

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İDARE HUKUKUNDA EKSİK KAPSAMLI DÜZENLEMELERİN
YARGISAL DENETİMİ

Yüksek Lisans Tezi

Enes YALÇIN

Ankara-2015

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İDARE HUKUKUNDA EKSİK KAPSAMLI DÜZENLEMELERİN
YARGISAL DENETİMİ

Yüksek Lisans Tezi

Enes YALÇIN
13911813

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY

Ankara-2015

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İDARE HUKUKUNDA EKSİK KAPSAMLI DÜZENLEMELERİN
YARGISAL DENETİMİ

Yüksek Lisans Tezi

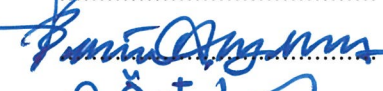
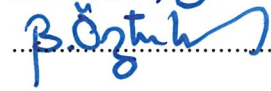
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı:

Prof. Dr. Ali D. Ulusoy
Prof. Dr. Bahadır Akpınar
Yrd. Doç. Dr. Burak Öztürk

İmzası:

Tez Sınavı Tarihi: 03.09.2015

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../09/2015).

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Enes YALÇIN

İmzası

.....

KISALTMALAR CETVELİ.....	iv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM
DOĞRUDAN DÜZENLEMENİN DAVA KONUSU EDİLEREK
EKSİK KAPSAMIN DENETLENMESİ

I.Eksiklik Sebebiyle Kuralın Tamamının İptali ve Tam İptal (<i>L'Annulation Totale</i>).....	8
A. Düzenlemenin Kapsamında Olanların Kapsamdan Çıkması Sorunu.....	11
B. Düzenlemenin Kapsamı Açısından <i>Eksiklik - Hukuka Aykırılık</i> Tartışması	13
C. Eksikliğin Ortaya Çıktığı Madde Metninin Saptanabilir Kesinlikte Olmaması	17
D. Eksiklik Karşısında Üst Hukuk Normunun Doğrudan Uygulanabilir Açıklıkta Olduğu Durumlar	18
II.Eksik Düzenlemenin İptali ve Kısmi İptal (<i>L'Annulation Partielle</i>)	20
A. Danıştay'ın <i>Eksik Virtüel Düzenlemenin</i> İptali Formülü	23
B. Conseil d'Etat'nın <i>Kısmi İptal (Annulation Partielle)</i> Formülü	32
1. Kısmi İptalin Anlamı	37
2. Yargısal Emir (<i>Injonction</i>) Bağlamında Kısmi İptalin Uygulanması.....	42
III.Sonuçları Ertelenmiş İptal Kararı Formülü	46
A. İptal Kararının Etkilerini Zaman Bakımından Sınırlanması ve Bu Sınırlamanın Eksik Kapsamlı Düzenlemelere Uygulanabilirliği.....	49
B. Ertelenmiş İptal Formülünün Türk İdari Yargısında Uygulanabilirliği	57
1. Pozitif Dayanak Açısından Söz Konusu Olan Farklılık	57
2. Fransa'nın ABAD'ın Yargı Yetkisini Tanımasından Kaynaklanan Farklılık.....	59

İKİNCİ BÖLÜM
RED İŞLEMLERİNİN DAVA KONUSU EDİLEREK
EKSİK KAPSAMIN DENETLENMESİ

I.Düzenlemenin, Kapsamda Olmayanlara da Uygulanması Talebiyle Yapılan İdari Başvurular.	63
II.Eksik Düzenlemeyi Tamamlatmak İçin Yapılan İdari Başvurular ve Red İşlemlerinin Dava Konusu Edilmesi	68
A. İdari Başvurunun Niteliğine İlişkin Tartışmalar	73
1. Düzenlemenin tamamlatılması talebini İYUK md. 11 kapsamında değerlendiren görüş.	77
2. Düzenlemenin tamamlatılması talebini İYUK md. 10 kapsamında değerlendiren görüş.	80
B. Red İşleminin Hukuki Niteliği	82
1. Eksikliğin Tamamlanması Talebinin Reddini <i>Olumsuz Düzenleyici İşlem</i> Olarak Gören Yaklaşım.....	84
2. Eksikliğin Tamamlanması Talebinin Reddini Bağımsız Bir Birel İşlem Olarak Gören Yaklaşım.....	90
3. Eksikliğin Tamamlanması Talebinin Reddini Bir <i>Uygulama İşlemi</i> Olarak Gören Yaklaşım.....	91

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EKSİK KAPSAMLI DÜZENLEMELERDE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

I. Yürütmenin Durdurulması Talebinin Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Niteliği: Olumsuz İşlemler ve Yürütmenin Durdurulması.....	96
A. Olumsuz İşlemlerin Yürütmenin Durdurulması Talebine Konu Olamayacağı Görüşü.....	97
B. Olumsuz İşlemlerin Yürütmesinin Durdurulması Talebine Konu Edilebileceği Görüşü	107
C. Değerlendirme.....	113
II. Eksik Düzenlemelerde Yürütmenin Durdurulması	117
A. Yürütülmeyen Bir Eksikliğin Durdurulmasının da Mümkün Olmaması.....	119
B. Eksik Düzenlemenin Yürütmesinin Durdurulmasının İdareye Emir Vermek Anlamına Geleceği.....	123

C. Eksik Düzenlemenin Yürütmesinin Durdurulmasının Uyuşmazlığın Esastan Çözümlemesi	
Sonucunu Doğurması	129
D. Değerlendirme	132
SONUÇ	133
KAYNAKÇA	138
ÖZET	154
ABSTRACT	155

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
Ass.	: Assamblé
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJDA	: Actualité Juridique - Droit Administratif
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi Dergisi
Ay.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMKD	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlar Dergisi
AYİMKD	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlar Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CE	: Conseil d'Etat
DA	: Droit Administratif
DD	: Danıştay Dergisi
DDK	: Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DK	: Danıştay Kanunu

E.	: Esas numarası
et al.	: ve diğlerleri
HÜHFD	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İLBED	: İller ve Belediyeler Dergisi
İDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
İDDKG	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İTİA	: İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
LGDJ	: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence
K.	: Karar numarası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: madde
No	: Numara
Ör.	: Örnek olarak
RDP	: Revue du droit public et de la science politique en France
RFDA	: Revue Française de Droit Administratif
RG	: Resmi Gazete
RGD	: Revue Générale du Droit
S.	: Sayı

s.	: sayfa
SCOTUS	: Supreme Court of United States
TODAİE	: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
v.	: versus
vd.	: Ve devamı
VDDK	: Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu
YD	: Yürütmenin Durdurulması
Y.	: Yıl

GİRİŞ

İdare hukukumuzda *eksik kapsamlı düzenleme* kavramı, bünyesinde çok geniş ve derin teknik tartışmaları barındıran; ancak bu oranda incelenmemiş bir “sorun”a karşılık gelmektedir. Konuyu bu derece sorunlu kılan ilk etken, somut maddi gerçekliğe tamamıyla yansıtılması imkânsız olan bir teorisinin (idari işlem teorisi) idarenin yargısal denetimini sağlayan kusursuz bir faraziye olarak kabul edilmesidir. İdarenin hareketsizliğinin düzenleyici işlem boyutunda ortaya çıktığı durumlarda, düzenleyici işlemlerin kural olarak kanunların uygulanması amacıyla çıkarıldıkları göz önüne alındığında, Anayasa’nın ve kanunun hukuken öngördüğü bir çok hakkın fiilen kullanılamaması sonucu doğabilecektir. Bu bağlamda düzenleyici işlemlerin kapsamındaki eksikliğin basit bir idari eylemsizlik ve zımni işlem meselesi çerçevesinde değerlendirilmesine imkan bulunmamaktadır.

Bu durumda ortaya çıkan ve incelenmesi gereken ilk konu, idarenin düzenleme alanının (ilgili kanunun özelliklerine göre) bir alt sınırı yani düzenleme fonksiyonunun görev boyutudur. Tarihsel olarak idare hukuku literatüründe idarenin düzenleme fonksiyonu incelenirken norm koyma faaliyetinin tabiatındaki cazibe dolayısıyla idarenin düzenleme fonksiyonunu aşkın bir şekilde icra edeceği faraziyesinden hareketle, ağırlıklı olarak düzenleme fonksiyonunun yetki boyutu incelenmiştir. Dolayısıyla, idarenin düzenleme fonksiyonu bağlamında, *yetkinin üst sınırını* belirlemeye yönelik kapsamlı çalışmalar yapılmış, ancak *görevin alt sınırı* aynı ölçüde incelenmemiştir. İdarenin düzenleme fonksiyonunu icra etmekten imtina

edeceği pek düşünülmediğinden düzenleme fonksiyonunu görev boyutu geri planda kalmıştır¹.

İdarenin, düzenlemenin bir görev olarak ortaya çıktığı durumlarda bu görevi gereği gibi ifa etmesi gerekir. Aksi halde, bazı kişi ve konular açısından kapsamında eksiklik bulunan bir düzenleme ortaya çıkacaktır. *Eksik kapsamlı düzenlemeler*², ihlal edilen ilkenin (eşitlik, hukuki güvenlik, kamu hizmetinin uyarlanması gibi) özelliklerine göre değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bu çalışma kapsamında, bir muhakeme usulü sorunu teşkil eden *eksik kapsamlı düzenlemelerin* iptal ve yürütmenin durdurulması talebine konu edilebilirliğine ilişkin tartışmalara değinilecek, eksik kapsam sebebiyle ortaya çıkan eşitlik, haklı beklentilerin korunması gibi ilkelere aykırılık bağlamında söz konusu olan tartışmalara ise gerektiğinde değinilecektir.

Eksiklikliğin ortaya çıkması ve eksiklik dolayısıyla ortaya çıkan hukuka aykırılığın maddi anlamda tespitinden bağımsız olarak, bu hukuka aykırılığın mevcut idari yargılama usulü vasıtalarıyla nasıl giderileceği büyük önem taşımaktadır. İdarenin eylemsizliği ve sukutuna bir hukuki işlem anlamı atfedilebilmesi açısından yaklaşık bir asır önce kurgulanmış olan zımni işlemler kategorisinin, idare

¹ **KARAHANOĞULLARI, Onur;** İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme) ("Yasallık"), Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 94 vd.

² Kapsamı eksik olan düzenlemeler için Danıştay; *eksik düzenleme* ifadesini kullanmaktadır. Biz bu tez kapsamında, genel olarak tüm eksik düzenleme türleri için iki sebepten dolayı *eksik kapsamlı düzenleme* ifadesini kullanacağız. İlk olarak eksik düzenleme kavramsal olarak tamamlanmamış, bir düzenleyici işlemin yürürlüğe girişi için gerekli olan süreci tamamlanmamış (*incomplete*) düzenleyici işlem olarak algılanabilmektedir. Bu bağlamda düzenlemenin yürürlüğe girişindeki değil; kapsamındaki eksikliği vurgulamak amacıyla, Amerikan hukukunda kullanılan *under-inclusive regulation* kavramından mülhem *eksik kapsamlı düzenleme* ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağı kanısındayız. İkinci olarak *eksik düzenleme* ifadesi 1. Bölüm'de detaylıca anlatıldığı üzere, eksikliğin iptal davasına konu edilmesine ilişkin teknik bir müessese olarak kullanıldığından (*eksik virtüel düzenleme*) bir kavram karmaşasına sebebiyet vermemek için eksik kapsamlı düzenleme ifadesi tüm düzenleme eksikliklerini kapsayan genel kavram olacak kullanılmıştır.

hukukunda ve idarenin fonksiyonlarında yaşanan değişim ve gelişmeler karşısında aynı şekilde uygulanmasında ısrar etmek idare edilenlerin etkin yargısal korunması açısından sorunlara sebep olabilmektedir³. Bu bağlamda tezin bölümlerinde mevcut idari yargılama usulü araçlarıyla düzenlemedeki kapsam eksikliği iddiasının nasıl dava konusu edileceği ve yürütmesinin durdurulacağı incelenecektir.

Bir kanunun uygulanması çerçevesinde söz konusu olan düzenleme görevini idarenin hiç ya da gerektiği gibi yerine getirmemesi durumunda idarenin yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bu durumun idare hukukunun çeşitli ilkelerine aykırı olması söz konusu olabilir⁴. Bu bağlamda düzenleyici işlemin kapsamındaki eksiklik dolayısıyla idari işlemin esasa ilişkin unsurlarında söz konusu olan hukuka aykırılığın tespitinden bağımsız olarak, bu hukuka aykırılığın nasıl giderileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Zira, mevcut idari yargılama usulümüzde, düzenleyici işlemler açısından normun oluşmasından ve yürürlüğe girmesinden sonra giderici (*répressif*), *a posteriori* bir denetimin söz konusu olması karşısında, belirli bir kapsamda düzenleme yapmayan idarenin hareketsizliğinin (*l'inertie de l'administration*) iptal

³ Eksik kapsamlı kanuni düzenlemelerin Anayasa yargısında nasıl denetleneceğine ilişkin tartışmalar için bkz. **ÇAĞAN, Nami**; Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1982; **ALİFENDİOĞLU, Yılmaz**; Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1966, s. 48 vd; **TEZİÇ, Erdoğan**; Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı (Kanun Kavramı), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, 123 vd; **TANÖR, Bülent**; Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, s. 366 vd; **SAN, Coşkun**; Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, Kalite Matbaası, Ankara 1974, s. 102 vd; **KABOĞLU, İbrahim**; Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye; İmge Kitabevi, 4. Baskı, s. 114 vd; **GÖZLER, Kemal**; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011, C. II, s. 794 vd; **YAYLA, Yıldızhan**; Anayasa Hukuk Ders Notları; Filiz Kitabevi İstanbul 1986, s. 52.

⁴ Bir düzenleyici işlemin kapsamındaki eksiklik sebebiyle; *Eşitlik, Haklı Beklentilerin Korunması, Hukuki Güvenlik, Kamu Hizmetinin Uyarlanması* gibi ilkeler ihlal edilebilir. Bkz. **KARAHANOĞULLARI, Yasallık**, s. 94.

davasına nasıl konu edilebileceği bir tartışma teşkil etmektedir⁵. Yani idari yargı mercii ancak maddi anlamda icrai olan bir işlemin ya da normun, usuli olarak kesinleşmesinden⁶, yani çekişmenin “*patolojik*” hale gelmesinden sonra⁷ bir denetim yapabilir. Dolayısıyla idarenin eylemsizliği ile bir irade ortaya koyması, ancak söz konusu iradenin maddi açıdan belirli bir mahiyete, usuli ve şekli açıdan da belirli bir forma sahip olması halinde idari davaya konu edilip incelenebilir ve nihayetinde iptal edilebilir⁸. İdarenin eylemsizliğinin bir idari işleme dönüşmesi açısından da istisnai olarak öngörülen usul enstrümanı ise *zımni red* ve *zımni kabul* varsayımıdır⁹.

Belirtmek gerekir ki idarenin eylemsizliğinin bir irade açıklaması niteliğinde olması ile, bu eylemsizliğin iptal davasına konu edilebilir bir idari işlem olması farklı sorunlar teşkil etmektedir. Çoğu sefer idarenin eylemsizliğinden doğan zımni iradesi, ilgili tarafından yapılan başvuruya idarenin sessiz kalması üzerine, aynı anda hem ortaya çıkmakta hem de işleme dönüşmektedir¹⁰. Ancak ilgililerin hukuki ve fiili durumunu etkileyen bir idari eylemsizlik bir irade açıklamasına işaret etse dahi idari işlem niteliğinde olmayabilir. Bazı durumlarda idarenin belirli bir doğrultuda birel ya da düzenleyici işlem tesis ederken, bir idari işleme dönüşen iradesinin yanında, bir

⁵ **ERKUT, Celal**; İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği (“Kimlik”), Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s. 27 vd; **PIERRE, Montane de La Roque**; L’inertie des Pouvoirs Publics, Dalloz, Paris 1950, s. 289.

⁶ **ERKUT, Kimlik**, s. 120

⁷ **SCHWARTZ, Bernard**; French Administrative Law and the Common-law World, Lawbook Exchange, New Jersey 2006, s. 118.

⁸ **ERKUT, Kimlik**, s. 29, 119.

⁹ **ERKUT, Kimlik**, s. 31.

¹⁰ **DURAN, Lütfi**; İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi (“İdari Müracaatlar”), İÜHFM, C. 12., S.1, Y. 1964, s. 138, 139.

hakkın verilmemesi noktasında idarenin tutumunu ortaya koyan, ancak henüz idari işlem kimliğini kazanmamış başka bir irade açıklaması da söz konusu olabilir¹¹.

Özellikle bu gibi durumlarda iptal davasına konu edilebilir nitelikte kesin ve yürütülebilir bir idari işlem mevcut olmakla birlikte, bu işlem ilgilinin menfaatini ihlal etmediği gibi işlemin kendisinin de hukuka aykırılığı ileri sürülmemekte; ancak bu birel işlem ya da düzenlemenin kapsamı sebebiyle ilgilinin başka bir haktan yararlanamaması şeklinde sonuç doğmakta ve bu sonucun hukuka aykırılığı ileri sürülmektedir¹². İlgililerin bu sonuçtan hareketle, hukuka uygun olduğunu düşündükleri birel ya da düzenleyici nitelikteki idari işlemleri *eksiklik* iddiasıyla idari yargı mercileri önüne taşıdıkları görülmektedir¹³. Özellikle eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle söz konusu olan eksik düzenlemelerde bu durum çok net bir şekilde ortaya çıkmaktadır¹⁴.

¹¹ Örneğin İYUK md. 28 hükmü gereğince iptal kararının 30 gün içinde uygulanmaması bir irade açıklaması olsa da bu uygulamama iradesinin dava konusu edilebilecek bir idari işlem olmadığı belirtilmektedir. Bkz. İDDK; 07.04.2011 tarih ve 2007/557 E., 2011/212 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır). Uzman Erbaş Kanunu'nun 18. maddesinde; "*bu şekilde atanan veya geçici görevle görevlendirilenlere ve terhislerinden sonra uzman erbaş olarak atananlara...harcirah verilir*" şeklindeki hüküm karşısında ilgilinin atama işleminin gerçekleşmesi ile birlikte harcırh ödenmemesi üzerine açılan davada; karşıyda, ödememe iradesi oluşsa da bu iradenin iptal davasına konu edilebilir bir idari işlem olmadığı ve ilgililerin idari başvuru yapmadan dava açamayacakları belirtilmektedir.. Çoğunluk görüşünde ise, söz konusu harcırhsız atama işlemi "*eksik işlem*" olarak isimlendirilmiştir. Bkz. AYİM Genel Kurulu; 24.12.2010 tarih ve 2010/1 E., 2010/1 K. sayılı karar (RG 27822, 21 Ocak 2011).

¹² Örneğin atama kararıyla birlikte harcırh verilmesini öngörmeyen *eksik işlemin*, atamaya ilişkin kısmı değil, harcırh verilmemesine ilişkin kısmı iptal davasına konu edilmektedir.

¹³ Bkz. İDDK, 28.12.2006 tarih ve 2003/494 E., 2006/3358 K. sayılı karar; İDDK; 21.06.2012 tarih ve 2009/640 E., 2012/997 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır) Söz konusu kararlar ilerleyen bölümlerde detaylıca incelenecektir.

¹⁴ Bkz. **ÖDEN, Merih**; Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi ("Eşitlik İlkesi"), Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 280.

İdari yargılama usulümüzün yukarıda ifade edilen kurgusu ve idari işlemin mahiyeti ile kimliği karşısında hem hukuka uygun olan düzenleme kapsamının korunması hem de bu düzenleme sebebiyle idarenin eylemsizliğinden doğan hukuka aykırılığın giderilmesi hangi usul enstrümanı vasıtasıyla mümkün olacaktır? Yoksa bu durum karşısında idari hakim önünde bir usul yokluğu (*manque de procédure*)¹⁵ sorunu mu söz konusudur?

Problemin sosyal-siyasal planda çözümlenmesinden ayrı olarak¹⁶ teknik hukuk planında nasıl çözüleceği büyük önem taşımaktadır. Bu noktada eksik kapsamlı düzenleme sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, gündeme gelen; düzenleyici işleminin ve red işleminin iptaline ilişkin çeşitli formüller üzerinde durmak gerekir.

¹⁵ Özellikle Anayasa Yargısında eksik kanuni düzenlemelerin doğurduğu olumsuz sonuçların giderilmesi açısından, uygun bir *muhakeme usulü yokluğundan* bahsedilmektedir. Bkz. **ÇAĞLAR, Bekir**; Lois Favoreu'nun Raporunu Okurken Dört Problemi Yeniden Düşünmek (Yorum), Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler (Uluslararası Seminer), İTİA, Şubat 1982 İstanbul, s. 508.

¹⁶ Gerek idarenin gerekse yasamanın hareketsizliği sebebiyle düzenlenmesi gereken bir hususun düzenlenmemesi ya da eksik düzenlenmesi durumunda ortaya çıkan sorunların sosyal-siyasal planda çözümüne ilişkin açıklamalar için bkz. **ÇAĞLAR**; *a.g.m.*, s. 505.

§ BİRİNCİ BÖLÜM §

DOĞRUDAN DÜZENLEMENİN DAVA KONUSU EDİLEREK

EKSİK KAPSAMIN DENETLENMESİ

Düzenlemenin doğrudan dava konusu edilerek eksik kapsamın denetlenmesini öngören formüllerde, düzenlemedeki eksiklik iddiasının herhangi bir idari başvuru aranmaksızın doğrudan mahkeme önüne taşınması kabul edilmektedir. Danıştay 1980’li yıllarda vermiş olduğu kararlarda, düzenleyici işlemin kapsamında bir eksikliğin söz konusu olduğu durumlarda, hem hükmün hukuka aykırı olmayan mevcut kısmının korunmasını temin edecek, hem de eksiklik sebebiyle hukuka aykırılığın giderilmesini sağlayacak bir usul imkanının yokluğuna (*manque de procédure*) işaret etmiştir.

Örneğin, ham kurşuna uygulanmakta olan kanuni gümrük vergi oranını 1%’e indiren Bakanlar Kurulu kararında öngörülen indirimin, *gümrüğe gelmiş, tescilli yapılmış fakat fiili ithali yapılmamış malları kapsamına almadığı, bunun eşitlik ilkesinin ihlali anlamına geldiği* gerekçesiyle açılan bir davada Danıştay düzenleyici işlemin iptaline ilişkin talebi şu gerekçelerle reddetmiştir;

“...kararnamenin iptali yolunda verilecek bir karar sonucu, dava konusu kararname fiilen ve hukuken uygulanamaz hale geleceğinden davacıya bu davadan beklediği sonucu da sağlamayacaktır.”¹⁷

Bu noktada; “Eksik kapsamlı düzenleme içeren bir düzenleyici işlem eksiklik iddiasına dayanılarak doğrudan iptal davasının konusunu oluşturabilir mi?” sorusu

¹⁷ VDDK; 21.05.1985 tarih ve 1982/2 E., 1985/2 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

gündeme gelmektedir¹⁸. Söz konusu soruya karşı Danıştay'ın benimsediği ve yukarıdaki kararda da ifade edilen tutumu, 1990'lı yılların başından itibaren Conseil d'Etat'nın da içtihatları ile paralel bir şekilde değişmiştir. Danıştay ve Conseil d'Etat kararları sistematik olarak incelendiğinde düzenlemenin kapsamının eksik olması sebebiyle doğrudan o düzenlemenin dava konusu edilmesine ve iptaline ilişkin formüller üç ana başlık altında toplanabilir.

Danıştay tarafından benimsenen ilk iki formülde ya kuralın tamamı eksiklik sebebiyle iptal edilmektedir **(I)**, ya da düzenlemedeki hukuka aykırılık eksikliğe hasredilerek kuralın tamamı değil; *eksik düzenleme* adıyla mevcut olmayan düzenleme iptal edilmektedir **(II)**¹⁹. Conseil d'Etat tarafından geliştirilen üçüncü formülde ise, iptal kararının sonuçları, idarenin düzenlemedeki eksikliği tamamlaması için ileri bir tarihe ertelenmektedir **(III)**²⁰.

I. Eksiklik Sebebiyle Kuralın Tamamının İptali ve Tam İptal (L'Annulation Totale)

Danıştay tarafından bir kanunun kapsamının düzenleyici işlemle daraltılması durumunda eksik olan kuralın tamamı iptal edilmekte; ancak yargı mercii kararında, iptal üzerine idarenin, eksikliğine işaret edilen hususları da içeren yeni bir düzenleme yapması gerektiğini belirtmektedir²¹. Örneğin Bakanlar Kurulu tarafından görev tazminatı ödenecek personel belirlenirken dayanak kanun hükmünde kararnamenin

¹⁸ **ATAY, Ender Ethem**; İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararının Uygulanması, Danıştay ve İdari yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, Danıştay Matbaası, Ankara 2008, s. 45.

¹⁹ **KARAHANOGULLARI**; *Yasallık*, s. 95.

²⁰ **KAPLAN, Gürsel**; İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması, HÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2013, s. 30 vd.

²¹ **KARAHANOGULLARI**; *Yasallık*, s. 95.

kapsamında olan bir grup personelin Bakanlar Kurulu kararında yer almaması üzerine açılan davada, Danıştay tarafından ilk olarak düzenlemedeki eksiklik şu şekilde tespit edilmiştir;

“... dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı'nın 1. maddesi ile 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 11. maddesi kapsamında bulunan personelden sadece 7000'den düşük göstergeler üzerinden makam veya yüksek hâkimlik tazminatı öngörülen kadrolarda bulunanlara görev tazminatı ödenmesi yolunda düzenleme yapılmış, bunlar dışında kalan ve en az beş hizmet yılını dolduran personel ise 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye aykırı olarak kapsam dışında bırakılmış olması nedeniyle, 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 11. maddesinde ver alan amir hükme aykırı biçimde tesis edilen eksik düzenlemede hukuka uyarlık görülmemiştir.”

Ardından tespit edilen söz konusu eksiklik sebebiyle görev tazminatı ödenecek personeli düzenleyen maddenin tümünün hukuka aykırı hale geldiği belirtilmiştir;

*“Bu durumda, 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 11. maddesi kapsamında bulunan bir kısım personele görev tazminatı ödenmemesi öngörülmek suretiyle **eksik düzenlemeye yönelik dava konusu Bakanlar Kurulu Kararının 1. maddesinin iptali gerekmektedir.**”*

Eksikliğe yönelik maddenin tümü hukuka aykırı bulunduğundan, Danıştay, idarenin söz konusu iptal kararını uygulamak amacıyla yapacağı yeni düzenlemenin kapsamında hâlihazırda görev tazminatı alan personelle birlikte eksikliğine işaret edilen personelin de bulunması gerektiğini belirtmiştir;

“Ancak bu durum Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca görev tazminatı almakta olan diğer personelin aleyhine bir sonuç doğurmamakla birlikte, yapılacak olan yeni bir düzenlemeyle ayırım yapılmaksızın kapsamda bulunan tüm personeli kapsayacak şekilde 4639 sayılı Yetki Kanunu ve 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde değerlendirme yapılmak suretiyle adaletli bir paylaşım usulünün belirlenmesini gerektirmektedir.”²²”

Söz konusu kararda da görüldüğü gibi, eksiklik sebebiyle, eksikliğin ortaya çıktığı düzenlemenin tamamının iptal davasına konu kabul edildiği durumlarda bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Eksiklik sebebiyle normun tamamının iptal davasına konu edildiği durumlarda söz konusu olan tartışmalar; normun kapsamında bir haktan istifa edenlerin iptal üzerine düzenlemenin kapsamından çıkıp çıkmadığı **(A)** ve düzenlemenin kapsamına ilişkin çekişmenin *hukuka aykırılık* mı, yoksa bir *eksiklik sorunu* mu teşkil ettiği **(B)**, eksikliğin ortaya çıktığı madde metninin saptanabilir kesinlikte olmadığı durumlarda dava konusunun belirlenmesi **(C)** ve üst hukuk normunun doğrudan uygulanabilir açıklikte olduğu durumlarda dava konusunun belirlenmesi **(D)** üzerine odaklanmaktadır.

²² İDDK, 28.12.2006 tarih ve 2003/494 E., 2006/3358 K. sayılı karar; Aynı yönde, Danıştay 11. Daire; 25.10.2001 tarih ve 2001/365 E., 2001/2335 K. sayılı karar, İDDGK; 06.11.1998 tarih ve 1996/138 E., 1998/516 K. sayılı karar, İDDK; 27.10.2005 tarih ve E. 2004/2655 E., 2005/2557 K. sayılı karar, Danıştay 5. Daire; 16.06.2004 tarih ve 2003/2399 E., 2004/2914 K. sayılı karar, İDDK; 4.12.2008 tarih ve E. 2005/1908 E., 2008/2260 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

A. Düzenlemenin Kapsamında Olanların Kapsamdan Çıkması

Sorunu

Eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptal edildiği durumlarda kapsamda bulunan kişilerin de iptalden olumsuz etkilenmeleri ve istifade ettikleri bir haktan yararlanamamaları sonucu doğacaktır²³.

Nitekim yukarıda verilen örnekte görüldüğü gibi²⁴, Bakanlar Kurulu kararının mevcut kapsamında yer alan personel grupları, dayanak kanun hükmünde kararnameye uygun olarak belirlenmiştir. Ancak hukuka aykırı olan kısım, kanun hükmünde kararname çerçevesinde düzenlemenin kapsamında olması gereken personel gruplarının eksikliğidir. Ancak bu eksiklik sebebiyle maddenin tamamının hukuka aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Her ne kadar söz konusu kararda, maddenin tümünün eksiklik sebebiyle iptalinin “*Bakanlar Kurulu kararı kapsamında görev tazminatı almakta olan personel aleyhine bir sonuç doğmayacağı*” belirtilse de, hâlihazırda görev tazminatı alan personel grubu da iptal üzerine düzenleme kapsamından çıkmıştır²⁵.

Danıştay’ın karara düştüğü söz konusu şerh, hâlihazırda görev tazminatı ödenen personel grubunun iptal üzerine tesis edilecek yeni düzenleme kapsamında *a fortiori* bulunacağına işaret etmektedir. Ancak bu durumda maddenin tümünün iptali ile idare, eksikliği giderici yeni bir düzenleme yapmaya zorlansa ve yeni

²³ Özellikle sosyal amaçlı vergi muaflik ve istisnaları ya da sağlık hakkı kapsamında bir avantaj söz konusu olduğunda, eksik kapsamlı düzenleme hükümlerinin iptalinin söz konusu sosyal haklardan yararlananların bu imkanlardan yoksun kalmalarına sebep olacağı belirtilerek eksik kapsam sebebiyle hukuka aykırılığı saptanan düzenlemedeki sınıflandırmanın kararın gerekçe kısmında gösterilmesiyle yetinilip iptal kararı verilmemesinin sosyal amaca daha uygun düşeceği belirtilmektedir. Bkz. ÇAĞAN, *a.g.m.*, s. 160,161.

²⁴ İDDK, 28.12.2006 tarih ve 2003/494 E., 2006/3358 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²⁵ KARAHANOGULLARI; *Yasallık*, s. 95

düzenlemenin kapsamının nasıl olması gerektiği şerh düşülerek kapsamda olanların hakları korunmaya çalışılsa da yeni düzenleme yapılana kadar bu haktan yararlanan personelin hakları kısıtlanmaktadır²⁶. Sonuç olarak eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptal edildiği durumlarda, eksikliği giderici nitelikteki yeni düzenleyici işlem tesis edilene kadar eksik kapsam tamamlanamadığı gibi, düzenlemenin mevcut kapsamında olanlar da kapsamdan çıkmış olmaktadır.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptal edildiği durumlarda kuralın mevcut kapsamında olanların kapsamdan çıkmasına ilişkin tartışma, eksikliğin düzenlemede öngörülen **bir hak veya yararın** kapsamda olmayanlar için de öngörülmemesine dayanması sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Ancak eksik kapsam sadece *haklarda* değil, *yükümlülüklerde* de söz konusu olabilir. Yani bir düzenlemenin kapsamının sadece bir hak bahşetmesinden değil, yükümlülük yüklemesinden hareketle de kapsam sorunu ortaya çıkabilir²⁷.

Örneğin, bir belediye tarafından çıkarılan düzenlemede dini saiklerle hayvanların ehil olmayan kişiler tarafından kurban edilmesini yasaklayan düzenlemeye karşı açılan davada Amerikan Yüksek Mahkemesi; düzenlemenin amacını, “kamu sağlığı” ve “hayvanlara yönelik vahşetin önlenmesi” (*public health*

²⁶ Nitekim karşı oyda bu duruma şu şekilde atıf yapılmıştır; “*Bakılmakta olan dava ile davacı ve davacı konumunda olan, yani 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de görev tazminatı ödenmesi öngörülen personele de görev tazminatı ödenmesinin sağlanması amaçlandığından, bu doğrultuda öncelikle davalı idareye başvuru ile dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı kapsamında yer almayan personel için de düzenleme Yapılmasının istenilmesi, istem üzerine idarece tesis edilecek olan işlemin sonucuna göre iptal davası açılması yoluna gidilmesi gerekmektedir. Dava konusu Bakanlar Kurulu Kararının eksik düzenleme nedeniyle iptali halinde ise, bu konuda yeni bir düzenleme yapılınca kadar Bakanlar Kurulu Kararı kapsamında yer almayan personele herhangi bir ödeme yapılamayacağı gibi mevcut düzenlemeden yararlananların da aleyhine sonuç doğuracağı ve bu personelin ödemelerinin kesilmesine neden olunacağı açıktır.*” Bkz. İDDK, 28.12.2006 tarih ve 2003/494 E., 2006/3358 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²⁷ Bkz. **ÖDEN**, *Eşitlik İlkesi*, s. 289.

and preventing cruelty to animals) olarak tespit etmiş, bu amaç için öngörülen sınıflandırmanın akla uygunluğunu tespit etmiş, ancak söz konusu çıkarları tehlikeye atan fakat dini saikle işlenmeyen fiilleri yükümlülük kapsamında bıraktığı için sınıflandırmanın kapsamının eksik olduğu sonucuna ulaşmıştır²⁸.

B. Düzenlemenin Kapsamı Açısından Eksiklik - Hukuka Aykırılık Tartışması

Yukarıda da belirtildiği gibi, eksik kapsamlı düzenleme sebebiyle verilen iptal kararlarında hukuka aykırı olan husus, düzenlemede sayılan kişilerin kapsamda bulunması değil; düzenlemede sayılmayan kişilerin kapsamda bulunmamasıdır. Ancak, bu formülde eksikliği gidermek için kuralın tamamının iptal edilmesi gerekecek ve hukuka uygun olan mevcut kapsam da, bir hak ve yükümlülüğü kapsamamasına bakılmaksızın, iptal edilecektir.

Düzenlemenin tümünün eksiklik sebebiyle dava konusu edilmesine karşı çıkan görüşe göre; idare hukukunda bir düzenleyici işlemin kapsadığı kurallardan dolayı dava konusu yapılabilse de, bu düzenlemenin kapsamadığı kurallardan dolayı dava konusu edilmesi mümkün değildir. Zira düzenlemenin tamamının eksiklikten dolayı iptal edilmesi halinde, o düzenlemenin kanunlara ve hukuka uygun olan normları da iptal edilmiş olacaktır²⁹.

Özellikle düzenlemedeki eksikliğin eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle verilen iptal kararlarında; eksikliğin hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi ile birlikte düzenlemenin mevcut kapsamının hukuka uygun olduğu da tespit edilmiş

²⁸ SCOTUS; *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993) (<https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-948.ZO.html>.)

²⁹ Bkz. Karşıoy İDDK; 27.03.1987 tarih ve 1986/6 E., 1987/20 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

olmaktadır³⁰. Yukarıdaki örnekte de görüldüğü gibi bazı iptal kararlarında bu durum açıkça belirtilmekte ve eksiklik sebebiyle dava konusu edilen düzenlemenin mevcut kapsamının hukuka uygun olduğu şerh düşülmektedir³¹.

Eksiklik sebebiyle düzenlemenin tamamının iptalini savunan görüş; bir düzenlemenin uygulama alanının yada kapsamının genişletilmesi amacıyla değil; kuralın kendisinin bir bütün olarak hukuka, eşitlik ilkesine aykırı olduğu için iptal edildiğini savunmaktadır³². Daha önce de belirtildiği gibi idarenin tesis ettiği bir düzenleyici işlemde hüküm altına alınması gereken kuralların (kapsamı açısından) eksik bırakılması durumunda³³; eksikliğe sebep olan ilkenin ihlal edilmesi ile birlikte

³⁰ Eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle ortaya çıkan *eksik kapsamlı sınıflandırmaların* detayı için bkz. **ÖDEN**, *Eşitlik İlkesi*, s. 289.

³¹ Bkz. İDDK, 28.12.2006 tarih ve 2003/494 E., 2006/3358 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

³² Bkz. Karşıoy, AYM; 24.11.1987 tarih ve 1987/24 E., 1987/32 K. sayılı karar; Karşıoy, AYM; 14.11.1990 tarih ve 1990/5 E., 1990/28 K. sayılı karar (<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>).

³³ Belirtmek gerekir ki, düzenlemenin kapsamına ilişkin tartışmalar, düzenlemenin sadece benzer durumda olanların tümünü kapsayıp kapsamadığından yani *eksik kapsamlı* olduğundan değil; eşitsiz, farklı durumda olanların tümünü kapsam dışı bırakıp bırakmadığı, diğer bir deyişle ayrıca o amaç bakımından benzer durumda olmayanları da kapsamına alıp almadığı, yani *aşkın kapsamlı* (*over-inclusive*) olduğu durumlarda da ortaya çıkabilmektedir. Bkz. AYM; 09.05.1972 tarih ve 1971/58 E., 1972/22 K. sayılı karar, AYM; 08.10.1974 tarih ve 1974/18 E., 1974/42 K. sayılı karar (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>). Danıştay’a göre bir sınıflandırma somut amacı bakımından benzer durumda olmayan kişileri de kapsıyorsa aşkın kapsamlıdır. Bkz. Danıştay 10. Daire; 01.10.2002 tarih ve 2000/2114 E., 2002/3458 K. sayılı karar, VDDK; 24.10.1997 tarih ve 1996/144 E., 1997/453 K. sayılı karar (www.kazanci.com). Bir düzenlemenin kapsamının bazı açılardan eksik, bazı açılardan ise aşkın olması da mümkün olabilmektedir. Örneğin New York Taşıma İdaresi yönetmeliğindeki, “*metadon uyuşturucu tedavisi gören çalışanların hizmet akitlerinin feshedileceğine*” ilişkin hükme dayanarak bazı işçelerin görevlerine son verilmesi üzerine açılan davada, söz konusu düzenlemenin metadon tedavisi gören herkesi ayırm yapmadan kapsayarak bu açıdan aşkın kapsamlı olduğu; amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak benzer grupları (alkolik, diğer uyuşturucu türleri gibi) içermemesi sebebiyle de eksik kapsamlı olduğu belirtilmiştir. Bkz. SCOTUS; *New York Transit Authority et al. v. Carl A. BEAZER et al.* 440 U.S. 568 (1979) (<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/440/568>)

kanunu uygulama yükümlüğüne aykırı bir durum da söz konusu olmaktadır³⁴. Eksiklik sebebiyle düzenlemenin tamamının iptalini savunan görüşe göre; eksiklik iddiası söz konusu olsa dahi, bir normun mevcut kapsamı kanundaki kuralların uygulanmasını engelleyecek eksiklikte ise³⁵, sorun eksikliğin hukuka aykırılığından normun kendisinin hukuka aykırılığına evrilmekte ve bu durumda kuralın tamamı iptal edilmektedir (*l'annullation totale*)³⁶.

Fransız idare hukuku öğretisine göre, eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptali (*l'annulation totale*) dava konusu normun mevcut kapsamındaki hükmün bölünemezliği varsayımına dayanmaktadır (*l'hypothèse d'une indivisibilite des dispositions*). Buna göre eksiklik bölünemiyorsa (*indivisibilité d'omission*) ve eksiklikteki hukuka aykırılık işlemin kalan kısmını etkiliyorsa eksiklik sebebiyle kuralın tamamı iptal edilmelidir³⁷. Fransız idari yargı uygulamasında da eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptal edildiği bazı kararlara rastlanmaktadır. Örneğin Conseil d'Etat *Sieur Vigier* kararında belirli bazı kamu görevlilerinin, ödenecek ikramiye ödeneklerini düzenleyen işlemin kapsamı dışında tutulması sebebiyle ilgili düzenlemenin tamamını iptal etmiştir³⁸.

Düzenlemenin tamamının eksiklik sebebiyle iptal davasına konu edilmesine karşı çıkan görüş ise; kapsamda olmayan kişilerin idareye yapılacak başvuruya verilen cevabı dava konusu etmesi gerektiğini, aksi halde normun hukuka uygun olan mevcut kapsamının dava konusu edilmesinde menfaatleri bulunmadığını, eksik

³⁴ KARAHANOGULLARI, *Yasallık*, s. 94.

³⁵ GUYOMAR, Mattias/COLLIN, Pierre; Note sous Vassilikiotis, AJDA 2001, s. 1047.

³⁶ KARAHANOGULLARI, *Yasallık*, s. 95.

³⁷ GUYOMAR/COLLIN, *a.g.m.*, s. 1047.

³⁸ CE, 26.04.1978 *Sieur Vigier*, No 95730 (www.legifrance.gouv.fr).

düzenleme sebebiyle açılan iptal davalarında dava konusu edilen düzenlemenin hiçbir kuralının davacı ile ilgili olmayacağını ve bu nedenle davacının, eksiklik iddiası ile iptalini talep ettiği düzenlemenin mevcut kapsamıyla bir menfaat ilişkisi bulunmadığı görüşündedirler. Bu durumda davanın *sübjektif ehliyet yokluğu sebebiyle* reddedilmesi gerektiğini savunulmaktadır³⁹.

