Dağıtım, 9.Baskı, Ekim 2008, İstanbul.

ONAR, Sıdık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, 1966.

OYTAN, Muammer; "Türkiye'de İdari Yargı Denetiminin Sınırları", **TİD**, C:57, Sayı:366, 1985, s.17-56.

ÖZAY, İlhan; **Günüşğinde Yönetim**, İstanbul, 1996, s.356.

ÖZAY, İlhan; **Günüşğinde Yönetim II Yargısal Korunma**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZYÖRÜK, Mukbil; **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1972-1973.

PINAR, İbrahim; **Açıklamalı-İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

SAĞLAM, Mehmet; **Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 1999.

SAĞLAM, Mehmet; "Personel Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler ve Anayasa Mahkemesi'nin Uygulaması", **DD**, Sayı:109, s.1-27.

SEZGİNER, MURAT; "İdari İşlemlerde Amaç Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılık", **Doktora Tezi**, Konya, 1991.

SEZGİNER, Murat; "Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.201-226.

TUNÇ, HASAN; **Anayasa Hukukuna Giriş**, En Son Değişikliklerle 1982 Anayasası, 2. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999.

- TUNÇ, Hasan, BİLİR, Faruk; **Anayasa Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005.
- WALINE Marcel; “İdare Yargıcının İdari Tasarruflar Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları” Çev: Kutlu Türkeş, **DD**, 1976, Sayı:20-21, s.103-113.
- YAYLA, Yıldızhan; **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- YENİCE, Kazım, YÜCEL, Esin; **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, 1983.
- YILDIRIM, Turan; **İdari Yargı Ders Notları**, İstanbul, 2002.
- YOKUŞ, Sevtap; “Yönetmelik Yargısının Takdir Yetkisi Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, **İBD**, C:72, Sayı:4, 1998, s.309-329.

ÖZET

UYSAL, Zeki. 1982 Anayasası Çerçevesinde Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Yoluyla Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010

Bu çalışmada, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre görev yapmakta olan Devlet memurlarının naklen atanmaları konusunda idareye tanınmış olan takdir yetkisinin yargı yoluyla denetimi incelenmektedir.

Bu çerçevede, iki bölüm olarak düzenlenmiş olan çalışmanın ilk bölümünde, kamu görevlisi ve memur kavramının 1982 Anayasası'nda düzenlenişi, devlet memurlarının naklen atanması ile idarenin takdir yetkisi ve yargısal denetimi konuları incelenmektedir.

İkinci bölümde ise, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenleniş şekline göre nakil türleri ve nakil davalarında söz konusu olan iptal sebepleri görülen bazı özel durumlarla birlikte, 1982 Anayasası hükümleri çerçevesinde ve ağırlıklı olarak en son tarihli Danıştay kararlarına gerekçeleriyle birlikte yer verilmek suretiyle incelenmektedir.

Sonuç olarak, Devlet memurlarının naklen atanmasına ilişkin işlemlerde idareye çeşitli sebeplerle takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır. Fakat, bu hususta idarenin sahip olduğu takdir yetkisi, 1982 Anayasası'nın 125.maddesinin 1.fıkrası hükmü uyarınca yargısal denetime tabidir. Söz konusu yargısal denetimde son sözü söyleyen yargı yeri de Danıştay'dır.

Danıştay tarafından uyuşmazlık konusu somut olayın özelliğine göre geliştirilen bir takım ölçütlerle, zaman zaman hukukilik denetiminin sınırları yerindelik denetimi aleyhine aşılacak suretiyle yargısal denetim yapılmakta olduğu savına ulaşılmıştır.

Anahtar Sözcükler

1. 1982 Anayasası
2. Devlet memuru
3. Naklen atama
4. Takdir yetkisi
5. Yargısal denetim

ABSTRACT

UYSAL, Zeki. Remediable Inspection of Discretion of Administration in Appointment of Civil Servants by Transfer Within the Framework of 1982 Constitution, Post Graduate Thesis, Ankara, 2010

In this paper, remediable inspection of discretion provided for the administration in appointment of Civil servants by transfer who are rendering services in accordance with the Civil Servants Law numbered 657 is studied.

Within this framework, paper is prepared in two sections and issue of public official and servant concepts in 1982 constitution, subjects of appointment of civil servants by transfer, discretion of administration and their judicial inspection are studied in the first section.

In the second section, transfer types according to the issue in the Civil Servants Law numbered 657 and cancellation reasons of transfer lawsuits are studied within the framework of provisions of 1982 Constitution together with some special cases experienced and by giving place predominantly to latest decisions of State Council together with their justifications.

As a result, because of various reasons discretionary power is given to administration for the procedures of appointment of Civil servants by transfer. However, discretionary power of administration is subject to judicial inspection according to the 1st clause of article 125 of 1982 Constitution. State Council is the place of jurisdiction that has the final word in the said judicial inspection. Assertion has been reached that judicial inspection is performed by means of certain criteria developed by State Council according to the present case which is the subject of conflict and by going beyond the limits of legality inspection to the disadvantage of expediency inspection.

Key Words

1. 1982 Constitution
2. Civil servants
3. Appointment by transfer
4. Discretion
5. Judicial inspection