Söz konusu görüşün bazı Danıştay daireleri tarafından benimsendiği ve kararlara yansıdığı görülmektedir. Örneğin, eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptalinin talep edildiği bir davada Danıştay 8. Dairesi; *“iptali istenilen yönetmelik maddesinin incelenmesinden maddenin hazırlık sınıfında başarısız olan öğrencilere yeni bir hak sağlamaya yönelik olduğu ve bu haliyle davacının menfaatini ihlale yönelik olmadığı, bu durumda dava konusu yönetmelik ile davacının yararının zedelendiği söylenemeyeceğinden yönetmeliğe karşı dava açma ehliyetinin bulunmadığı”* gerekçesiyle red kararı vermiştir⁴⁰.

Ancak İDDK düzenlemenin kapsamında olmayanların eksiklik sebebiyle kuralın tamamını dava konusunu etmesinde menfaatleri olduğu görüşündedir. Nitekim söz konusu kararın temyizi üzerine; *davacı tarafından başarısızlık nedeniyle kaydı silinen öğrencilere bir hak tanınmış olmasına rağmen kendi isteği ve bazı zorunluluklar nedeniyle kaydı silinmiş olan öğrencilere kayıt hakkı verilmemesine ilişkin düzenlemenin bu haliyle eksik bir düzenleme olduğundan bahisle iptali*

³⁹ Bkz. Karşıoy; İDDK, 27.03.1987 tarih ve 1986/6 E., 1987/20 K. sayılı karar; İDDK, 28.12.2006 tarih ve 2003/494 E., 2006/3358 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

⁴⁰ Danıştay 8. Daire; 05.03.1997 tarih ve 1996/5257 E., 1997/737 K. sayılı karar (<http://www.kazanci.com>). Aynı yönde, Danıştay 2. Daire; 26.06.2013 tarih ve 2009/4648 E., 2013/4184 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

istenmekte olup dava konusu yönetmelik ile davacı arasında bu bakımdan dava açmaya yeterli ciddi ve makul menfaat alakasının bulunduğu karar verilmiştir⁴¹.

C. Eksikliğin Ortaya Çıktığı Madde Metninin Saptanabilir Kesinlikte Olmaması

Belirtmek gerekir ki, yukarıda eksiklik sebebiyle kuralın tümünün iptaline ilişkin verilen örneklerin tamamında idari yargı mercii tarafından *madde metni saptanabilecek kesinlikte somut bir eksiklik* söz konusudur. Ancak öyle bazı durumlar vardır ki uyuşmazlığın niteliği gereği eksikliğin ortaya çıktığı madde metni saptanabilir kesinlikte olmamaktadır. Düzenlemenin kapsamında olmayanların, eksiklik sebebiyle kuralın hukuka uygun olan mevcut kısmının iptalini talep etmesinden kaynaklı sorunlar, eksikliğin ortaya çıktığı madde metninin saptanabilir kesinlikte olmadığı durumlarda çok daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır⁴². Bu gibi

⁴¹ İDDGK; 12.12.1997 tarih ve 1997/428 E., 1997/690 K. sayılı karar (<http://www.kazanci.com>). Aynı yönde, İDDK; 21.01.2015 tarih ve 2013/4861 E., 2015/48 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır). Özellikle uygulanan imar düzenlemesi işlemlerinde ilgiliye ait taşınmazın uygulama alanı sınırları dışında kaldığı durumlarda imar düzenlemesinin kendi taşınmazını da içerecek şekilde genişletilmesi talebini içeren davalarda yani eksik kapsamlı imar planlarına karşı açılan ve eksiklik sebebiyle imar planının tamamının dava konusu edildiği iptal davalarında yerel mahkemeler tarafından; “*davacının anılan parselin düzenlemesi kapsamına alınması yolunda herhangi bir başvurusu bulunmadığı gibi davalı idarece aynı parselde ilgili olarak tesis edilmiş herhangi bir işlemin de bulunmadığı*” gerekçesiyle davaların ehliyet yönünden reddedildiği görülmektedir. Ancak Danıştay 6. Dairesi bu gibi durumlarda davanın ehliyet yönünden reddedilemeyeceği görüşündedir; “*..davanın (eksik kapsamlı) parselasyon planının (tamamının) iptali istemiyle açıldığı, davacıya ait parselin bu plan kapsamında bulunmadığı anlaşılmakta ise de, dava ve temyiz dilekçelerinde taşınmazın düzenleme sınırları dışında bırakılmasının mevzuata aykırı olduğu öne sürüldüğü gibi bir taşınmazın parselasyon planı kapsamına alınmamış olması aynı zamanda düzenleme sınırları dışında bırakıldığını da gösterildiğinden davanın sonucu itibarıyla parselin düzenleme anlamı sınırları dışında bırakılması işlemine yönelik olarak açıldığı, dolayısıyla bu işlemin davacının menfaatini ihlal ettiği...*” Bkz. Danıştay 6. Daire; 09.07.1991 1990/3045 E., 1991/1754 K. sayılı karar, Aynı yönde Danıştay 6. Daire; 11.04.1991 tarih ve 1990/3016 E., 1991/781 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

⁴² **KARAHANOGULLARI**, *Yasalılık*, s. 95.

durumlarda eksikliğin genel olarak varlığı söz konusu olmakla birlikte, bunun düzenlemenin hangi maddesinde tam olarak ortaya çıktığı tespit edilememekte ve dolayısıyla eksiklik iddiasının mahkeme önüne taşınabilmesi için düzenlemenin bir maddesinin ya da paragrafının değil; düzenleyici işlemin tamamının dava konusu edilmesi ve mahkemece hukuka aykırılık sonucuna ulaşırsa iptal edilmesi gerekmektedir.

Örneğin, dekar başına ekilecek zeytin fidanına verilen destekleme ödemesinin 250 TL'den 45 TL'ye indirilmesini öngören bir genelgeye karşı açılan davada Danıştay 10. Dairesi geçiş hükmü öngörülmemesinin hukuki güvenliği zedeleyici nitelikte olduğu sonucuna varmış ancak söz konusu eksikliğin genelgenin hangi maddesinde ortaya çıktığı kesinleştirilemediğinden *genelgenin tümünün eksik düzenleme sebebiyle iptaline* karar vermiştir⁴³. Bu gibi durumlarda düzenlemenin hangi maddesinde eksikliğin ortaya çıktığı tam olarak saptanamadığından, düzenlemenin kapsamındaki *eksiklik* iddiasının düzenlemenin tümünün iptal davasına konu edilmesi dışında ileri sürülmesi mümkün olmamaktadır⁴⁴. Bu durumda bir madde ile sınırlı olmaksızın düzenlemenin tümü iptal edildiğinden, o düzenlemenin kapsamında eksiklik olmayan diğer hükümleri de uygulanamamaktadır.

⁴³ Danıştay 10. Dairesi; 14.06.2011 tarih ve 2007/5427 E., 2011/2289 K. sayılı karar (<http://www.kazanci.com>).

⁴⁴ Örneğin Suni Tohumlama, Tabii Tohumlama, Ovum ve Embriyo Transferi Faaliyetlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te, "veteriner sağlık teknikeri" unvanına yer verilmemiş olması sebebiyle açılan davada davacının eksik düzenleme nedeniyle Yönetmeliğin tamamının iptaline yönelik talebi reddedilmiş ve eksik düzenlemenin ortaya çıktığı madde mahkeme tarafından kesinleştirilerek eksik düzenleme iddiası o madde ile sınırlı olarak incelenmiştir. Bkz. Danıştay 10. Daire; 30.11.2005 tarih ve 2003/3710 E., 2005/7446 K. sayılı karar. (<http://www.kazanci.com>).

D. Eksiklik Karşısında Üst Hukuk Normunun Doğrudan Uygulanabilir Açıklıkta Olduğu Durumlar

İdarenin kural koyucu işlemi karşısında üst hukuk normunun doğrudan uygulanabilir açıklıkta olduğu ve idari düzenlemedeki eksikliğin saptanabilir kesinlikte olduğu durumlarda, söz konusu eksiklik artık kuralın hukuka aykırılığının sebebini oluşturmakta ve eksiklik sebebiyle alt hukuk kuralının tamamı iptal davasının konusunu teşkil etmektedir⁴⁵.

Bu durumda üst hukuk normu doğrudan uygulanabilir açıklıkta olduğundan, eksik düzenleme nedeniyle alt hukuk kuralının tamamı iptal edildiğinde alt hukuk normunun kapsamında olanlar kapsamdan çıkmayacak, kapsamda olmayanlar idarenin yeni bir düzenleme yapmasına gerek kalmaksızın kapsama girmiş olacaklardır⁴⁶.

Örneğin, Öğretmenlik İçin Başvuru ve Atama Kılavuzu’nun aranan genel ve özel şartların sayıldığı 3. maddenin 3.13. bendinde; *“Sağlık durumunun Türkiye’nin her bölge ve iklim şartlarında öğretmenlik görevini yapmasına engel olmadığını tam teşekküllü hastanelerden son altı aylık süre içinde Sağlık Kurulu Raporu ile belgelendirilmek”* şartı öngörülmüştür. Üst norm durumunda olan Yönetmelik’te de atama şartlarına ilişkin hükümlerde aynı düzenlemeye yer verilmekle birlikte; Yönetmelik’te bedensel engeli bulunanlar bakımından ayrıca düzenleme yapılarak, bu durumdakilerin *“bedensel engelinin öğretmenlik görevini yürütmesine engel olmadığına Bedensel Engeli Değerlendirme Komisyonunca karar verilmiş olmak”* şartına da yer verilmiş olmasına karşın, Kılavuz’da bu husus düzenlenmemiştir.

⁴⁵ KARAHANOGULLARI, *Yasallık*, s. 95.

⁴⁶ KARAHANOGULLARI, *Yasallık*, s. 95.

Danıştay 12. Dairesi, Kılavuz'un eksik düzenleme olan bendinin tamamını iptal davasının konusu olduğunu belirtmiş ve “*bu durumun bedensel engeli bulunup öğretmen olarak atanacaklar için tereddütlere neden olacağı, bu nedenle eksik düzenleme nedeniyle anılan Kılavuz hükmünün tamamının iptaline*” karar vermiş⁴⁷, söz konusu karar İDDK tarafından onanmıştır⁴⁸.

Ancak öğretilde bazı yazarlar tarafından, bağlı yetki gereğince yapılan düzenlemedeki eksikliğin, ancak idare edilenlere üst hukuk normunun tanıdığı bir hakkın kullanılmasını engellemesi ya da sınırlandırması halinde iptal davasına konu edilebileceği; ancak bu durumda da idareye işlem yapma yükümlülüğü yükleyen üst hukuk normunun yeterince açık olduğu, yani doğrudan uygulanabilir olması halinde eksikliğin dava konusu edilemeyeceği ve üst hukuk normuna göre uyumsuzluğun çözümleneceği savunulmaktadır⁴⁹.

Sonuç olarak bu formülasyonda, Danıştay eksikliğin ortaya çıktığı maddenin tümünü iptal davasının konusu olarak kabul etmekte ve hüküm fıkrasında *eksik düzenleme nedeniyle dava konusu düzenlemenin...maddesinin/bendinin iptaline* karar vermektedir. Ancak uygulamada bazı durumlarda kararın gerekçe kısmında kuraldaki eksikliğe atıf yapılmakla birlikte hüküm fıkrasında kuraldaki eksikliğe atıf

⁴⁷ Danıştay 12. Daire; 20.01.2010 tarih ve 2009/7046 E., 2010/123 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

⁴⁸ İDDK; 25.12.2013 tarih ve 2010/1204 E., 2013/4703 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır). Genelge, kılavuz gibi işlemlerin, Yönetmelik, Tüzük gibi bir üst hukuk normunu yinelemesi ya da kapsamını daraltmasına ilişkin tartışmalar için bkz. **ŞANLI ATAY, Yeliz;** Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, TODAİE Yayınları Ankara 2011, s. 44.

⁴⁹ **ATAY; a.g.m.,** s. 145

yapılmaksızın doğrudan *dava konusu düzenlemenin iptaline* karar verildiğine de rastlanmaktadır⁵⁰.

II. Eksik Düzenlemenin İptali ve Kısmi İptal (*L'Annulation Partielle*)

Danıştay tarafından düzenlemedeki eksiklik iddiasının iptal davasına nasıl konu edileceğine ilişkin olarak benimsenen tek formül eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptali formülü değildir. Danıştay'ın eksik düzenleme durumunda mevcut norma dokunmayarak "*eksik düzenlemenin iptaline*" karar verdiği de olmaktadır⁵¹. Özellikle İDDK tarafından benimsenen ikili ayrıma göre; önceki mülga düzenleyici işlemde ilgililere bir hak verilmiş ancak ilgililerin bir kısmı sonraki düzenleme ile o hakkın kapsamından çıkarılmışsa, bu durumda eksiklik olduğu iddia edilen kuralın tamamı iptal davasının konusunu teşkil etmekte ve *eksik düzenlemenin iptaline* değil, *eksik düzenleme nedeniyle kuralın tamamının iptaline* karar verilmektedir⁵².

İDDK tarafından benimsenen ikinci ayrıma göre ise; ilk defa tesis edilen bir düzenleyici işlemin kapsamı dolayısıyla ilgililerin bir kısmına bir hak tanınmamışsa

⁵⁰ Bkz. Danıştay 10. Daire; 14.10.2008 tarih ve 2006/817 E., 2008/6557 K. sayılı karar; Danıştay 10. Daire; 02.12.2009 tarih ve 2006/5393 E., 2009/10123 K. sayılı karar; Danıştay 11. Daire; 25.10.2001 tarih ve 2001/365 E., 2001/2335 K. sayılı karar; Danıştay 10. Daire; 05.02.2008 tarih ve 2005/7831 E., 2008/403 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

⁵¹ **KARAHANOGULLARI**; *Yasallık*, s. 95.

⁵² İDDK; 19.04.2012 tarih ve 2007/2340 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); Bu durumda bazı yazarlar tarafından iptal kararının geçmişe etkili olması dolayısıyla önceki düzenlemenin kendiliğinden yürürlüğe gireceği savunulduğundan, ilgilileri kapsamayan önceki düzenleyici işlemin de kendiliğinden yürürlüğe gireceği ve böylece idarenin eksikliği giderici yeni bir düzenleme yapmasına gerek kalmaksızın kapsamda olmayan ilgililerin iptal kararı üzerine o haktan yararlanmaya başlayacakları sonucuna ulaşılabilir. Bkz. **ULER, Yıldırım**; *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 19; **ÇAĞLAYAN, Ramazan**; *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sonuçları*, Asil Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 125 vd; Bkz. Danıştay 5. Daire; 25.02.1998 tarih ve 1997/13 E., 1998/515 K. sayılı karar, Danıştay 5. Daire; 24.11.1998 tarih ve 1998/1979 E., 1998/2760 K. sayılı karar (www.danistay.gov.tr).

ya da daha önceki düzenlemenin eksik kapsamının yeni düzenlemede de korunması dolayısıyla ilgililerin bir kısmına bir hak tanınmamışsa, bu durumda eksik düzenleme iptal davasının konusunu teşkil etmekte ve *eksik düzenleme nedeniyle kuralın tamamının iptaline* değil; ilgililere bir hakkı tanımayan *eksik düzenlemenin iptaline* karar verilmektedir. Bu bağlamda, *gerçek anlamda eksik düzenlemenin* söz konusu ayırımdaki ikinci tür olduğu Danıştay tarafından benimsenmektedir⁵³.

Örneğin, özel huzurevleri ve yaşlı bakım merkezlerini düzenleyen yönetmelikte değişiklik yapılması üzerine bir geçiş hükmü öngörülmemesi dolayısıyla açılan davada Danıştay 10. Dairesi tarafından eksiklik sebebiyle ilgili maddenin tümü iptal edilmiştir. Ancak kararın temyizi üzerine İDDK; *eksik düzenleme nedeniyle kuralın tümünün değil; bir geçiş hükmü öngörülmemesi yönündeki eksik düzenlemenin iptal edilmesi gerektiğini* belirtmiş ve kararı düzelterek onamıştır⁵⁴.

Diğer bir örnekte, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün Merkez ve Taşra Teşkilatına Dair Esasların meslek elemanlarının tanımlandığı 4. maddesinin (f) maddesinde “*Sosyolog*” unvanına yer verilmemesi sebebiyle açılan davada Danıştay 2. Dairesi, öncelikle *Bakanlar Kurulu kararının*

⁵³ Bkz. İDDK; 03.10.2012 tarih ve 2008/163 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

⁵⁴ İDDK: 16.09.2013 tarih ve 2012/2607 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır), yeni yürürlüğe konulan bir düzenleyici işlemden geçiş hükmü eksikliği sebebiyle yürürlük maddesinin tümünün iptaline ilişkin kararlar için bkz. Danıştay 11. Daire; 13.04.1977 tarih ve 1976/84 E., 1977/1327 K. sayılı karar aktaran, **YAYLA, Yıldızhan**; Yeni İdari Düzenlemeler Karşısında Evvelce Alınmış Ruhsatların Durumu, Yiğit Okur’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998, s. 401; İDDK, 25.03.2015 tarih ve 2014/3883 E., 2015/927 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); “*Sözü edilen yükümlülükler incelendiğinde bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinin belirli bir uyum sürecine ihtiyaç gösterdiği açık olup bunun için Tebliğ ile bir geçiş sürecinin öngörülmesi gerekmekte iken bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemesinde, dolayısıyla Tebliğin yayım tarihinde yürürlüğe gireceğine yönelik 15. maddesinin (c) bendinde eksik düzenleme nedeniyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır*”; Danıştay 10. Daire; 14.06.2009 tarih ve 2007/4527 E., 2011/2289 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

“meslek elemanları”nın tanımlandığı (f) bendinde “sosyolog” unvanına yer verilmemesinin eşitlik ilkesine aykırı olması nedeniyle bu bendin iptalinin dava konusu edildiğini belirtmiş ve “Sosyolog” unvanına yer verilmemiş olması nedeniyle bu bendin tamamının iptaline karar vermiştir⁵⁵. Ancak temyiz üzerine İDDK dava konusunu yeniden vasıflandırmış ve; Bakanlar Kurulu kararının “meslek elemanları”nın tanımlandığı (f) bendinde “sosyolog” unvanına yer verilmemesine ilişkin eksik düzenlemenin dava konusu edildiğini belirtmiş ve kararı bu şekilde onamıştır⁵⁶.

Görüldüğü gibi İDDK, *eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptali* ile *eksik düzenlemenin iptalini* muhakeme usulü açısından iki farklı teknik hukuki müessese olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla bu müesseseler arasındaki farkların ve bu farklar bağlamında, olmayan bir düzenlemenin nasıl iptal davasına konu edilebildiğinin detaylıca incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Danıştay tarafından benimsenen *eksik virtüel düzenleme* yaklaşımı (A) ile Conseil d’Etat’nın uyguladığı *kısmi iptal* (*l’annulation partielle*) yaklaşımının (B) incelenmesi gerekir.

A. Danıştay’ın Eksik Virtüel Düzenlemenin İptali Formülü

Yukarıda da ifade edildiği gibi, eksiklik olan düzenlemenin tamamının iptal edilmesi durumunda, eksiklik sebebiyle o haktan yararlanamayan kişi ve gruplar düzenleme kapsamına giremediği gibi, hâlihazırda düzenlemenin tanıdığı haktan istifade eden kişiler de düzenleme kapsamından çıkmaktadırlar. Danıştay bu sorunu aşmak için oldukça özgün bir içtihat geliştirmiş ve iptal kararını kuraldaki eksikliği

⁵⁵ Danıştay 2. Daire; 03.05.2010 tarih ve 2008/4378 E., 2010/1887 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

⁵⁶ İDDK; 23.10.2013 tarih ve 2010/3536 E., 2013/3131 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

iptal davasına konu edilebilir nitelikte bir düzenleyici işlem olarak tasavvur etmiş, böylece düzenlemenin pozitif kısmına dokunmadan *eksik/noksan düzenleme* adıyla iptal edilebilir bir *sanal/virtüel düzenleme*⁵⁷ yaratma ve bunu iptal etme yolunu benimsemiştir⁵⁸. Yani Danıştay söz konusu formülde eksik olan norm⁵⁹ karşısında düzenleme kapsamında olmayan kişiler açısından tıpkı *virtüel bir düzenleme* varmış⁶⁰ gibi yorumlamakta ve iptal sonucuna ulaşırsa sadece o *virtüel düzenlemeyi* iptal ediyormuş gibi hareket etmektedir;

“Kanunun 3. maddesinde sayılan niteliklere sahip bulunana müfettişlerin Kamu Konutları yönetmeliğinin 7. maddesinin (A) bendinde sayılan unvanlar arasında yer alması gerekirken aksine yapılan düzenlemede yasaya uyarlık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle Kamu Konutları Yönetmeliği’nin 7/A bendinde “müfettiş” unvanına yer vermeyen noksan düzenlemenin iptaline karar verildi.”⁶¹

⁵⁷ *Sanal (Virtüel)* ibaresi Prof. Ulusoy tarafından kullanılmaktadır. Bkz. **ULUSOY, Ali**; Olmayan Düzenlemenin Yürürlüğü Durdurulabilir Mi? (Eksik Düzenleme), Akşam Gazetesi, 5 Şubat 2011.

⁵⁸ **KARAHANOGULLARI**; *Yasallık*, s. 95; **ULUSOY**, *Eksik Düzenleme*.

⁵⁹ Ör; **X,Y,Z**’den oluşan bir meslek grubunda, “*bu düzenleme kapsamında Y ve Z’ye ek ödeme yapılır.*” şeklindeki bir düzenlemede **X** düzenlemenin kapsamının dışında kalmaktadır.

⁶⁰ Danıştay bu durumda yukarıdaki örnekte verilen düzenlemeyi; “*bu düzenlemenin kapsamında X’e ek ödeme yapılmaz*” şeklinde algılamaktadır. Bkz. Danıştay 5. Daire; 26.01.2007 tarih ve 2004/5154 E., 2007/85 K. sayılı karar (www.kazanci.com); “*Kanunla Kurumda görev yapan personelden asli ve sürekli görev yapacak olanları kadro unvanı itibariyle belirlemek konusunda Bakanlar Kurulu’na yetki verildiği açıktır. Bakanlar Kurulu, 2000/331 sayılı Kararla asli ve sürekli görev yapılacak kadroları tespit etmiş, Karar Eki Liste’nin Taşra Teşkilatı Bölümünde İl Telekom Müdür Yardımcılarına yer vermemek suretiyle bu unvandaki personelin yürüttüğü görevin asli ve sürekli bir görev niteliği taşımadığını belirlemiştir. Söz konusu Karar Eki Liste’nin Taşra Teşkilatı Bölümü “eksik düzenleme nedeniyle” iptal davasına konu edilmediği müddetçe, İl Telekom Müdür Yardımcılarının asli ve sürekli bir görev yürüttüklerinin kabulü mümkün değildir.*”

⁶¹ İDDGK; 02.02.1990 tarih ve 1989/23 E., 1990/15 K. sayılı karar; Danıştay 5. Daire; 27.06.2000 tarih ve 1999/6253 E., 2000/1952 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

Danıştay bu gibi durumlarda bazen eksikliğin ortaya çıkış sebebine atıf yapmaksızın sadece *eksik düzenlemenin iptaline* karar vermekte; ancak birçok durumda ise eksikliğin ortaya çıkış sebebine atıf yapmakta ve “...’nın kasamda bulunmamasına ilişkin eksik düzenlemenin iptaline” karar verilmektedir. Her iki durumda da olmayan bir kural dava konusu edilerek, kuralda bulunması gereken unsurun bulunmaması iptal edilmektedir⁶².

Görüldüğü gibi, söz konusu formülde, sadece “*düzenlenmemiş olma*” ya da “*kurala bağlanmamış olma*” olgusu değil⁶³; normatif olarak mevcut olmayan ancak farazi olarak hâkim tarafından varmış gibi kabul edilen “*virtüel bir düzenleme*” iptal edilmektedir. Bu durumda hâkim, hukuka aykırılığa sebep olan norm eksikliğini muhakeme evresinde zihninde, bir hakkın verilmemesini ya da bir hususun kapsamda olmamasını öngören virtüel bir norma dönüştürmekte ve hukuken mevcut olmayan bu normu iptal etmektedir⁶⁴. Bu sayede idari hâkim, iptal hükmü ile hem bir haktan yararlananların düzenleme kapsamından çıkarak (yeni düzenleme yapılana kadar) o haktan mahrum olmasını engellemekte, hem de idarenin kapsamda olmayan ilgilileri kapsama alan yeni bir düzenleme yapmaması durumunda (ilgililere o hakkı

⁶² ULUSOY, *Eksik Düzenleme*.

⁶³ Bkz. KARAHANOĞULLARI, *Yasallık*, s. 96. Bazı kararlarda eksik düzenlemeye dayalı olarak açılan iptal davalarında dava konusu edilen husus, “...ile ilgili hiçbir düzenleme yapılmaması işlemi” olarak kabul edilmektedir. Bkz. AYİM 2. Daire; 09.01.2002 tarih ve 2001/911 E., 2002/20 K. sayılı karar, Danıştay 8. Daire, 22.06.1999 tarih ve 1998/2541 E., 1999/4182 K. sayılı karar (www.kazanci.com). Örneğin eksik kapsamlı bir imar planına karşı açılan iptal davasında, herhangi bir idari başvuru bulunmamasına ve eksiklik sebebiyle plan düzenlemesinin tamamına karşı dava açılmasına rağmen, dava konusunu; “*sonucu itibarıyla parselin düzenleme anlamı sınırları dışında bırakılması işlemi*” olarak vasıflandırmıştır. Bkz. Danıştay 6. Daire; 09.07.1991 1990/3045 E., 1991/1754 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

⁶⁴ ULUSOY, *Eksik Düzenleme*.

veya avantajı vermediğini tasavvur ettiği virtüel düzenlemeyi iptal ederek) ilgilileri o hakkın veya avantajın kapsamına dahil etmektedir⁶⁵.

Örneğin, Bakanlar Kurulu kararı kapsamında hizmet tazminatı ödenecek personelin eksik düzenlendiği iddiası ile açılan davada Danıştay; kararın ilgili maddesinde “Atatürk Kültür Merkezi Müdürlüğü müdür yardımcısı” kadro unvanına yer verilmemek suretiyle yapılan eksik düzenlemenin iptaline karar vermiştir⁶⁶ ve karar İDDK tarafından onanmıştır⁶⁷.

Diğer bir örnekte, konut tahsis edilecek unvanların eksik düzenlendiği iddiasıyla açılan iptal davasında Danıştay; *Kamu Konutları Yönetmeliği'nin (2) sayılı cetvelinin 1. grubunun 4/A ve 4/B maddelerinde Avukatlara görev tahsisli konut tahsis edilecek unvanlar arasında yer verilmemesi yolundaki eksik düzenlemenin* iptal davasına konu edildiği belirtilmiş ve hüküm fıkrasında söz konusu *eksik düzenleme* iptal edilmiştir⁶⁸ ve karar İDDK tarafından onanmıştır⁶⁹.

Söz konusu uyuşmazlıklarda dava konusu edilen ve iptaline karar verilen husus, eksikliğin ortaya çıktığı mevcut madde metni, yani *Kamu Konutları*

⁶⁵ Örneğin 1982 yılında tesis edilmiş olan bir karar ile, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu *başdenetçilerine* ek ödeme yapılması öngörülürken *denetçi* ve *denetçi yardımcılarına* ek ödeme öngörülmemesi Danıştay tarafından; eksik düzenleme gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bkz. Danıştay 11. Dairesi; 13.04.2009 tarih ve 2007/13899 E. 2009/3827 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır). Bunun üzerine ilgili idare tarafından eksikliği tamamlayıcı herhangi bir kararname ya da yönetmelik çıkarılmaksızın, iptalden önce düzenlemenin kapsamında olmayan denetçi ve denetçi yardımcılarına ek ödeme yapılmaya başlanmıştır. Bkz. Ankara 8. İdare Mahkemesi; 19.11.2013 tarih ve 2013/1393 E., 2013/1570 K sayılı karar (Yayımlanmamıştır.).

⁶⁶ Danıştay 11. Daire; 24.04.2007 tarih ve 2004/3772 E., 2007/4355 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

⁶⁷ İDDK 06.02.2013 tarih ve 2008/165 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

⁶⁸ Danıştay 5. Daire; 13.11.2003 tarih ve 2001/2421 E., 2003/4838 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

⁶⁹ İDDK; 21.06.2012 tarih ve 2009/640 E., 2012/997 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır), aynı yönde Danıştay 5. Daire; 21.10.1998 tarih ve 1996/1542 E., 1998/2383 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

Yönetmeliği'nin (2) sayılı cetvelinin 1. grubunun 4/A ve 4/B maddeleri değildir. Dava konusu edilen ve “eksik düzenleme”⁷⁰ olarak ifade edilen husus, “kapsamında eksiklik olan mevcut düzenleme” değil; mevcut olmayan, “eksik olan düzenleme”dir⁷¹.

Yukarıda da ifade edildiği gibi bu formülde genel olarak düzenlenmemiş olma olgusu ile birlikte eksikliğin ortaya çıkışının somut sebebi de dava konusunun kapsamında bulunmaktadır. Yukarıda verilen örnek incelendiğinde “*avukatlara görev tahsisli konut tahsis edilecek unvanlar arasında yer verilmemesi yolundaki eksik düzenleme*” iptal edilerek sanki “*avukat unvanında çalışanlara görev tahsisli konut tahsis edilmez*” şeklinde bir düzenleme varmış gibi düşünülmekte ve bu virtüel düzenleme iptal davasına konu edilmektedir⁷².

Yukarıdaki iki örnekte de eksikliğin ortaya çıktığı madde metni açıkça belirtilse de, bu formülasyonda, (kuralın tamamının eksiklik sebebiyle iptal edildiği

⁷⁰ Anayasa yargısında da bir kanunun kapsamının dar, eksik olması sebebiyle anayasa aykırılık iddiası gündeme gelebilmektedir. Bu noktada AYM tarafından kullanılan *eksik düzenleme* kavramına değinmek gerekmektedir. Danıştay’ın eksik düzenleme olarak ifade ettiği hukuki müessesenin idari yargılama usulünde, iptal davasına konu edilebilir kesin ve yürütülebilir işlem sonucunu doğuran bir irade açıklaması bağlamında (*virtüel düzenleme*) teknik bir karşılığı ve içtihatlar ile geliştirilmiş bir idari işlem kimliği bulunmaktadır. Kanuni düzenlemeler açısından ise gerek AYM gerekse öğreti tarafından *eksik düzenleme* olarak referans yapılan müessesenin, kanun boşluğu bağlamında ayrı bir teknik karşılığı ve anayasa yargısı özelinde kendine has muhakeme sorunları ve hukuki çözümleri mevcuttur. Bkz. **TEZİÇ, Erdoğan**; Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 12. Baskı, s. 197, 198; **TANÖR**, a.g.e. s. 368; **TEZİÇ**, *Kanun Kavramı*, s. 123 vd;

⁷¹ Prof. Ulusoy bu gibi durumlarda, “*mevcut olmayan düzenlemenin dava konusu edildiğini*” belirtmektedir. Bkz **ULUSOY**, *Eksik Düzenleme*.

⁷² Eksik kapsamlı düzenlemelerin dava konusu edildiği bazı durumlarda eksik düzenlemenin iptali talep edilmemekte; eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptali ile idari yargı mercilerinin yeniden düzenleme yapması talebi dava konusu edilmektedir. Örneğin Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği’nin, 5. maddesinin eksik düzenleme sebebiyle iptalinin talep edildiği davada; iptal ile ortada hiçbir düzenlemenin olmadığı bir önceki durum geri geleceğinden, maddenin iptali ile birlikte yeniden düzenlenmesi talep edilmiştir. Söz konusu talep incelenmeksizin reddedilmiştir. Bkz. Danıştay 8. Daire; 14.05.2009 tarih ve 2008/4076 E., 2009/3166 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

formülasyondan farklı olarak) eksikliğin ortaya çıktığı madde metninden ziyade, eksikliğin virtüel düzenlemeye dönüştürülebilmesi için içeriğinin saptanabilir kesinlikte olması gerekmektedir⁷³. Zira bu formülasyonda, düzenleyici işlemin belirli bir maddesindeki eksiklikten bağımsız olarak ilgililere bir hakkı vermediği tasavvur edilen virtüel bir düzenleme iptal davasının konusunu teşkil etmektedir.

Ağırlıklı olarak eksikliğin ortaya çıktığı madde saptanabilir kesinlikte olduğundan iptal edilen virtüel düzenleme bu madde ile anılsa da bu durum eksikliğin dava konusu edilebilmesi için bir zorunluluk teşkil etmemektedir. Örneğin, Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumu Yöneticileri Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'ne karşı açılan davada *Yönetmeliğin 13. maddesinde duyuruya yer verilmemesine ilişkin eksik düzenleme, 18. maddesinde iller arasında yer değiştirmeye yer verilmemesine ilişkin eksik düzenleme* ile birlikte herhangi bir maddeye atıf yapılmaksızın, *Yönetmelikte eğitim yöneticiliğinden kendi isteğiyle ayrılanların yeniden yönetici olarak atanmalarına olanak tanıyacak bir düzenlemeye yer verilmemesine ilişkin eksik düzenleme* dava konusu olarak kabul edilmiş⁷⁴ ve yürütmesi durdurulmuştur⁷⁵. Söz konusu karardan da anlaşılacağı üzere eksik virtüel düzenlemenin iptali formülünde, düzenleyici işlemin kapsamı eksik olan belirli bir maddesi değil, belirli bir maddeden bağımsız olarak virtüel düzenlemenin iptal davasına konu teşkil ettiği kabul edilmektedir.

Günümüz idari yargı uygulamasında gerek İDDK'nın gerekse Danıştay dairelerinin düzenleyici işlemdeki eksikliğin iptal davasına konu edilebilirliği

⁷³ Bkz. **KARAHANOĞULLARI**, *Yasallık*, s. 95.

⁷⁴ Danıştay 2. Daire; 25.11.2013 tarih ve 2013/7729 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

⁷⁵ Eksik kapsamlı düzenlemelerin yürütmenin durdurulması talebine konu edilebilirliğine ilişkin detaylı açıklamalar III. Bölümde yapılmıştır.

açısından benimsedikleri yaklaşım genel olarak eksik düzenlemenin doğrudan iptal davasına konu edilebilecek, kesin ve yürütülebilir bir düzenleyici işlem niteliğinde olduğu yönündedir. Ancak öğreti ve içtihatlarda bu görüşe karşı çıkan bazı yazar ve uygulamacılar, *eksik düzenleme* adı altında olmayan bir düzenlemenin iptal davasına konu edilemeyeceğini savunmaktadır.

Öğretide, eksik düzenleme adıyla mevcut olmayan bir düzenlemenin iptal davasına konu edilebilirliğine ilişkin tartışma; 2010 yılı ALES Kılavuzu’nun bazı maddelerinde “*başı açık olarak sınava girilmemesi halinde sınavın geçersiz sayılacağı şeklindeki ibarelerin yer almaması nedeniyle eksik düzenleme yapıldığı*” iddiası ile açılan davada verilen yürütmeyi durdurma kararı⁷⁶ üzerine ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlar söz konusu karar üzerine eksik düzenlemenin de hukuka aykırı olabileceğini, iptal davasına konu edilebileceğini ve idari yargı mercilerinin bu hukuka aykırılığı tespit edip iptal kararı verebileceğini belirtmektedir⁷⁷. Aksi yöndeki görüş ise, belirli doğrultudaki bir eksik düzenlemenin iptal edilmesinin, olmayan bir düzenlemenin dava konusu edilmesi anlamına geleceğini savunmaktadır⁷⁸. Bu bağlamda, yapılması gerektiği düşünülen bir düzenlemenin yapılmamasının, yani “*eksik düzenleme*”nin, ortada somut bir düzenleme bulunmadığı için, iptal davasına konu edilemeyeceğini belirtilmektedir⁷⁹.

Uygulamada, söz konusu itirazların bazı karşı oylara da yansıdığı görülmektedir. Örneğin, bir Bakanlar Kurulu kararında, tabi afet dolayısıyla yardım yapılacak belediyeler arasında Ceyhan Belediyesi’ne yer verilmemesinden bahisle

⁷⁶ Danıştay 8. Daire; 12.1.2011 tarih ve 2010/8496 E., sayılı karar (www.kazanci.com).

⁷⁷ **AZRAK, Ali Ülkü**; Danıştay’ın ALES Kararı Doğrudur!, 01.02.2011 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

⁷⁸ **KARAHANOGULLARI**; *Yasallık*, s. 95.

⁷⁹ Prof. Ulusoy, söz konusu durumu; “*hukukumuzda, zımni ret dışında, yapılmamış düzenlemenin davası olmaz!*” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. **ULUSOY**, *Eksik Düzenleme*.

açılan davada Danıştay 11. Dairesi; “*Tabii Afet Nedeniyle Gelir Kaybı ve Altyapı Hasarına Uğrayan Belediyelere Yapılacak Yardımlara Dair Karar'da davacı Ceyhan Belediye Başkanlığı'na yer verilmemesine ilişkin eksik düzenlemenin iptaline*” karar vermiş⁸⁰ve karar onanmıştır⁸¹.

Ancak söz konusu kararın karşı oyunda, var olmayan virtüel bir düzenlemenin iptal davasına konu edilemeyeceği şu gerekçelerle belirtilmiştir;

*“Dava dosyasının incelenmesinden, davalı idarece yürürlüğe konulan 17/09/2007 günlü, 2007/12761 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki Tabii Afet Nedeniyle Gelir Kaybı ve Altyapı Hasarına Uğrayan Belediyelere Yapılacak Yardımlara Dair Karar'ın iptali isteminin, eksik düzenleme iddiasına ilişkin olduğu; **eksik düzenleme, idarenin sarih veya zımni bir irade açıklaması niteliğinde olmadığından ve var olmayan bir işlemin iptalinin mümkün olmaması nedeniyle iptal davasına konu olamayacağı anlaşıldığından,** davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile kararın bozulması gerektiği* oyuyla, karara katılmıyorum.⁸²”

Bu görüşü savunan yazarlar, düzenlemenin kapsamındaki eksiklik iddiasının hiçbir şekilde iptal davasına konu edilemeyeceğini savunmamaktadırlar. Burada

⁸⁰ Danıştay 11. Daire; 23.11.2009 tarih ve 2008/11641 E.,2009/10105 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

⁸¹ İDDK; 11.04.2013 tarih ve 2010/1299 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

⁸² İDDK; 11.04.2013 tarih ve 2010/1299 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır). Aynı yönde karşıoylar için bkz. İDDK; 03.11.2011 tarih ve 2007/1433 E., 2011/1003 K. sayılı karar; İDDK; 06.10.2011 tarih ve 2008/214 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); “...*Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığında Sözleşmeli Olarak Çalışan Personele Verilecek Teşvik İkramiyesi ile ilgili Usul ve Esasların 1/d maddesinin parantez içi hükmündeki eksik düzenlemenin iptal davasına konu olamayacağı anlaşıldığından, karar düzeltme isteminin kabulü ile düzeltilmesi istenilen kararın kaldırılarak temyize konu kararın bozulması gerektiği oyuyla karara katılmıyoruz.*”

vurgulanmak istenen; idarenin eksik düzenleme şeklinde ortaya çıkan hareketsizliği ile bir irade açıklaması oluşsa dahi, bu iradenin doğrudan iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülebilir bir idarî işlem teşkil etmeyeceği, bu eksikliğin ancak bir uygulama işlemi ya da red işlemi ile dava konusu edilebileceğidir⁸³.

Gerçekten de eksik düzenlemenin iptaline ilişkin davalarda mevcut olmayan, eksik virtüel düzenleme için İYUK'ta düzenleyici işlemin dava konusu edilmesine ilişkin usul takip edilmektedir. Buna göre, ortada ilgililerin düzenleme kapsamında olmaması sebebiyle tesis edilen bir uygulama işlemi ya da idareye yapılmış bir başvuru neticesinde tesis edilmiş bir zımnî-açık red işlemi bulunmamaksızın, düzenleyici işlemin yayım tarihinden itibaren atmış gün içerisinde doğrudan eksik virtüel düzenleme iptal davasına konu edilmektedir.

İdari işlemler açısından hukukumuzda kural olan yazılılık ve iradenin açıkça oluşmasıdır⁸⁴. Bu bağlamda düzenleyici işlemler açısından idari yargı mercii ancak mevcut bir düzenlemeyi iptal edebilir⁸⁵. Somut olarak mevcut olmayan bir işlemin iptal edilebilmesinin tek istisnası, “zımnî red” ve “zımnî kabul” olarak ifade edilen durumdur. Bu durumda bir tür “virtüel işlem” bulunduğu varsayılır. Söz konusu istisna dışında, hukukumuzda somut olarak var olmayan bir işlemin iptal davasına

⁸³ Bkz. Karşıoy İDDGK, 02.02.1990 tarih ve 1989/23 E., 1990/15 K. sayılı karar (www.kazanci.com); “Dava konusu edilen Yönetmeliğe ekli (2) sayılı Cetvelin II nci grup 7/A sırasında “müfettiş” unvanı ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamakta; davacı da bu bölümde “müfettiş” unvanı ile ilgili düzenleme yapılmaması nedeniyle dava açmaktadır. Oysa Kararnamenin noksan düzenlemesinin düzeltilmesi için öncelikle İdareye başvuruda bulunması ve alacağı cevaba göre dava açması gerekmektedir. Aksi halde “İdarece yapılmayan bir düzenlemenin iptal edilmesi” gibi hukuken kabul edilmesi olanaksız bir sonuçla karşı karşıya kalınır. Açıklanan nedenle, davacının öncelikle İdareye başvuruda bulunarak somut bir işlem tesis ettirmesi ve alacağı cevaba göre dava açması gerekeceğinden; böyle bir başvuruda bulunulmaksızın ve ortada bir düzenleme olmadan açılan davanın reddi oyuyla karara karşıyım.”

⁸⁴ ERKUT, *Kimlik*, s. 29.

⁸⁵ ULUSOY, *Eksik Düzenleme*.

konu olabilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, idarenin bir hususu düzenleme kapsamına almaması bir irade açıklaması teşkil etse dahi ve eksik düzenlemenin doğrudan iptal davasına konu edilmesinin bazı sorunları gidermeye dönük bir pratik yönü olsa dahi, mevcut idari yargılama usulü karşısında bu irade açıklamasının iptal davasına konu olabilmesi için idareye bir başvuru yapılmalı ve **idarenin iptal davasına konu edilebilir iradesi** oluşturulmalıdır. Zira “*zımnı red*” dışında, yapılmamış bir düzenlemenin davası olmaz⁸⁶. Aksi bir durum yargı yetkisinin aşılması sonucunu doğurur⁸⁷.

Bu minvalde kanımızca eksik düzenlemenin yayım tarihinden itibaren atmış gün içinde doğrudan iptal davasına konu edilemeyeceğini savunan görüş, düzenlemedeki eksiklik iddiasının, ancak bir uygulama işlemi ya da bir idari başvuruya verilen red cevabının dava konusu edilmesi ile birlikte incelenebileceğini savunulmaktadır.

B. Conseil d’Etat’nın *Kısmi İptal (L’Annulation Partielle)* Formülü

Eksik kapsamlı düzenlemelerin yargısal denetimine ilişkin olarak yukarıda ifade edilen tartışmaların benzeri Fransız idare hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında da ortaya çıkmıştır. Özellikle eksik kapsamlı düzenleyici sınıflandırmalarda ve düzenleyici işlem değişikliklerinde haklı beklentileri koruyucu nitelikte geçiş hükmünün öngörülmemesi sebebiyle ortaya çıkan eksikliklerde,

⁸⁶ ULUSOY, *Eksik Düzenleme*.

⁸⁷ Bkz. VDDK; 13.03.1998 tarih ve 1996/241 E., 1998/67 K. sayılı karar (www.kazanci.com); “İdari yargı mercileri, dava konusu yapılan işlem veya eylemin hukuk kurallarına uygunluğunu denetlemekle yükümlü olduklarından, **idarenin yapmadığı bir işlem hakkında hüküm oluşturmalarına olanak bulunmamaktadır.**”

eksikliğin giderilmesine ilişkin taleplerin nasıl ileri sürülmesi gerektiği Fransız idare hukuku öğretisinde önemli bir tartışma konusu teşkil etmiştir.

Bu bağlamda bir düzenleyici işlemin kapsamındaki eksikliğin, kısmi iptal (*l'annulation partielle*) olarak ifade edilen formülasyonla iptal davasına konu edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmanın incelenmesi gerekir. Kısmi iptal uzun yıllardır Conseil d'Etat tarafından kullanılan ve genel olarak, düzenleyici işlem-birel işlem farketmeksizin, bir idari işlemin bölünebilir olduğu (*divisibilité*) ve bölünebilir kısımdaki hukuka aykırılığın işlemin geri kalan kısmını etkilemediği durumlarda, o işlemin bölünebilir kısımla sınırlı olarak iptal edilmesini ifade etmektedir⁸⁸.

Conseil d'Etat tarafından kısmi iptal formülünün kanunilik ilkesi ve idari işlemin amacına saygı ilkesine (*le principe du respect du but de l'acte*) dayanarak uygulandığı belirtilmektedir. Davacının kısmi iptal talebinde bulunması durumunda işlemin özü ve amacı çekişme konusu edilmemekte ve bu işlemin bir kısmının ayakta kalması amaçlanmaktadır⁸⁹.

Özellikle *aşkın kapsamlı düzenlemelerin* doğurduğu hukuka aykırılıkları gidermek amacıyla benimsenen söz konusu iptal formülünde dava konusu edilen işlem ya açıkça bir kısımla sınırlı olarak iptal edilmekte, ya da kısmi iptalin

⁸⁸ **GÖZLER, Kemal**; İdare Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, Cilt I, s. 936; Kısmi iptal ve bölünebilirlik ölçütlerinin detayı için bkz. **CORBEL, Michel Pierre**; *L'annulation Partielle des Actes Administratifs*, AJDA, 1972, s. 141 vd.

⁸⁹ **CORBEL, a.g.m**, s. 139.

konusuna göre; “...dığı ölçüde...” (“...en tant que...”)⁹⁰ formülü kullanılarak iptal edilmektedir.

Conseil d’Etat’nın eksik düzenlemelerin dava konusu edilmesine ilişkin benimsediği ilk yaklaşım; eksiklik iddialarının bölünebilir nitelikte olmadığı, dolayısıyla kısmi iptal yolu ile dava konusu edilemeyeceği, ancak eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptal edilebileceği (*l’annulation totale*) şeklinde idi.

Örneğin, eksik düzenlemelere ilişkin önemli bir karar olan, *Fédération nationale des industries chimiques* kararında, Fransa Çalışma Bakanlığı tarafından çıkarılan ve kimya sektöründe imzalanmış olan toplu iş sözleşmelerinin uzatılmasını içeren bir kararnamenin, “mühendisleri” içermediği ölçüde iptali talep edilmiş ancak Conseil d’Etat söz konusu talebin bölünebilir nitelikte olmaması sebebiyle davayı

⁹⁰ Fransızcadaki “...en tant que...” ifadesi, İngilizcedeki “as” bağlacına karşılık gelmekte olup, Türkçedeki “...olarak” anlamına gelmektedir. Prof. Gözler “*annulation de la decision en tant qu’elle a effet rétroactif*” ibaresini; “işlemin geçmişe etkili olduğu ölçüde iptali” şeklinde tercüme etmektedir. Bkz. **GÖZLER**, *İdare Hukuku*, s. 936. Ancak *kısmi iptal* kurumunun özellikleri göz önüne alındığında, “en tant que” ifadesi “...yönünden” şeklinde tercüme edilebilir. Nitekim itiraz yoluyla AYM’nin önüne gelen anayasaya aykırılık iddialarında Yüksek Mahkeme, ilk olarak itiraza konu kuralın derece mahkemeleri önünde “uygulanacak kanun hükmü” olup olmadığını incelemekte, ardından “sınırlama sorunu” başlığı altında yaptığı incelemede; uygulanacak kanunu, ilk derece mahkemesinde davacı olan tarafla sınırlamaktadır. Öğretide; “*Anayasal Sorunun Çözümünde Önem Taşımaya Halinde Normun Davanın Ya Da Davacının Somut Özelliğinden Kaynaklı Olarak Sınırlandırılması*” şeklinde ifade edilen bu gibi durumlarda Yüksek Mahkeme itiraza konu normu tıpkı Conseil d’Etat’nın *kısmi iptal* formülünde olduğu gibi iptal etmektedir. Örneğin babalık davasında hak düşürücü süreleri düzenleyen Türk Medeni Kanunu’nun; “*Bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir.*” hükmünü havi 303. maddesinin 4. fıkrasına karşı itiraz yoluna başvurulması üzerine AYM, hükümde *çocuk* ifadesi geçmemesine rağmen “*Türk Medenî Kanunu’nun 303. maddesinin dördüncü fıkrasının “çocuk” yönünden iptaline*” karar verilmiştir. Bkz. AYM; 15.03.2012 tarih ve 2011/116 E., 2012/39 K. sayılı karar, aynı yönde AYM; 24.12.2003 tarih ve 2002/43 E., 2003/103 K. sayılı karar. Anayasa Yargısında sınırlama sorununa ilişkin detaylı açıklamalar için Bkz. **ÖZKAYA, Kadir**; Sınırlama Sorunu ve “Davada Uygulanacak Kural” Kavramıyla İlişkisi, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 308 vd.; **SAĞLAM, Fazıl**; Anayasa Yargısının Bazı Sorunları, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 530 vd. Ancak biz bu çalışma kapsamında Prof. Gözler’in tercümesine sadık kalarak “en tant que” ifadesini “...dığı ölçüde” şeklinde kullanacağız.

reddetmiştir⁹¹. Söz konusu durumda aslında Conseil d’Etat’nın eksiklik sebebiyle kuralın tamamını iptal edebileceği (*l’annulation totale*) belirtilmektedir. Ancak davacının dava konusunu belirlerken, kararnamenin kısmi iptali formülasyonunu (*l’annulation partielle*) kullandığı, bu durumda talebin bölünebilir olmadığına karar verilmesi durumunda kısmi iptal kararı verilmeyeceğinden ve idari hakim talepten fazlasına hükmedip kuralın tamamını da iptal edemeyeceğinden davanın reddedildiği belirtilmektedir⁹².

Eksikliğin hukuka aykırı bulunduğu durumlarda ise, tam iptal talebinde bulunulduğu sürece Conseil d’Etat, eksiklik sebebiyle kuralın tamamını iptal etmiştir. Örneğin *Sieur Vigier* kararında, kamu görevlilerine ödenecek ikramiyeleri düzenleyen kararnamenin kapsamında belirli bazı görevlilerin bulunmaması sebebiyle ilgili düzenlemenin tamamını iptal edilmiştir⁹³.

Ancak Conseil d’Etat 2001 yılında vermiş olduğu *Vassilikiotis* kararında söz konusu tutumunu değiştirmiş ve eksik düzenlemelerin, ya da bir düzenleme kapsamındaki hukuka aykırı eksikliklerin (*l’omission illégale*) dava konusu edilen düzenleyici işlemin geri kalanından ayrılabilir nitelikte olduğunu⁹⁴ ve dolayısıyla sadece aşkın kapsamlı düzenleyici işlemlerin *bir hususu içerdiği ölçüde* (“*en tant que...*”) değil; eksik kapsamlı düzenleyici işlemlerin de (davanın konusuyla ilgili

⁹¹ CE, 04.03.1960, *Fédération nationale des industries chimiques*, aktaran **CORBEL**, *a.g.m.*, s. 141.

⁹² **CORBEL**, *a.g.m.*, s. 141.

⁹³ CE, 26.04.1978 *Sieur Vigier*, No 95730, aktaran **GUYOMAR/COLLIN**, *a.g.m.*, s. 1047. Eksik kapsamlı düzenleme iddiasına ilişkin olarak Conseil d’Etat’nın tespit edebildiğimiz ilk kararı 1922 tarihli *Dame Cachet* kararıdır. Söz konusu kararda, kira kayıpları için ödenecek mali yardımları düzenleyen bir kararnamenin kapsamında bazı gayrimenkullerin bulunmaması sebebiyle dava açılmıştır. Bkz. CE, 03.11.1922, *Dame Cachet*, aktaran **CORBEL**, *a.g.m.*, s. 140.

⁹⁴ **GUYOMAR/COLLIN**, *a.g.m.*, s. 1047.

olarak); *bir hususu içermediği ölçüde* (“*en tant que ne pas...*”) iptal davasına konu edilebileceğine karar vermiştir⁹⁵.

Söz konusu karara konu olayda Fransa Kültür ve Turizm Bakanlıkları tarafından çıkarılan ve müze ve ören yerlerinde rehberlik hizmeti sunacak kişilerin sahip olması gereken şartları düzenleyen kararnamede; “*Fransız eğitim kurumlarından alınmış diploma sahibi olmak*” şartı öngörülmüş; ancak diğer AB ülkelerinden alınmış diplomalara ilişkin herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Söz konusu hükme dayanarak Fransa makamları tarafından, Fransa’da rehberlik hizmeti sunmak isteyen diğer AB vatandaşları için rehberlik meslek kartı düzenlenmemiştir. Bunun üzerine açılan davada Conseil d’Etat, AB Anlaşması gereğince Fransa’nın AB üyesi ülke vatandaşları ile kendi vatandaşları arasında ayrımcılık yapamayacağını belirtmiş ve AB Anlaşmasının söz konusu kararname ile eksik uygulandığı sonucuna varmıştır⁹⁶.

Bu sebeple Conseil d’Etat dava konusu düzenlemenin kısmi iptaline kararı vermiştir⁹⁷. Bu karar ile Conseil d’Etat kısmi iptal formülünün eşitlik ilkesini ihlal eden eksik kapsamlı sınıflandırmalar açısından da uygulanabilir olduğuna karar vermiş ve sonraki kararlarında bunu teyit etmiştir. Conseil d’Etat sonraki kararlarında bir geçiş hükmünün bulunmaması sebebiyle ortaya çıkan eksik düzenlemeler açısından da kısmi iptal formülünün uygulanabilir olduğu sonucuna

⁹⁵ CE Ass., 29.06.2001, *Vassilikiotis* (www.legifrance.gouv.fr).

⁹⁶ AB Anlaşması’nın 49 ve 50. maddeleri, üye ülkelerin kendi vatandaşları ile diğer AB üye ülke vatandaşları arasında ayırım yapamalarını yasaklamaktadır. 21 Aralık 1988 tarih ve 89/48 sayılı ve 18 Haziran 1992 tarih ve 92/51 sayılı AB Direktifleri üye ülkelerin diğer AB ülkelerinden alınmış diplomaları tanınmasını öngörmektedir.

⁹⁷ “...annulé **en tant qu’il ne prévoit pas les conditions d’attribution de la carte professionnelle des personnels qualifiés pour conduire des visites dans les musées et monuments historiques aux personnes titulaires de diplômes d’autres Etats membres de l’Union européenne.** ”

varmış ve yeni yürürlüğe konulan düzenlemede bir geçiş hükmünün eksikliği durumunda yürürlük maddesinin tamamını değil, bir geçiş hükmünün bulunmaması ölçüsünde iptaline karar vermiştir⁹⁸. Fransız öğretisinde; bu gibi durumlarda, *düzenlemenin bir geçiş hükmü içermediği ölçüde iptaline* karar verildiğinden Conseil d'Etat'nın geçiş hükmü içermeyen eksik kapsamlı düzenlemenin haklı beklentileri ihlal etmeyen hükümlerinin uygulanmasına olanak tanıdığı belirtilmektedir⁹⁹.

Bu noktada, ilk defa *Vassilikiotis* kararı ile benimsenin ve eksik kapsamlı düzenlemelerin bir hususu içermediği ölçüde kısmen iptal edilmesi şeklindeki yaklaşım Fransa'da idari yargı alanında yeni perspektifler ve bu yenilikler ölçüsünde de bazı zorluklar ve tartışmalar yaratmıştır¹⁰⁰. Özellikle eksik kapsamlı bir düzenlemenin bir husus içermediği ölçüde kısmen iptal edilmesinin hukuka aykırı eksikliği nasıl gidereceği **(1)** ve söz konusu mahiyetteki bir iptal kararının idare tarafından uygulanmasına ilişkin tartışmalar **(2)** bu noktada önem taşımaktadır.

1. Kısmi İptalin Anlamı

Eksik kapsamlı düzenlemenin bir husus içermediği/kapsamadığı ölçüde iptal edilmesi durumunda, tıpkı Danıştay'ın virtüel düzenlemenin iptali formülünde olduğu gibi düzenlemenin mevcut kapsamının yürürlükte kalacağı ve düzenlemenin

⁹⁸ CE Ass., 24.03.2006, *Société KPMG et Société Ernest&Young et Autres*; CE Ass., 16.12.2005, *Groupement foncier des ventes de Nonant*; CE Ass., 28.06.2002, *Villemain*, (www.legifrance.gouv.fr).

⁹⁹ **FERRARI, Sébastien**; Sécurité juridique et droit administratif, Commentaire sous CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, RGD, *on line* 2008, (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=500).

¹⁰⁰ **DAMAREY, Stéphanié**; De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle: nouvelles perspectives contentieuses, Note sous *Vassilikiotis*, Petites Affiches, 24 Ekim 2001, s. 12.

mevcut kapsamına göre bir haktan istifade eden ilgililerin o hakkı kullanmaya devam edeceği genel olarak kabul edilmektedir¹⁰¹.

Zira tıpkı Danıştay'ın yaklaşımında olduğu gibi eksik kapsamlı düzenlemelerin kısmı iptaline ilişkin yaklaşımın temelinde yatan sebep; düzenlemenin tamamını iptal ederek mevcut kapsamın yürürlükten kalkmasını engellemektir¹⁰². Burada Conseil d'Etat'nın karşı karşıya olduğu zorluk; hukuka aykırılığın, pozitif bir düzenlemenin varlığından değil; bir düzenlemenin yokluğundan (*manque*) kaynaklanmasıdır. Nitekim Conseil d'Etat *Vassilikiotis* kararından sonra verdiği bazı kararlarda bu durumu açıkça belirtmiştir.

Örneğin Conseil d'Etat 2006 yılında verdiği *Société KPMG* kararıyla ilk defa; yeni tesis edilen bir düzenleyici işlemin eski düzenlemeye göre tesis edilen sözleşme ilişkilerini etkilemesi durumunda düzenlemenin bir geçiş hükmü öngörmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰³. Ancak bu durumda bir geçiş hükmünün eksikliği sebebiyle iptal edilmesinin yeni düzenlemeye göre tesis edilmiş bazı hakların kaybına sebep olacağını şerh düşmüş ve bu sebeple (her ne kadar davacı düzenlemenin tamamının

¹⁰¹ **LONG, Marceau/ WEIL, Prosper/ BRAIBANT, Guy/ DELVOLVÉ, Pierre/ GENEVOIS, Bruno;** Les grands arrêts de la jurisprudence administrative; Dalloz, 18. Baskı, 2011, s. 885.

¹⁰² **FRIBOULET, Amadis;** Le pouvoir d'injonction du juge administratif, Commentaire sous l'arrêt CE Ass., 29 juin 2001, Vassilikiotis, RGD, *online* 2008. Bkz. www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1924 (20.05.2015 tarihinde erişilmiştir).

¹⁰³ Düzenleyici işlemlerde değişiklik yapılma ihtiyacı ortaya çıktığında; hem değişiklikten etkilenecek ilgililerin beklentiye dayalı menfaatlerinin korunmasını temin edecek, hem de uyarlanma ilkesinin de etkisiyle bazen bir *yükümlülük* derecesinde ortaya çıkan değişikliğin yapılmasını sağlayacak ve bu iki çıkar arasında bir denge kuracak olan haklı beklentilerin korunması ilkesinin, bazı zorunlu haller dışında, yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesi sırasında *geçiş hükümlerine yer verilmesi* şeklinde somutlaştığı kabul edilmektedir. Öğretide de, hukuk güvenliği ve haklı beklentilerin korunması ilkelerinin hayata geçirilebilmesinde en önemli vasıtanın, düzenlemedeki ani değişikliklerde düzenleme alanına ve konusuna uygun geçiş hükümlerinin konulması olduğu belirtilmektedir. Bkz. **BÜLBÜL;** *Yürürlükten Kaldırma*, s. 43 vd; **RAIMBAULT, Philippe;** Recherche Sur La Sécurité Juridique en Droit Administratif Français, LGDJ, s. 77 vd.

iptalini talep etse de) düzenlemenin tamamının iptali yerine; “düzenlemenin bir geçiş hükmü içermediği ölçüde” kısmen iptaline (“...en tant qu’il ne comporte pas de mesures transitoires”) karar vermiştir¹⁰⁴.

Bu durumda düzenlemenin mevcut kapsamının yürürlükte olacağı; yukarıdaki örnekler açısından, Fransız diplomasına sahip olan kişilerin rehberlik ve turizm hizmetlerini kısmen iptal edilen söz konusu kararname kapsamında sunmaya devam edecekleri¹⁰⁵ ya da yeni yapılan düzenleme açısından haklı beklentileri ihlal edilmeyen kişiler hakkında bu düzenlemenin uygulanmaya devam edeceği belirtilmektedir¹⁰⁶.

Bu noktada öğretide, klasik olarak hakimın *red* ve *iptal* tercihleri dışında dava konusu edilen bir düzenlemenin “...olduğu ölçüde” (“*en tant que*”) iptal edilmesi şeklinde anlaşılmış olan¹⁰⁷ kısmi iptal imkanının; ilk defa¹⁰⁸ eksik kapsamlı düzenlemelerin “... olmadığı ölçüde” (“*en tant que ne pas*”) iptal edilmesi şeklinde de uygulanabileceğinin Conseil d’Etat tarafından tespit edildiği belirtilmektedir¹⁰⁹.

Dolayısıyla Conseil d’Etat’nın *kısmi iptal* formülü ile Danıştay’ın *eksik virtüel*

¹⁰⁴ CE Ass., 24.03.2006, *Société KPMG et Société Ernest&Young et Autres*, aynı yönde (www.legifrance.gouv.fr).

¹⁰⁵ FRIBOULET, *a.g.m.*

¹⁰⁶ LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS; *a.g.e.*, s. 885.

¹⁰⁷ Bkz. CE, 01.06.1979, *Association défense et promotion des langues de France*.

¹⁰⁸ Aslında Conseil d’Etat, “*en tant que ne pas*” şeklindeki kısmi iptal formülünü *Vassilikiotis* kararından önce uygulamıştır. Buna göre 1984 tarihli bir kararnamede Fransa Ordu Subayı Sınavı için 20% kadın kotası öngören bir kararnameye dayanarak Bayan Aldigé’nin ismi Fransa Savunma Bakanlığı tarafından sınav listesine alınmamış ve söz konusu kadarın iptal davasına konu edilmesi üzerine Conseil d’Etat, birel işlem niteliğindeki söz konusu listenin Bayan Aldigé’nin ismini içermediği ölçüde iptaline (“...annulé en tant qu’il ne comporte pas le nom de...”) karar vermiştir. Bkz. CE, 11.05.1998, *Melle Aldigé* (www.legifrance.gouv.fr). Bu bağlamda söz konusu kısmi iptal fomülü daha önce, eksik işlem ya da eksik kapsamlı işlem olarak ifade edilebilecek birel işlemler için kullanılmış olsa da düzenleyici işlemler için ilk defa *Vassilikiotis* kararında kullanılmıştır.

¹⁰⁹ FRIBOULET, *a.g.m.*

düzenlemenin iptali formülü arasında düzenlemenin mevcut kapsamının korunması açısından bir benzerlik bulunduğu belirtilebilir.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki eksik kapsamlı düzenlemelerin kısmi iptaline ilişkin olarak tartışılan diğer bir husus, söz konusu iptal ile birlikte hukuk düzeninin (*l'ordonnancement juridique/ordre juridique*) korunması noktasında ortaya çıkmaktadır. Öğretide bazı yazarlar eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptal edilmesinin hukuk düzenin öngörülebilirliği açısından daha avantajlı olduğunu; düzenlemenin bir hususu içermediği ölçüde iptal edilmesinin *aşırı soyut karakteri* (*caractere très abstrait*) gereği idare ve ilgili kişiler açısından öngörülemezlik doğuracağı savunulmaktadır¹¹⁰.

İptal üzerine kapsamda olmayan kişi ve konuların durumu açısından Danıştay'ın virtüel düzenlemenin iptali formülü ile Conseil d'Etat'nın kısmi iptal formülü arasında bazı farklılıkların bulunduğu göze çarpmaktadır. Fransız öğretisinde bu gibi durumlarda idarenin sukutunun ya da düzenlemedeki bir yokluğun iptal edildiği (*l'annulation du "vide"*)¹¹¹, bu durumda hakim, keyfiyeti kararına yansıtmaksızın, dava konusu edilen düzenlemeyi tadil ettiği (*modification*) savunulmaktadır¹¹². Ancak genel olarak düzenleme kapsamında olmayan kişilerin kapsama girmesi hususunda asıl görevin idarede olduğu ve idarenin düzenleme yapması gerektiği belirtilmektedir. Nitekim *Vassilikiotis* kararının hüküm fıkrasında Conseil d'Etat idarenin karardaki gerekçelere uygun şekilde makul bir süre içinde düzenleme yapma yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir.

¹¹⁰ GUYOMAR/COLLIN, *a.g.m.*, s. 1047, 1048.

¹¹¹ GUYOMAR/COLLIN, *a.g.m.*, s. 1048.

¹¹² FRIBOULET, *a.g.m.*

Ancak öğretide ifade edilen bir görüşe göre, örneğin *Vassilikiotis* kararında, düzenlemenin bir hususu içermediği ölçüde kısmen iptal edilmesi durumunda hakim idareye, eksik kapsamlı düzenlemedeki hukuka aykırılığı yeni düzenleme çıkarılana kadar örtbas etmemesi için, kapsamda olmayanlar açısından sınırlamayı devam ettirmeme noktasında bir yasak koyar¹¹³. Bu durumda, kısmi iptal kararından sonra eksikliği tamamlayan yeni düzenleme yapılana kadar idare, kapsamda olmayan kişiler açısından tesis edilen birel işlemlerde, henüz eksikliği giderici yeni düzenleme yapılmadığı gerekçesiyle, hakkın verilmemesi yoluna gidemeyecek ve yeni düzenleme yapılana kadar birel işlem bazında ilgililer o haktan yararlanmaya başlayacaklardır¹¹⁴.

Bu durumda sonuç olarak, her ne kadar Conseil d'Etat'nın kısmi iptal formülü ile Danıştay'ın Virtüel düzenlemenin iptali formülü arasında, düzenlemenin eksik kapsamı sebebiyle elde edilemeyen bir hakkın elde edilmesi açısından, aynı sonuç doğsa da; Danıştay bir hakkın verilmemesi şeklindeki virtüel düzenlemeyi iptal ederek **bir yasağı kaldırmakta**, Conseil d'Etat ise, eksik kapsam sebebiyle

¹¹³ FRIBOULET, *a.g.m.*

¹¹⁴ Nitekim *Vassilikiotis* kararının ilgili kısmında Yüksek Mahkeme tarafından eksiklik tamamlanana kadar somut olayın özelliklerine göre kapsamda olmayan ilgililere hakkın verileceği şu şekilde hüküm altına alınmıştır; “*Considérant, d'autre part, que, dans l'attente que cette réglementation complémentaire soit édictée, l'annulation prononcée par la présente décision a nécessairement pour effet d'interdire aux autorités nationales d'empêcher l'exercice, par un ressortissant communautaire, de la profession de guide dans les musées et monuments historiques au motif qu'il ne posséderait pas les titres et diplômes requis par le décret du 15 juin 1994 et l'arrêté du 15 avril 1999 ; qu'il appartient aux autorités compétentes, jusqu'à ce que l'arrêté du 15 avril 1999 ait été complété dans les conditions exposées ci-dessus, de délivrer aux ressortissants communautaires qui en font la demande, une carte professionnelle, en décidant, au cas par cas, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les titres et les diplômes présentés peuvent être considérés comme offrant, du point de vue des intérêts généraux que l'article 13 de la loi du 13 juillet 1992 a pour objet de sauvegarder, des garanties équivalentes à celles qui résultent de la possession des titres et diplômes français*” Bkz. CE Ass., 29.06.2001 *Vassilikiotis* (www.legifrance.gouv.fr).

kapsamda olmayanlar açısından sınırlamayı devam ettirmeme noktasında **idareye bir yasak koymaktadır.**

Bu noktada hakimin, kapsamda olmayan ilgililere bir hak vermeyen sanal bir düzenlemeyi iptal etmediği; eksikliği tamamlama ya da giderme açısından idareye kararın nasıl uygulanacağına ilişkin bir rehberlikte bulunduğu (*guide de l'exécution*) belirtilmektedir¹¹⁵. Hatta bazı yazarlar, iptal kararının idareyi eksikliği tamamlayıcı düzenleme yapmaya sevkeden karakteri (*caractère incitatif*) gereği; eksik kapsamlı düzenlemenin kısmen iptal edilmediği, idare kapsamı tamamlayıcı yeni düzenleme yapana kadar şartlı iptal edildiğini (*l'annulation conditionnelle*) savunulmaktadır¹¹⁶.

Nitekim, hakimin kısmi iptal ile sadece eksikliğin hukuka aykırılığına işaret ettiği; kısmi iptal edilen düzenlemenin kapsamında olmayan kişilerin düzenlemenin kapsamına girmesinde temel rolün idare üzerinde olduğu Fransız öğretisinde ağırlıklı olarak kabul edildiğinden *Vassilikiotis* kararı, baskın bir şekilde yargısal emir ve idarenin eksik kapsamlı düzenlemelerde verilen kısmi iptal kararını nasıl uygulacağı ekseninde tartışılmaktadır¹¹⁷.

2. Yargısal Emir (*Injonction*) Bağlamında Kısmi İptalin Uygulanması

Daha önce de ifade edildiği gibi *Vassilikiotis* kararının (1) numaralı hüküm fıkrasında Conseil d'Etat, idarenin iptal kararının gerekçesinde gösterilen hususları

¹¹⁵ GUYOMAR/COLLIN, *a.g.m.*, s. 1048.

¹¹⁶ DAMAREY, *a.g.m.*, s. 13.

¹¹⁷ Bkz. DAMAREY, *a.g.m.*, s. 13; GUYOMAR/COLLIN, *a.g.m.*, s. 1048 vd.; FRIBOULET, *a.g.m.*

dikkate alarak eksikliği tamamalama yükümlüğü altında olduğuna karar vermiştir¹¹⁸. Hüküm fıkrasında belirtilmese de kararın gerekçe kısmında; *söz konusu kısmi iptal kararının makul bir süre içerisinde (“dans un délai raisonnable”) idareye eksik düzenlemeyi tamamlayıcı yeni bir düzenleyici işlem tesis etmesini gerektirdiği* belirtilmiştir¹¹⁹.

Conseil d’Etat tarafından karara açıkça şerh düşülen bu hususlar, tıpkı Danıştay’ın eksik kapsamlı düzenlemelerin iptaline ilişkin verdiği bazı kararlarda olduğu gibi, *injonction* kurumu noktasında bazı tartışmalar doğmasına sebep olmuştur. Öğretide ilk olarak söz konusu içerikteki bir kararın idarenin iptal kararlarının sonuçlarını zaman bakımından sınırlayıp sınırlamadığı, diğer bir ifadeyle makul bir süre boyunca iptal kararının sonuçlarını erteleyip ertelemediği tartışılmıştır¹²⁰. Bazı yazarlar tarafından söz konusu kararın iptalin sonuçlarını zaman bakımından sınırlandırılması anlamı taşıdığı belirtilmektedir¹²¹. Ancak bu tartışma Conseil d’Etat’nın 2004 yılında verilen *Association AC!* kararıyla kesin bir sonuca bağlanmıştır.

¹¹⁸ “*Cette annulation comporte pour l’Etat, les obligations énoncées aux motifs de la présente décision.*”

¹¹⁹ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir; “*Considérant, d’une part, que la présente décision a nécessairement pour conséquence que les autorités compétentes sont tenues de prendre, dans un délai raisonnable, les mesures prévues par le décret du 15 juin 1994 modifié pour l’attribution des cartes professionnelles aux ressortissants communautaires qui ne possèdent pas un titre ou diplôme français ; qu’il leur incombe, notamment, de prévoir un système d’équivalence ou de déterminer les conditions permettant, conformément aux exigences des règles du droit communautaire relatives à la liberté de prestation de services, de s’assurer que les titres ou diplômes délivrés dans d’autres Etats membres présentent des garanties équivalentes à celles exigées par le droit national français...*” Bkz. CE Ass., 29.06.2001 *Vassilikiotis* (www.legifrance.gouv.fr).

¹²⁰ GUYOMAR/COLLIN, *a.g.m.*, s. 1048 vd.

¹²¹ Bkz. LAFERRIÈRE, Edouard; *Traité de la juridiction administrative*, C.2 s.541. İdari hakimın iptal kararının sonuçlarını zaman bakımından sınırlama yetkisine ilişkin tartışmalar ileride detaylıca anlatılacaktır.

Kararın hüküm fıkrasında açıkça bir *injonction* yer almasa da hüküm fıkrasına düşülen şerh ile gerekçedeki açıklamaların tipik bir *dolanmalı injonction* (*l'injonction prétorienne*)¹²² niteliğinde olduğu belirtilmektedir¹²³. Türk idare hukuku öğretisinde de eksik düzenlemenin iptali formülü ile verilen iptal kararlarının bir *injonction* niteliğinde olduğu bazı yazarlar tarafından belirtilmektedir¹²⁴.

Eksik kapsamlı bir düzenleyici işlemin *bir husus içermediği ölçüde* iptal edilmesi durumunda, idarenin kısmi iptal kararını uygulamak için kapsamda olmayanları yeniden kapsama almak dışında bir tercihi bulunmadığı kabul edilmektedir¹²⁵. Türk idare hukukunda da bazı yazarlar eksik virtüel düzenlemenin iptali durumunda idarenin kararı uygulamak için eksikliği tamamlayıcı nitelikte yeni bir düzenleme yapmak zorunda olduğu¹²⁶ ve *eksikliği gideren yeni düzenleme yapılana kadar ilgililerin bu haktan istifade edemeyecekleri* belirtilmektedir.

Eksik kapsamlı düzenlemenin iptali durumunda iptal kararının geçmişe yürümesine ilişkin tartışma büyük önem taşımaktadır. Eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptal edildiği durumlarda (eğer davacı bir önceki düzenlemede de kuralın kapsamda değilse), hiçkimsenin kuralın kapsamında olmadığı bir önceki hukuki durum ortaya çıkmaktadır. Bu durumda iptal kararının geçmişe etkili olmasının bir sonucu olarak iptal edilen düzenleyici işlemin hiç tesis edilmemiş sayılması,

¹²² “*injonction prétorienne*” kavramı aslında “*kanunda olmayan ve içtihatla geliştirilen yargısal emir*” anlamına gelmektedir. “*injonction prétorienne*” kavramının detayı için bkz. **BROYELLE, Camille**; De l’injonction légale à l’injonction prétorienne: le retour du juge administrateur, DA, 2004, C. 6, s. 8 vd.

¹²³ **FRIBOULET, a.g.m.**

¹²⁴ **KARAHANOGULLARI**; *Yasallık*, s. 96.

¹²⁵ **FRIBOULET, a.g.m.**

¹²⁶ **CANDAN, Turgut**; İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, İdari Yargı Paneli, Mersin, 10-12 Nisan 2003, Şen Matbaa, s. 228.

kapsamda olmayan kişi için bir fark doğurmayacak, örneğın davacı düzenlemedeki eksik kapsam sebebiyle kaybı olduğunu düşündüğü parasal hakları alamayacaktır.

Örneğın, mali hakları düzenleyen Bakanlar Kurulu kararnamesinin ilgili maddesinin eksik düzenleme sebebiyle iptalinin talep edildiğı bir davada Danıştay tetkik hakimi eksik düzenleme sebebiyle geçmişe dönük tazminat talepleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir; *“Açıklanan nedenlerle davanın kabulüyle Bakanlar Kurulu Kararı eki Kararnamenin 1. maddesinin eksik düzenleme sebebiyle iptal edilmesi halinde yeni bir düzenleme gerekeceğinden tazminat talebi hakkında bu aşamada karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...gerektiğı düşünölmektedir.”*¹²⁷

Ancak eksik virtüel düzenlemenin iptali durumunda bir hakkın verilmemesi doğrultusunda bir virtüel düzenleme iptal edildiğinden düzenlemenin tesis edildiğı tarihten itibaren sanki o virtüel düzenleme hiç olmamış gibi iptal kararı uygulanacaktır.

Belirtmek gerekir ki, eğer üst hukuk normu idareye, bir hususu uygulama, yani bir hakkı verme noktasında bir takdir yetkisi vermişse¹²⁸; idarenin ilgili düzenlemeyi tesis etmesi açısından bir takdir yetkisi söz konusu olsa da; o düzenlemenin kapsamının eşitlik ilkesine uygunluğu açısından herhangi bir takdiri

¹²⁷ Bkz. Danıştay 11. Daire; 19.11.2004 tarih ve 2002/2134 E., 2004/4637 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

¹²⁸ Ör. 399 sayılı KHK; Md. 34/a; *“Teşebbüslerde, bağılı ortaklıklarda ve bunları temsilen iştiraklerde teşebbüs mensupları ile kamu görevlilerinden ve dışarıdan atanan veya seçilen bütün yönetim ve danışma kurulu başkan ve üyeleri, denetçi ve tasfiye kurulu üyelerine, her yıl Yüksek Planlama Kurulu'nca belirlenen miktarda aylık ücret ve diğeri ödemeler yapılabilir.”*

bulunmamaktadır¹²⁹. Bu durumda bir hakkın verilmesine dayanak olan eksik kapsamlı düzenleyici işlemin mevcut kapsamı, eksik virtüel düzenlemenin iptali formülü ile, (eksik kapsamıyla) ayakta tutulduğu sürece kapsamda olmayanlara da o hak verilmek zorunda kalınacaktır¹³⁰. Dolayısıyla bu gibi durumda eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptal edilmesi daha uygun olacaktır. İptal kararı üzerine idare, (üst

¹²⁹ Ör. Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nda denetçi olarak çalışan davacının Yüksek Denetleme Kurulu mensuplarının mali haklarına ilişkin düzenleyici işlemin sadece denetim kurulu üyelerine ek ücret ödenmesini öngördüğü, bu hükmün denetçileri kapsamaması sebebiyle eksik düzenleme içerdiğinden bahisle açmış olduğu davada iptal kararı verilmiştir. Bkz. Danıştay 11. Dairesi; 13.04.2009 tarih ve 2007/13899 E. 2009/3827 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır). Bu karar üzerine idare düzenlemenin kapsamını tamamlamamış, bilakis düzenlemeyi tamamen yürürlükten kaldırmıştır. Söz konusu yürürlükten kaldırma işlemine karşı açılan iptal davası ise idarenin takdir yetkisi gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Bkz. İDDK; 2011/721 E., 2011/1225 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); *"Yüksek Disiplin Kurulu mensuplarına ek ücret ödenmesine ilişkin düzenleme yapma konusunda idareye bir takdir yetkisi verildiği; iptal kararı üzerine idarenin bu takdir yetkisini ödeme yapma doğrultusunda kullanması durumunda eşitlik ilkesine uygun olarak denetçileri de kapsayan bir düzenleme yapması gerektiği, ancak bu takdir yetkisinin hiç ödeme yapmamak şeklinde de kullanılabileceği..."*

¹³⁰ Bkz. Danıştay 11. Daire; 19.02.2003 tarih ve 2000/10901 E., 2003/739 K. sayılı karar (www.kazanci.com); *"4059 sayılı Yasanın Ek 1. maddesinde, sözü edilen müsteşarlıklar ile Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü personeline "ek ödeme yapılabilir" ibaresi yer aldığından; bu kapsamdaki personele ek ödeme yapılıp yapılmayacağı hususunda idareye takdir yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır. Ancak idarece bu yetki kullanılmak suretiyle bir düzenleme yapılırken veya bu düzenleme uygulanarak bireysel işlem tesis edilirken, başka bir anlatımla düzenleyici kural kişiye uygulanmak suretiyle işlem somutlaştırırken, anılan yetkinin objektif esaslar içinde kullanılması, hukuk kurallarını ve hukukun genel esaslarını da ihlal etmemesi gerekmektedir. Olayda ise, 4059 sayılı Yasanın Ek 1. maddesi hükmü uyarınca ilgili bakanlıklarca söz konusu ek ödemeye ilişkin olarak yürürlüğe konulan "Usul ve Esaslar"la Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığının bütün personeli için ek ödeme öngörüldüğü halde, bu düzenlemede, ek ödemeden yararlanacaklar; Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü personeli bakımından Daire Başkanları ile 1. Hukuk Müşaviriyle sınırlı tutularak eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı, böylece yasayla verilen takdir yetkisinin objektif esaslara aykırı kullanılması yanında, hukuk kurallarına ve hukukun genel esaslarına da uygun tesis edilmediği görülmektedir...idarece 4059 sayılı Yasanın Ek 1. maddesi kapsamında bulunan ve aralarında herhangi bir hukuksal farklılık bulunmayan personelin bir kısmı için ek ödeme öngörülmemek suretiyle belirlediği "Usul ve Esaslar" gerekçe gösterilerek davacıya ek ödeme yapılmamasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır."*

hukuk normunun kendisine tanıdığı takdir yetkisi sebebiyle) hiçbir düzenleme yapmayacağı gibi, eksikliği tamamlayıcı yeni bir düzenleme de yapabilir¹³¹.

Ancak üst hukuk normu idarenin belirli doğrultuda bir düzenleme yapmasını öngörüyorsa, bu durumda eksik düzenlemenin iptaline karar verilmesiyle birlikte idare eksikliği tamamlayacak yeni bir düzenleme yapmak zorunda kalacaktır¹³². Bu durumda idarenin kanunu uygulama yükümlülüğünün yanına, mahkeme kararını uygulama yükümlülüğü de eklenmektedir¹³³.

III. Sonuçları Ertelenmiş İptal Kararı Formülü

Daha önce de ifade edildiği gibi, bir kuraldaki eksikliğin tespit edilmesi ile birlikte kapsamda olmayan ilgililer, (idare yeni bir düzenleme yapana kadar) kapsama giremediği gibi, hukuka uygun olarak bir haktan istifade eden ilgililer de eksik kapsamlı düzenleme sebebiyle verilen iptal kararı ile (iptal kararının geçmişe etkili olmasından dolayı) düzenlemenin kapsamından çıkmaktadırlar. Düzenlemenin hukuka uygun olan mevcut kapsamının ya da bu kapsamında bulunan ilgililerin haklarının, iptal kararının gerekçesine göre eksikliği giderici nitelikte yeni düzenleme yapılana kadar korunmasının sağlanamaması, iptal kararının geçmişe etkili olmasına ilişkin (*rétroactivité*) içtihattan kaynaklanmaktadır¹³⁴.

¹³¹ Anayasa yargısında da eksiklik sebebiyle kuralın iptal edildiği durumlarda, *kuralı hukuka uygun bir kapsamla yeniden yürürlüğe sokmak ya da sokmamanın* kanunkoyucunun takdirine bağlı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Karşıoy, AYM; 24.11.1987 tarih ve 1987/24 E., 1987/32 K. sayılı karar; Karşıoy, AYM; 14.11.1990 tarih ve 1990/5 E., 1990/28 K. sayılı karar (<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>).

¹³² KARAHANOĞULLARI; *Yasallık*, s. 96.

¹³³ KARAHANOĞULLARI; *Yasallık*, s. 97.

¹³⁴ ULER; *a.g.e.*, s. 25 vd.

Zira söz konusu içtihadı göre, dava konusu edilen bir düzenleyici işemin iptali ile birlikte düzenleme tesis edildiği andan itibaren hiç yapılmamış sayıldığından ve işlemin tesisinden önceki hukuki durum geri geleceği kabul edildiğinden, eksiklik sebebiyle düzenlemenin tamamı iptal edildiğinde, yeni düzenleme yapılana kadar hiç kimsenin bir haktan yararlanmadığı önceki hukuki durum mevcut olmaktadır.

Kuşkusuz söz konusu içtihat, iptal davasına teorik bir tutarlılık sağladığı gibi aynı zamanda ilgililerin hukuki himayesini sağlamakta ve hukuk düzenini etkin bir şekilde muhafaza etmektedir¹³⁵. Ancak öyle bazı durumlar bulunmaktadır ki, özellikle eksik düzenleme sebebiyle düzenleyici işlemin bir bölümü ya da tamamı iptal edildiğinde, düzenlemedeki eksiklik giderilmediği gibi, iptal kararının geçmişe etkili olması ilkesinin yukarıda bahsedilen fonksiyonlarının tam tersine, kamu düzenini olumsuz etkileyen veya kamu yararını ihlâl eden sonuçlar doğabilir, hatta bu durum davacıların da aleyhine olabilecek bazı sorunlara da yol açabilir ¹³⁶.

Nitekim kanunlardaki düzenlemelerin kapsamının eksik olduğu iddiasına dayalı olarak iptal davası ve itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen eksik kapsamlı kanuni düzenlemeye dayalı Anayasaya aykırılık iddialarında benzer usul sorunuyla karşılaşan Yüksek Mahkeme bu gerekçeyle söz konusu başvuruları reddetmekteydi. Örneğin hazine avukatlarına yol tazminatı ödeneceğini öngören Harçlar Kanunu'nun 34. maddesinin diğer kamu avukatlarını kapsamadığı

¹³⁵ **ULER**, *a.g.e.*, s. 13 vd.

¹³⁶ Ör. 2010 yılı ALES Kılavuzu'nun bazı maddelerinde *“başı açık olarak sınava girilmemesi halinde sınavın geçersiz sayılacağı şeklindeki ibarelerin yer almaması nedeniyle eksik düzenleme yapıldığı”* gerekçesiyle Kılavuzun tamamının iptal edilmesi durumunda sınavın yürütülmesinin hukuki dayanağı ortadan kalkacağından davacının da sınava giremeyeceği bir hukuki durum doğabilir. Bkz. Danıştay 8. Daire; 12.1.2011 tarih ve 2010/8496 E., sayılı karar (www.kazanci.com). Ya da bir düzenleyici işlem değişikliği üzerine haklı beklentileri koruyucu nitelikte geçiş hükmü öngörülmemesi sebebiyle tüm düzenleyici işlemi etkileyecek şekilde yürülük maddesinin iptali üzerine, düzenlemenin ilgilinin lehine olan bazı hükümleri de uygulanamayacaktır.

gerekçesiyle eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiası ile Danıştay 5. Dairesi tarafından itiraz yoluna başvurulması üzerine Anayasa Mahkemesi şu gerekçelerle iptal talebini reddetmiştir;

“...düzenlemenin özelliğinden kaynaklanan nedenler, inceleme konusu hükmün iptal edilmesi halinde bile, iptal isteminin hukuksal dayanağını oluşturan adaletsizliği gidermiş olmayacaktır. Bu durumda, Hazine avukatları dışındaki kamu avukatları yol tazminatından yine yararlanamayacaklar, üstelik Hazine avukatları yasayla kendilerine tanınan ve ileride öteki kamu avukatlarının da yararlandırılmalarına kesinlikle engel teşkil etmeyen ekonomik bir haktan yoksun kılınmış olacaklardır.¹³⁷”

Ancak Yüksek Mahkeme eksik düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulduğu sonraki kararlarında, düzenlemenin Anayasa’ya uygun olan mevcut kapsamının iptal edilmesi halinde hukuki boşluk doğacağını belirtmekte ve kanundaki eksikliğin tamamlanarak hukuki boşluğun doldurulabilmesine imkân tanımak için de, iptal kararının yürürlüğe gireceği günü belirleme yetkisine¹³⁸ dayanarak ileriye etkili iptal kararı vermektedir. Bu durumda kapsamında eksiklik bulunan kanuni düzenlemenin mevcut kapsamına belirli bir süre daha hukuki geçerlilik tanımak suretiyle hem

¹³⁷ AYM; 24.11.1987 tarih ve 1987/24 E., 1987/32 K. sayılı karar. Aynı yönde; AYM; 27.09.1988 tarih ve 1988/9 E., 1988/28 K. sayılı karar; AYM; 27.09.1988 tarih ve 1988/16 E., 1988/29 K. sayılı karar (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>).

¹³⁸ Ay. md. 153; “...**Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir.** Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.”

kapsamda olanların hakları korunmuş hem de kanunkoyucuya eksikliğin tamamlatılması için bir süre verilmiş olmaktadır¹³⁹.

Ancak idari yargı mercileri de, tıpkı anayasa yargısında olduğu gibi, hukuka aykırı düzenlemeleri iptal ederek objektif hukuk düzenini koruma fonksiyonu icra etmesine rağmen, anayasa yargısında söz konusu sorunun çözümü için gerekli olan muhakeme usulü pozitif olarak öngörülmüşken, gerek ülkemiz gerekse Fransa idari yargılama usulünde söz konusu müesseseye benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yukarıda da detaylı ifade edildiği gibi Anayasa yargısında ve idari yargıda eksiklik sebebiyle normun tamamının iptaline karar verilmesi durumunda ortaya çıkan sorunlar birbirine benzemektedir. Bu bağlamda ilk olarak Conseil d'État'nın iptal kararının etkilerinin zaman bakımından sınırlanması formülasyonunun eksik kapsamlı düzenlemeler açısından incelenmesi (A), ardından bu içtihadın Türk idare hukukunda uygulanabilirliğinin tartışılması (B) gerekmektedir.

A. İptal Kararının Etkilerini Zaman Bakımından Sınırlanması ve Bu Sınırlamanın Eksik Kapsamlı Düzenlemelere Uygulanabilirliği

Conseil d'Etat, düzenleyici işlemin iptali üzerine doğacak hukuki boşluktan kaynaklanan sorunların çözümü için, iptal kararlarının geçmişe etkisine ilişkin sonuçlarını zaman bakımından esnetme yoluna gitmiş ve buna ilişkin ölçütleri 11

¹³⁹ Bkz. AYM; 18.11.1995 tarih ve 1995/54E., 1995/59 K. sayılı karar, AYM; 07.02.2008 tarih ve 2005/38 E., 2008/53 K. sayılı karar, AYM; 15.10.2009 tarih ve 2006/124 E., 2009/146 K. sayılı karar, AYM; 10.07.2013 tarih ve 2012/104 E., 2013/87 K. sayılı karar. (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>)

Mayıs 2004 tarihli *Association AC!* kararında ortaya koymuştur¹⁴⁰. Karara konu uyuşmazlıkta, Fransa Çalışma Bakanlığı'nın, işsizlik sigorta primlerine ilişkin düzenleyici işlemine karşı iptal davası açılmış, Conseil d'Etat düzenlemelerin iptaline karar vermiş; ancak, iptal kararının geçmişe etkili olmasının sosyal güvenlik sistemini olumsuz etkileyeceği, birçok yeni uyuşmazlık doğuracağı ve davacıların da aleyhine bazı sonuçlar yaratacağı gerekçesiyle, iptal kararının karar tarihinden itibaren sonuç doğurmasına, kararın bazı kısımları açısından ise, hukuka uygun düzenlemelerin yapılması için kararın idareye tebliğinden itibaren iki ay sonra sonuç doğurmasına karar vermiştir¹⁴¹.

Bu bağlamda; Conseil d'Etat, iptal kararının etkisini zaman bakımından sınırlama yetkisini tespit ederken ortaya koyduğu ölçüte göre iptal edilen işlemin uygulanmış olduğu ve sonuçlarının da mevcut olduğu gerçeği karşısında, iptal kararının geçmişe dönük etkisinin neticesinde; *açıkça aşırı sonuçlar (consequences manifestement excessives)* doğuracağı ortaya çıkarsa ve o işlemin ayakta tutulmasında mündemiç bir kamu yararı varsa o işlem geçici bir süre yürürlükte tutulabilir. Bu durumda dava konusu işlemin ileriye etkili iptali açısından söz konusu olan çeşitli kamu ve özel yararlar ile etkin yargısal koruma ilkesi arasında bir denge oluşturulacaktır¹⁴². Özellikle iptal kararının geçmişe etkili olmasının iptalden istenen

¹⁴⁰ CE Ass., 11.05.2004, *Association AC! et autres*, aktaran **LONG/WEIL/BRAIBANT/DEVOLVÉ/GENEVOIS**; *a.g.e.*, s. 864.

¹⁴¹ Kararın detaylı değerlendirmesi için bkz. **KAPLAN**, *a.g.m.*, s. 32.

¹⁴² **LONG/WEIL/BRAIBANT/DEVOLVÉ/GENEVOIS**; *a.g.e.*, s. 869; **STAHL, Jacques Henri/COURRÈGES, Anne**; La modulation dans le temps des effets d'une d'annulation contentieuse, RFDA 2004, s. 455, 456.

amacı sağlamayacağı yani *ters etki* (*conséquences préjudiciables*) doğuracağı durumlarda bu yetkiye başvurulmaktadır¹⁴³.

İdari hâkime iptal kararlarının sonuçlarının zaman bakımından sınırlanması yetkisinin tanınmasının altında yatan temel amaçların; iptal kararı üzerine doğacak muhtemel bir hukuki boşluğu engellemek, iptal kararının uygulanabilirliğini kolaylaştırmak, iptal edilen düzenleyici işleme dayalı olarak tekemmül etmiş ya da etmekte olan hukuki işlem ve ilişkilerin yıkıma uğramasını engellemek¹⁴⁴ olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁵. Bu amaçların gerçekleşmesi için iptaline hükmedilmiş düzenleyici işlemin¹⁴⁶ bir süre daha hukuki mevcudiyetine müsaade edilmektedir. Dolayısıyla, hukuka aykırılığı tespit edilerek iptaline karar verilen düzenleyici işlemin iptal edildiği tarihten önceki sonuçlarına hukuki geçerlilik tanınmakla birlikte, bazı durumlar için iptal kararından sonra dahi işlemin bir süre daha yürürlükte kalmasına izin verilmiş olmaktadır. Böylece, iptal kararı geçmişe etkisinden yoksun kılınarak iptaline karar verilen düzenleyici işleme dayalı olarak

¹⁴³ KAPLAN, *a.g.m.*, s. 32.

¹⁴⁴ LANDAIS, Claire/LENICA, Frédéric; La modulation des effets dans le temps d’une annulation pour excès de pouvoir, AJDA 2004, s. 1183.

¹⁴⁵ Düzenleyici işlemlerin iptalinin geçmişe etkili sonuç doğurması bazı durumlarda o derece ağır sonuçlar doğurmaktadır ki, bu gibi durumlarda kanunkoyucu devreye girme ihtiyacı hissetmekte ve öğretide *validasyon kanunu* (“*la loi de validation*”) olarak isimlendirilen bir kanun ile iptal kararının geçmişe etkisini sınırlayarak iptalden önce tesis edilen hukuki ilişkilere geçerlilik tanımaktadır. Öğretide *Association AC!* kararı ile birlikte artık kanunkoyucu tarafından çıkarılan ve Anayasaya aykırılığı bir tartışma konusu teşkil eden validasyon kanunlarının sebeplerinin bu formül ile giderileceği belirtilmektedir. Bkz. LONG/WEIL/BRAIBANT/DEVOLVÉ/GENEVOIS; *a.g.e.*, s. 872; Validasyon kanunlarına ilişkin detaylı bilgi için Bkz. ULUSOY, Ali; Prof. Dr. Ali Ulusoy’un Konuşması, İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu, Ankara 2012, TBMM Basımevi, s. 22.

¹⁴⁶ Öğretide, idari yargı mercilerinin iptal kararının sonuçlarının zaman yönünden sınırlanması yetkisinin düzenleyici işlemler için ağırlıklı olarak kullanılmakla birlikte, birel işlemler için de geçerli olduğu belirtilmektedir. Bkz. LONG/WEIL/BRAIBANT/DEVOLVÉ/GENEVOIS; *a.g.e.*, s. 872.

tesis edilen hukuki işlem ve ilişkiler korunmakta ve idareye düzenleyici işlemin iptali ile oluşabilecek muhtemel hukuki boşluğu giderme imkânı tanınmış olmaktadır.

Dolayısıyla ileriye etkili iptal formülasyonu, sadece normun kapsamındaki eksiklik sebebiyle değil; aynı zamanda iptal edilen normun tamamının hukuka aykırı olduğu durumlarda da geçerli olacaktır. Yani Conseil d'Etat eksik düzenlemenin iptalinden doğan sorunlara da çözüm üreten, ancak iptal kararının geçmişe etkili olmasının doğurduğu tüm problemleri çözmeye matuf genel bir içtihat geliştirmiştir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki eksik düzenlemelerin iptali durumunda doğan hukuki boşluk açısından ertelenmiş iptal kararı formülü kullanılsa da, hakimin iptal kararının etkilerini zaman yönünden sınırlama yetkisi sadece ertelenmiş iptal kararı ile sınırlı olarak kabul edilmemektedir. Buna göre hakimin, iptaline karar verdiği düzenlemenin karardan önce gerçekleşmiş olan sonuçlarının bir kısmının ya da tamamının iptalden etkilenmeyeceğine karar verebileceği¹⁴⁷; ya da iptalin geçmişe etkisini tamamen ortadan kaldırmak yerine, iptalin geçmişe etkisinin karar tarihinden geçmişe doğru belli bir tarihe kadar şamil olmasına karar verilebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁸. İleriye etki açısından ise, kararın tebliği tarihinden itibaren¹⁴⁹; ya da hakim tarafından belirlenen ileri bir tarihten itibaren¹⁵⁰; veya kararın tebliğ tarihinin

¹⁴⁷ CE, 21.11.2008, No 305292, aktaran **KAPLAN**; *a.g.m.*, s. 34, 35.

¹⁴⁸ Bkz. CE, 17.12.2010, No 3110195, (<http://www.legifrance.gouv.fr/>)

¹⁴⁹ CE, 17.06.2011, No 324816, aktaran **KAPLAN**; *a.g.m.*, s. 34, 35.

¹⁵⁰ CE, 27.10.2006, *Société Techna*; CE, 27.05.2011, No 337369 (<http://www.legifrance.gouv.fr/>).

üzerinden geçecek belirli bir süreden itibaren¹⁵¹ sonuç doğurmasına hükmedebileceği de kabul edilmektedir¹⁵².

Yani, Conseil d'Etat'nın *Association AC!* kararı ile geliştirdiği içtihadı göre; hakimin, iptal kararının geçmişe etkisi ile ileriye etkisi arasında bir zaman diliminde iptal kararının etkisini sınırlayabileceği kabul edilmektedir. Bundan dolayı *Association AC!* kararı ile geliştirilen formül için; “*ileriye etkili iptal*” (“*annulation pour l'avenir*”) ya da “*ertelenmiş iptal*” (“*annulation différée*”) yerine, tüm sınırlama aralığını ifade eden “*iptal kararının etkilerinin zaman yönünden sınırlandırılması*” (“*la modulation des effets dans le temps de l'annulation pour excès de pouvoir*”) ifadesi kullanılmaktadır¹⁵³. Ancak düzenlemenin eksiklik sebebiyle iptali durumunda ortaya çıkan hukuki boşluğun giderilmesi açısından iptal kararının etkisinin zaman yönünden sınırlandırılması sadece ileriye etkili iptal ya da ertelenmiş iptal kararı ile mümkün olacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi özellikle eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptal edildiği bazı durumlarda iptal kararından beklenen amaç (hukuka aykırılığı giderme ve kapsama girme) sağlanmamakta; hatta kapsamı hukuka uygun olan bir normun iptal edilmesi gibi bir *ters etki* ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda Conseil d'Etat, eksik kapsamlı düzenlemelerin iptal edildiği durumlarda, iptal kararının

¹⁵¹ CE., 19.12.2008, *Pôles de l'instruction*, aktaran **KAPLAN**; *a.g.m.*, s. 34, 35.

¹⁵² Öğretide *Association AC!* kararına getirilen iki temel eleştiri bulunmaktadır. Bunların başında, söz konusu içtihadın iptal davasının objektif niteliğine uymadığı gelmektedir. Conseil d'Etat, iptal kararının geçmişe etkisinin sınırlandırılmasına da bir sınır getirerek, kararın etkilerinin zaman bakımından sınırlandırılmasının, karara konu olan davayı ve iptal kararının verilmesinden önce açılan davaları etkilemeyeceğini kararlaştırmıştır. Bkz. **BROYELLE**; *a.g.e.*, s. 252-253; **ROUQUETTE, Rémi**; *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, Paris 2013, s. 703.; Aktaran, **KAPLAN**; *a.g.e.*, s. 35. Ancak öğretide bu durum iptal kararlarının kişiler açısından genel etkili sonuçlar doğurması bağlamında eleştirilmektedir. Bkz. **LANDAIS/LENICA**; *a.g.e.*, s. 1189.

¹⁵³ **KAPLAN**, *a.g.m.*, s. 30.

etkisini zaman yönünden sınırlayarak hem düzenlemenin mevcut kapsamına belirli bir süre daha hukuki geçerlilik tanımış, hem de eksikliği giderici yeni bir düzenleme yapılana kadar idareye bir süre vermiştir.

Ancak *Vassilikiotis* kararına ilişkin daha önce yapılan değerlendirmelerde de belirtildiği gibi zaten kısmi iptal formülü ile Conseil d'Etat düzenlemenin mevcut kapsamına hukuki geçerlilik tanımakta ve kapsamda olmayan ilgililer açısından da makul bir süre içerisinde eksikliğin tamamlanmasına karar vermektedir¹⁵⁴. Dolayısıyla verilen bir iptal kararına rağmen, Conseil d'Etat'nın kısmi iptal ve Danıştay'ın eksik virtüel düzenlemenin iptali formülü ile, eksik kapsamlı düzenlemenin mevcut kapsamına *Association AC!* içtihadından önce de hukuki geçerlilik tanınmaktaydı.

Öğretide bazı yazarlar *Vassilikiotis* kararının *Association AC!* kararı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, Vassilikiotis kararında Conseil d'Etat'nın iptal kararının etkilerinin zaman bakımından sınırlama yetkisinin kullanıldığını ve makul bir süre içerisinde (*dans un délai raisonnable*) düzenleme yapılana kadar iptal kararının zaman bakımından etkilerinin ertelendiğini (*en différant dans le temps les effets d'une annulation*); hatta söz konusu kararın çok net ve açık olmamakla birlikte bu şekilde bir yetki kullanarak hüküm tesis edilen ilk karar olduğunu savunmaktadırlar¹⁵⁵. Ancak bazı yazarlar ise, söz konusu içtihadın farklı nitelikte olduğunu belirtmektedirler¹⁵⁶.

¹⁵⁴ CE, Ass., 29.06.2001, *Vassilikiotis*, aynı yönde; CE, Ass., 27.07.2001, *Titran*, (<http://www.legifrance.gouv.fr/>).

¹⁵⁵ **CHAPUS, René**; *Droit du contentieux administratif*, 13. Baskı, Paris 2008, s.1106-1107; aktaran, **KAPLAN**; *a.g.m.*, s. 33.

¹⁵⁶ Bkz. **KAPLAN**, *a.g.m.*, s. 32.

Sonuç olarak Conseil d'Etat *Vassilikiotis* kararı ile eksik kapsamlı düzenlemelerin kısmen iptal edilebileceğini benimsemiş, *Assocation AC!* kararı ile de iptalin zaman bakımından etkilerinin ertelenebileceğini kabul etmiş ve daha sonra eksik kapsamlı düzenlemelere ilişkin verdiği bazı kararlarında bu iki içtihadta ulaşılan sonuçları birleştirmiştir.

Örneğin, baş mimarların özel statüsünü düzenleyen bir kararnamenin ilgili maddesinde mimarlara belirli bir yetki verilirken Avrupa Birliği ye ülkelerinde mukim bulunan mimarların kural kapsamında düzenlenmesine rağmen Fransa'da mukim mimarların düzenleme kapsamına alınmaması sebebiyle açılan davada Conseil d'Etat, Fransa'da mukim bulunan mimarların düzenleme kapsamından çıkarılmasının eşitlik ilkesine aykırı olması sebebiyle kısmi iptal kararı vermiş ve iptal kararının tebliğinden itibaren üç ay sonra sonuç doğuracağına ve bu süre içerisinde de hukuka uygun düzenleme yapılmasına karar verilmiştir¹⁵⁷.

Bu bağlamda yukarıda detayıyla anlatıldığı üzere düzenlemenin mevcut kapsamına belirli bir süre daha hukuki geçerlilik tanınarak o düzenleme kapsamında bir haktan yararlanan ilgililerin hakları korunmuş; iptalin sonuçlarının 3 ay süreyle ertelenmesi ile de, kapsamda olmayanların düzenleme kapsamına alınması için bir idareye nihai bir süre verilerek öngörülebilirlik yaratılmıştır. Ancak Conseil d'Etat'nın *Association AC!* kararından sonraki uygulamasında eksiklik kapsamlı düzenlemelerin kısmen iptal edildiği her durumda ileriye etkili iptal kararı formülasyonu uygulanmamakta ve Conseil d'Etat bazı kararlarında iptale hükmedip verip uyuşmazlıktan elini ekmektedir¹⁵⁸. Özellikle bir geçiş hükmünün

¹⁵⁷ CE, 06.08.2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, aynı yönde Bkz. CE, 27.10.2006, *Socit Techna SA et autres* (<http://www.legifrance.gouv.fr/>).

¹⁵⁸ Bkz. CE, 16.12.2005, *Groupeement foncier des ventes de Nonant*, (<http://www.legifrance.gouv.fr/>)

öngörülmemesi sebebiyle doğan eksikliklerde iptal kararı ile düzenlemenin icrası zaten duracağından ve bu durum da eksiklikten doğan hukuka aykırılığı gidereceğinden bu tarz davalarda eksik düzenleme sebebiyle verilen iptal kararının sonuçlarının zaman yönünden sınırlanmadığı görülmektedir¹⁵⁹.

Belirtmek gerekir ki, Conseil d'Etat'ya göre söz konusu nitelikte bir kararın verilebilmesi için dava konusu ya da talep sonucu kısmında buna ilişkin bir talebin bulunması gerekmemekte; hakim, koşulların gerçekleşmesi halinde re'sen iptal kararının etkisini zaman bakımından sınırlandırabilmektedir¹⁶⁰. Ancak Conseil d'Etat bu durumda dahi tarafların düşüncelerinin alınmasında yarar bulunduğuna karar vermiştir¹⁶¹. Nitekim söz konusu olayda da davacı kararnamenin ilgili maddelerinin iptalini istemiş ancak iptal kararının etkisinin zaman yönünden sınırlanmasına ilişkin bir talepte bulunmamıştır.

Görüldüğü gibi hem *Vasssilikiotis* hem de *Association AC!* içtihatları ile, iptal davası hakiminin klasik “denetleyici” rolü, “denetleyici ve düzeltici” rolüne evrilmiştir. Çünkü özellikle eksik kapsamlı düzenlemeler açısından verilecek iptal kararlarında, kararın hüküm fıkrasını zamana yayarak normatif hukuk düzenini ve bu düzene göre bir haktan yararlanan ilgililerin haklarını mümkün olduğunca korumaya çalışan idari hakim, böylece yalnızca normu denetleyen değil; aynı zamanda onu düzelter bir rol oynamaktadır. Bir başka ifadeyle, hakim bir düzenlemenin iptali ile gerçekleştirdiği “negatif kural koyucu” rolü, iptaline karar verdiği kurala bir süre daha hukuki mevcudiyet tanıyarak, “düzeltici” rolü ile tahkim edilmiş olmaktadır¹⁶².

¹⁵⁹ Bkz. CE Ass., 24.03.2006, *Société KPMG et Société Ernest&Young et Autres*; CE Ass., 16.12.2005, *Groupement foncier des ventes de Nonant*; CE Ass., 28.06.2002, *Villemain*, (www.legifrance.gouv.fr).

¹⁶⁰ STAHL/COURRÈGES; *a.g.e.*, s. 457.

¹⁶¹ KAPLAN, *a.g.m.*, s. 34.

¹⁶² KAPLAN; *a.g.m.*, s. 35.

B. Ertelenmiş İptal Formülünün Türk İdari Yargısında Uygulanabilirliği

İptal kararının etkilerinin zaman bakımından sınırlanmasının ölçütleri ve eksik kapsamlı düzenlemeler bağlamındaki uygulaması incelendikten sonra, 2577 sayılı İYUK karşısında ülkemizde idari hakimlerin, iptal kararının sonuçlarının zaman yönünden sınırlanması yetkisinin bir içtihat ile tespit edilip edilemeyeceği incelenirken öncelikle Fransız idari yargısında söz konusu olan ve söz konusu kararının pozitif dayanak (1) ve ABAD'ın yargı yetkisinin Fransa tarafından tanınması (2) bağlamında iki temel farklılığın incelenmesi gerekmektedir.

1.Pozitif Dayanak Açısından Söz Konusu Olan Farklılık

Conseil d'Etat, *Association AC!* kararını temellendirmek için Fransız idari yargısı ve yargılama hukukunun temel kanunu olan İdari Yargı Kodu'na (*Code Justice Administrative*) herhangi bir maddesini dayanak göstermemiş ancak karşılaştırmalı hukuka ve anayasa yargısına önemli ölçüde atıfta bulunmuştur. Söz konusu kararda, Avrupa Birliği Anlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 264. maddesinde düzenlenen ve ABAD'a tanınan kararın etkilerini belirleme yetkisine¹⁶³ ve AİHS'de açık bir hüküm bulunmamasına karşın AİHM tarafından verilen¹⁶⁴ ve kararın etkilerini sınırlayan benzer nitelikteki içtihatlarla dayanılmıştır¹⁶⁵. İdari yargıdaki söz konusu yaklaşımı temellendirmek için,

¹⁶³ **Madde 264;** “Dava yerinde görülürse, Avrupa Birliği Adalet Divanı, dava konusu yapılan tasarrufun geçersizliğine karar verir. Bununla birlikte, Divan, gerekli görürse, geçersizliğine karar verilen tasarrufun etkilerinden hangilerinin kesinleşmiş sayılacağını belirtir.”

¹⁶⁴ AİHM; *Marckx/Belçika*, 13 Haziran 1979.

¹⁶⁵ **KAPLAN;** *a.g.m.*, s. 35.

Association AC! kararından sonra, 2008 yılında Fransa’da yapılan anayasa değişikliğiyle Conseil Constitutionnel’e tanınan ve Anayasamızın 153. maddesinde düzenlenen, iptal kararının yürürlüğe gireceği günü ayrıca belirleme yetkisine oldukça benzer bir yetkiye¹⁶⁶ de işaret edilmektedir¹⁶⁷.

Ancak öğretide bazı yazarlar Fransız İdari Yargı Kodu’nda, dolaylı nitelikte olsa dahi hakime söz konusu yetkiyi tanıyan herhangi bir hüküm bulunmadığını belirtirler de¹⁶⁸; bazı yazarlar, İdari Yargı Kodu’nun L. 521-1. maddesinde ivedi yargılama usulünde ivmeli kararlar hakimine (*le juge des référés*) verilen¹⁶⁹ ve yürütmeyi durdurma kararı ile birlikte “*kararın bazı etkileri hakkında*” (“*ou de certains de ses effets*”) da karar verme yetkisinin tanınmasını söz konusu içtihat açısından bir pozitif dayanak olarak göstermektedirler¹⁷⁰. Ancak diğer görüşteki yazarlar, Fransız İdari Yargı Kodu’nda mevcut olan söz konusu hükmün karara dayanak teşkil edecek nitelikte olmadığını belirtmektedirler¹⁷¹. Ülkemizde ise bazı yazarlar, bu görüşe dayanarak, 2577 sayılı idari yargılama usulü kanunda, söz konusu nitelikte hiçbir hüküm bulunmamasına rağmen, iptal kararlarının geçmişe etkili olduğuna ilişkin ilkenin de içtihadi bir temele dayanmasından dolayı, bu

¹⁶⁶ **Fransa Ay. md. 62/2**; “*Anayasaya aykırılığı tespit edilen bir hüküm, Anayasa Konseyinin bu kararının yayımlandığı tarihten, ya da bu kararda belirtilen müteakip bir başka tarihten itibaren yürürlükten kalkar. Bu hükmün doğurduğu sonuçlara itiraza ilişkin şartlar ve itiraz süreleri Anayasa Konseyi tarafından belirlenir.*”

¹⁶⁷ **KAPLAN**; *a.g.m.*, s. 35.

¹⁶⁸ **KAPLAN**; *a.g.m.*, s. 36.

¹⁶⁹ Fransız idari yargısında geçerli olan ivedi yargılama usulü ve *ivmeli karar* kavramı için bkz. **BÜLBÜL, Erdoğan**; Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu (“İvedi Yargılama Usulleri”), Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2002, s. 65 vd.

¹⁷⁰ **STAHL/COURRÈGES**; *a.g.e.*, s. 445.

¹⁷¹ **KAPLAN**; *a.g.m.*, s. 34.

ilkenin istisnalarının da kanunda düzenlenmesine gerek olmadığı, dolayısıyla *Association AC!* kararında olduğu gibi bir içtihat ile idari hakimnin iptal kararının sonuçlarının zaman yönünden sınırlanması yetkisinin ülkemiz idari yargısında da tespit edilebileceği belirtmektedirler¹⁷².

2. Fransa'nın ABAD'ın Yargı Yetkisini Tanımasından

Kaynaklanan Farklılık

İkinci olarak, idari yargımız ile Fransa idari yargısı arasında Fransa'nın AB sözleşmesine taraf olaması ve ABAD'ın yargı yetkisini tanımasından kaynaklı bir farklılığa değinmek gerekir. Fransa'da Conseil d'Etat'nın, ABAD'a *ön karar (à titre préjudiciel/preliminary ruling)* alınması için başvurması durumunda, ABAD'ın, sonuçlarını zaman yönünden sınırlayarak verdiği bir kararın, Conseil d'Etat'da görülmekte olan davada verilecek bir iptal kararının zaman yönünden sonuçlarını nasıl etkileyeceği önem teşkil etmektedir¹⁷³.

Örneğin, Conseil d'Etat'nın *Association Vent de colère* kararında, Fransa Çevre Bakanlığı ile Ekonomi Bakanlığı tarafından tesis edilen ve rüzgâr enerjisinden üretilen elektriğin satılmasının koşullarının düzenleyen bir kararnamenin iptali talebiyle Conseil d'Etat nezdinde açılan iptal davasında, dosya ön karar alınması için

¹⁷² Bkz. **KAPLAN**; *a.g.m.*, s. 35.

¹⁷³ Fransa'nın da taraf olduğu Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 267. maddesinde düzenlenen *ön karar* usulüne göre; bir üye devlet mahkemesinde, AB anlaşmalarının yorumlanmasına ihtiyaç duyulması ve bunun ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, ABAD'tan bu sorun hakkında bir ön karar vermesini talep edebilir ve davayı ABAD'ın kararı gelene kadar geri bırakabilir.

ABAD’a gönderilmiştir¹⁷⁴. ABAD’ın vermiş olduğu kararda; Divan tarafından yapılan yorumların etkisinin yorum yapılan maddenin yürürlüğe girdiği andan itibaren geçerli olacağı ancak bazı istisnai durumda bu etkinin sınırlanabileceği belirtilmiştir¹⁷⁵.

ABAD’ın kararı üzerine Conseil d’État, kararnameyi iptal etmiş ve “*İptal kararının etkilerinin zaman yönünden sınırlanmasına ilişkin iddialar*” başlığı altında, ABAD’ın kararın etkisinin sınırlanmasına ilişkin yaptığı yorumu aynen kabul ettiğini belirtmiştir. Somut uyuşmazlık açısından ABAD tarafından kararın geçmişe dönük etkisi sınırlanmadığından dolayı Conseil d’Etat da kararının etkisini zaman yönünden sınırlandırmamıştır. Ancak Conseil d’Etat, ABAD tarafından sınırlama yapılması durumunda, bu sınırlanın önündeki davada verilecek iptal kararında da kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş ve ABAD’ın ileriye etkili bir iptal kararı vermesi durumunda kendi önündeki uyuşmazlıkta verilen iptal kararının da ileriye etkili olacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁷⁶.

Ülkemiz idari yargı uygulamasında söz konusu durum geçerli olmasa da, özellikle bir düzenleyici işlemin iptali talebiyle açılan davalarda Danıştay tarafından Anayasa Mahkemesi’ne itiraz yoluna gidilmesi ve Anayasa Mahkemesi’nin de iptal kararı vererek, bu kararın Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren belirli bir süre sonra yürürlüğe gireceğine karar vermesi durumunda benzeri bir sorun söz konusudur. Bu gibi durumlarda Danıştay, Anayasa Mahkemesi’nin iptal hükmü

¹⁷⁴ Söz konusu uyuşmazlık açısından dava konusu edilen düzenleyici işlem rüzgar enerjisinden üretilen elektriğin desteklenmesi amacıyla sağlanan devlet desteği ile ilgilidir. Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Anlaşma’nın 107. maddesi de AB üyesi ülkelerde devlet desteklerini düzenlediğinden söz konusu maddenin ABAD tarafından yorumlanmasına ihtiyaç duyulmuştur.

¹⁷⁵ ABAD 2. Daire; 19.11.2013 tarih ve C262/12 sayılı karar. (<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf>).

¹⁷⁶ CE, 28.05.2014, *Association Vent de colère*, (www.legifrance.gouv.fr).

henüz sonuç doğurmamışken, iptal edilen kanuna dayanarak çıkarılan düzenleyici işlemin geçmişe etkili olarak iptal edileceğine karar vermektedir¹⁷⁷.

Öğretide, iptal kararının geçmişe etkili olmasına ilişkin söz konusu olan ilkelerin tamamının hem Türk hem de Fransız idare hukukunda içtihatla getirildiği dikkate alındığında bu etkilerin de ortaya çıkan ihtiyaçlar çerçevesinde içtihatla yumuşatılabilmesinin mümkün olduğu, Anayasa tarafından Anayasa Mahkemesi'ne tanınan yetki ve kararlarına bağlanan sonucun idari yargı yerlerince içtihatla kendilerine tanınmasının önünde herhangi bir hukuki engel bulunmadığı, zira Anayasa Mahkemesi'ne iptal kararının yürürlüğe gireceği günü belirleme yetkisinin hukuki güvenlik ile hukuki boşluğun doğmasına izin vermemek amacıyla kabul edildiği ve idari yargıda da hakimin verdiği kararın sonuçlarını göz önünde bulundurma zorunluluğunun bulunduğu belirtilmektedir¹⁷⁸. Conseil d'État'ın *Association AC!* kararında ortaya koyduğu yaklaşımın Danıştay tarafından de benimsenmesi durumunda, düzenleyici işlemdeki bir kuralın tamamının eksiklik sebebiyle iptal edilmesi durumunda iptal kararının ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilebilecek ve bu süreçte de eksik düzenlemenin kapsamı idare tarafından

¹⁷⁷ Ör. 21.06.2005 tarihinde RG'de yayımlanan bir yönetmeliğin iptali talebiyle açılan dava derdest iken, dava konusu yönetmeliğin kanuni dayanağını oluşturan hükümler AYM tarafından iptal edilmiş ve iptal hükmünün kararın RG'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. AYM'nin kararı 11.06.2009 tarihinde RG'de yayımlanmıştır. Bu durumda davalı idarenin AYM kararlarına göre dayanak kanunun hala geçerli olduğu ve iptal kararının geriye yürümeyeceği savunması karşısında Danıştay 8. Dairesi; *iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin ileriye dönük olarak ertelenmesi durumunun yeni bir düzenleme için imkân tanımak ve hukuki boşluk doğurmamak amacını taşıdığı, ancak her durumda yargı mercilerinin Anayasa'ya aykırı bulunan kurala göre uyumsuzluğu çözmesi sonucunu doğurmayacağı* gerekçesi ile geçmişe etkili olacak şekilde bir iptal kararı vermiş ve bu karar İDDK tarafından onanmıştır. Bkz. İDDK, 07.10.2013 tarih ve 2010/2255 E. sayılı karar; Aynı yönde İDDK, 24.10.2013 tarih ve 2010/3266 E. sayılı karar; İDDK, 03.12.2012 tarih ve 2009/1985 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

¹⁷⁸ KAPLAN; *a.g.m.*, s. 37, 38.

tamamlanacaktır. Bu sayede eksik kapsamlı düzenlemerin iptalinden doğan sorunlar ortadan kalkmış olacaktır.

§ İKİNCİ BÖLÜM §

RED İŞLEMLERİNİN DAVA KONUSU EDİLEREK

EKSİK KAPSAMIN DENETLENMESİ

Eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptali¹⁷⁹ ile eksik virtüel düzenlemenin iptaline¹⁸⁰ karşı çıkan görüşler; temelde eksiklik iddiasının, bir idari başvuru yapılarak buna verilen red cevabının dava konusu edilmesi suretiyle iptal davasına konu edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Buna göre, idarenin bağlı yetki kullanması gereken durumda, yapması gereken düzenleyici işlemi yapmaması üzerine, idareye başvurularak işlem tesisi sağlanabilir. Başvuruya rağmen idare cevap vermez yani zımni bir red kararı söz konusu olursa veya olumsuz bir cevap verirse, bu işlemlere karşı dava açılabilir¹⁸¹. Ancak bu noktada talebin içeriğine göre dava konusu edilen husus da değişmektedir.

Genel olarak idari başvurudan bahseden görüşler, idari başvurunun içeriğinden ve başvurunun türünden detaylıca bahsetmemektedirler. Genel olarak Danıştay kararları ve karşıoylara yansıyan görüşler dikkate alındığında idari başvuru içeriğine göre iki başlık altında incelenebilir; eksik kapsamlı düzenlemede değişiklik yapılmaksızın mevcut kapsamın doğrudan uygulanması talebi (I) ve eksik kapsamlı düzenlemelerin kapsamının tamamlanması talebi (II).

¹⁷⁹ Bkz. **AZRAK**, *a.g.m.*; Karşıoy, İDDK; 28.12.2006 tarih ve 2003/494 E., 2006/3358 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

¹⁸⁰ Bkz. **ULUSOY**, *Eksik Düzenleme.*; Karşıoy İDDK; 11.04.2013 tarih ve 2010/1299 E. sayılı karar; İDDK; 03.11.2011 tarih ve 2007/1433 E., 2011/1003 K. sayılı karar; İDDK; 06.10.2011 tarih ve 2008/214 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

¹⁸¹ **ATAY**; *a.g.m.*, s. 144.

I. Düzenlemenin, Kapsamda Olmayanlara da Uygulanması Talebiyle Yapılan İdari Başvurular

Bazı durumlarda, eksik düzenlemenin kapsamında olmayan ilgililer açısından herhangi bir idari başvuru yapılmaksızın, ilgilinin düzenlemenin kapsamında olmaması dolayısıyla bir hakkın verilmemesi doğrultusunda bir uygulama işlemi tesis edildiğine rastlanmaktadır¹⁸². Ancak eksik kapsamlı düzenlemelerde idarenin hareketsizliği söz konusu olduğundan, ilgililer halihazırda o düzenlemenin kapsamında değildir ve haklarında o düzenlemeye dayanarak herhangi bir uygulama işlemi tesis edilmesi de genellikle mümkün olamamaktadır. Bu gibi durumlarda ilgililer eksik düzenlemeyi tamamlatma talebinde bulunmaksızın, haklarında o düzenlemenin kapsamında bulunanlar için tesis edilen birel işlemlerin tesis edilmesini talep edebilmektedirler.

Örneğin, Sermaye Piyasası Kurulu’nun ilgili tebliğinde bir ortaklığın yönetim kontrolünün değişmesi halinde çağrıda bulunma yükümlülüğü öngörülmüş; yönetim kontrolü ise, *“ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının %50 ve daha fazlasına sahip olunması hali”* olarak tanımlanmıştır. Ancak, *“% 50’den daha az pay iktisap etmiş olmakla beraber yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunun veya genel kurulda aynı sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkının elde edilmesi hali”* ise yönetim kontrolü kapsamında sayılmamıştır. Davacı tebliğdeki yönetim kontrolü durumlarını düzenleyen ilgili maddelerin değiştirilmesini talep etmeksizin; ortağı olduğu şirketin %50’den daha az orandaki (%49,40) hisselerinin başka bir teşebbüs tarafından devralınması ve imtiyazlı pay sebebiyle yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu belirleme hakkını elde edilmesi nedeniyle mevcut çağrı

¹⁸² İDDGK; 27.10.2005 tarih ve 2004/2655 E., 2005/2557 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

yükümlülüğünün bu kapsamdaki hisse hareketlerine de uygulanmasından bahisle gereğinin yapılmasını talep etmiş ve talebin reddine ilişkin Sermaye Piyasası Kurulu'nun işlemini dava konusu etmiştir.

Bu davada Danıştay, her ne kadar davayı reddetse de, eksiklik iddiasının söz konusu içerikte bir idari başvuruya verilen red cevabı ile dava konusu edilebileceğini kabul etmiş ve bir düzenlemenin *içeriğinin uygulanması ile kapsamının uygulanması* arasında dava konusu edilebilme açısından herhangi bir fark olmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁸³.

Söz konusu husus iki açısından önem taşımaktadır. İYUK md. 7/4 gereğince birel işlemin, düzenleyici işlemin uygulanmasına ilişkin olduğunun tespiti halinde (*uygulama işlemi*) düzenleyici işleme karşı dava açma süresi uygulama işlemi ile birlikte yeniden başlar ve düzenleyici işlem iptal edilmeden uygulama işlemi iptal edilebilir¹⁸⁴.

Bu bağlamda Türk idare hukukunda bir düzenleme hukuka aykırı bulunduğu o düzenleme, iptal edilmemiş olsa da, ihmal edilerek doğrudan ilgili kanun uygulanabilmekte¹⁸⁵ ve bir düzenleyici işlemin iptal davasına konu edilmediği ancak birel işlemin dava konusu edildiği durumlarda dava dışı düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı tespit edilerek dava konusu birel işlem iptal edilebilmektedir¹⁸⁶.

¹⁸³ İDDK, 02.02.2012 tarih ve 2011/592 YD İtiraz No (Yayımlanmamıştır).

¹⁸⁴ İYUK md. 7/4; “İlan gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz.”

¹⁸⁵ KARAHANOĞULLARI, *Yasallık*, s.98.

¹⁸⁶ Danıştay 5. Daire; 10.11.2005 tarih ve 2002/3255 E., 2005/5075 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

Danıştay'ın bazı daireleri tarafından bir düzenlemenin *hukuka aykırı içeriğinin uygulanması ile hukuka aykırı kapsamının uygulanması* açısından bir fark gözetilmediğinden, eksik kapsamlı düzenlemenin mevcut kapsamının kapsamda olmayan hususlara da uygulanması talebinin reddi işlemi, *bir düzenlemeye dayalı olarak tesis edilen işlem* olarak İYUK md. 7/4 kapsamında kabul edilmektedir.

Örneğin, düzenlemenin kapsamı sebebiyle çalıştığı kurum tarafından kendisine ek ödeme yapılmayan ilgili kişi tarafından genel müdürlük personeli için öngörülen ek ödemedен yararlanılması yolunda yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan dava sonucunda derece mahkemesi tarafından; düzenlemenin içeriğinin uygulanması ile kapsamının uygulanması arasında zımnen bir fark kabul edilmiş ve “*Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esaslarla davacının da aralarında bulunduğu bir kısım personel için ek ödeme öngörülmediğinden, söz konusu Usul ve Esaslar yürürlükte bulunduğu sürece davacıya ek ödeme yapılmasına olanak bulunmadığı*” gerekçesiyle dava reddedilmiştir¹⁸⁷.

Ancak temyiz üzerine Danıştay 11. Dairesi şu gerekçelerle düzenlemenin *kapsamının uygulanması ile içeriğinin uygulanması* arasında “uygulanma” açısından bir fark olmadığına karar vermiştir;

“*Bu durumda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulu Kanunu’nun 7/4 maddesinin “...Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz” yolundaki hükmü*

¹⁸⁷ İstanbul 6. İdare Mahkemesi; 30.12.1999 tarih ve 1999/97 E., 1999/1667 K. sayılı karar (www.kazanci.com). aynı yönde, İDDK; 18.09.2008 tarih ve 2008/778 YD İtiraz No (Yayımlanmamıştır); “...ortada eksik bir düzenleme varken, ilaç salınımlı koroner stent bedelinin tamamının ilgili kurum tarafından karşılanacağından söz etmeye olanak bulunmamaktadır.”; Danıştay 5. Daire; 26.01.2007 tarih ve 2004/5154 E., 2007/85 K. sayılı karar (www.kazanci.com); “Söz konusu Karar Eki Liste’nin Taşra Teşkilatı Bölümündeki eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilmediği müddetçe, İl Telekom Müdür Yardımcılarının asli ve sürekli bir görev yürüttüklerinin kabulü mümkün değildir.”

karşısında, idarece 4059 sayılı Yasanın Ek 1. maddesi kapsamında bulunan ve aralarında herhangi bir hukuksal farklılık bulunmayan personelin bir kısmı için ek ödeme öngörülmemek suretiyle belirlediği "Usul ve Esaslar" gerekçe gösterilerek davacıya ek ödeme yapılmamasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.¹⁸⁸

Ancak İDDK bazı kararlarında bir düzenleyici işlemin *içeriğinin uygulanması* ile *kapsamının uygulanması* arasında farklılığa gitmekte ve kapsamda olmayan ilgilinin eksik kapsamlı düzenlemenin mevcut kapsamının kendisine de teşmil edilerek uygulanması talebinin reddi işlemini, İYUK md. 7/4 kapsamında bir *uygulama işlemi* olarak kabul etmemektedir. Özellikle eksik kapsamlı düzenlemenin kapsam dışına da uygulanması talebiyle yapılan başvuruların reddi işlemi ile birlikte eksik kapsamlı düzenlemenin dava konusu edildiği durumlarda¹⁸⁹ İDDK tarafından, düzenlemenin mevcut kapsamının ilgiliye uygulanması talebinin reddi işlemin uygulama işlemi olarak kabul edilmemiş ve dava süreden reddedilmiştir.

Örneğin ilgilinin eksik kapsamlı bir düzenleyici işlemin kendisine de uygulanması ve kapsamının genişletilerek yeniden düzenlenmesi talepleriyle yaptığı başvurunun reddi işleminin dava konusu edilmesi üzerine, İDDK davacı tarafından idareye yapılan her iki içerikteki talebe (düzenlemenin doğrudan uygulanması ve

¹⁸⁸ Danıştay 11. Daire; 19.02.2003 tarih ve 2000/10901 E., 2003/739 K. sayılı karar, aynı yönde Danıştay 11. Daire; 27.12.2010 tarih ve 2010/4718 E., 2010/11636 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

¹⁸⁹ Bkz. Danıştay 11. Daire; 25.10.2001 tarih ve 2001/365 E., 2001/2335 K. sayılı karar; Danıştay 13. Daire; 28.06.2005 tarih ve 2005/77 E., 2005/3315 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

kapsamının yeni düzenleme yapılarak değiştirilmesi¹⁹⁰) verilen red cevabının uygulama işlemi olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir¹⁹¹.

Kararın karşı oyunda ise her iki taleple ilgili olarak şu görüş belirtilmiştir;

“Dava konusu edilen Yönetmelik kuralları dikkate alındığında (Eksik düzenleme), bu kurallara dayalı olarak davacı dernekler hakkında doğrudan bir uygulama yapılmasına olanak bulunmadığından, bu davayı açmaya ehliyetli oldukları kabul edilen davacı derneklerin içeriği yukarıda yazılı başvurusunun reddinin bu başvurunun konusunu oluşturan düzenleyici işleme karşı dava açma olanağı yaratacağının kabulü zorunludur.”¹⁹²

Sonuç olarak ilgililerin eksik düzenlemeyi tamamlatma talebinde bulunmaksızın, haklarında o düzenlemenin kapsamında bulunanlar için tesis edilen birel işlemlerin tesis edilmesini talep ettikleri durumlarda genel olarak söz konusu

¹⁹⁰ Eksik kapsamlı olduğu düşünülen düzenlemenin kapsamının yeni bir düzenleme ile tamamlanmasına ilişkin taleplerin reddi işlemlerinin dava konusu edilmesi bir sonraki başlık altında detaylıca incelenecektir.

¹⁹¹ Bkz. İDDK; 04.03.2010 tarih ve 2006/3480 E. 2010/400 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); İDDK; 01.05.2008 tarih ve 2007/243 E., 2008/1290 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); İDDK; 22.10.2009 tarih ve 2008/1199 E., 2009/1816 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

¹⁹² İDDK; 04.03.2010 tarih ve 2006/3480 E. 2010/400 K. sayılı karar. (Yayımlanmamıştır). Eksik kapsamlı düzenlemenin kapsamda olmayanlar açısından uygulanmasına ilişkin tartışmanın bir benzeri Anayasa Yargısında ortaya çıkmaktadır. Anayasa Yargısında bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurabilmesi için, iptali istenen kuralın, derece mahkemesinin önündeki davada *uygulanacak norm* niteliğinde olması gerekir. Kanunlardaki eksik düzenlemelerle ilgili olarak, bazı derece mahkemeleri tarafından görülmekte olan bir davada uygulanacak kanunun davacıları kapsamamasından, dolayısıyla eksik düzenleme içermesinden hareketle Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz yoluna başvurulmaktadır. Söz konusu başvurular üzerine Anayasa Mahkemesi, kanunun kapsamda bulunanlar açısından *uygulanacak norm* niteliğinde olduğu, kapsamda bulunmayanlar açısından ise başvuru konusu kanunun *uygulanacak norm* olmadığı gerekçesiyle eksik düzenleme ile ilgili Anayasaya aykırılık iddiası içeren itiraz başvurularında derece mahkemesinin yetkisizliğine karar vermiştir. Bkz. AYM, 10.02.2011 tarih ve 2011/8 E., 2011/35 K. sayılı karar; AYM, 07.01.2004 tarih ve 2003/113 E., 2004/2 K. sayılı karar; AYM, 07.05.2003 tarih ve 2003/32 E., 2003/39 K. sayılı karar; AYM, 22.09.1993 tarih ve 1993/8 E., 1993/31 K. sayılı karar. (<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>).

talebin reddi işleminin iptal davasına konu edilebilir nitelikte bir idari işlem olduğu, kabul edilmekte ve bu gibi durumlarda dayanak eksik kapsamlı düzenleme incelenmekte ve kapsam açısından hukuka aykırı bulunursa, dava kabul edilmektedir. Ancak birel işlemin iptali ile düzenlemedeki hukuka aykırılığa işaret edilmiş olsa da teknik olarak eksik kapsamlı düzenleyici işlem iptal edilmediğinden bu gibi durumlarda eksik kapsamlı düzenlemeler objektif hukuk düzeninde yürürlükte kalmaktadır.

II. Eksik Düzenlemeyi Tamamlatmak İçin Yapılan İdari Başvurular ve Red İşlemlerinin Dava Konusu Edilmesi

Eksik kapsamlı düzenlemenin doğrudan iptal davasına konu edilmesine karşı çıkan görüşler; idareye, düzenlemedeki eksikliğin giderilerek yeni bir düzenleme tesis edilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddi üzerine, eksik kapsamlı düzenleme dava konusu edilmeksizin söz konusu red işleminin dava konusu edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁹³.

Ancak idari yargı mercileri tarafından verilen bazı kararlarda (eksik kapsamlı düzenlemelerin tam iptal ya da kısmi iptal şeklinde dava konusu edilmesi kabul edilmekle birlikte) bir düzenlemedeki eksikliğin tamamlanması talebinin reddi işleminin iptal davasına konu edilemeyeceği kabul edilmektedir;

“Bir düzenleyici tasarrufun değiştirilmesi yolundaki talebin reddi müracaat sahibi hakkında tesis edilmiş idari bir işlem olarak telakki edilemeyeceği gibi, bir konunun kanun çerçevesinde düzenlenmesi tamamen idarenin hak ve yetkileri cümlesinden bulunmasına ve bir

¹⁹³ Bkz. **GÖZÜBÜYÜK**, Yönetmelik Yargısı, Turhan Kitabevi, 30. Baskı, Ankara 2010, s. 145.

*düzenleyici tasarrufun iptali talep edilmiş olmadıkça idare aynı konuyu yeniden düzenlemeye yargı yolu ile zorlanamayacağına göre, **tüzük hükmünün değiştirilmesi talebinin reddini, idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem olarak kabule imkân bulunmamaktadır.***

Bu sebeple incelenme kabiliyeti bulunmayan davanın reddine...¹⁹⁴

Bazı kararlarda da değişiklik talebinin reddi işleminin iptalinin idari işlem niteliğinde yargı kararı vermek anlamına geleceği gerekçesiyle davaların reddedildiği görülmektedir. Örneğin Danıştay, İmar ve İskân Bakanlığı “müşavir müfettişliği” kadrosunun eksik kapsamlı olduğu düşünülen ilgili Bakanlar Kurulu kararnamesine eklenmesine ilişkin talebin zımnen reddi üzerine açılan davada söz konusu talebin incelenmesinin idari yargı yetkisi kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir;

*“Yapılan bu düzenlemenin hukuka aykırılığı nedeniyle menfaatinin ihlal edilmiş olduğunu iddia eden kişiler tarafından kararname iptal davasına konu edilebilir. Hukuka aykırılığın saptanması sonucu kararname iptal edildiğinde idare iptal kararına uygun yeni bir düzenleme yapmak durumunda kalır. **Ancak kararname bir iptal davasına konu olmadan davacının istemine uygun bir kararname çıkarılması hususunda idareyi zorlama amacı güden bir yargı kararı verilmesi,...“idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmez” hükmüne aykırı düşer.**¹⁹⁵*

¹⁹⁴ DDK; 20.10.1972 tarih ve 1971/32 E., 1972/956 K. sayılı karar, aktaran **GÖZÜBÜYÜK**, *Yönetmelik Yargı*, s. 145.

¹⁹⁵ Danıştay 5. Daire; 15.11.1977 tarih ve 1974/2691 E., 1977/5440 K. sayılı karar, aktaran **KARAHANOĞULLARI**, *Yasallık*, s. 96.

Diğer bir örnekte davacı, çalıştığı tesisin, eksik kapsamlı olduğu düşünülen ilgili Bakanlar Kurulu kararlarında değişiklik yapılarak *temininde güçlük zammı verilen yerler* arasına alınmasını talep etmiş, talebin reddi üzerine açılan davada AYİM söz konusu talebin idari yargı yetkisi kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir;

“Bir idari işlem olan Bakanlar Kurulu Kararında değişiklik yapılması istemi de, bir idari işlemin değiştirilmesini istemek, diğer bir ifade ile yeni bir işlem yapılmasını istemektir, işte davacı, Bartın Onarım Destek Komutanlığının Bakanlar Kurulu Kararında, temininde güçlük zammı verilecek yerler arasına alınmasını istemekle, Mahkememizden bir idari işlem tesis etmesini talep etmektedir... Davacının isteminin kabul edilerek yeni bir idari işlem tesis edilmek suretiyle, Bartın Onarım Destek K. lığının temininde güçlük zammı verilmesi gereken birlik ve yerler arasına alınmasına karar verilmesi mümkün olmayacağından dayanaktan yoksun bulunan Davanın Reddine...¹⁹⁶”

Kanımızca eksik kapsamlı düzenlemeyi tamamlatma talebinin reddi işlemi tipik olarak iptal davasına konu edilebilir nitelikte kesin ve yürütülebilir bir olumsuz idari işlemdir. Yukarıda da ifade edildiği gibi iptal davasına konu edilebilir bir idari işlem özelliği taşımak bakımından eksik virtüel düzenlemenin iptali çok daha tartışmalı bir formül olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹⁷.

Söz konusu durumla ilgili Conseil d’Etat’nın içtihadı öteden beri, eksik kapsamlı bir düzenlemenin tamamlatılması talebiyle yapılan idari başvurunun

¹⁹⁶ AYİM 2. Daire; 30.03.1994 tarih ve 1992/863 E., 1994/574 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

¹⁹⁷ KARAHANOĞULLARI, *Yasallık*, s. 97.

reddedilmesi durumunda söz konusu red işleminin iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olduğu yönündedir¹⁹⁸.

Danıştay'ın ve AYİM'in yukarıda ifade edilen içtihadı zamanla Conseil d'Etat'nın yaklaşımı doğrultusunda değişime uğramış ve düzenlemede değişiklik yapılması talebinin reddinin iptal davasının konusunu oluşturabileceği benimsenmiştir. Örneğin, bir yönetmelikteki geçici hükümle korunan hakkın sonradan çıkarılan yönerge kapsamına dâhil edilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davada AYİM şu gerekçelerle red işleminin dava konusu edilebileceğine karar vermiştir;

*“Bilindiği gibi, düzenleyici işlem yoluna gitme, idarenin takdirine bırakılmıştır. Ancak bu kuralın istisnaları vardır. Bir üst norm, alt düzenleyici işlem yapılmasını öngördüğü takdirde idarenin buna uyması zorunlu olup takdir yetkisinden söz edilemez. Keza, ilgililerin düzenleyici işlem yapılmasına ilişkin talebinin idarece açıkça veya zımnen reddi kararları da iptal davasına konu olabilir. Bundan başka, hukuki hal ve şartların değişmesi, mevcut düzenleyici işlemin de değiştirilmesini gerektiriyor da idare bu görevi yerine getirmeyi reddediyorsa **Yönetmeliğin iptali istenmeden bu karara karşı iptal davası açmak mümkündür... Dolayısıyla, bu hususun dava konusu yapılmasına engel bir durum bulunmamaktadır.***¹⁹⁹”

¹⁹⁸ CE, 26.11.2012, *Monsieur Sidy B.* (www.legifrance.gouv.fr); CE, 18.12.2002, *Mme Duvignères*, aktaran **HÖHN Constanze**; Commentaire d'arrêt CE, 18 décembre 2002, Mme Duvignères, Seminar, Université Paris-Sorbonne (Paris IV) 2010, s.2 vd. Bkz. <http://www.grin.com/fr/e-book/189059/commentaire-d-arret-ce-18-decembre-2002-mme-duvignerres>, (12.08.2015 tarihinde erişilmiştir).

¹⁹⁹ AYİM 3. Daire; 25.11.2004 tarih ve 2004/729 E., 2004/1720 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

Bu karardan da anlaşılacağı üzere AYİM, eksik kapsamlı düzenlemenin doğrudan iptal davasına konu edilebilirliğini kabul etmemekte, *eksik kapsamlı düzenlemenin iptali talep edilmeden, red işlemine karşı* iptal davası açmanın mümkün olduğunu ifade etmektedir. Örneğin AYİM yukarıdaki kararında, eksik kapsamlı düzenlemeyi dava konusu olarak kabul etmemiş; “*Milli Savunma Bakanlığında Görevli Sivil Memurların Görevde Yükselme Yönergesinde, Devlet Memurlarının Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmeliğin Geçici 3. maddesine uygun olarak Yönetmeliğin yayımı tarihinde görevde bulunanlardan iki yıllık yüksek öğrenim görenlerin diğer koşullara sahip oldukları takdirde, dört yıllık yüksek öğrenim görmüş kabul edilecekleri yönünde ilgililerin kazanılmış hakkını koruyucu düzenleme yapılmamasına ilişkin red işleminin iptaline*” karar verilmiştir²⁰⁰.

Diğer bir örnekte, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Konut Yönetmeliği’nin, yetkili konut dağıtım komisyonu olarak adli yargı adalet komisyonunun görev yapacağını öngören ilgili maddesinin, idari yargının bulunduğu yerlerde idari yargı adalet komisyonlarını da kapsayacak şekilde değiştirilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddi üzerine açılan davada söz konusu red işlemi iptal davasının konusunu teşkil edecek nitelikte bir idari işlem olarak kabul edilmiş ve red işlemi iptal edilmiştir²⁰¹.

Öğretide ise, düzenleyici işleminin kapsamının genişletilmesine ilişkin taleplerin reddine ilişkin işlemlerin iptal davasına konu edilebilir nitelikte kesin ve yürütülebilir bir idari işlem olduğu kabul edilmektedir²⁰². Ancak bazı yazarlar,

²⁰⁰ AYİM 3. Daire; 25.11.2004 tarih ve 2004/729 E., 2004/1720 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²⁰¹ Danıştay 5. Daire; 07.02.2013 tarih ve 2012/3809 E., 2013/721 K. sayılı karar. aynı yönde Danıştay 6. Daire; 09.12.2013 tarih ve 2012/915 E., 2013/8099 karar sayılı karar. (www.kazanci.com)

²⁰² GÖZÜBÜYÜK; *Yönetmelik Yargısı*, s. 145.

sadece idarenin bağılı yetki kullanması gereken durumlarda, yapması gereken düzenleyici işlemi yapmaması üzerine yapılan başvurunun açıkça ya da zımnen reddedilmesi üzerine söz konusu red işlemin dava konusu edilebileceğini savunmaktadırlar²⁰³.

Bu bağlamda iptal davasına konu edilebilirliği kabul edilen ve eksik kapsamlı düzenlemenin tamamlanmasına ilişkin yapılan idari başvuru üzerine tesis edilen red işleminin dava konusu edilmesinde gerek süre açısından gerekse söz konusu red işlemini denetlemekle görevli yargı merciinin belirlenebilmesi açısından, başvurunun İYUK'un hangi maddesi kapsamında yapıldığının (A) ve red işleminin hukuki niteliğinin (B) incelenmesi gerekmektedir.

A. İdari Başvurunun Niteliğine İlişkin Tartışmalar

Eksik kapsamlı bir düzenleyici işlemin kapsamının, düzenlemenin yetkili idari makamlar tarafından değiştirilemek suretiyle, genişletilmesi talebiyle idareye yapılan başvurunun, ilgilinin kendisiyle ilgili bir birel işlem tesis edilmesi talebiyle yapılan idari başvurudan içerik olarak ayrıldığı ortadadır. Bu noktada gerek öğretide gerekse uygulamada, bir düzenleyici işlemin ilk defa tesis edilmesi, kapsamının genişletilmesi ya da yürürlükten kaldırılması talebiyle yapılan idari başvuruların İYUK'da öngörülen idari başvurular kapsamında (İYUK md. 10, 11 ve 7/4) değerlendirilip değerlendirilemeyeceği; İYUK kapsamında değerlendirilirse hangi madde çerçevesinde bu başvurunun yapıldığına ilişkin bazı tartışmalara değinmek gerekmektedir.

²⁰³ ATAY; *a.g.e.*,s. 144.

Danıştay'ın bazı daireleri, İYUK'un idari başvuruya ilişkin öngörmüş olduğu tüm müesseselerin sadece birel işlemler için öngörüldüğünü, dolayısıyla bir düzenleyici işlemin içeriğinin hedef alındığı idari başvuruların İYUK kapsamında bir idari başvuru olarak nitelendirilemeyeceğini, bu başvurulara karşı bir zımni red oluşmayacağını ve verilen açık red cevaplarının da idari bir işlem olarak kabulünün mümkün olmadığını belirterek açılan davaları süreden reddetmektedirler.

Örneğin, bir sendika tarafından, Başbakan ve Bakanların Uğurlanma ve Karşılanneları, Seyahatlar ve Hediye Uygulaması konulu Başbakanlık Genelgesi'nin, ilgili bendinde yer alan ve sadece bazı üst düzey yöneticilere uçakla seyahat imkanı tanıyan düzenlemenin değıştirilmesi ve düzenlemenin kapsamının bu imkanın tüm kamu personeline tanınacak şekilde genişletilmesi talebiyle yapılan başvurunun açık reddi üzerine İYUK md. 7/4 gereğince eksik kapsamlı düzenlemeye ve red işlemine birlikte dava açılmıştır.

Danıştay 5. Dairesi, ilk olarak söz konusu başvurunun bir düzenleyici işlemin değıştirilmesi talebini içermediğinden dolayı İYUK md. 10 kapsamında yapılmadığını belirtmiş ve “düzenleyici işlemlere karşı 11. madde uyarınca idareye başvurulup başvurulamayacağı hususunun açıklığa kavuşturulmasının” gerekli olduğunu belirtmiş ve kararın devamında İYUK md. 11 ve 7/4 ün sadece birel işlemler için işletilebilir bir idari başvuru yolu olduğu sonucuna varmıştır;

“Anılan madde (İYUK md. 11), idareye, hiyerarşik denetimi işleterek, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bireysel idari işlemin geri alınması, kaldırılması, değıştirilmesi veya yenisinin yapılması konusunda son bir fırsat tanımak ve bu denetim sonuna kadar ilgililerin dava haklarını korumak amacına yöneliktir. Düzenleyici işlemler ise, idarelerin ilgili birimlerince

gerçekleştirilen çeşitli hazırlayıcı işlemlerin ardından, en üst karar organları veya hiyerarşik olarak en üst makamlarınca kurulmaktadır. Çeşitli aşamalardan geçerek idarenin en üst karar organı veya hiyerarşik makamınca kurulan bu işlemlerin, bireysel işlemlerde olduğu gibi dava açılmadan önce idari denetime tabi tutulması, bu işlemlerin anılan niteliklerinden dolayı uygun ve fayda sağlayıcı değildir.

Bu nedenle, değinilen 11. maddenin düzenleyici işlemleri de kapsadığının kabulü mümkün olmayıp düzenleyici işlemlere karşı 11. maddede öngörülen şekilde bir başvurunun dava açma süresini durduğunun kabulü de olanaklı değildir. Bu durumda, davacı Sendikanın, Başbakanlık Genelgesi'nde yer alan ve üst düzey yöneticiler dışındaki kamu personeline, görevleri nedeniyle yurtiçi seyahatlerinde uçakla seyahat imkanı tanınmamasına ilişkin hükmünün değiştirilmesi ve söz edilen imkanın tüm kamu personeline tanınması istemiyle yaptığı başvurunun 2577 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca dava açma süresini durduran bir başvuru ve bu başvuruya verilen yanıtın aynı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen uygulama işlemi olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır.²⁰⁴

Gerçekten de gerek İYUK md. 10 gerekse İYUK md. 11'in lafzı incelendiğinde bu idari başvuruların birel idari işlemleri ilgilendirdiğini söylemek yanlış olmaz. Ancak idari başvurunun mantığından hareketle, ilgililerin bu maddeler uyarınca bir düzenleyici işemin yapılmasını ya da değiştirilmesini talep etmelerinde bir engel bulunmamaktadır²⁰⁵. Nitekim idari başvurular içeriği itibarıyla, icrai bir

²⁰⁴ Danıştay 5. Daire; 25.03.2011 tarih ve 2011/867 E., 2011/1600 K. sayılı karar. aynı yönde; Danıştay 5. Daire; 28.01.2011 tarih ve 2010/7926 E., 2011/296 K. sayılı karar; Danıştay 5. Daire; 14.12.2010 tarih ve 2010/3245 E., 2010/7136 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²⁰⁵ BÜLBÜL, *Yürürlükten Kaldırma*, s. 95.

idari işlemin tesisini amaçladığı sürece, bir sınırlamaya tabi tutulmamış ve ilgililerin, menfaatleri bulunan her hususta idareler nezdinde, **kamu hukukuna ilişkin, bütün talep, iddia ve dileklerin** idari başvuru konusu yapılabileceği öteden beri savunulagelmıştır²⁰⁶.

Her ne kadar İYUK md. 10/1’de yer alan, ilgililerin, *“haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem”* yapılması talebinde bulunabilecekleri ifadesinden hareketle düzenleyici işlemin belirli bir kişi hakkında yapılamayacağı ileri sürülebilirse de, İYUK uyarınca ilgililer bir düzenleyici işlemi menfaatlerini ihlal ettiği gerekçesiyle dava konusu edebileceklerine göre bir düzenleyici işlemin tesis edilmesi amacıyla idari başvuru yapmalarının da mümkün olduğunun kabulü gerekir²⁰⁷.

İYUK md. 11’de yer alan ve *“üst makamdan bir idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem”* yapılması talebinde bulunabilecekleri ifadesinden hareketle Danıştay 5. Dairesi, örneğin Bakanlar Kurulu’nun üzerinde bir idari makam bulunmadığı ve İYUK md. 11’in hiyerarşik denetimden kaynaklı bir birel işlem tesisi mekanizması olarak kabul etse de²⁰⁸ İYUK md. 10 için yukarıda yapılan açıklamaların md. 11 için daha açık bir biçimde görüldüğü söylenebilir²⁰⁹. Gerçekten de ilgililer menfaatlerini ihlal ettiğini düşündükleri eksik kapsamlı bir düzenlemenin daha geniş kapsamlı şekilde değiştirilmesini talep edebilirler.

²⁰⁶ DÜRAN, *İdari Müracaatlar*, s. 135.

²⁰⁷ BÜLBÜL, *Yürürlükten Kaldırma*, s. 95.

²⁰⁸ Danıştay 5. Daire; 25.03.2011 tarih ve 2011/867 E., 2011/1600 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²⁰⁹ BÜLBÜL, *Yürürlükten Kaldırma*, s. 95.

Nitekim Danıştay da genel olarak bu yaklaşımı benimsemiş ve eksik kapsamlı düzenlemenin tamamlanması talebiyle İYUK'un öngördüğü idari başvuruların yapılabileceğine karar vermiştir. Bu noktada söz konusu içerikte bir talebin İYUK'un hangi maddesi kapsamında yapıldığı, süreçlerini açısından büyük önem taşıdığından söz konusu başvuruların İYUK md. 11 (1) ve 10 (2) çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

1. Düzenlemenin tamamlanması talebini İYUK md. 11 kapsamında değerlendiren görüş

Danıştay, bir düzenleyici işlemin değiştirilmesi talebiyle yapılan idari başvurunun reddine ilişkin işlemi, İYUK md 11 kapsamında; *bir idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması* amacıyla yapılmış bir idari başvuru olduğu görüşündedir.

Örneğin, bir yönetmeliğin içeriğinin değiştirilmesine ilişkin talebin reddinin dava konusu edilmesi üzerine Danıştay şu gerekçelerle davayı süreden reddetmiştir;

“Görüldüğü üzere davacı Derneğin davalı idareye yaptığı bu başvuru, Dermatoloji uzmanı olmayanlara dava konusu edilen Yönetmelik ve Yönerge kuralları ile tanınan kimi yetkilerin kullanılması ile ortaya çıkan uygulamaların sona erdirilmesi ve bunun için de Yönetmelik ve Yönerge maddelerinin değiştirilmesi istemiyle yapılmış bir başvurudur.

Dolayısıyla davacının, dava konusu ettiği Yönetmelik ve Yönerge kurallarının değiştirilmesi amacıyla 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesi kapsamında yaptığı başvurunun reddi sonrasında, değiştirilmesi istenilen

düzenleyici işlemleri iptal davasına konu edebileceğinin kabulünün, kamu düzeninden sayılan dava açma süresinin gözardı edilmesi sonucunu doğuracağı açıktır.”²¹⁰

Yukarıda verilen örnekte söz konusu olan idari başvuruda bir düzenlemenin kapsamının genişletilmesi tartışma konusu yapılmaksızın içeriğinin değiştirilmesi talep edilmiştir. Bu bağlamda söz konusu başvurunun, bir idari işlemin değiştirilmesi, kaldırılması, geri alınması ya da yeni bir işlem tesis edilmesi talebiyle yapıldığının kabulü gerekmektedir. Ancak bu noktada bir düzenleyici işlemin içeriğinin değiştirilmesi tartışma konusu yapılmaksızın, mevcut içeriğin kapsadığı alanın genişletilmesi talep edildiğinde ya da (haklı beklentileri koruyucu nitelikte bir geçiş hükmü öngörülmesi gibi) hiç olmayan bir hükmün düzenlemeye işlenmesi talep edildiğinde, idari başvurunun niteliğinde bir değişme yaşanabilir mi?

Danıştay bir düzenlemenin kapsamının genişletilmesi ya da mevcut kapsamına bir hüküm eklenmesi talebiyle yapılan başvuruları, talep nihayetinde yönetmeliğin değiştirilmesini gerektirdiğinden hareketle, İYUK md. 11 kapsamında kabul etmektedir. Örneğin, Özel Rehabilitasyon Merkezleri Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelik kapsamında, *fizik tedavi ve rehabilitasyon uzman hekimlerinin* de tıbbi rehabilitasyon hizmeti veren merkezlerde görevlendirilecek personel arasında sayılması talebinin reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olduğu öne

²¹⁰ Söz konusu davada, davacı Dernek, davalı idareye yaptığı başvurusunda, dava konusu düzenlemeler ile Dermatoloji/Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi uzmanı olmayan doktorlara dermatoloji alanına giren konularda tıbbi operasyonlarda bulunma; ve doktor olmayan güzellik uzmanlarına *kimyasal, bitkisel peeling ve iğneli epilasyon uygulaması yapma* yetkilerinin verilmesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek; söz konusu uygulamalara son verilmesi ve bu uygulamalara dayanak oluşturan düzenlemelerin değiştirilmesini istemiştir. Bkz. İDDK; 22.10.2009 tarih ve 2008/1199 E., 2009/1816 K. sayılı karar; aynı yönde, Danıştay 5. Dairesi; 22.09.2003 tarih ve 2003/3144 E., 2003/3551 K. sayılı karar, Danıştay 13. Daire; 31.01.2007 tarih ve 2007/191 E., 2007/460 K. sayılı karar, AYİM 3. Daire; 18.06.2009 tarih ve 2009/784 E., 2009/660 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

sürülen Yönetmeliğin ilgili maddelerinin eksik düzenleme sebebiyle iptali talebiyle açılan davada; İDDK, eksik kapsamlı düzenlemenin tamamlanması talebinin reddinin düzenlemenin değiştirilmesine yönelik bir talep olduğunu kabul etmiş²¹¹ ve davayı süre aşımından reddetmiştir²¹².

Dolayısıyla Danıştay, bir düzenlemenin içeriğinin değiştirilmesi ile düzenlemenin mevcut kapsamının genişletilmesi taleplerini idari başvurunun niteliği açısından aynı görmekte ve her iki başvuruyu da İYUK md. 11 kapsamında değerlendirmektedir.

2. Düzenlemenin tamamlanması talebini İYUK md. 10 kapsamında değerlendiren görüş

Bir düzenlemenin içeriğinin değiştirilmesi ile kapsamının genişletilmesi talebinin idari başvurunun niteliği açısından İYUK md. 11 kapsamında değerlendirilmesi esasen İYUK’da öngörülen idari başvuruların bir birel işlem tesisi talebine dayanmasından kaynaklanmaktadır²¹³. İYUK md. 11’de yer alan ve “*bir idari işlemin değiştirilmesi*” ifadesi eksik kapsamlı düzenlemelerin genişletilmesine ilişkin başvuru açısından yanıltıcı olabilir. Zira düzenlemenin kapsamında olmayan

²¹¹ İDDK; 04.03.2010 tarih ve 2006/3480 E. 2010/400 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); “*Davacılar idareye yaptıkları başvuruda Yönetmeliğin üst hukuk normlarına uygun hale getirmesini talep etmişlerdir. Görüldüğü gibi davacıların idareye yaptığı başvuru Yönetmelik hükümlerinin değiştirilmesi talebiyle yapılmış bir idari başvurudur.*”, Aynı yönde; İDDK; 01.05.2008 tarih ve 2007/243 E., 2008/1290 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); İDDK; 22.10.2009 tarih ve 2008/1199 E., 2009/1816 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²¹² Söz konusu davada davacılar, düzenlemenin kapsamının genişletilmesi talebiyle yapılan idari başvuruya verilen red cevabının İYUK md. 7/4 kapsamında bir *uygulama işlemi* olduğunu savunmuşlar ve eksik kapsamlı düzenleme ile birlikte red işlemini dava konusu etmişlerdir. Eksik kapsamın tamamlanması talebiyle yapılan bir başvuruya verilen red cevabının uygulama işlemi çerçevesinde hukuki niteliği bir sonraki başlıkta detaylıca tartışılacaktır.

²¹³ BÜLBÜL; *Yürürlükten Kaldırma*, s. 95.

ilgili kişi, düzenlemenin kapsamına eklenerek ilk defa bir statüye kavuşmak, ve asıl olarak düzenleyici işlemdeki bu statüye dayanarak kendisi ile ilgili bir hak veya avantaj veren bir birel işlem tesis için idareyi tetiklemek derdindedir²¹⁴.

Dolayısıyla ilgililerin haklarında ilk defa tesis edilmesini temel olarak amaç edindikleri bir birel işleme üst hukuk normunda bir dayanak oluşturmak için yaptıkları başvurunun da, birel işleme ilişkin bu amaçtan bağımsız olarak düşünülmemesi gerekir. Aksi halde ilgililerin haklarında ilk defa tesis edilmesini amaçladıkları birel işlemlerin tesis amacıyla yapacakları başvurunun İYUK md. 10; buna dayanak oluşturmak için düzenleyici işlemin kapsamının genişletilmesi amacıyla yapacakları başvurunun İYUK md. 11 kapsamında değerlendirilmesi gibi çelişkili bir durum ortaya çıkacaktır.

Nitekim ilgililerin, eksik kapsamlı düzenlemenin kapsamının genişletilmesini talep etmeksizin, düzenlemenin mevcut kapsamının birel işlem bazında kendilerine de uygulanarak haklarında ilk defa bir birel işlem tesis edilmesi amacıyla yaptıkları başvuruların Danıştay tarafından genel olarak İYUK md. 10 kapsamında değerlendirildiğini önceki bölümde belirtmiştik.

Eksik kapsamlı düzenlemenin doğrudan dava konusu edilmesine karşı çıkan görüşlere göre, ortada kapsam dışı kişi ile ilgili, (düzenleyici işlem seviyesinde) dava konusu edilemeyen bir hareketsizlik söz konusudur²¹⁵. Dolayısıyla düzenlemenin mevcut kapsamının, ilgilinin kendisi ile ilgili daha önce tesis edilmiş bir düzenleyici işlem olarak değerlendirilmesi bu görüşü savunan yazarlara göre mümkün değildir.

²¹⁴ Bkz. İDDK; 04.03.2010 tarih ve 2006/3480 E. 2010/400 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); İDDK; 01.05.2008 tarih ve 2007/243 E., 2008/1290 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); İDDK; 22.10.2009 tarih ve 2008/1199 E., 2009/1816 K. sayılı karar (www.kazanci.com)

²¹⁵ ULUSOY, *Eksik Düzenleme*.

Nitekim eksik kapsamlı düzenlemelerin doğrudan dava konusu edilmesine karşı çıkan görüşler, eksikliğin tamamlanması talebiyle yapılan idari başvurunun İYUK md. 10 kapsamında kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler²¹⁶.

Ancak Danıştay; eksik virtüel düzenlemenin dava konusu edildiği kısmi iptal formülde ilgilinin kendisi ile ilgili, (düzenleyici işlem seviyesinde) virtüel bir norm olduğunu kabul ettiğinden²¹⁷, kapsamın genişletilmesi talebiyle yapılan başvuruları İYUK md. 11 kapsamında değerlendirmektedir.

Bu yaklaşım benimsendiğinde, örneğin kamu hizmetinin uyarlanması ilkesi sebebiyle ortaya çıkan eksik kapsamlı düzenlemelerde²¹⁸ düzenlemenin yayım tarihinden sonra ortaya çıkan kapsam eksikliklerine ilişkin başvurular da İYUK md. 11 kapsamında değerlendirileceğinden, bu eksiklikler hiçbir şekilde dava konusu edilemeyecektir. Bu bağlamda kapsamın tamamlanması amacıyla yapılan başvurularda Danıştay'ın bazı dairelerinin idari başvuruyu İYUK md. 10 kapsamında değerlendirdiklerine rastlanmaktadır.

Örneğin Danıştay 13. Dairesi, piyasa koşullarının değişmesinden hareketle ilgili bağımsız idari otorite tarafından çıkarılan düzenlemenin kapsamının eksik kaldığı ve bu kapsamın genişletilmesi talebiyle yapılan bir idari başvuruyu İYUK md. 10 kapsamında değerlendirmiş ve düzenlemenin yayım tarihinden çok sonra idareye yapılan başvurunun reddi üzerine, her ne kadar söz konusu başvuruyu

²¹⁶ Karşıoy; İDDK, 27.03.1987 tarih ve 1986/6 E., 1987/20 K. sayılı karar; İDDK, 28.12.2006 tarih ve 2003/494 E., 2006/3358 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²¹⁷ ULUSOY, *Eksik Düzenleme*.

²¹⁸ Uyarlanma ilkesi sebebiyle bir düzenleyici işlemin kapsamı zamanla eksik hale gelebilir. Bu gibi durumlarda idarenin meydana gelen değişiklikler ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar çerçevesinde düzenlemenin kapsamını uyarlaması ve uygun tutması gerekmektedir. Bkz. **BÜLBÜL**, *Yürürlükten Kaldırma*, s. 90 vd, **RAIMBAULT**, *a.g.e.*, s. 45 vd.

düzenlemenin değiştirilmesi talebi olarak görse de, açılan iptal davasını esastan karara bağlamış ve söz konusu karar da İDDK tarafından onanmıştır²¹⁹.

B. Red İşleminin Hukuki Niteliği

Bir düzenlemedeki kapsam eksikliğinin giderilmesi ve düzenlemenin kapsamının genişletilmesi talebiyle yapılan idari başvurunun hukuki niteliğinden bağımsız olarak, bu başvuruların zımni ya da sarih reddine ilişkin işlemin hukuki niteliğinin incelenmesi gerekir. Bu noktada cevaplanması gereken temel soru; ilgililerin gerek İYUK md. 10 çerçevesinde tesis edilmesini; İYUK md. 11 çerçevesinde ise, değiştirilmesini talep ettikleri işlemin bir düzenleyici işlem olması ve idarenin de bu tür bir başvuruya olumsuz cevap vermesi ya da hiç cevap vermemesi halinde söz konusu red işleminin ne tür bir idari işlem olduğudur²²⁰. Diğer bir ifadeyle, eksik kapsamlı düzenlemenin tamamlatılmasına ilişkin başvurunun reddi işlemi, başvurunun mahiyeti dikkate alındığında bir düzenleyici işlem olarak mı, yoksa İYUK md. 10 ve 11 hükmünün uygulanmasından hareketle bir birel işlem olarak mı kabul edilmelidir?

Gerek eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptali, gerekse eksik virtüel düzenlemenin iptali formüllerinde eksiklik sebebiyle bir düzenleme doğrudan iptal davasına konu edildiğinden düzenlemenin Bakanlar Kurulu kararı ya da ülke çapında

²¹⁹ İDDK; 08.04.2010 tarih ve 2006/2952 E., 2010/561 K. sayılı karar (www.kazanci.com); “2577 sayılı Kanunun anılan hükmü ile 4054 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan hükümleri bir arada değerlendirildiğinde; piyasa koşullarının değişmesi veya düzenleme yapılmasına yol açan olguların ortadan kalkması gibi durumların ortaya çıkması üzerine, ilgili kişi ve kuruluşlar tarafından, rekabetin korunması amacıyla tesis edilmiş olan **düzenlemelerin değiştirilmesi amacıyla yapılan başvurunun 2577 sayılı Kanunun 10. maddesi kapsamında yapılmış bir başvuru niteliğinde olduğu sonucuna varılmaktadır.**”

²²⁰ BÜLBÜL, *Yürürlükten Kaldırma*, s. 95.

uygulanacak nitelikte olması durumunda davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmektedir²²¹. Ancak idari başvuru formülünü savunan görüş tarafından, genel olarak düzenlemenin tamamının ya da eksik virtüel düzenlemenin iptal davasına konu edilmesine karşı çıkıldığından bir düzenleme değil, sadece bir red işlemi iptal davasının konusu olarak kabul edilmektedir. Bu durumda eksikliğin tamamlanması talebinin reddi işleminin tavsifine göre hem görevli yargı mercii değişecek, hem de ilgililerin red işlemi ile arasındaki menfaat bağı farklılaşacaktır.

Bu bağlamda düzenlemedeki eksikliğin tamamlanması talebiyle yapılan idari başvurunun reddine ilişkin işlem olumsuz bir düzenleyici işlem olarak kabul eden (1), bağımsız bir birel işlem olarak kabul eden (2) ve bir uygulama işlemi olarak kabul eden (3) görüşlerin incelenmesi gerekmektedir.

1. Eksikliğin Tamamlanması Talebinin Reddini *Olumsuz*

Düzenleyici İşlem Olarak Gören Yaklaşım

Eksik düzenlemenin, kapsamda olmayan kişilere de uygulanması talebiyle yapılan idari başvurulardan farklı olarak eksik düzenlemenin kapsamının tamamlanması talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem doğrudan düzenleyici işleme ilişkin bir irade açıklaması taşımaktadır. Bu farklılıktan hareketle idare hukukunda bir görüş bu mahiyetteki bir talebi içeren idari başvuruya verilen

²²¹ DK md. 24/1; “Danıştay ilk derece mahkemesi olarak: a) Bakanlar Kurulu kararlarına,...c) Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere...karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları(nı)... karara bağlar.”

red cevabının da, talebin içeriğiyle bağlantılı olarak farklı bir hukuki nitelik taşıyacağını belirtmektedir²²².

Conseil d'Etat'nın bu konudaki yerleşik içtihadına göre, bir düzenleyici işlemin tesis edilmesi²²³, yürürlükten kaldırılması²²⁴ ya da kapsamının genişletilmesi²²⁵ talebiyle yapılan başvuruların açık ya da zımni reddine ilişkin işlemler de bir *olumsuz düzenleyici işlem* olarak kabul edilmekte ve söz konusu red işlemlerine karşı açılan iptal davalarının ilk derece mahkemesi olarak Conseil d'Etat'da görülmesi gerektiğini belirtmektedir²²⁶.

Conseil d'Etat, düzenlemenin tesis edilmesi ya da yürürlükten kaldırılması taleplerinin reddine ilişkin işlemlerin vasıflandırmasını yaparken bunların niteliği gereği söz konusu düzenlemeden bağımsız bir düzenleyici işlem mahiyetinde (*caractère réglementaire*) olduğunu ifade etmektedir²²⁷.

Düzenlemenin tesis edilmesi ya da yürürlükten kaldırılmasına ilişkin taleplerin reddinden farklı olarak mevcut olan bir hükmünün kapsamının genişletilmesine ilişkin taleplerde ise Conseil d'Etat; (red işlemi düzenlemeden bağımsız olarak dava konusu edilmekle birlikte), talebin içeriğini mevcut olan düzenlemeden bağımsız

²²² COSSALTER; Philippe; Le Recours Dirigé Contre la Décision Refusant de Modifier un Décret Est un Recours Exercé Contre le Décret, RGD, *online*, 2012. Bkz. (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=3919).

²²³ CE Ass., 08.06.1973, *Richard*, AJDA 1974, s. 218.

²²⁴ CE Ass. 03.02.1989, *Compagnie Alitalia*, 74052.

²²⁵ CE 05.10.2007, *Ordre des avocats du Barreau d'Évreux*, (www.legifrance.gouv.fr)

²²⁶ Fransız İdari Yargılama usulünde düzenleyici *decrét'e* (*décrets réglementaires*) karşı açılan ipal davalarında ilk ve son derece mahkemesi olarak Conseil d'Etat görevlidir. Bkz. Fransa İdari Yargı Kodu'nun R. 311-1 maddesi. (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000675518>)

²²⁷ CE, 27.03.2000, *Syndicat national des travailleurs du transports "Solidaires, unitaires et démocratiques"* (SUD) N° 205503; CE, 12.12.2012, N° 358760 (www.legifrance.gouv.fr)

olarak değerlendirmemektedir ve düzenlemenin kapsamının genişletilmesine ilişkin talebinin esasen düzenlemeye karşı bir talep olmasından hareketle, red işlemine karşı açılan davayı, düzenlemeye karşı açılan bir dava olarak kabul etmektedir²²⁸.

Örneğin bir *dcret* kapsamının eksik olduğu ve kendisinin de kapsama alınması talebiyle yapılan başvurunun reddi işleminin dava konusu edilmesi zerine Conseil d’Etat; “*düzenlemenin değiştirilmesi ya da eksikliğin tamamlanması talebiyle yapılan başvuruların esasen ilgili düzenlemeye karşı yöneltilen bir talep*” olduğunu belirtmiřtir²²⁹. Bundan hareketle eksik kapsamlı düzenlemenin tamamlatılması talebiyle yapılan başvurunun reddi işleminin olumsuz nitelikte bir *dcret* olduğu sonucuna vararak, bu davaya bakmakla görevli idare mahkemesinin düzenleyici işleme karşı açılan iptal davasına bakmakla görevli mahkeme olacağını belirtmiş ve ilk derece mahkemesi olarak davayı cmlemiştir.

Conseil d’Etat’ın söz konusu yaklaşımının bir benzerinin AYİM tarafından bazı kararlarda benimsendiği söylenebilir. Örneğin eksik kapsamlı olduğu düşünülen bir düzenleyici işlemin kapsamının genişletilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin dava konusu edildiği bir uyuşmazlıkta AYİM dava konusunu; “*olumsuz düzenleyici işlemin iptali, yani bir düzenleyici işlem yapılmaması*” olarak kabul etmiş ve söz konusu red işlemini iptal ederken; “*düzenleme yapılmaması işleminin iptaline*” karar vermiřtir²³⁰.

²²⁸ COSSALTER, a.g.m.

²²⁹ Bkz. CE, 26.11.2012, *Monsieur Sidy B.*; “*...recours dirigé contre une décision par laquelle il a été refusé de modifier ou de compléter un décret, que ce décret présente ou non un caractère réglementaire, est en réalité dirigé contre le décret et relève...*” aynı ynde CE, 12.12.2012, *Monsieur Bella A.* (www.legifrance.gouv.fr); CE, 08.03.1996, No.164897 (<http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-CONSEILDETAT-19960308-164897>).

²³⁰ AYİM 3. Daire; 25.11.2004 tarih ve 2004/729 E., 2004/1720 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

Diğer bir örnekte, “*uçak yakıt sistemleri makinist teknisyeni*” görev unvanının, “*eleman temininde güçlük zammı ödenen personel*” kapsamına alınacak şekilde ilgili Bakanlar Kurulu kararında düzenlenmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem AYİM tarafından; *Bakanlar Kurulu kararında davacının görev yeri ile ilgili hiçbir düzenleme yapılmaması işlemi, yani olumsuz düzenleyici işlem* olarak kabul edilmiştir²³¹. Görüldüğü gibi Conseil d’Etat ve AYİM redde konu talebin içeriğinden hareketle farklı bir sonuca ulaşmaktadır²³².

Gerçekten de bir düzenlemedeki eksikliğin giderilmesi talebi ister İYUK md. 10, isterse İYUK md. 11 kapsamında kabul edilsin, buna verilen red cevabı düzenlemenin kapsamına ilişkin bir irade açıklamasıdır. Zira red işlemi düzenlemeden bağımsız olarak dava konusu edilse dahi, yargısal denetime tabi tutulurken düzenlemeden bağımsız olarak incelenmemekte ve red işleminin hukuka aykırılığı aynı zamanda düzenlemenin kapsamının eksikliği ya da hukuka aykırılığına işaret etmektedir. Bu durumda red işleminin iptal edilmesi ile idare iptal kararı doğrultusunda yeni bir düzenleme yapmak zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla bu mahiyetteki bir talebin, düzenlemenin kendisinden bağımsız olarak değerlendirilmesi düşünülemez²³³.

²³¹ AYİM 2. Daire; 31.10.2001 tarih ve 2001/157 E., 2001/734 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²³² Bu noktada eksik kapsamlı düzenlemelerin, söz konusu olumsuz niteliğinden kaynaklı olarak ortaya çıkan, yürütmenin durdurulmasına ilişkin tartışmaya değinmek gerekir. Türk hukukunda olumsuz işlem olarak ifade edilen red işlemlerinin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin tartışmalar, bir olumsuz düzenleme olarak değerlendirilen eksik kapsamlı düzenlemelerde eksiklik sebebiyle yürütmenin durdurulması taleplerinde de ortaya çıkmakta ve eksik kapsamlı düzenlemelerin yürütmesinin durdurulamayacağı belirtilmektedir. Bkz. **ÖZAY, İl Han**; İdari Kolluk Alanı ve “Olumsuz” Denilen İşlemlerde Yürütmenin Durdurulması (“Olumsuz İşlem”), Murat Sarıca Armağanı, Aybay Yayınları, s.115.

²³³ **BÜLBÜL**; *Yürürlükten Kaldırma*, s. 95.

Örneğin daha önceden imzalanmış olan bir imtiyaz sözleşmesinin bazı maddelerinin değiştirilmesi talebinin reddine ilişkin işleme karşı açılan iptal davasında Danıştay; söz konusu red işleminin imtiyaz sözleşmesinden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiş, bu işleme karşı açılan iptal davasını imtiyaz sözleşmesinden doğan bir idari dava olarak kabul etmiş²³⁴ ve davanın ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği sonucuna ulaşmıştır²³⁵.

Ancak düzenleyici işlemin değiştirilmesine ilişkin taleplerin reddinin de bir düzenleyici işlem olarak kabul edilemesine karşı çıkan yazarlar, red işleminin yetki ve şekil unsurlarından hareketle iki temel sebebe dayanmaktadırlar. İlk itiraz sebebi, bir düzenleyici işlemin uygulayıcısı olan idari makam ile o düzenleyici işlemin tesisinde yetkili olan idari makamın farklı olduğu durumlarda, eksikliğin tamamlanmasına ilişkin talebin reddi işleminin o düzenlemeyi çıkarmaya yetkili makam tarafından verilmemiş olmasıdır²³⁶.

Gerçekten de bir düzenleyici işlemin kapsamının değiştirilmesine ilişkin başvurular genel olarak, o düzenleyici işlemi tesis eden değil, uygulayan makama yapılmaktadır. Dolayısıyla idari başvurunun yapıldığı ve red kararını veren idari makam, her zaman kapsamının değiştirilmesi istenen düzenleyici işlemi tesis eden

²³⁴ Danıştay 10. Daire; 28.05.2004 tarih ve 2001/598 E., 2004/5220 K. sayılı karar (www.kazanci.com); Diğer bir örnekte, imtiyaz sözleşmesinin uygulanabilirliği açısından önemli bir şart olarak öngörülen ikinci bir anlaşmanın imzalanması talebinin reddine ilişkin işleme imtiyaz sözleşmesinden bağımsız olarak değerlendirilmemiştir. bkz. Danıştay 10. Daire; 22.12.2003 tarih ve 2001/2628 E., 2003/5289 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²³⁵ Bkz. DK md. 24/1; “*Danıştay ilk derece mahkemesi olarak: ...tahkim yolu öngörülmeyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.*”

²³⁶ COSSALTER, a.g.m.

makam olmamaktadır²³⁷. Örneğin Conseil d'Etat'nın yukarıda açıklanan *Sindy* kararında, dava konusu edilen ve kararnamenin değiştirilmesine ilişkin talebin reddi işlemi İçişleri Bakanlığı tarafından tesis edilmiştir. Ancak Fransız idare hukukunda *décret* çıkarma yetkisi Başbakan ve Cumhurbaşkanıya aittir. Söz konusu soruna ilişkin diğer bir örnek olarak AYİM 2. Daire'nin red işlemini *olumsuz düzenleyici işlem* olarak kabul ettiği kararı gösterilebilir. Söz konusu örnekte davacı, Bakanlar Kurulu kararının kapsamına alınmasına ilişkin talebi Genelkurmay Başkanlığı'na yapmıştır²³⁸.

İkinci temel itiraz sebebi ise düzenlemenin şekil unsurundan kaynaklanmaktadır. Düzenleyici işlemin değiştirilmesi talebinin reddi işleminin bir düzenleyici işlemin sahip olması gereken şekil unsurunu taşıması ve düzenleyici işlem için geçerli olan idari usuller çerçevesinde tesis edilmemesi karşısında, bu red işleminin bir düzenleyici işlem mahiyetinde kabul edilmesinin doğuracağı çelişkidir²³⁹. Örneğin Resmi Gazete'de yayımlanması gereken bir düzenleyici işlemin kapsamının değiştirilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddi işlemi, Resmi Gazete'de yayımlanmamaktadır. Bu durumda dava açma süresi ne zaman

²³⁷ Örneğin eksik kapsamlı bir imar planının değiştirilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin Belediye Başkanlığı işlemlerinin iptali talebiyle açılan davada; “*imar planları, belediye meclisi kararı ile onaylanarak yürürlüğe gireceğinden, yetkide paralellik ilkesi gereği, olayda plan tadilatına ilişkin taleplerin belediye meclisince görüşülerek bir karar verilmesi gerekirken, belediye başkanlığı işlemleri ile reddedilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı*” sonucuna varılmıştır Bkz. Danıştay 6. Daire; 18.04.2011 tarih ve 2010/10876 E., 2011/868 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²³⁸ Bkz. AYİM 2. Daire; 31.10.2001 tarih ve 2001/157 E., 2001/734 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²³⁹ COSSALTER, a.g.m.

başlayacaktır?, açılan davada “olumsuz düzenleyici işlemin” şekil unsuru nasıl denetlenecektir?²⁴⁰

Ancak bu noktada aksi bir kabulün, idari yargı açısından çelişki doğurabileceğini de belirtmek gerekir. Eğer idare mahkemeleri, örneğin bir Bakanlar Kurulu kararının kapsamının genişletilmesine ilişkin talebin reddi işlemini iptal ederlerse, Danıştay’ın yetkisinde olan Bakanlar Kurulu Kararının²⁴¹ hukuka uygunluğunu denetleyen bir makama erişmiş olacaklardır²⁴². Bu durumda Bakanlar Kurulu kararına karşı iptal taleplerinin Danıştay’da; Bakanlar Kurulu kararının kapsamının genişletilmesi talebinin reddine karşı iptal taleplerinin Ankara İdare Mahkemesi’nde görülmesi gibi bir çelişkili durum doğmuş olacaktır²⁴³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, eksik kapsamlı bir düzenleyici işlemin kapsamının genişletilmesi talebiyle yapılan idari başvurunun reddi işlemi bir düzenleyici işlem olarak kabul edildiğinde, başvuru sahibi kişi ile ortak menfaate sahip olan diğer ilgili kişilerin (ör. aynı meslek mensupları) de söz konusu red işlemine karşı dava açmalarında güncel, meşru ve kişisel menfaatlerinin olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.

²⁴⁰ Bkz. CE, 08.03.1996, No.164897 (<http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-CONSEILDETAT-19960308-164897>).

²⁴¹ Bkz. DK md. 24/1; *Danıştay ilk derece mahkemesi olarak:...a) Bakanlar Kurulu kararlarına... (k)arşı açılacak iptal ve tam yargı davaları(nı) karara bağlar.*

²⁴² Bkz. **COSSALTER**, a.g.m.

²⁴³ Bkz. Ankara 13. İdare Mahkemesi; 06.03.2012 tarih ve 2010/1899 E., 2012/532 K. sayılı karar. (Yayımlanmamıştır)

2. Eksikliğin Tamamlanması Talebinin Reddini Bağımsız Bir Birel İşlem Olarak Gören Yaklaşım

Yukarıda da detaylıca ifade edildiği gibi, Danıştay’a göre İYUK md. 10 ve 11’in kurgusu bir birel işlemin tesis edilmesi ya da değiştirilmesi varsayımına dayanmaktadır ve uygulama da bu doğrultuda ağırlık kazanmıştır. Uygulamada geçerli olan söz konusu genel yaklaşım, eksik kapsamlı düzenlemelerin tamamlanması talebiyle yapılan idari başvuruların reddine ilişkin işlemlerin tavsifine de yansımaktadır²⁴⁴.

Ancak daha önce de ifade edildiği gibi gerek öğretide gerekse Danıştay kararlarında, İYUK’un idari başvuruya ilişkin hükümlerinin eksik kapsamlı düzenlemelerin tamamlanması talebiyle yapılan idari başvurularda da uygulanabileceği kabul edilmektedir²⁴⁵.

Danıştay bu bağlamda Conseil d’Etat’dan farklı olarak, yargısal denetimi kendi yetkisinde olan (Bakanlar Kurulu kararı, ülke çapında uygulanacak nitelikte bir düzenleyici işlem) düzenleyici işlemlerdeki eksikliğin tamamlanması talebinin reddi işlemini birel işlem niteliğinde kabul etmekte ve ilk derece mahkemesi olarak idare mahkemeleri tarafından çözümlenen davaların temyizi üzerine verilen kararlarında, söz konusu hususu hiç tartışmamaktadır.

Bu bağlamda örneğin, ülke çapında uygulanan bir düzenleyici işlemin mevcut kapsamının genişletilmek suretiyle değiştirilmesine ilişkin yapılan idari başvurunun

²⁴⁴ Bkz. İDDK; 04.03.2010 tarih ve 2006/3480 E. 2010/400 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır), Aynı yönde; İDDK; 01.05.2008 tarih ve 2007/243 E., 2008/1290 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); İDDK; 22.10.2009 tarih ve 2008/1199 E., 2009/1816 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²⁴⁵ Bkz. Bölüm II, “İdari Başvurunun Niteliğine İlişkin Tartışmalar” başlığı altında yapılan açıklamalar.

açık reddi üzerine açılan bir davada, ilk derece mahkemesi olarak Ankara İdare Mahkemesi'nce verilen iptal kararı²⁴⁶, Danıştay tarafından onanmıştır²⁴⁷.

3. Eksikliğin Tamamlanması Talebinin Reddini Bir Uygulama İşlemi Olarak Gören Yaklaşım

Uygulamada, düzenlemenin değiştirilmesi talebinin reddi işlemini, değiştirilmesi istenen düzenlemenin uygulanmasına ilişkin bir işlem olarak kabul eden diğer bir yaklaşım mevcuttur. İYUK md. 7/4'e göre bir düzenleyici işlemin uygulanması üzerine ilgililerin uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işleme karşı da dava açabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükme dayanarak, düzenleyici işleme karşı dava açma süresi geçirildikten sonra söz konusu düzenlemedeki eksikliğin tamamlanması talebiyle idari başvuru yapılmakta, başvurunun reddi üzerine, red işlemi bir uygulama işlemi olarak kabul edilerek, red işlemi ile birlikte düzenleyici işlemin eksiklik sebebiyle dava konusu edildiği görülmektedir.

İYUK md. 7/4 kapsamında gerçekleşen ve düzenleme yapılması talebinin reddi işleminin bir uygulama işlemi olup olmadığına ilişkin tartışma, düzenleyici işlem için söz konusu olan dava açma süresi açısından önem taşımaktadır. Zira red işlemi İYUK md. 7/4 kapsamında bir uygulama işlemi olarak kabul edildiğinde, hem ilan tarihini izleyen günden itibaren atmış günlük dava açma süresi geçirilmiş olan düzenleyici işleme hem de red işlemine karşı açılan davanın süresinde olduğu da

²⁴⁶ Ankara 13. İdare Mahkemesi; 06.03.2012 tarih ve 2010/1899 E., 2012/532 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

²⁴⁷ Danıştay 5. Daire; 07.02.2013 tarih ve 2012/3809 E., 2013/721 K. sayılı karar (www.kazanci.com). Eksik kapsamlı düzenlemenin kapsamının tamamlanması talebiyle yapılan idari başvurunun bağımsız bir birel işlem olduğu yönündeki AYİM kararı için bkz. AYİM 3. Daire; 17.11.2005 tarih ve 2005/648 E., 2005/1357 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

kabul edilmiş olmaktadır. Yukarıda ifade edilenin aksine, bu gibi durumlarda hem red işlemi hem de kapsamında eksiklik olduğu iddia edilen düzenleyici işlem iptal davasına konu edilmektedir²⁴⁸.

Örneğin Danıştay 10. Dairesi, birinci sınıf cumhuriyet savcısı olarak görev yapan bir savcının havaalanlarındaki VIP salonlardan yararlanacak olan Türk Ricalini belirleyen ilgili genelge kapsamına, “*birinci sınıf hakim ve savcı olarak üç yılını doldurup Yargıtay ve Danıştay’a seçilme koşullarını kaybetmemiş olanların*” da eklenmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 19.01.2010 tarihli işlemi bir uygulama işlemi olarak; 25.06.2002 tarihli Genelge’yi de red işleminin dayanağı olan bir düzenleyici işlem olarak kabul etmiş ve söz konusu davayı esastan karara bağlamıştır²⁴⁹.

Ancak İDDK’nın genel tutumu bir düzenlemedeki eksikliğin tamamlanması talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin bir uygulama işlemi olarak kabul edilmeyeceği yönündedir. Örneğin, Özel Rehabilitasyon Merkezleri Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelik kapsamında, *fizik tedavi ve rehabilitasyon uzman hekimlerinin* tıbbi rehabilitasyon hizmeti veren merkezlerde görevlendirilecek personel arasında sayılması talebinin reddine ilişkin 03.06.2003 tarihli işlem ile bu işlemin dayanağı olduğu öne sürülen 21.03.1986 tarihli Yönetmeliğin ilgili maddelerinin eksik düzenleme sebebiyle iptali talebiyle açılan davada İDDK eksik

²⁴⁸ Hem kapsamı tamamlamak amacıyla yapılan başvurunun red işleminin hem de eksik kapsamlı düzenlemenin kendisinin dava konusu edilmesine Fransız İdari Yargısı’nda da rastlanmaktadır. Bkz. CE, 18.12.2002, *Mme Duvignères*, (www.legifrance.gouv.fr).

²⁴⁹ Danıştay 10. Daire; 16.12.2014 tarih ve 2010/2495 E., 2014/7763 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır.), Aynı yönde; benzer içerikte bir düzenlemenin kapsamında Cumhuriyet başsavcılarına yer verilmemesi nedeniyle hukuka aykırı olduğu belirtilerek söz konusu genelgenin iptali talebiyle açılan bir davada red işlemi bir uygulama işlemi olarak kabul edilmiş ve dava esastan çözümlenmiştir. Bkz. Danıştay 10. Dairesi 22.04.2008 tarih ve 2007/685 E., 2008/2803 K. sayılı karar, İDDK; 12.11.2009 tarih ve 2008/2357 E., 2009/2289 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

düzenlemenin tamamlanması talebinin reddinin bir uygulama işlemi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir;

“İlan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayan dava açma süresi içerisinde idari davaya konu edilmeyen düzenleyici işlemlerin bu tarihten sonra davaya konu edilebilmeleri için ilgili hakkında uygulama işlemi yapılmış olması, bireysel işlemin ise birlikte dava konusu yapıldığı düzenleyici işlemin uygulaması niteliğinde bulunması gerekmektedir. ... Davacılar davalı idareye yaptıkları başvuruda ise Yönetmeliğin üst hukuk normlarına uygun hale getirmesini işlemişlerdir. Görüldüğü gibi davacıların davalı idareye yaptığı başvuru Yönetmelik hükümlerinin değiştirilmesi istemiyle yapılmış bir başvurudur.

*Dolayısıyla; bu başvurunun yanıt verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin davacı yönünden bir uygulama işlemi kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. **Çünkü 2577 satılı Yasa’nın 7. maddesinde sözü edilen “uygulama işlemi” kavramı kural koyucu nitelikteki düzenleyici işlemlere dayanılarak ilgililer hakkında tesis edilen ve onların menfaatlerini ihlal etmesi sonucunu doğuran başka bir ifadeyle hukuksal durumlarında değişiklik doğuran bireysel nitelikli işlemleri ifade etmektedir.**²⁵⁰”*

İDDK söz konusu yaklaşımında uygulama işlemi kavramının düzenlemenin doğrudan uygulanmasına ilişkin birel işlemleri ifade ettiğini belirtmiş ve düzenlemenin değiştirilmesi talebinin reddinin bu nitelikte olmadığı sonucuna

²⁵⁰ İDDK; 04.03.2010 tarih ve 2006/3480 E. 2010/400 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır), Aynı yönde; İDDK; 01.05.2008 tarih ve 2007/243 E., 2008/1290 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır); İDDK; 22.10.2009 tarih ve 2008/1199 E., 2009/1816 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

ulaşmıştır²⁵¹. Danıştay, *uygulama işlemini* bir düzenlemenin uygulanmasına ilişkin birel işlem, yani “*düzenleyici kuralın kişiye uygulanmak suretiyle birel işlem boyutunda somutlaşması*” olarak kabul etmektedir²⁵². Bu yaklaşımın mefhumu muhalifinden (*a contrario*) İDDK’nın bir düzenlemenin kapsamının genişletilmesine ilişkin talebin reddi işlemini, tıpkı Conseil d’Etat’nın belirttiği gibi, esasında düzenlemeye ilişkin bir talep olarak kabul ettiği ve birel işlem olarak kabul etmediği sonucuna ulaşılabilir²⁵³.

Eksik düzenlemenin tamamlanması talebiyle yapılan idari başvuruların reddinin eksik kapsamlı düzenleme ile birlikte dava konusu edildiği durumlarda, eksik kapsamlı düzenlemelerin özelliği gereği kapsamda olmayan ilgililer hakkında idarenin re’sen bir birel işlem tesisinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, bir uygulama işlemi tesis edilmesi ya da eksik kapsamlı düzenlemenin kapsamının tamamlanması talebiyle yapılan başvuruların reddinin bir uygulama işlemi olarak kabul edilmesi gerektiği de bazı karşılarda savunulmaktadır. Bu görüşü savunanlar her düzenleme değişikliği talebinin değil, sadece eksik kapsamlı düzenlemenin kapsamının tamamlanmasına ilişkin talebin reddinin eksik kapsamlı düzenlemenin özelliği dolayısıyla uygulama işlemi olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedirler;

“Dava konusu edilen Yönetmelik kuralları dikkate alındığında

(Eksik düzenleme), bu kurallara dayalı olarak davacı dernekler hakkında

²⁵¹ İDDK’nın bir düzenlemenin kapsamının genişletilmesi talebiyle yapılan başvuruyu İYUK md 11 çerçevesinde kabul ettiği ve bu başvuruya verilen red cevabını da birel işlem olarak kabul ettiği daha önce belirtilmiştir.

²⁵² Danıştay 11. Daire; 19.02.2003 tarih ve 2000/10901 E., 2003/739 K. sayılı karar, Aynı yönde; Danıştay 11. Daire; 02.05.2007 tarih ve 2007/1129 E., 2007/4528 K. sayılı karar; Danıştay 7. Daire; 31.03.2004 tarih ve 2004/734 E., 2004/798 K. sayılı karar; Danıştay 11. Daire; 08.10.2003 tarih ve 2003/3145 E., 2003/3851 K. sayılı karar; VDDK; 17.04.2009 tarih ve 2008/789 E., 2009/196 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

²⁵³ Bu konuya ilişkin tartışma için bkz. COSSALTER, *a.g.m.*

doğrudan bir uygulama yapılmasına olanak bulunmadığından, bu davayı açmaya ehliyetli oldukları kabul edilen davacı derneklerin içeriği yukarıda yazılı başvurusunun reddinin bu başvurunun konusunu oluşturan düzenleyici işleme karşı dava açma olanağı yaratacağının kabulü zorunludur.²⁵⁴”

²⁵⁴ İDDK; 01.05.2008 tarih ve 2007/243 E., 2008/1290 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

§ ÜÇÜNCÜ BÖLÜM §

EKSİK KAPSAMLI DÜZENLEMELERDE YÜRÜTMENİN

DURDURULMASI

Eksik kapsamlı düzenlemenin yargısal denetimine ilişkin temel tartışma, iptal davasına konu edilip edilemeyeceği hususundan daha ziyade yürütmenin durdurulması talebine konu edilip edilemeyeceği konusunda toplanmaktadır. Birinci ve İkinci Bölümde detaylıca açıklandığı gibi, her ne kadar bünyesinde kapsamlı ve derinlikli tartışmaları barındırsa da, idari yargı mercileri tarafından eksik kapsamlı düzenlemenin iptal davasına konu edilebilir nitelikte kesin ve yürütülebilir bir idari işlem oldukları ağırlıklı olarak kabul edilmiş; uygulama ve içtihat da bu doğrultuda şekillenmeye başlamıştır. Ancak eksik kapsamlı düzenlemenin doğrudan iptal davasına konu edilebileceğini savunan görüş, yürütmesinin durdurulması noktasında kendi içinde ayrılmaktadır. Eksik kapsamlı düzenlemelerin doğrudan iptal davasına konu edilmesine karşı çıkan görüş ise haliyle yürütmesinin durdurulmasına da karşı çıkmaktadır.

Söz konusu fikir ayrılığının temel sebebi, öğretide *olumsuz işlemler* olarak ifade edilen işlemlerin yürütmesinin durdurulması konusunda yaşanan tartışmalardan kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak; olumsuz işlemlerde yürütmenin durdurulmasına ilişkin tartışmalar (I) ve ardından bu tartışmaların eksik düzenlemeler açısından doğurduğu sonuçların (II) incelenmesi gerekir.

I. Yürütmenin Durdurulması Talebinin Konusunu Oluşturması

Bakımından İdari İşlemin Niteliği: Olumsuz İşlemler ve Yürütmenin Durdurulması

Öğretide bazı yazarlar tarafından, idari işlemler arasında yürütmenin durdurulması temelinde, *olumsuz işlemler-olumlu işlemler* şeklinde bir tasnif yapmakta ve *olumsuz işlemler* olarak kategorize edilen işlemlerin yürütmenin durdurulması talebine konu edilemeyeceğini savunmaktadırlar (A). Bazı yazarlar ise, bu tasnife karşı çıkmakta ve olumsuz işlemlerde de yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceğini savunmaktadırlar (B).

A. Olumsuz İşlemlerin Yürütmenin Durdurulması Talebine Konu Olamayacağı Görüşü

Olumsuz işlemlerin yürütmenin durdurulması talebine konu edilemeyeceğini savunana görüş, idarenin re'sen ya da bir talep üzerine tesis ettiği işlemleri, *olumlu işlemler*²⁵⁵; bir hakkın tanınması ya da geçici olarak bir haktan istifade ettirilmesi için, bir hizmet sunulması, bir işlem tesis edilmesi ya da bir ücret ödenmesi talebiyle yapılan başvuruların idare tarafından sarıh ya da zımni reddine ilişkin işlemleri ise *olumsuz işlemler*²⁵⁶ olarak isimlendirilmektedir. Ancak bazı yazarlar tarafından idarenin bir açıklama yapmayı reddetmesi suretiyle oluşan olumsuz işlemlerin herhangi bir hak doğurmayacağı kuralının sadece zımni red işlemleri açısından değil;

²⁵⁵ GÖZÜBÜYÜK, *Yönetmelik Yargı*, s. 143.

²⁵⁶ OYTAN, Muammer; Danıştay'da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Ülkemiz Matbaası, Ankara 1973, s. 125; "Olumsuz işlem" yerine "pasif durum" ifadesi için bkz. KARAYALÇIN, Yaşar; Yine Yürütmeyi Durdurma Kararları, Meseleler ve Görüşler III Kültür-Eğitim-Üniversite-Siyaset-Ekonomi-Hukuk, Sevinç Matbaası, Ankara 1983, s. 135.

aynı zamanda zımni kabul işlemleri açısından da geçerli olabileceği belirtilmektedir²⁵⁷.

Bu sınıflandırmaya dayalı olarak bazı yazarlar sadece olumlu işlemlerin yürütmesinin durdurulabileceğini; kural olarak olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulmayacağını belirtmekte ve işlemin olumlu niteliğini yürütmeyi durdurmanın usulî koşulları arasında saymaktadırlar²⁵⁸. Bu bağlamda, temel olarak savunulan görüş, yürütmenin durdurulması kararının sonuçlarından hareketle bu müessesesinin kapsamına sadece yürütülen olumlu işlemleri hasretmektedir. Aksi bir durumda, yani olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesi durumunda (talep doğrultusunda bir işlemin tesis edilmesi gerekeceğinden) idari yargı merciinin, idarenin *adem-i icra* kararına karşı *icra* kararı vermiş olacağı ve bu durumun ise yürütmenin durdurulması müessesesini tamamen tersine çevirmek anlamına geleceği savunulmaktadır²⁵⁹.

Bazı yazarlar “*yürütmenin durdurulması*” ifadesinden hareketle, bir “*yürütme*” ve “*uygulama*” söz konusu olduğu durumlarda, yani idarenin “*aktif*” olduğu durumlarda uygulamadan doğan zararın önlenmesi için söz konusu müessesenin öngörüldüğünü; idarenin “*pasif*” kaldığı durumlarda, ortada bir *yürütme* ve

²⁵⁷ Bkz. **JUNOD, Charles André**; *Résumé du Cours de Droit Administratif*, Cenevre 1974, s. 9; Aktaran **ERKUT**; *Kimlik*, s. 31.

²⁵⁸ **TAN, Turgut; GÖZÜBÜYÜK, Şeref**; *İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, , C. II, s. 1056.

²⁵⁹ **GÜNEŞ, Turan**; Prof. Dr. Turan Güneş’in Konuşması, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara 1966, s. 49.

uygulama olmadığından *durdurmanın* da söz konusu olmayacağını²⁶⁰, aksi halde mantıki bir çelişki ve uygulama imkânsızlığı doğacağını²⁶¹ ve bu durum da aynı zamanda bir yerindelik denetimi sonucu doğuracağını belirtmektedirler²⁶².

Bu görüşü savunan yazarlar, idarece bir talebin yerine getirilmemesi şeklindeki olumsuz işlemlerde yürütmenin durdurulmasına kararı verilmesi halinde idarece bu doğrultuda bir idari işlemin tesisi gerekeceğinden bunun idareye reddettiği bir şeyi yapması için emir vermek anlamına geleceğini²⁶³, idari yargı merciine tanınan yetkinin icrai bir işlemin *yürütmesinin durdurulması* ile sınırlı olduğunu; bu yetkinin icrai olmayan bir red işleminin yürütmesinin durdurulması suretiyle idareyi belirli bir işlemin tesisine zorlayacak *yargısal emir* şeklinde kullanılmayacağını aksi takdirde idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmiş olacağını belirtmektedirler²⁶⁴.

Bu görüşteki yazarların dayandığı diğer bir gerekçe, olumsuz işlemler hakkında verilecek bir yürütmenin durdurulması kararının iptal davanın esasının halli gibi bir hukuki durum meydana getireceği, bu durumun da yürütmenin durdurulmasının

²⁶⁰ Aktarılan bir olay bu açıdan önem taşımaktadır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Ankara Hukuk Fakültesi'ne naklini yaptırmak isteyen bir öğrencinin yaptığı nakil başvurusunun Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından reddedilmesi üzerine açmış olduğu iptal davasında YD kararı verilmesi üzerine dönemin fakülte dekanının “*hiçbir yürütmem yok neyi durduracağım*” dediği ifade edilmektedir. Aktaran **OZANSOY, Cüneyt**; 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2009, I. Oturum Tartışmalar, Ozansoy'un cevapları, s.61.

²⁶¹ Bir red kararının verilir verilmez uygulandığı ve sonuçlarını doğurduğu, ancak “*yürütmenin durdurulması*” ifadesindeki *durdurma (sursis)* kavramının, pozitif bir kararın uygulanmasına işaret ettiği ve mantıki olarak negatif işlemlerde yürütmenin durdurulamayacağı, bu açıdan olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulmasının *alışılmamış bir yol (incolite)* ve *sapkın bir yol (heretique)* olduğu şeklindeki görüş için Bkz. **GLÉLÉ, Maurice**; Le Recours Contre une Décision Administrative Négative; AJDA, 1970, s. 23.

²⁶² **KARAYALÇIN**; *a.g.m.*, s. 135.

²⁶³ **WALINE, Marcel**; Note de Jurisprudence, RDP, 1970, s.1040.

²⁶⁴ **TUNCAY; Aydın/ÖZDEŞ; Orhan/BAŞPINAR; Recep**; İdari Yargılama Usulü, Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968, Danıştay Matbaası, Ankara 1986, s. 633.

mahiyeti ile bağdaşmayacağıdır²⁶⁵. Nitekim yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan usulî şartlar arasında; *yürütmenin durdurulması talebinin kabulünün davanın sona ermesine müncer olmaması* sayılmış ve örnek olarak da ruhsat talebini reddeden kararın yürütmesinin durdurulması gösterilmiştir²⁶⁶. Mezkûr gerekçelerin idari yargı mercilerinin kararlarına yansıdığı bazı durumlar söz konusu olmuştur.

Örneğin Ankara Bölge İdare Mahkemesi, bir talebin reddine ilişkin açılan davada idare mahkemesinin yürütmenin durdurulması talebinin kabulü yönündeki kararına karşı yapılan itiraz üzerine şu gerekçelerle yürütmenin durdurulması kararını kaldırmıştır;

“Yürütmenin durdurulması kararları, davayı esastan sonuçlandıran kararlar olmayıp, dava sonuna kadar dava konusu idari işlemin uygulanmasını durduran idareyi hareketsizliğe sevk ederek işlemin hukuki sonuçlar yaratmasını askıya alan tedbir niteliğini haiz kararlardır. Yürütmenin durdurulması kararı ile idari işlemin tesisinden önce mevcut olan hukuki durumun dava sonuna kadar devamı sağlanır. Yürütmenin durdurulması kararları inşai niteliği haiz olmayıp, dava konusu işlemle etkilenen önceki hukuki durumu koruyucu kararlardır.

Bir idari işlemin yeni bir hukuki durum yaratması, bir hukuki durumu ortadan kaldırması ya da hukuki durumda değişiklik yapması halinde bu idari işlemin askıya alınması, uygulanmasının dava sonuna kadar ertelenmesi, dava konusu işlemin tesisinden önceki mevcut hukuki durumun dava sonuna kadar devamının sağlanabilmesi mümkündür. Bu

²⁶⁵TUNCAY/ÖZDEŞ/BAŞPINAR, a.g.e., s.633.

²⁶⁶ KIRATLI, Metin; Yürütmenin Durdurulması, AÜSBFD, C. 21, S. 4, Y. 1966, s. 190.

itibarla, idarenin bir işlem tesisi yolunda yapılan başvuruları reddederek, hareketsiz kaldığı olumsuz işlemlerin, askıya alınması uygulanmasının ertelenmesi, başvurunun konusunu teşkil eden hukuki durumu sağlamayacağından bu işlemlere karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmesini anlamsız kılar.²⁶⁷”

Danıştay ise, ilgilinin inşa ettiği ilave katlara kullanım izni verilmesi talebiyle yaptığı başvurunun idarece açıkça reddedilmesi üzerine söz konusu işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle açılan davada şu gerekçelerle YD talebini reddetmiştir;

“Yürütmenin durdurulması kararları idarenin icrai niteliği haiz kararlarının yürütülmesini önlemek için verilebilir. Olayda yürütülmesinin durdurulması istenen kullanma izni verilmesine dair karar bu niteliği haiz olmadığından yürütülmesinin durdurulması da mevzuu bahis olamaz. Aksi hal dava sonuçlanmadan kullanma izni verilmesi sonucunu doğurur²⁶⁸.”

AYİM ise, yükümlülük süresini tamamlamadan emeklilik talebinde bulunan ilgilinin bu talebinin reddedilmesi üzerine söz konusu işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle açılan davada, yürütmeyi durdurma kararının hukuka uygunluk karinesini askıya alan bir karar olduğunu belirttikten sonra şu gerekçelerle YD talebini reddetmiştir;

²⁶⁷ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 26.8.2004 tarih ve 2004/2321 YD İtiraz No (Yayımlanmamıştır).

²⁶⁸ Danıştay 6. Daire; 1966/3436 E. ve 10.11.1966 tarihli YD kararı. Aktaran; **DİNÇER, Güven; ÇIRAKMAK, Erol; NECİPOĞLU, Necat**; Danıştay Kararları 1965-1966-1967, İş Matbaası, Ankara 1967, s. 49-50.

“Yürütmenin durdurulması kurumunun niteliği bu olduğundan, hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilecek idari işlemlerinde, ancak “ilgilinin hukuki durumunda değişiklik yapan” işlemler olabileceği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır... Dava konusu olayda, İdarece tesis edilen işlem davacının hukuki durumunu değiştirmeyen, onun askeri tabiplik subaylık asker kişilik sıfatlarının devamı sonucunu yaratan bir işlemdir...yürütmenin durdurulması kararı verdiğinde, bu kararın yerine getirilmesi ancak davacının hukuki durumunun İdarece değiştirilmesi, ile mümkün olacaktır. Bu ise Mahkemenin henüz taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren kararını açıklamadan önce idareye belirli bir işlem tesis etmesi direktifini vermesi olur ki...²⁶⁹”

AYİM Başsavcılığı, ilgilinin başçavuşluğa terfi ettirilmeme işleminin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle açtığı davada bildirdiği görüşte AYİM’in yukarıda ifade edilen kararı doğrultusunda bir yaklaşım benimsemiştir;

“Yürütmenin durdurulması kavramı yürütülerek kişinin hukuk alanında değişiklik yapan idari işlemin uygulanmasını durdurma, kişinin hukuki durumunun idari işleme rağmen değişmemesini sağlama, işlemde önceki hukuki durumu deva ettirme düşüncesi ile ilgilidir. Olumsuz işlemler gibi hukuksal durumlarda değişiklik yaratmayan ve dolayısıyla hukuk düzeninde de bir yenilik ve katkı oluşturmeyen idari

²⁶⁹AYİM Daireler Kurulu; 16.03.1995 tarih ve Gensek No. 1995/335. AYİMKD, S. 10, Y. 1996. Aksi Yönde AYİM kararı için bkz. AYİM, 30.11.1990 T. Genelge No. 1990/2008, Esas No. 1990/1276

icrai işlemler bakımından yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği öğretide ve yargı kararlarında benimsenmiş görüştür²⁷⁰. ”

Ancak olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulmayacağını savunan yazarların bir kısmı, olumsuz işlemlerin kendi içinde bir ayırım yapmakta ve *ilgilinin eskiden var olan fiili ve hukuki durumunda değişiklik yapan ve icrai nitelik taşıyan* olumsuz işlemlere karşı yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceğini savunmaktadırlar²⁷¹.

Görüldüğü gibi, söz konusu görüş, bir talep karşısında tesis edilen idari işlemin mahiyetinden (red/kabul) hareketle bir tasnif yaparak olumsuz işlemler açısından daha geniş bir tanım benimsemekte ve bu işlemlerin, yukarıda açıklanan bir kısmı hariç, yürütmesinin durdurulamayacağı belirtilmektedir. Ancak, işlemin mahiyetinden ziyade, doğurduğu hukuki ve fiili sonuçtan hareketle olumlu-olumsuz işlemin tasnifini yapan görüşe göre ise; *olumsuz işlem*, idare tarafından mevcut hukuk düzeninde bir değişiklik yapılmasına müsaade edilmemesi ya da böyle bir değişikliğin ifa olunamaması sonucunu doğuran idari işlemlerdir²⁷². Bu tanım, salt bir talebin reddedilmesini değil, aynı zamanda red işleminin ilgilinin fiili ve hukuki

²⁷⁰ AYİM Başsavcılık Görüşü; Gensek No.1990/1256, Başsavcılık No. 1990/1207. Aynı Yönde; Gensek No. 1991, Başsavcılık No. 1991/317; Genelge No. 1991/1779, Başsavcılık No. 1991/2417. Aktaran **ASLAN, Zehreddin**; İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Alfa Yayınevi, 1. Basım, s. 65.

²⁷¹ **GÖZÜBÜYÜK**, *Yönetmelik Yargı*, s. 143; **PACTEAU, Bernard**; *Contentieux Administratif*, Paris 1989, s. 241. Aktaran **ASLAN**, *a.g.e.*, s. 63.

²⁷² **ONAR, Sıddık Sami**; İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul C. 2, s. 1795; Öğretide, olumlu işlem-olumsuz işlem kavramlarının farklı anlama gelecek şekilde kullanıldığına da rastlanmaktadır. Bkz. **ULER**; *a.g.e.*, s. 46; “...bir işlem yapıldığı için ya da geçerli sayıldığı için başka bir işlem yapılamamış ya da geçerli sayılmamış olabilir. Bu biçimdeki ilişkide birinci işleme -gerçekleşmiş olması anlamında- “olumlu”; ikinci işleme ise -gerçekleşmemiş olması dolayısıyla- “olumsuz” işlemler denebilir.”

durumunda değişiklik doğurmamasını olumsuz işlemin bir unsuru olarak kabul etmektedir.

Dolayısıyla olumsuz işleme ilişkin söz konusu tanımların kapsam farklılığından hareketle, olumsuz işlemlerin daha dar tanımını benimseyen görüşün *olumsuz işlemin tamamının yürütmesi durdurulamaz* şeklindeki yaklaşımı; olumsuz işlemin daha geniş tanımını benimseyen görüşün; *ilgilinin eskiden var olan fiili ve hukuki durumunda değişiklik yaratmayan ve icrai olmayan olumsuz işlemlerin yürütmesi durdurulmaz* şeklindeki yaklaşım ile neredeyse aynı sonuca çıkmaktadır.

Bu noktada *yürütülmesi içinde saklı işlemler* kategorisinin ve Conseil d'Etat'nın konuyla ilgili içtihatlarının incelenmesi gerekmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla olumsuz işlemlerde yürütmenin durdurulmasıyla ilgili olarak Conseil d'Etat tarafından verilen ilk karar 13 Mayıs 1949 tarihli *Rousset* kararıdır. Söz konusu davada, bir cerrahın Bordeaux tabipler odası siciline kaydedilmesine ilişkin talebi Ulusal Hekimler Konseyi tarafından reddedilmiş ve bu karar dolayısıyla tıp hizmetlerini fiilen icra edemez duruma düşmüştür. Söz konusu red işleminin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle açılan davada Conseil d'Etat; *söz konusu red kararının derhal uygulanması ile davacının mesleğini icra edeceği klinikte telafi edilemez bir karmaşaya sebebiyet vereceği* gerekçesiyle red işleminin yürütmesini durdurmuştur²⁷³.

20 Ocak 1965 tarihli *Rousseau* kararında ise dış hekimliği diploması talebinin reddine ilişkin işleme karşı açılan davada Conseil d'Etat; dış hekimliği diplomasının ancak gerekli sınavların başarıyla tamamlanmasının ardından verilebileceğinin Milli Eğitim Bakanlığı tarafından davacıya bildirilmesinden dolayı, red kararının

²⁷³ CE, *Rousset*, 13.05.1949, aktaran, **ERKUT**, *Kimlik*, s. 131.

uygulanması sonucunda oluşacak zararın yürütmenin durdurulmasını gerektirecek nitelikte olmadığına karar vermiştir²⁷⁴. Söz konusu kararlarda olumsuz işlemlerin yürütmenin durdurulması talebine konu edilip edilemeyeceği tartışılmaksızın koşullarının oluşması durumunda olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulabileceğine ilişkin bir yaklaşım Conseil d’Etat tarafından benimsenmiştir.

Ancak Conseil d’Etat 23 Ocak 1970 tarihli *Amoros* kararıyla söz konusu tartışmalarda içtihadını, sadece hukuki veya maddi durumlarda değişiklik yaratan icrai kararların yürütmesinin durdurulabileceği, bu duruma uymadığı sürece red işlemlerinin yürütmesinin durdurulamayacağı yönünde ortaya koymuştur. Birkaç tıp fakültesi öğrencisinin hastanelerde gündüzlü öğrenci hekim olarak çalışmak amacıyla yaptıkları başvurunun reddedilmesi üzerine açtıkları davada Marsilya İdare Mahkemesi tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasının Sosyal İşler Bakanı tarafından talep edilmesi üzerine Conseil d’Etat şu gerekçelerle yürütmenin durdurulması kararını kaldırmıştır;

“...idari hâkimin idareye kesin emir verme yetkisi bulunmadığı, bu durumda idare mahkemelerinin ve Danıştay’ın idari işlemin icrai (exécutoire) bir nitelik taşıması şartıyla yürütmesinin durdurulmasına karar verebilecekleri; bu durumun tersine, önceden var olan hukuki ve fiili durumlarda herhangi bir değişiklik doğuran idari kararın devam ettirilmesi durumları hariç red kararlarının yürütmesinin durdurulmasına yetkileri olmadığı...”²⁷⁵

²⁷⁴ CE, *Rousseau*, 20.01.1965, aktaran **ERKUT**, *Kimlik*, s. 132.

²⁷⁵ CE. *Amoros*, 23.01.1970, (www.legifrance.gouv.fr)

Görüldüğü gibi *Amoros* kararında Conseil d'Etat benimsediği yaklaşım ile yukarıda ifade edilen öğreti görüşleri aynı noktada buluşmuşlar ve tartışma dönüp dolaşıp *icrai karar* kavramı üzerinde kilitlenmiştir. Red işlemlerinin bir idari davaya konu edilip iptal edilebileceği savunulduktan sonra, nasıl olur da bu işlemlerin kural olarak *icrai* olmadığı dolayısıyla yürütmesinin durdurulamayacağı belirtilebilir? Aslında burada sorun *décision exécutoire (icrai karar)* ifadesinde geçen *exécutoire (icrai)* kelimesinin nasıl algılandığı ile ilgilidir.

Yukarıda ifade edilen görüşler *icrai kararları* (tıpkı olumlu işlemlerde olduğu gibi) “*kendiliğinden icra edilebilme ayrıcalığına sahip olan kararlar*” şeklinde algılarken; *Amoros* kararında bu yaklaşım terk edilmiş ve *icrai kararlar* (bazı olumsuz işlemleri de içerecek şekilde) “*hukuki ve fiili durumlarda değişiklik yaratan kararlar*” şeklinde algılanmaya başlanmıştır. Söz konusu ikinci algıya dayalı olarak, iptal davasının konusunu oluşturan “*icrai işlemler*”den farklı olarak yürütmenin durdurulması talebinin konusunu oluşturması bakımından hukuki statülerde değişiklik yaratma olgusuna dayalı olarak “*yürütülmesi içinde saklı işlemler*” kategorisi oluşturulmuştur²⁷⁶.

Belirtmek gerekir ki iptal davasının konusunu oluşturması bakımından *kendiliğinden icra edilebilme ayrıcalığına sahip olan işlemler* ile *yürütülmesi içinde saklı işlemler* arasında hiçbir fark bulunmamakta söz konusu ayırım sadece yürütmenin durdurulması temelinde yapılmaktadır. Conseil d'Etat'nın *Amoros* kararı ile (olumlu-olumsuz işlem ayırımından ziyade) sadece yürütülmesi içinde saklı işlemler hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği ve olumsuz işlemlerin de ancak bu kategoriye girdiği sürece yürütmesinin durdurulabileceğinin

²⁷⁶ ERKUT; *Kimlik.*, s. 131.

benimsendiği söylenebilir. Ancak yürütülmesi içinde saklı olmayan idari işlemlerin de iptal davasına konu edilebilmesi noktasında hiçbir tartışma bulunmamaktadır²⁷⁷.

Sonuç olarak; bu görüşteki yazarlar, tıpkı iptal davasında *sadece kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemin* dava konusu edilebilmesi gibi, yürütmenin durdurulması açısından da talebe konu edilebilecek bir işlem türü olduğunu (*olumlu işlem, yürütülmesi içinde saklı işlem*) belirtmekte ve işlemin bu niteliğinin yürütmenin durdurulması talebinin usule ilişkin şartları arasında saymaktadırlar²⁷⁸. Telafisi güç ve imkânsız zarar ile işlemin açıkça hukuka aykırı olması ise, yürütmenin durdurulmasının esasa ilişkin şartları olarak kabul edilmekte ve kural olarak olumsuz işlemlerde söz konusu şartlar gerçekleşse bile talebin reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁷⁹.

B. Olumsuz İşlemlerin Yürütmesinin Durdurulması Talebine Konu Edilebileceği Görüşü

Öğretinin bir kısmı, idari işlemlerin olumlu-olumsuz şeklinde tasnif edilmesine karşı çıkmaktadır. Bu bağlamda yürütmenin durdurulması kararı, iptal kararı ile aynı hukuki sonuçları doğurduğundan²⁸⁰, nasıl ki iptal kararları verilmesi açısından olumlu işlem-olumsuz işlem ayrımı yapılmıyorsa yürütmenin durdurulması açısından

²⁷⁷ ERKUT; *Kimlik.*, s. 132.

²⁷⁸ KIRATLI; *a.g.m.*, s. 190.

²⁷⁹ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 26.8.2004 Tarih ve YD İtiraz No: 2004/2321 (Yayımlanmamıştır); “2577 sayılı Yasa’nın 27. maddesinde de yürütmenin durdurulması kararlarının uygulamada ve doktrinde yerleşik bu niteliklerinden (olumsuz işlemin yürütmesinin durdurulamayacağı şeklindeki niteleme) farklı bir nitelendirme getirilmemiştir. Madde hükmünde getirilen “işlemin açıkça hukuka aykırı olması” ile “ilgilisi için giderilmesi güç zararlar doğurması” nedenleri ise, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin şartlarını teşkil etmekte olup, kararların niteliğini belirleyen unsurlar değildir.”

²⁸⁰ ULER, *a.g.e.*, s. 35.

da bu ayrımın yapılmaması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşteki yazarlar, olumsuz işlemlerin de tıpkı olumlu işlemler gibi kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyebileceğini²⁸¹; hukuka aykırı olabileceği gibi ilgilisi açısından telafisi güç veya imkânsız zararlara da sebebiyet verebileceğini²⁸²; bir talebin reddedilmesine bir idari işlem olma ve iptal davasına konu edilebilme sonucu bağlanıyorsa yürütmesinin de durdurulabileceğini²⁸³; yürütmenin durdurulması müessesesinde işlemin niteliğinden çok kararın sonucu ve etkilerinin önemli olduğunu, bu açıdan olumlu-olumsuz tüm işlemlerde idari yargı merciinin yetkilerinin aynı nitelikte olduğunu belirtmekte²⁸⁴ ve idari işlemlerin, yürütmenin durdurulması temelinde olumlu-olumsuz şeklinde tasnifine karşı çıkmaktadırlar²⁸⁵. Bu görüşteki yazarlar herhangi bir kavramsallaştırma yapılmaksızın, *olumsuz işlem* yerine, *red işlemi* ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağını belirtmektedirler²⁸⁶.

Olumsuz işlemlerin, şartların gerçekleşmesi halinde, yürütmesinin durdurulabileceğini savunan yazarlar; bir talebin reddine ilişkin işlem karşısında ortada yürütülen bir idari karar bulunmadığı şeklindeki argümana şiddetle karşı çıkmaktadırlar. Böyle bir gerekçelendirmeyi; “*bilgisizlik*” ya da

²⁸¹ ASLAN; *a.g.e.*, s. 66.

²⁸² ÖZAY, İl Han; *Günüşiğinde Yönetim II-Yargısal Korunma*, On İki Levha Yayınları (Yargısal Koruma), İstanbul 2010, s. 78.

²⁸³ ÖZYÖRÜK; *Mukbil*; İdare Hukuku-İdari Yargı Ders Notları, Ankara 1977, s. 229

²⁸⁴ DURAN, Lutfi; *Danıştay ve Üniversite*, Akşam Gazetesi, 12-14.07.1969; Aktaran, ÇAĞLAYAN, *a.g.e.*, s. 225.

²⁸⁵ Nitekim Prof. İl Han Özay, “*olumsuz işlemler*” ifadesi yerine “*olumsuz denilen işlemler*” ifadesini kullanmakta ve *bireyi herhangi bir durumdan yoksun bırakan her işlem olumsuz şeklinde nitelenebileceğinden “olumsuz işlem” ifadesini talihsiz bir niteleme olarak kabul etmektedir*. Bkz. ÖZAY, İl Han; *İdari Kolluk Alanı ve “Olumsuz” Denilen İşlemlerde Yürütmenin Durdurulması (Olumsuz İşlemler)*, Murat Sarıca Armağanı, Aybay Yayınları, s.115.

²⁸⁶ TEKİNSOY, Ayhan; *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 177.

“*mugalata*” (yanıltma) olarak nitelendirmektedirler²⁸⁷. Bu yazarlara göre, idarenin hareketsizliğine bakarak “*uygulamanın*” ya da “*yürütmenin*” söz konusu olmadığı söylenemez.

Zira, bir yapı izni için yapılan başvurunun, seyahat etmek için söz konusu olan pasaport talebinin ya da üniversite sınavını kazanan bir öğrencinin kayıt başvurusunun reddi durumunda idare hiçbir şey yapmıyor gibi gözükse bile ilgili için bir hukuki durum doğmakta ve bu hukuki durum sürmektedir²⁸⁸. Verilen örneklerde öğrenci statüye girememekte, ilgili pasaport alıp seyahat edememektedir.

Bu görüşü savunan yazarlar, olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulması halinde, idarenin işlemi icra edemeyeceğini ve ilgili kişinin talebi dolayısıyla aktif-olumlu hareket durumuna geçmesi gerektiğini belirtmektedirler. Buna göre eğer idare; reddedilen talebin kabulü yönünde tek bir hukuki seçenek karşısında bulunuyorsa, o doğrultuda bir işlem tesis etmek ya da o doğrultuda bir karar almış gibi hareket etmek zorundadır. Eğer idarenin karşısında, takip etmek zorunda olduğu tek bir hukuki seçenek yerine çeşitli hukuki alternatifler söz konusu ise bu durumda idarenin takdir yetkisi söz konusudur. Ancak bu durumda da yürütmenin durdurulması kararı üzerine idare söz konusu alternatiflerden birini seçmek suretiyle harekete geçerek ilgili hakkında bir işlem tesis etmek zorundadır²⁸⁹.

Bu noktada olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulabileceğini savunan görüş kendi içinde önemli bir noktada ayrışmakta ve bazı yazarlar, işlemin doğuracağı hukuki sonuç olan “konu unsuru” açısından idarenin çeşitli alternatifler

²⁸⁷ ÖZYÖRÜK; *a.g.e.*, s. 229.

²⁸⁸ GÜNDAY, Metin; 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2009, I. Oturum Tartışmalar, Metin Günday’ın Nuri Alan’a cevapları, s. 57.

²⁸⁹ ÖZYÖRÜK, *a.g.e.*, s. 230.

arasından birini tercih konusunda bir takdir yetkisinin söz konusu olması durumunda bu işleme karşı iptal davası açılmış olsa dahi yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini savunmaktadırlar. Bu bağlamda, sadece konu unsurunda işlemi idare açısından özneleştirerek bir “*takdirilik*” ya da işlemi birey açısından özneleştirerek bir “*sübjektiflik*” yok ise, idari işlemlerin (olumlu-olumsuz işlem ayrımı yapılmaksızın) koşullarının gerçekleştiğinde yürütmesinin durdurulabileceği belirtilmektedir²⁹⁰.

Bu kavramsallaştırmadan, *konu unsuru açısından takdirilik taşıyan işlemlere* örnek olarak; imar planında spor ve eğlence yeri olarak ayrılmış bir alanda yüzme havuzu inşa etmek amacıyla yapılan başvurunun reddi konusunda açılan iptal davasında yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği; buna karşın inşaat alanı olarak ayrılan bir yerde kanuni şartları taşıyan bir yapı ruhsatı talebinin reddi olayında yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği belirtilmektedir.

Bu kavramsallaştırmada yazar, *ilgilisi açısından öznel olan ya da dar anlamda sübjektiflik taşıyan işlemleri* açıklarken; bir işlemin nesnel olan içeriği saptandıktan sonra ortaya çıkan konunun (yani doğan sonucun) kapsamının belirlenmesinde ilgilinin öznel ya da sübjektif durumlarının etkili olması ve sonucun bunlara bağlı olarak işlemde işleme değişebilmesini işlemin ilgilisi açısından öznel olması ya da dar anlamda sübjektiflik taşıması olarak tanımlamaktadır²⁹¹.

Bu noktada yazar, *konu unsuruna ilişkin takdir yetkisinin* söz konusu olması durumunda yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini savunmakla birlikte, *sebebe unsuruna ilişkin takdir yetkisinin* söz konusu olması durumunda ise, ortada objektif bir hukuki sorun olduğundan ve herhangi bir sübjektiflikten

²⁹⁰ ÖZAY, *Yargısal Korunma*, s. 267; ASLAN; *a.g.e.*, s. 55.

²⁹¹ ÖZAY, *Olumsuz İşlemler*, s.116-119.

bahsedilemeyeceğinden dolayı koşullarının oluşması halinde yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceğini belirtmektedir²⁹². Ancak bazı yazarlar, sebep unsuru açısından olumsuz işlemlerde sadece bir nedenin ileri sürüldüğü veya belirlenebildiği hallerde bu nedenin ilgililerin talebinin karşılıksız kalmasında etkili olması durumuyla sınırlı olarak yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceğini belirtmektedirler²⁹³.

Olumlu işlemlerin yürütmesinin durdurulabileceğini savunan yazarlar, Conseil d'Etat'nın *Amoros* kararı ile ortaya çıkan *yürütülmesi içinde saklı işlemler* kategorisine de karşı çıkmaktadırlar. Fransız öğretisinde, “*décision exécutoire*” teriminden kaynaklanan terminolojik tartışmalardan ortaya çıktığı belirtilen, *yürütülmesi içinde saklı işlemler* kategorisinin sadece işlemlerin hukuki düzende değişiklik yaratma olgusu üzerine inşa edildiği ve bu yaklaşımın ilgililerin haklarının korunması bağlamında yürütmenin durdurulması müessesesinin fonksiyonu ve işlerliği bakımından tehlikeli durumlar yaratacağı belirtilmektedir²⁹⁴.

Ancak 1970 yılında *Amoros* kararı ile oluşturulan içtihat, Conseil d'Etat tarafından sıkı bir şekilde devam ettirmiş²⁹⁵, 8 Şubat 1995 tarihli Kanun ile Fransa'da idari hâkimlere tam anlamıyla bir *injonction judiciaire* (yargısal emir) yetkisi tanınmasına rağmen²⁹⁶ söz konusu içtihat yumuşatılmadan uygulanmıştır²⁹⁷. Söz

²⁹² **ÖZAY**, *Olumsuz İşlemler*, s. 120; **ASLAN**; *a.g.e.* s. 55.

²⁹³ **APALAK**, **Şevket**; *İdari Davalarda Yürütmenin Durdurulması*, Sayıştay Dergisi, S. 31, s. 22-23.

²⁹⁴ **ERKUT**; *Kimlik*, s. 132.

²⁹⁵ CE. 04.11.1988, No 97335; CE. 23.09.1998, No 170101 (www.legifrance.gouv.fr)

²⁹⁶ **MODERNE**; **Frank**; *Sur le Nouveau Pouvoir d'Injonction du Juge Administratif*, RFDA, 1991, S. 1, s. 43.

²⁹⁷ CE, 20.01.1989, No 85322, (www.legifrance.gouv.fr).

konusu içtihatteki yaklaşım korunarak, siyasi sığınma talebinin²⁹⁸ ve oturma izni talebinin²⁹⁹ reddine ilişkin işlemlerin *yürütülmesi içinde saklı işlemler* kategorisinde değerlendirilerek yürütmenin durdurulmasına karar verildiği durumlar da olmuştur.

Ancak Conseil d'Etat'nın 20 Aralık 2000 tarihli *Ouatah* kararı ile yukarıda ifade edilen tenkitler doğrultusunda söz konusu içtihat tamamen değiştirilmiştir. Fransa'nın Tunus Başkonsolosluğu'na yapılan vize başvurusunun reddine ilişkin işlemin yürütmesinin durdurulması talebiyle açılan davada Conseil d'Etat yürütmenin durdurulmasına ilişkin koşulların gerçekleşmiş olması halinde red işlemlerinin de yürütmesinin durdurulabileceğine karar vermiş, ancak somut olayda söz konusu koşulların gerçekleşmemesi sebebiyle talebi reddetmiştir³⁰⁰. Belirtmek gerekir ki Conseil d'Etat bu kararda, red işleminin yürütmesinin durdurulmasının idareye belirli bir yönde direktif vermek anlamına geldiği görüşünü muhafaza etmekte, ancak böyle bir direktifin 6 Şubat 1995 tarihli Kanun ile tanınan *injonction judiciaire* yetkisi bağlamında mümkün olduğunu belirtmektedir³⁰¹.

Ouatah kararının ardından, 1 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe giren 30 Haziran 2000 tarihli Kanun ile ivedi yargılama usulleri açısından Fransız idari yargılama hukukunda çok önemli bir dizi reform yapılmış ve bu bağlamda idari işlemler açısından yürütmenin durdurulması müessesesi kaldırılarak öğretide *askıcı ivmeli kararlar*³⁰² olarak ifade edilen *referé-suspension* kurumu ile ikame edilmiştir³⁰³.

²⁹⁸ CE, 29.01.1986, *Kodia* aktaran **ERKUT**; *Kimlik.*, s. 133.

²⁹⁹ CE, 13.11.1987, *Tang Kam Keung* **ERKUT**; *Kimlik.*, s. 133.

³⁰⁰ CE: 20.12.2000, *Ouatah*, (www.legifrance.gouv.fr).

³⁰¹ **BÜLBÜL**; *İvedi Yargılama*; s.138.

³⁰² **BÜLBÜL**; *İvedi Yargılama*; s.138.

³⁰³ **BÜLBÜL**; *İvedi Yargılama*; s.138.

Bu bağlamda Fransız İdari Yargı Kodu'nda yapılan değişiklikle, *red biçiminde de olsa bir idari işlemin ya da işlemin sonuçlarının bir kısmının yürütülmesinin askıya alınabileceği* hüküm altına alınmıştır (CJA, md. L 521-1). Söz konusu usul bağlamında, ivmeli kararlar hâkimi (*juge des référés*) kanunda öngörülen işlemi askıya alma koşullarının (*işlemin hukuka aykırılığı noktasında ciddi şüphe ve işlemi askıya almayı haklı kılacak nitelikte ivedilik*) gerçekleşmesi üzerine bir red işlemi askıya alabilecek ve idareye emir verebilecektir. Nitekim bu bağlamda red işlemlerinin askıya alındığı ve idareye reddedilen talep doğrultusunda işlem tesis edilmesi için emir verildiği davalar da söz konusu olmuştur³⁰⁴.

C. Değerlendirme

Red işleminin iptalinin, bir talimat içerdiği ya da idari işlem niteliğinde yargı kararı olduğu kabul edilmeyorken hangi gerekçe ile bazı yazarlar tarafından red işlemlerinin yürütmesinin durdurulması bu kapsamda değerlendirilmektedir? Eksik düzenlemelerde yürütmenin durdurulması sorunun anlaşılabilmesi için bu sorunun cevaplanması gerekmektedir.

Yukarıda özetle sunulan görüşlerden de anlaşılacağı üzere, olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulmayacağını savunan yazarlar bu sorulardaki sebepleri açıklamaksızın sonuca dayalı bir temellendirme yapmaktadırlar. Fransız hukukunda söz konusu sorular cevaplanırken, iptal kararının uygulanması ve idareye emir ve talimat verme açısından red işleminin iptalinden tamamen bağımsız bir olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulması sorunu olmadığı belirtilmektedir. Yani, red işleminin yürütmesinin durdurulmasında bazı farklılıklar olmakla birlikte, aslında

³⁰⁴ CE. 28.02.2001 *Philippart et Lesage*; CE. 27.07.2001, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité* (www.legifrance.gouv.fr).

idareye emir ve talimat verilmesine ilişkin tartışma bir red işleminin iptalinde de geçerlidir. Bu bağlamda yukarıda ifade edilen ve konu unsurunun tamamen takdirî nitelikte olması durumunda red işleminin yürütmesinin durdurulamayacağına ilişkin açıklamalar iptal kararı için de geçerlidir ve bu durumlarda iptal kararının da verilememesi gerekir³⁰⁵.

Ancak belirtmek gerekir ki bu sonuç, iptal kararı ile yürütmenin durdurulması kararının niteliklerinin farklılığı ölçüsünde değişecektir. Fransız hukukunda, yürütmenin durdurulması kurumunun uygulandığı dönemde, iptal kararları ile yürütmenin durdurulması kararlarının niteliklerinin birbirinden farklı olduğu, yürütmenin durdurulması aşamasında uyuşmazlığın esasının kesinlikle incelenemeyeceği ve yürütmenin durdurulmasının iptal kararlarından farklı bazı sonuçlar doğuracağı kabul edilmekteydi.

Ancak bizim idari yargılama hukukumuzda son yapılan değişikliklerle birlikte, kural olarak idarenin savunması alınmaksızın yürütmenin durdurulmasına karar verilememekte³⁰⁶, gerekçe gösterme zorunluluğu bulunmakta, dolayısıyla yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için hemen hemen uyuşmazlığın esastan karara bağlanması için gerekli olan muhakeme ve inceleme faaliyeti yapılması gerekmektedir³⁰⁷. Örneğin Danıştay'da ilk derece sıfatıyla görülen davalarda yürütmenin durdurulması ve itiraz aşamalarında dahi savcılık görüşünün alınması gerekmekte³⁰⁸ ve yürütmenin durdurulması talebinin kabul edilmesi

³⁰⁵ **TEKİNSON**; *a.g.e.*, s. 178.

³⁰⁶ Bkz. İYUK md. 29.

³⁰⁷ **YET, Orhun**; Yargının Etkinliğine ilişkin Sorunlar, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2000, s. 86.

³⁰⁸ Bkz. DK md. 61.

durumunda bu aşamada gösterilen gerekçe esastan verilen kararda da genel olarak aynen kullanılmaktadır.

Bununla birlikte yürütmenin durdurulması kararlarının sonuçlarının iptal kararı ile birebir aynı nitelikte olduğunun da kabul edildiği göz önüne alındığında bu niteliği ile idari yargılama hukukumuzdaki yürütmenin durdurulması müessesesinin adeta öne alınmış bir iptal kararı gibi gözüktüğü söylenebilir. Dolayısıyla uyuşmazlığın esasını çözüyormuş gibi karara bağlanan ve iptal kararı ile aynı sonuçları doğuran bir yürütmenin durdurulması müessesesi karşısında olumsuz işlemlere karşı verilen yürütmeyi durdurma kararını uyuşmazlığın esasını çözecek nitelikte bir karar olması bir sorun olarak görülmemelidir.

Burada iptal kararı ile yürütmenin durdurulması kararı arasındaki temel fark yürütmenin durdurulmasında söz konusu olan *telafisi güç ve imkânsız zararlar* olgusudur³⁰⁹. Bir red işlemi iptal edildiğinde, idare o kararı uygulamak için talep doğrultusunda bir işlem tesis etmek zorunda olmayıp, iptal kararındaki gerekçeler doğrultusunda, aynı işlemi farklı bir biçimde tesis ederek ya da tamamen başka bir işlem tesis ederek hukuka aykırılığı giderebilir³¹⁰. Ancak bir red işleminin yürütmesi durdurulduğunda, o işlemin hukuka aykırılığı tespit edildiği gibi, o hukuka aykırı işlemin doğuracağı telafisi güç ve imkânsız zarar da tesis edilmektedir. Bu durumda idarenin gerekçe doğrultusunda bir işlem tesis ederek açık hukuka aykırılığı giderme yükümlülüğünün yanında, ilgilinin talebi doğrultusunda işlem tesis ederek doğacak telafisi güç ve imkânsız zararları engelleme yükümlülüğü de mevcut olmaktadır. Dolayısıyla iptal kararından farklı olarak bu gibi durumlarda talebin reddinin

³⁰⁹ GLÉLÉ; *a.g.m.*, s. 22.

³¹⁰ OYTAN, *a.g.e.*, s. 131.

doğuracağı telafisi güç veya imkânsız zarar, ancak o talebin karşılanması ile giderilebileceğinden idare o işlemi tesis etmeye mecbur bırakılmaktadır.

Bu durumda red işleminin iptalinin sonuçlarının incelenmesi gerekmektedir³¹¹. Olumsuz bir işlem iptal edildiğinde iptal hükmü, olumsuz işlem yerine geçerek olumlu bir durum yerine getirmez. İdare tarafından verilmesi gereken bir izin veya ruhsat yerine geçmez. Bu durum idare yerine işlem tesis edilememesi kuralının bir sonucudur³¹². Ancak iptal kararı işlem yerine geçmemesine rağmen iptal kararı gereği idare uygun tasarrufu yapmaya, örneğin izin vermeye mecburdur.

Olumsuz bir işlemin iptali üzerine idare olumlu işlemi tesis etmek zorundadır. Örneğin denizden doldurma talebinin reddine ilişkin işlemin iptali üzerine Danıştay; *“iptal kararı davacının denizden doldurma hakkının varlığını belirttiğine göre; başka bir deyişle izin talebinin kabülünü zorunlu kıldığına göre idarenin davacının istemini yerine getirmesi gerekir. Böyle bir uygulamanın dışındaki her türlü davranış ilamın ademi infazı manasını tazammun eder”*³¹³ şeklinde karar vererek olumsuz işlemin iptali durumunda idarenin olumlu işlem tesis etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Diğer bir kararda inşaat ruhsatı verilmesi talebinin reddi işlemin iptali üzerine idarenin gerekli araştırmayı yaparak ruhsat vermek zorunda olduğu şeklinde karar vermiştir³¹⁴.

³¹¹ ÇELİKKAYA, İlhan; İptal Kararının Geçmişi Etkileyip Etkilemeyeceği Konusu; İBD, 1977; C. 33, S. 376, s. 69.

³¹² ONAR, a.g.e., s. 1795; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 276; SARICA, Ragıp; İdari Kaza - İdari Davalar C.1, İstanbul 1949, s.123.

³¹³ Danıştay 8. Daire; 18.06.1975 tarih ve 1974/1486 E. 1975/2126 K. sayılı karar. DD, S. 20-21, s. 469.

³¹⁴ Danıştay 6. Daire; 4.5.1976 tarih ve 1973/2644 E. 1976/3037 K. sayılı karar DD, S. 24-25, s. 293.

Hakimlik mesleğine atanmama işleminin iptali üzerine kişinin mesleğe kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır³¹⁵. İptal idari işlem yerine geçmemekle birlikte İdarenin olumsuz işlemi iptal edilince ilgilinin isteminin yerine getirilmesi zorunludur. Göreve atamamaya ilişkin işlemin iptali üzerine Danıştay iptal kararının işlem yerine geçmeyeceğini belirtmiş ancak ardından idareye bu yönde karar alma yükümlülüğü yüklediğini belirtmiştir.

Dolayısıyla idari yargı merciinin iptal kararı verebildiği her durumda yürütmenin durdurulmasına da karar verilebileceği burada ölçütün iptal davasına konu edilebilir kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olduğu belirtilmektedir³¹⁶. Nitekim uygulamada da olumsuz işlemin iptal davasına konu edilebilir bir işlem olduğunun tespitinden sonra yürütmenin durdurulmasına da karar verilebileceğine ilişkin kararlara da rastlanmaktadır.

Örneğin bir bakım evinde hayatını sürdüren davacının, kendisine tahsis edilen oda için ödediği kira bedelini, kiraya verdiği başka bir konutundan elde ettiği kira gelirinden gider olarak indirilmesi talebinin reddi üzerine açılan davada Ankara Vergi Mahkemesi ilk olarak işlemin iptal davasına konu edilebilirliği tartışmış ve işlemi iptal davasına konu edilebilir kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olduğunu tespit ettikten sonra esasa girip yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir;

“Danıştay Vergi Dava Daireleri’nin 27.11.1987 gün ve E: 1987/24;K:1987/27 sayılı kararıyla; vergi mahkemesinin görevine giren davaların tarh edilen vergi ve kesilen cezalarla sınırlı olmadığı, idarenin vergilendirmeden önce ya da sonra tesis ettiği ve mükellefin hukukunu olumsuz yönde etkileyen kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerin de vergi

³¹⁵ İDDK, 25.9.1981 tarih ve 1980/600 E. 1981/ 854 K. sayılı karar, DD, S. 46-47, s. 146.

³¹⁶ TEKİNSOY; a.g.e., s. 177; APALAK, a.g.m., s. 23.

mahkemelerinde dava konusu yapılabileceği içtihadı bağlanmıştır. Olayda, davalı idarenin söz konusu işleminin dava konusu edilebilecek işlemlerden olmadığı yolundaki usul iddiası kabul edilebilir nitelikte görülmemiştir. Esasa gelince; ...davacının menfaatini olumsuz yönde etkileyen söz konusu işlemin yürütmesinin teminat aranmaksızın durdurulmasına, oybirliğiyle karar verildi.³¹⁷”

II.Eksik Düzenlemelerde Yürütmenin Durdurulması

Ülkemizde, “olumsuz” olarak isimlendirilen idari işlemlerin yürütmesinin durdurulması konusundan yaşanan fikir ayrılıkları, uygulamada ağırlıklı olarak olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulabileceği benimsemiş olsa da, Fransa’da olduğu gibi henüz kanuni bir düzenleme ile kesin bir sonuca bağlanmamıştır. Bu tartışmanın kapsamına eksik düzenlemenin iptal edilebilirliğine ilişkin yukarıda detayıyla anlatmaya çalıştığımız tartışmaların da dâhil edilmesi ile birlikte eksik düzenlemelerde yürütmenin durdurulması konusu sorun içinde mütedahil başka sorunları bünyesinde barındıran bir hal almaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilebilirliğinden ayrı olarak, yürütmenin durdurulması talebine konu edilebilirliği açısından ek bir tartışma bulunmaktadır. Hiç icra edilmeyen, mevcut olmayan bir eksikliğin; icrasının, yürütmesinin durdurulması nasıl mümkün olacaktır? Bu noktada eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilebileceğini savunan görüş kendi içinde yürütmesinin durdurulamayacağı noktasında ayrışmaktadır. Eksik düzenlemenin iptal

³¹⁷ Ankara 2. Vergi Mahkemesi; 18.05.2005 T., 2005/400 E. sayılı YD kararı (Yayımlanmamıştır).

davasına konu edilemeyeceğini savunan görüş ise, tabiatıyla yürütmesinin de durdurulmayacağını belirtmektedir.

Bu bağlamda eksik düzenleme sebebiyle açılan davalarda genellikle dava konusu edilen husus *ülke çapında uygulanan düzenleyici işlemdeki eksiklik* olduğundan eksik düzenleme sebebiyle açılan iptal davalarında söz konusu olan yürütmenin durdurulmasına ilişkin talepler Danıştay dairelerinde; itiraza ilişkin talepler ise, İDDK ve VDDK’da incelenmektedir. Dolayısıyla bu tür davalarda Danıştay dairelerinin, İDDK ve VDDK’nın içtihadının ne yönde oluştuğunun tespiti büyük önem taşımaktadır. Bu kısmında eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilebilirliği ön kabulü ile buna ilişkin tartışmalar bir kenara bırakılacak ve iptal davasına konu edilebilirliği kabul edilen bir düzenleme eksikliğinin neden yürütmesinin durdurulamayacağına ilişkin soruya cevap aranacaktır. Bu noktada eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilebilirliği ve eksik düzenlemenin iptalinin doğurduğu sorunlara zorunluluk oldukça değinilecektir.

Danıştay’ın eksik düzenlemenin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, içtihadın eksik düzenlemenin yürütmesinin durdurulmayacağı şeklinde oluştuğu söylenebilir. Bu noktada olumsuz işlemlerde yürütmenin durdurulmasına ilişkin tartışma başlıklarının, yani henüz ortada olmayan bir işlemin yürütülmesinin durdurulmasına **(A)**, idareye emir ve talimat verilmesi sonucu doğuracağına **(C)** ve yürütmeyi durdurmanın uyuşmazlığın esastan çözümü anlamına geleceğine **(B)** ilişkin tartışmaların eksik düzenlemeler açısından özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. Yürütülmeyen Bir Eksikliğin Durdurulmasının da Mümkün Olmaması

Daha önce de ifade edildiği gibi, olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulmasına karşı çıkan görüşün temel gerekçesi, belirli bir doğrultuda idari işlem tesis etmeme kararının yürütmesinin durdurulmasının mümkün olmamasına dayanmaktadır. Bu yaklaşımın eksik düzenlemeler açısından yansımaları da *yürütülmeyen bir eksikliğin durdurulmasının hukuken mümkün olmaması* şeklinde ortaya çıkmaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun eksik düzenlemelerde yürütmenin durdurulamayacağına ilişkin gerekçesi de bu görüşü yansıtmaktadır.

Milli Eğitim Bakanlığı Yaygın Eğitim Kurumları Yönetmeliği'nin ilgili fıkrasında "*çalışma saatleri dışında idari nöbet tutar*" hükümlerine yer verilmişken, bu görevin karşılığında izin kullandırılacağına ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı gerekçesiyle açılan iptal davasında Danıştay İkinci Dairesi dava konusu Yönetmelik maddelerinin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir³¹⁸. Söz konusu karara karşı yapılan itiraz üzerine İDDK şu gerekçelerle itirazı kabul etmiş ve eksik düzenlemenin yürütmesinin durdurulamayacağına oy çokluğu ile karar vermiştir;

"İtiraza konu Daire kararı ile halk eğitim merkezlerinde görevlendirilen müdür yardımcılarının ve teknik müdür yardımcılarının çalışma saatleri dışında idari nöbet tutacaklarına ilişkin dava konusu Yönetmelik hükümlerinin, bu kişilere tuttukları nöbet görevi karşılığında izin kullandırılacağına ilişkin olarak anılan Yönetmelikte hüküm bulunmadığı, diğer bir ifade ile bu hükümlerin eksik

³¹⁸ Danıştay 2. Dairesi, 27.10.2010 tarih ve 2010/4034 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

düzenlenmiş oldukları gerekçesiyle yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Ancak eksik düzenlemeye dayalı olarak açılan bir davada, 2577 sayılı Yasa'nın 27. maddesindeki koşulların gerçekleştiğinden bahisle yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi hukuken mümkün değildir.³¹⁹”

Danıştay dairelerinin ise, eksik düzenleme sebebiyle açılan davalarda uyuşmazlığın hukuki niteliğini gerekçe göstererek yürütmenin durdurulması taleplerini reddettiklerine rastlanmaktadır;

“Uyuşmazlığın hukuki niteliğine göre Yönetmeliğin eksik düzenleme nedeniyle yürütmenin durdurulması istemine ilişkin olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşılmıştır.³²⁰”

Söz konusu kararlarda, eksik düzenlemeye dayalı olarak açılan bir davanın hukuki niteliğine atıf yapılmakta ancak detaylı bir değerlendirmede bulunulmamaktadır. Söz konusu kararların değerlendirilebilmesi için öncelikle red işlemlerinde yürütmenin durdurulmasına ilişkin tartışmanın değerlendirilmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, *yürütmenin durdurulması* ifadesindeki “*yürütme*” kelimesinin sözlük anlamından hareketle bu müessesenin hukuki anlamı ve mahiyeti belirlenemez. Red işlemlerinde de, nihayetinde idare fiilen hiçbir şey

³¹⁹ İDDK; 20.10.2011 tarih ve YD İtiraz No. 2011/195 sayılı karar , aynı yönde İDDK; 27.10.2011 tarih ve 2011/344 YD İtiraz No; Danıştay 11. Daire; 12.11.2014 tarih ve 2014/2932 E. sayılı YD red kararı; Danıştay 10. Daire; 2009/708 E. sayılı YD red kararı; Danıştay 8. Daire; 2008/9948 E. sayılı YD red kararı; Danıştay 13. Daire; 2008/9513 E. sayılı YD red kararı (Yayımlanmamıştır)

³²⁰ Danıştay 10. Daire; 18.03.2014 tarih ve 2014/191 E. sayılı karar; Danıştay 15. Daire; 05.06.2014 tarih ve 2013/14089 E. sayılı karar; Danıştay 11. Daire; 12.11.2014 tarih ve 2014/2932 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

yapmamasına rağmen hukuken bir işlem tesis etmektedir³²¹ İdarenin talebi zımnen reddetmesi halinde ise, söz konusu hareketsizlik olumsuz karakterli olsa bile gerçek bir idari işlemle aynı niteliktedir³²².

Bu durumda bir talebin reddedilmesi üzerine idari işlemin yokluğu değil; mahiyetinin olumsuzluğu söz konusu olmaktadır. Bu açıklamalar karşısında konunun kavranabilmesi için cevaplandırılması gereken temel soru şudur; Bu nitelikte bir işlem idari davaya konu edilebiliyorken, şartları gerçekleştiği takdirde neden işlemin yürütmesi durdurulamasın? Nitekim Conseil d'Etat bu sorudan hareketle *Amoros* kararındaki; olumsuz işlemlerin yürütmesi durdurulamayacağına ilişkin yaklaşımını *Ouatah* kararı ile terk etmiştir.

Söz konusu muhakeme, eksik düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin tartışmaya da teşmil edilebilir. İDDK'nın yukarıdaki gerekçesinden; *yürütülmeyen ve icrai olmayan bir eksikliğin durdurulmasının da mümkün olmaması* şeklinde bir yaklaşım benimsediği görülmektedir.

Bunun dışında düzenleyici işlemlerin yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi üzerine yeni düzenlemede haklı beklentileri koruyucu nitelikte geçiş hükümlerinin olmadığından bahisle söz konusu olan eksik düzenlemelerde Danıştay'ın genel tutumunun yürürlük maddesinin yürütmesinin durdurulmasına karar verilebileceği yönünde olduğu görülmektedir.

Örneğin, Bazı Tehlikesiz Atıkların Geri Kazanımı Tebliği'nin yürürlük maddesinin, getirilen yeni yükümlülükler bir geçiş sürecini gerektirmesine rağmen bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemesi sebebiyle açılan davada Danıştay 14.

³²¹ GÜNDAY, *a.g.e.*, s. 57.

³²² DURAN, *İdari Müracaatlar*, s. 118.

Dairesi, yeni tebliğ hükümlerinin getirdiği yükümlülükler ve faaliyet sınırlamalarını belirttikten sonra şu gerekçelerle yürürlük maddesinin yürütmesini durdurmuştur;

“Sözü edilen yükümlülükler incelendiğinde bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinin belirli bir uyum sürecine ihtiyaç gösterdiği açık olup, bunun için tebliğ ile bir geçiş süreci öngörülmesi gerekmekte iken bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemesinde eksik düzenleme sebebiyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Tebliğin geçici 1. maddesi ile getirilen düzenleme ile...işletmelere geçiş ve uyum için süre tanınmadan derhal faaliyetten alıkonulmalarına sebebiyet vereceği anlaşıldığından...”³²³”

Danıştay’ın genel tutumu, düzenleme değişiklikleri üzerine ilgililerin haklı beklentilerini koruyucu nitelikte geçiş hükmünün bulunmaması sebebiyle ortaya çıkan eksikliklerde, düzenlemenin yürürlük maddesinin eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptali formülüyle yürütmesinin durdurabileceği şeklide olduğu söylenebilir³²⁴. Bu bağlamda İDDK, eksik düzenlemelerin de iptal davasına konu edilebilir nitelikte kesin ve yürütülebilir bir idari işlem olduğu kabul ediliyorsa, eksikliğin yürütmesinin durdurulabileceğine ilişkin bir kuşku da bulunmamak gerekir.

³²³ Danıştay 14. Daire; 17.10.2012 tarih ve 2012/3319 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır), aynı yönde Danıştay 8. Daire; 06.11.2009 tarih ve 2009/6689 E. sayılı karar (www.kazanci.com).

³²⁴ Danıştay 8. Daire; 06.11.2009 tarih ve 2009/6689 E. sayılı karar; Danıştay 8. Daire; 06.11.2009 tarih ve 2009/6793 E. sayılı karar; Danıştay 10. Daire; 16.06.2009 tarih ve 2008/9015 E. sayılı karar. (www.kazanci.com).

B. Eksik Düzenlemenin Yürütmesinin Durdurulmasının İdareye Emir Vermek Anlamına Geleceği

İDDK'nın özellikle idarenin belirli bir doğrultuda düzenleme yapmak açısından bağlı yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda eksik kapsamlı düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmasına karar verilebileceğine ilişkin kararlarına da rastlanmaktadır.

Örneğin, Vakıf Kültür Varlıkları İhale Yönetmeliğinin maddelerinin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle açılan davada Danıştay 13. Dairesi eksik düzenlemeye ilişkin kısımla ilgili daha önce verilmiş bir iptal kararı olduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir³²⁵. İtiraz üzerine İDDK; yargı kararlarını uygulamak bağlı yetki olduğundan istisnai olarak burada eksik düzenlemenin yürütmesinin durdurulabileceğine karar vermiştir³²⁶.

Diğer örnekte, Öğretmenlik Başvuru ve Atama Kılavuzu'nda, "milli sporcular" ve "bedensel engellilerin" atanmasına yer verilmemek suretiyle eksik düzenleme içermesi sebebiyle açılan davada Danıştay 12. ve 2. Dairesi Müşterek Kurulu'na yürütmenin durdurulmasına kararı vermiştir³²⁷. İtiraz üzerine İDDK; Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nde milli sporcuların beden eğitimi öğretmenliğine atanmaları için kontenjan ayrılacağına ön görüldüğü ve engelli öğretmen sayılarını belirleme yükümlüğünün getirildiği, söz konusu yönetmelik hükümleri karşısında kılavuzun kapsamı açısından idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu gerekçeleri ile itirazı reddedilmiştir³²⁸.

³²⁵ Danıştay 13. Dairesi, 10.6.2011 tarih ve 2011/1039 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır.)

³²⁶ İDDK; 02.02.2012 tarih ve YD İtiraz No. 2011/567 sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

³²⁷ Danıştay 12. Dairesi; 14.12.2012 tarih ve 2012/1061 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

³²⁸ İDDK, 11.09.2013 tarih ve YD itiraz No. 2013/511 sayılı karar, aynı yönde; Danıştay 2. Dairesi, 16.10.2012 tarih ve 2012/8650 E. Sayılı karar (Yayımlanmamıştır.).

Diğer bir örnekte Danıştay 10. Dairesi Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmelik'te muayenehane tanımına yer verilmemesi sebebiyle oluşan eksik kapsamlı düzenlemenin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebi ile açılan davada eksik kapsamlı düzenlemenin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin talebi şu gerekçelerle reddetmiştir;

“Yönetmeliğin eksik düzenleme nedeniyle yürütülmesinin durdurulması isteminin; idarece Yönetmelikte yapılan düzenlemelerde eksiklik bulunduğu ve bazı konuların düzenlenmediği iddiasına dayandığı dikkate alındığında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır.”³²⁹

Ancak davacı tarafından ileri sürülen; söz konusu kararın yürütmenin durdurulmasının reddine ilişkin kısmı açısından eksik kapsamlı düzenlemelerin yargı kararıyla iptal edildiği ve söz konusu karara rağmen dava konusu Yönetmelikte bu konuda eksikliği giderici bir düzenleme yapılmadığı, idarenin bu notada bir bağlı yetki içerisinde olduğu şeklindeki itiraz üzerine İDDK;

“Dairece ise, değinilen maddelere yönelik yürütmenin durdurulması isteminin, iddiaların eksik düzenleme iddiasına dayandığı dikkate alındığında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleşmediği sonucuna varılarak yürütmenin durdurulması isteminin reddedildiği görülmektedir. Bu durumda davacı tarafından sözü edilen maddelere yönelik olarak ileri sürülen savların incelenmesi suretiyle uyuşmazlıkta

³²⁹ Danıştay 10. Daire; 26.10.2009 tarih ve 2009/6271 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

2577 sayılı Yasa'nın 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik düzenlemeden bahisle yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.³³⁰”

Ancak bağlı yetki dışında idarenin takdir yetkisinin denetlendiği ve *idarenin takdir hakkını ve düzenleme yetkisini kamu yararı ve hizmet gerekleri uyarınca kullandığını ortaya koyacak bilimsel sebebin bulunmadığı gerekçesiyle* eksik düzenlemenin yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği durumlar da söz konusu olmuştur³³¹.

Normal bir düzenleyici işlemin bir hükmünün yürütmesinin durdurulması üzerine, idare yürütmesi durdurulan hükmü artık uygulamayarak hareketsiz kalabileceği gibi iptal kararındaki hukuka aykırılık tespitlerini dikkate alarak yeni bir düzenleme yapabilir. Ancak eksik kapsamlı bir düzenleme ile ilgili olarak verilen bir yürütmeyi durdurma kararında mahkeme tarafından tespit edilen hukuka aykırılığın düzenlemenin ne kadarına sarf olduğu ve iptal hükmünün düzenlemenin ne kadarını kapsadığı açısından sonuç farklılaşmaktadır.

Eksik virtüel düzenlemenin ve kısmi iptal müessesesinin işletildiği durumlarda, bazı yazarlar tarafından halihazırda iptalin idareye bir emir vermek anlamına geldiği kabul edildiğinden³³², ortada iptal davasına konu edilebilir nitelikte bir idari işlem olduğu kabul edildikten sonra, yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceğini

³³⁰ İDDK; 01.04.2010 tarih ve 2009/1062 YD itiraz No (Yayımlanmamıştır), aynı yönde Danıştay 2. Daire; 17.06.2014 tarih ve 2014/1289 E. sayılı karar (www.kazanci.com).

³³¹ Danıştay 8. Daire; 19.04.2010 tarih ve 2009/10357 E. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

³³² KARAHANOĞULLARI, *Yasallık*, s. 96.

söylemek için bir sebep bulunmamaktadır. Zira bu durumda, eksikliği doğuran sebebin virtüel de olsa hukuken bir düzenleme şeklinde var olduğu kabul edildiğinde, ortada uygulanan, yürütülen ve bir hakkın veya avantajın verilmesini engelleyen bir düzenlemenin varlığı da yargı mercii tarafından kabul edilmektedir.

Eksik virtüel düzenlemenin yürütmesinin durdurulması durumunda, normal bir düzenleyici işlemde var olan pozitif bir normun yürütmesinin durdurulmasıyla karşılaştırıldığında, düzenlemenin virtüel olması dışında arada hiçbir fark bulunmamaktadır ki bu fark da zaten idari işlem teorisi ve iptal davasının niteliği açısından bu görüşü savunanlarca sorun edilmemektedir. Yürütmenin durdurulması kararı üzerine idarenin eksikliği giderici yeni bir düzenleyici işlem yapmasına gerek olmaksızın, bir hakkı tanımayan ya da avantajdan mahrum bırakan virtüel düzenlemeyi uygulamaya devam edemeyecek ve düzenlemede pozitif olarak var olan normun diğer kişilere sağladığı haklardan davacının da yararlanmasını sağlayıcı uygulamayı gerçekleştirmek zorunda kalacaktır. Zira daha önceki bölümlerde de ifade edildiği gibi eksik virtüel düzenlemenin iptali üzerine, idarenin ilgilileri o kapsama alıp-almamak noktasında herhangi bir takdir yetkisi yoktur³³³.

Dolayısıyla tıpkı normal bir düzenleyici işlemdeki bir maddenin ya da ibarenin yürütmesinin durdurulması gibi, bir hakkı tanımayan düzenlemedeki eksiklik sebebiyle tasavvur edilen eksik virtüel bir düzenlemenin de yürütmesinin durdurulmasında bir fark olmayacaktır. Nitekim eksik düzenlemenin iptal edilebilirliğine karşı çıkan görüş, eksik virtüel düzenlemenin iptali ve yürütmesinin

³³³ Bkz. I. Bölüm, “Yargısal Emir (Injonction) Bağlamında Kısmi İptalin Uygulanması” başlığı altında yapılan açıklamalarımız

durdurulması arasında bir fark olmadığını, asıl sorunun eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilebilirliğinden kaynaklandığını ifade etmektedir³³⁴.

Dolayısıyla bu bağlamda, *eksik virtüel düzenlemenin iptali* ya da *kısmi iptal* şeklindeki formülasyonların *eksik virtüel düzenlemenin yürütmesinin durdurulması* ya da *kısmi yürütmenin durdurulması* şeklindeki uygulamaya da teşmil edilmesinde, olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulması açısından idarenin takdir yetkisi ve yargısal emir endeksli tartışmalar mevcut bulunmamaktadır³³⁵.

Nitekim Danıştay 2. Dairesi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta; daha önce ilgili eksik düzenlemenin yürütmesinin durdurulmasına karar verdiğini belirtmiş ve bu kararın sonucu olarak yürütmenin durdurulmasına karar verilen eksik kapsamlı düzenlemenin kapsamında olmayan kişiler açısından derhal kapsama alınacak şekilde birel işlem bazında uygulama yapılması gerektiğini belirtmiştir;

“...eksik düzenlemenin yürütmesi durdurulduğundan...her türdeki Anadolu Liseleri yöneticiliklerine, "ilgili mevzuatına göre seçilerek öğretmen olarak atanıp görev yapan ya da bu eğitim kurumlarında görev yaptıktan sonra herhangi bir nedenle ayrılmış olmakla birlikte yeniden bu eğitim kurumlarına sınavsız atanabilecek nitelikte olanlar" arasından atama yapılması gerekmektedir.”³³⁶

Ancak eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptali formülünün yürütmenin durdurulması kapsamında da uygulandığı durumlarda, yani eksiklik sebebiyle kuralın tamamının yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği durumlarda, olumsuz

³³⁴ ULUSOY, *Eksik Düzenleme*.

³³⁵ Bkz. ÖZAY, *Olumsuz İşlemler*, s. 120; ASLAN; *a.g.e.* s. 55; APALAK, *a.g.m.*, s. 22,23.

³³⁶ Danıştay 2. Daire; 01.04.2013 tarih ve 2012/6721 E., 2013/1843 K. sayılı karar (Yayımlanmamıştır).

işlemlerin yürütmesinin durdurulmasının idarenin takdir yetkisini kaldırması ve bir *injonction* niteliğinde olmasına ilişkin tartışmalar geçerliliğini koruyacaktır. Eksik kapsamlı düzenlemelerin iptalinde (tıpkı olumsuz işlemlerin iptalinde olduğu gibi) ağırlıklı olarak idarenin talep doğrultusunda işlem tesis etme zorunluluğu ortaya çıksa da; kanunda idareye belirli bir konuda düzenleme yapma noktasında bir takdir yetkisi tanınması durumunda, idarenin eksikliği giderici düzenleme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Bir düzenlemenin, kapsamını belirleme noktasında idarenin takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda kuralın özellikle de eşitlik ilkesine uygun kapsamda yeniden yürülmeye sokmak idarenin takdir yetkisinde olduğundan³³⁷, bu durumda eksiklik sebebiyle kuralın tamamının yürütmesinin durdurulmasına karar verildiğinde *takdir yetkisi* ve *mevcut olmayan bir hükmün yürütmesinin durdurulmasına* ilişkin yukarıda detaylıca değindiğimiz tartışmalar kendiliğinden gündeme gelecektir.

Bu gibi durumlarda yürütmenin durdurulmasına karar verildiğinde, kararı uygulamak için idarenin önünde, yargı mercii tarafından tespit edilmiş olan eksikliği kapsayan yeni bir düzenleme yapmak dışında bir seçenek bulunmamaktadır. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, yürütmenin durdurulmasında, iptal kararlarından farklı olarak işlemdeki açık hukuka aykırılıkla birlikte o işlemin uygulanmasının doğuracağı telafisi güç veya imkânsız zarar da tespit edilmektedir. Dolayısıyla idarenin bu durumda hukuka aykırılığı gidermenin yanında telafisi güç ve imkânsız zararı da engelleme görevi bulunduğu ve zararın giderilmesi de ancak ilgiliyi kapsama alan bir düzenlemenin tesis edilmesi ile mümkün olacağından, eksiklik

³³⁷ Bkz. TANÖR, *a.g.e.*, s. 379,380; TEZİÇ, *Kanun Kavramı*, s. 125-127; ÖDEN, *Eşitlik İlkesi*, s. 305.

sebebiyle kuralın tamamının iptali durumunda idarenin hiç işlem tesis etmeme yönündeki seçeneği, yürütmenin durdurulması kararı ile ortadan kalkmaktadır.

Eksik düzenleme sebebiyle açılan davalarda yürütmesinin durdurulması talep edilen işlem büyük oranda eksik düzenlemenin bizatihi kendisi olmaktadır. Ancak bazı durumlarda da eksik düzenlemenin tamamlattırılması için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin de yürütmenin durdurulması talebine konu edildiği gözlemlenmektedir. Bu gibi durumlarda olumsuz işlemin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin yapmış olduğumuz tartışmaların tümü, *olumsuz düzenleyici işlem* olarak ifade edilen³³⁸, bir düzenlemenin kapsamının tamamlanması talebinin reddine ilişkin işlemler açısından aynen geçerli olacaktır.

C. Eksik Düzenlemenin Yürütmesinin Durdurulmasının

Uyuşmazlığın Esastan Çözümlemesi Sonucunu Doğurması

Eksik kapsamlı düzenleme niteliği gereği çoğu zaman, eşitlik ilkesi, hukuki güvenlik ve haklı beklentilerin korunması, takdir yetkisi gibi kapsamlı inceleme gerektiren hukuki sorunları bünyesinde barındırmaktadır³³⁹. Bu bağlamda olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulmasına karşı çıkan görüşün diğer bir dayanağı olan, yürütmenin durdurulması kararının uyuşmazlığın esastan çözümünü gerektirecek bir muhakeme gerektirmesi ve bu durumun da yürütmenin durdurulması müessesesi ile bağdaşmaması şeklindeki argümanın, eksik düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin tartışmada da geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilir.

İDDK genel olarak düzenleyici işlemlerde esasın çözümüne ilişkin bir değerlendirme yapılmasının yani maksimum denetim yapılmasının gerektiği

³³⁸ AYİM 2. Daire; 31.10.2001 tarih ve 2001/157 E., 2001/734 K. sayılı karar (www.kazanci.com).

³³⁹ Bkz. KARAHANOGULLARI, *Yasallık*, s. 94 vd.

durumda söz konusu incelemenin ancak esastan inceleme aşamasında karara bağlanabileceğini belirtmiştir. Örneğin TCDD Yönetim Kurulu'nun kararı ile 01.01.2010 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere belirlenen sözleşme ücretlerine ilişkin düzenlemenin iptali ve yürütmenin durdurulması talebiyle açılan davada bir davada Danıştay 11. Dairesi yürütmenin durdurulması talebinin reddine karar vermiştir. Davacının itirazı üzerine İDDK, itirazı reddetmiş, ücret belirlemede benzer durumda olanlara farklı muamele yapıldığı iddiası karşısında kamuda ücret belirlemede eşitlik konusunu değerlendirmiş ve söz konusu hukuki sorunun yürütmeyi durdurma aşamasında incelenemeyeceğine, esasa girilip incelenmesi gerektiğine karar vermiştir³⁴⁰.

Eksik kapsamlı düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmasına karşı çıkan görüş, eksik düzenlemelere ilişkin yargısal denetimin esasa ilişkin bir inceleme gerektirdiği ve dolayısıyla özellikle de eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle söz konusu olan eksik kapsamlı sınıflandırma iddialarında eksik kapsamlı düzenlemenin yürütmesinin durdurulmamayacağı görüşündedir. Örneğin İDDK tarafından eksikliğin, eşitlik ilkesine aykırılık doğurduğu gerekçesiyle verilen bir yürütmenin durdurulması kararında karşıoyda kalan görüş şu gerekçelerle eksik kapsamlı düzenlemenin yürütmesinin durdurulmasına karşı çıkmıştır;

“Dava konusu Yönetmeliğin eksik düzenleme iddiasıyla açılan madde ve düzenlemelerine yönelik olarak Dairece verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin karara davacı tarafından yapılan itirazın, maddelerin esasının incelenmesi suretiyle bir karara bağlanması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.³⁴¹”

³⁴⁰ İDDK; 05.07.2012 tarih ve 2011/788 YD itiraz No (Yayımlanmamıştır.).

³⁴¹ Bkz. Karşıoy, İDDK; 01.04.2010 tarih ve 2009/1062 YD itiraz No (Yayımlanmamıştır.).

İdarenin eksik kapsamlı düzenlemelerde verilen yürütmeyi durdurma kararları üzerine genellikle kapsamı tamamlayıcı bir düzenleme yapma zorunluluğu altında bulunduğundan, bu durumda idare uyuşmazlık tıpkı esastan çözülmüş gibi kararı uygulayacak ve kapsamı tamamlayıcı nitelikte bir düzenleme yapacaktır.

Olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin kısımda da belirtildiği gibi, Türk idari yargılama usulünde, yürütmenin durdurulması müessesesi adeta öne alınmış bir iptal gibi işlemektedir. Bu durumda eğer bir eksik kapsamlı düzenlemenin *açık hukuka aykırılık ve telafisi güç veya imkansız zarar* unsurlarını karşıladığı sürece yürütmesinin de durdurulmasının mümkün olabileceği kanısındayız. Kuşkusuz kapsamı sebebiyle eşitlik ilkesini ihlal ettiği iddia edilen eksik kapsamlı düzenlemelerde; düzenlemenin amacının tespiti bu amacın gerçekleştirilebilmesi için yaratılan sınıflandırmanın amaçla ilgili ve ilişkili yanı akla uygun olduğunun belirlenmesi ve ardından bu sınıflandırmanın kapsamının eksik ya da aşkın olup olmadığının incelenmesi ve bu inceleme sonucunda bir karar varılması uyuşmazlığın esasını çözmeye matuf bir muhakeme faaliyeti teşkil etmektedir³⁴².

Bu bağlamda eksik kapsamlı düzenlemelerin eşitlik ilkesinden hareketle açık hukuka aykırılığının tespitinin genel olarak kolay olmadığı söylenebilir. Ancak bu durumda da eksik kapsamlı düzenlemenin yürütmesinin durdurulmasının mümkün olmamasının sebebi, kararın uyuşmazlığı esastan çözecek olması değil, açık hukuka aykırılığın tespitinin mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır.

³⁴² Bkz. **ÖDEN**, *Eşitlik İlkesi*, s. 201 vd.

D. Değerlendirme

Olumsuz işlemlerin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin öğretide mevcut olan ve henüz yargı mercileri tarafından tam olarak bir sonuca bağlanmamış olan tartışma, eksik kapsamlı düzenlemlerin de olumsuz karakteri (bir hususu kapsam dahilinde düzenlememe) göz önüne alındığında eksik kapsamlı düzenlemelere de teşmil edilebilir.

Tartışma, yukarıda belirtilen üç temel argüman üzerinden yürümektedir. Söz konusu tartışmaların bazı Danıştay kararlarına yansıdığı ve eksik kapsamlı düzenlemlerin dava konusu edilebileceğinin kabul edilmesine rağmen, yürütmesinin durdurulmasına ilişkin bazı daireler ve İDDK arasında görüş ayrılığının bulunduğu gözlemlenmektedir. İdare hukukumuzda yürütmenin durdurulması taleplerinin reddine ilişkin kararlar formül red gerekçesi ile verildiğinden, davadaki eksiklik iddiasına ilişkin yazılan bazı kısa gerekçeler dışında, eksik kapsamlı düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin red gerekçeleri etraflıca incelenememektedir.

Ancak tespit edebildiğimiz Danıştay kararları incelendiğinde eksik kapsamlı düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin İDDK ve Danıştay dairelerinin genel tutumunun yukarıda detaylıca açıklanan gerekçelere dayanarak eksik kapsamlı düzenlemelerin, eksik virtüel düzenlemenin ya da eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptali formülleriyle, YD taleplerine konu edilemeyeceği yönündedir.

Bu kuralın istisnalarının temelinde iki noktada ortaya çıktığı görülmektedir; bir düzenlemenin belirli bir kapsamda tesis edilmesi noktasında idarenin bağlı yetki içinde olduğu durumlarda ve haklı beklentileri koruyucu nitelikte bir geçiş hükmünün öngörülmemesi sebebiyle ortaya çıkan eksikliklerde Danıştay'ın eksik düzenlemenin yürütmesinin durdurulabileceği kanısında olduğu anlaşılmaktadır.

SONUÇ

İdare makamlarının düzenleyici işlem tesis etmesi çoğu zaman kanunların uygulanması açısından büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda söz konusu olan düzenleme görevinin yerine getirilmemesi durumunda idarenin tam ihmali ya da kısmi ihmali söz konusu olabilir. Kısmi ihmal durumlarında eksik kapsamlı düzenleme olarak ifade edilen durum söz konusu olacaktır. Eksik kapsamlı düzenlemeler ise, eşitlik ilkesinin ihlal edildiği durumlar, haklı beklentileri koruyucu nitelikte bir geçiş hükmünün olmaması, kamu hizmetinin değişen koşullara uyarlanmaması gibi çok çeşitli sebeplerle ortaya çıkabilirler. Sorunun bütüncül bir bakışla ele alınabilmesi amacıyla, kanun düzeyinde ortaya çıkan eksik kapsamlı düzenlemelerin Anayasaya aykırılığına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına, anayasa yargısında söz konusu sorunun değerlendirildiği öğretî görüşlerine çalışma kapsamında yer yer atıf yapılmıştır.

Ortaya çıkış sebebi her ne olursa olsun eksik kapsamlı düzenlenemenin, hangi usulle idari yargı mercileri önünde dava konusu edilebileceği hususu, bir muhakeme usulü sorunu olarak idari yargıda büyük önem taşımaktadır. Zira idarenin kanunu uygulama fonksiyonunun icrasında en önemli vasıta düzenleyici işlemlerdir. Bu bağlamda kanunun ve Anayasanın öngördüğü bir çok hakkın özellikle sosyal hakların hayata geçirilebilmesi açısından idare tarafından kapsamı yeterli bir düzenlemenin tesis edilmesi gerekmektedir. İdarenin kanunda öngörülen bir düzenlemeyi hiç yürürlüğe sokmaması, yani tam ihmal durumunda söz konusu olacak yargısal denetim tartışmaları bir yana, bu görevin eksik icra edilmesi, yani idare tarafından yürürlüğe sokulan bir düzenlemenin kapsamının eksik olması hem maddi hukuk açısından hem de yargısal denetim açısından büyük önem taşımaktadır.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, düzenlemenin kapsamına ilişkin tartışma her ne kadar *kapsamın eksikliği ve kapsamın getirdiği hak ve yetkiler* bağlamında ortaya çıksa da, özellikle Amerikan öğretisinde kapsam tartışması, *kapsamın aşkınılığı ve kapsamın getirdiği ödev ve yükümlölüklerden bağımsız olarak* değerlendirilmemektedir.

Bir düzenlemede kapsam açısından söz konusu olan eksikliklerin hukuka aykırılığının maddi hukuk açısından tespitinden bağımsız olarak, söz konusu hukuka aykırılığın idari yargılama usulünün hangi müessesesi ile giderilebileceğine ilişkin tartışmalar, kapsamda olmayan ilgililerin etkin yargısal korunması açısından, en az eksikliğin hukuka aykırılığının maddi açıdan tespiti kadar önem taşımaktadır. Söz konusu yargılama usulü sorunu temelde yargı yetkisinin aşılmasına ilişkin tartışmaları bünyesinde barındırsa da; sübjektif ehliyet, dava açma süresi, iptal davasına konu edilebilir idari işlem, idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi gibi bir çok yargılama usulü konusunu tartışma kapsamına davet eden kapsamlı bir “sorun” teşkil etmektedir.

Bu çalışmanın kapsamında yargı kararlarına dayalı olarak yapılan incelemede eksiklik iddiasının dava konusu edilmesi açısından çeşitli formüllerin gündeme geldiği ve yargı merciileri tarafından uygulandığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sonuca ulaşılırken özellikle Conseil d’Etat’nın konuya yaklaşımı da incelenmeye çalışılmıştır.

Danıştay tarafından eksik kapsamlı düzenlemelerin iptal davasına konu edilmesine ilişkin benimsenen temel yaklaşımın; eksiklik sebebiyle (eksikliğin ortaya çıktığı) kuralın tamamının iptali ile eksik olan düzenlemenin (virtüel düzenleme)

formülüyle kısmen iptali yönünde geliştiği görülmektedir. Söz konusu formüller Conseil d'Etat tarafından uygulanmakta olan, *kısmi iptal* ve *tam iptal* müesseseleri ile (bazı farklılıklar söz konusu olsa da) yakın benzerlikler göstermektedir.

Danıştay tarafından tam iptal formülünün benimsendiği durumlarda ortaya çıkan temel tartışma konuları, eksiklik iddiasının bir hukuka aykırılık teşkil edip etmediği noktasında toplanmaktadır. Bu bağlamda iptal üzerine kapsamda olanların kapsamdan çıkması sonucu da göz önüne alındığında kapsamda olmayan ilgililerin eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptalinde menfaati olup olmadığı tartışılmaktadır. İkinci temel sorun ise, eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptal edildiği durumlarda idarenin söz konusu yargı kararını uygulamak için kapsamı tamamlama zorunluluğu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Özellikle kapsamda olmayan bir kişinin düzenlemenin kapsamının eksik olduğu iddiasıyla açtığı davalarda mevcut kapsamın pozitif olarak hukuka uygun olduğunu kabul ettiği, hatta mevcut kapsamın bahsettiği bir hak ve avantajdan istifade etmek amacıyla davayı ikame ettiği göz önüne alındığında, mevcut hukuka uygun düzenleme kapsamının iptalinin menfaat açısından içerdiği sorun ortadadır. Ancak özellikle eşitlik ilkesine aykırılık temelinde ortaya çıkan kapsam eksikliklerinde tartışma konusu olan hususun, mevcut kapsamın hukuka aykırılığı veya eksik kapsamın hukuka uygunluğu değil; kapsam sebebiyle yaratılan sınıflandırmanın hukukiliğini tartışmalı hale getirdiği belirtilmekte ve bu bağlamda eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptalinin talep edilebileceği kabul edilmektedir.

Danıştay'ın benimsediği diğer formülde ise, eksiklik sebebiyle kuralın tamamının iptal edilmesinden doğan tartışmaların giderilmesi amacıyla, kuralın tamamı iptal edilmemekte ve eksiklik bir sanal normmuş gibi düşünülerek bu sanal

norm iptal edilmektedir. Bu durumda düzenlemenin mevcut kapsamında olanların kapsamdan çıkması engellense ve menfaat tartışılması hafifletilmiş olsa da, yargı yetkisi ve iptal davasına konu edilebilir idari işlem açısından yeni tartışma başlıkları doğmaktadır.

Bu konuda Conseil d'Etat'nın eksik kapsama ilişkin içtihatları ve benimsediği kısmi iptal ve tam iptal formülleri Danıştay'ın yukarı benimsenen formülleri ile büyük benzerlikler taşımaktadır. Conseil d'Etat'nın kararları incelendiğinde eksik kapsam sebebiyle kuralın tamamının iptal edildiği kararlara rastlansa da, genel olarak eksik kapsamlı düzenleme; *“bir hususu içermediği ölçüde”* kısmen iptal edilmekte ve mevcut kapsam korunmaktadır.

Danıştay ve Conseil d'Etat tarafından benimsenen söz konusu formüllere karşı çıkanların benimsedikleri görüş ise, eksiklik iddiasına dayalı taleplerin bir başvuru ile idare önüne taşınması ve buna verilen red cevabı üzerine, iptal davasına konu edilebilir kesin ve yürütülebilir bir idari işlem yaratıldıktan sonra dava konusu edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşü savunanlar ise, söz konusu başvurunun niteliği ve bu başvuruya verilen red cevabının da bir düzenleme sayılıp sayılamayacağı noktasında bazı fikir ayrılıklarına düşmektedirler.

Eksik kapsamlı düzenlemelerin yürütmesinin durdurulması ise, eksiklik iddiasının iptal davasına konu edilmesine ilişkin tartışmalardan tam olarak bağımsız değerlendirilemese de, yürütmenin durdurulması müessesesinin kendine özgü koşulları dolayısıyla farklı bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmakta ve eksik kapsamlı düzenlemelerin doğrudan iptal davasına konu edilebileceğini savunan görüş eksiklik iddiasına dayalı davalarda açık hukuka aykırılığın tespit edilemeyeceğini

belirterek eksiklik kapsamlı düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmayacağını savunmaktadır.

Sonuç olarak yargı kararlarında bu formül ve yaklaşımların yansıdığı bir çok yargısal yaklaşıma rastlanmakla birlikte eksik kapsamlı düzenlemelerin dava konusu ve iptaline ilişkin ölçütlerin tam olarak ortaya konamadığı ve kararların bir çoğunun karşı oyları incelendiğinde söz konusu meselenin hala çözülmemiş tartışmaları içerdiği belirtilebilir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- ALİEFENDİOĞLU,**
Yılmaz; Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- APALAK,**
Şevket; İdari Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Sayıştay Dergisi, S. 31, s. 22-23.
- ASLAN,**
Zehreddin; İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Alfa Yayınevi, 1. Basım
- ATAY,**
Ender Ethem; İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararının Uygulanması, Danıştay ve İdari yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, Danıştay Matbaası, Ankara 2008, s. 13-96.
- AZRAK,**
Ali Ülkü; Danıştay'ın ALES Kararı Doğrudur!, 01.02.2011 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.
- BROYELLE,**
Camille; De l'injonction légale à l'injonction prétorienne: le retour du juge administrateur, DA, 2004, C. 6.
- BÜLBÜL,**
Erdoğan; Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu ("İvedi Yargılama Usulleri"), Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2002, s. 63-95.
- BÜLBÜL,**
Erdoğan; İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

- CANDAN,**
Turgut; İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, İdari Yargı Paneli, Mersin, 10-12 Nisan 2003, Şen Matbaa, s. 212-262.
- CHAPUS,**
René; Droit du contentieux administratif, 13. Baskı, Paris 2008.
- CORBEL,**
Michel Pierre; L'annulation Partielle des Actes Administratifs, AJDA, 1972, s. 141.
- COSSALTER;**
Philippe; Le Recours Dirigé Contre la Décision Refusant de Modifier un Décret Est un Recours Exercé Contre le Décret, Revue Générale du Droit, *online*, 2012.
- ÇAĞAN, Nami;** Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1982.
- ÇAĞLAR,**
Bekir; Lois Favoreu'nun Raporunu Okurken Dört Problemi Yeniden Düşünmek (Yorum), Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler (Uluslararası Seminer), İTİA, Şubat 1982 İstanbul, s. 501-509.
- ÇAĞLAYAN,**
Ramazan; İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sonuçları, Asil Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ankara 2004.
- ÇELİKKAYA,**
İlhan; İptal Kararının Geçmişi Etkileyip Etkilemeyeceği Konusu; İBD, 1977; C. 33, S. 376, s. 69.
- DAMAREY,**
Stephanié; De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle: nouvelles perspectives contentieuses, Note sous *Vassilikiotis*, Petites affiches, 24 Ekim 2001, S. 212. s. 12-17.

- DİNÇER, Güven;** Danıştay Kararları 1965-1966-1967, İş Matbaası, Ankara 1967.
- ÇIRAKMAK, Erol;**
- NECİPOĞLU, Necat;**
- DURAN,** İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi,
Lütfi; İÜHFM, C. 12., S.1, Y. 1964, s. 130-199.
- DURAN, Lütfi;** Danıştay ve Üniversite, Akşam Gazetesi, 12-14.07.1969
- ERKUT,** İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin
Celal; Kimliği, Danıştay Matbaası, Ankara 1990.
- FERRARI,** Sécurité juridique et droit administratif, Commentaire sous CE
Sebastiën; Ass., 24 mars 2006, Société KPMG et autres, RGD, *on line* 2008.
- FRIBOULET,** Le pouvoir d'injonction du juge administratif, Commentaire sous
Amadis; l'arrêt CE Ass., 29 juin 2001, Vassilikiotis, Revue générale du droit
online, 2008.
- GLÉLÉ,** Le Recours Contre une Décision Administrative Négative; AJDA,
Maurice; 1970, s. 21 vd.
- GÖZLER, Kemal;** İdare Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, Cilt I.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref;** Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, 30. Baskı, Ankara 2010.
- GÜNEŞ,** Prof. Dr. Turan Güneş'in Konuşması, Danıştay Kararları ve
Turan; Yürütmenin Durdurulması, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara
1966, s. 46 vd.

- GUYOMAR, Mattias;** Note sous Vassilikiotis, AJDA 2001, s. 146-152.
- COLLIN, Pierre;**
- GÜNDAY, Metin;** I. Oturum Tartışmalar, Metin Günday'ın Nuri Alan'a cevapları, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2009,
- HÖHN, Constanze;** Commentaire d'arrêt CE, 18 décembre 2002, Mme Duvignères, Seminar, Université Paris-Sorbonne (Paris IV) 2010.
- KABOĞLU, İbrahim;** Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye, İmge Kitabevi 4. Baskı.
- KAPLAN, Gürsel;** İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması, HÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2013, s. 30-38.
- KARAHANOĞULLARI, Onur;** İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- KARAHANOĞULLARI, Onur;** Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- KARAYALÇIN, Yaşar;** Yine Yürütmeyi Durdurma Kararları, Meseleler ve Görüşler III Kültür-Eğitim-Üniversite-Siyaset-Ekonomi-Hukuk, Sevinç Matbaası, Ankara 1983.
- KILINÇ, Bahadır;** Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Ankara.
- KIRATLI, Metin;** Yürütmenin Durdurulması, AÜSBFD, C. 21, S. 4, Y. 1966.

LANDAIS, Claire; LENICA, Frédéric;	La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir, AJDA 2004, s. 1183- 1191.
LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierr; GENEVOIS, Bruno;	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative; Dalloz 18. Baskı, Paris 2011.
TAN, Turgut; GÖZÜBÜYÜK, Şeref;	İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, , C. II.
MODERNE; Frank;	Sur le Nouveau Pouvoir d'Injonction du Juge Administratif, RFDA, 1991, S. 1, s. 43.
ONAR, Sıddık Sami;	İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul C. 2.
OYTAN, Muammer;	Danıştay'da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Ülkemiz Matbaası, Ankara 1973.
OZANSOY, Cüneyt;	2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2009, I. Oturum Tartışmalar, Ozansoy'un cevapları, s. 58 vd
ÖDEN, Merih;	Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi; Yetkin Yayınları; Ankara 2003.
ÖZAY, İl Han;	Günlüğü Yönetim II-Yargısal Korunma, On İki Levha Yayınları (Yargısal Koruma), İstanbul 2010, s. 78.

- ÖZAY, İl Han;** İdari Kolluk Alanı ve “Olumsuz” Denilen İşlemlerde Yürütmenin Durdurulması, Murat Sarıca Armağanı, Aybay Yayınları, İstanbul, s. 115-121.
- ÖZKAYA, Kadir;** Sınırlama Sorunu ve “Davada Uygulanacak Kural” Kavramıyla İlişkisi, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006.
- ÖZYÖRÜK; Mukbil;** İdare Hukuku-İdari Yargı Ders Notları, Ankara 1977, s. 229
- PACTEAU, Bernard;** Contentieux Administratif, Paris 1989,
- PIERRE, Montane de La Roque;** L'inertie des Pouvoirs Publics, Dalloz, Paris 1950.
- RAIMBAULT, Philippe;** Recherche Sur La Sécurité Juridique an Droit Administratif Français, LGDJ.
- ROUQUETTE, Rémi;** Petit traité du procès administratif, Dalloz, Paris 2013.
- SAĞLAM, Fazıl;** Anayasa Yargısının Bazı Sorunları, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004.
- SAN, Coşkun;** Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, Kalite Matbaası, Ankara 1974.
- SARICA, Ragıp;** İdari Kaza - İdari Davalar C.1, İstanbul 1949.
- SCHWARTZ, Bernard;** French Administrative Law and the Common-law World, Lawbook Exchange, New Jersey 2006.

- STAHL, Jacques Henri;** La modulation dans le temps des effets d'une d'annulation
COURRÈGES, Anne; contentieuse, RFDA 2004, s. 450-475.
- ŞANLI ATAY,** Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, TODAİE
Yeliz; Yayınları Ankara 2011.
- TANÖR, Bülent;** Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, 1978.
- TEKİNSOY,** İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş
Ayhan; Yayınevi, Ankara 2013.
- TEZİÇ, Erdoğan;** Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 12. Baskı, 2007.
- TEZİÇ, Erdoğan;** Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, Fakülteler
Matbaası, İstanbul 1972.
- TUNCAY, Aydın;** İdari Yargılama Usulü, Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968,
ÖZDEŞ, Orhan; Danıştay Matbaası, Ankara 1986.
BAŞPINAR, Recep;
- ULER,** İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Sevinç Matbaası,
Yıldırım; Ankara 1970.
- ULUSOY,** Prof. Dr. Ali Ulusoy’un Konuşması, İdari Yargı Kararlarının
Ali; Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar
Sempozyumu, Ankara 2012, TBMM Basımevi, s. 14-24.
- ULUSOY,** Olmayan Düzenlemenin Yürürlüğü Durdurulabilir Mi?, Akşam
Ali; Gazetesi, 5 Şubat 2011.

- WALINE,** Note de Jurisprudence, RDP, 1970, s.1040 vd.
Marcel;
- YAYLA,** Anayasa Hukuk Ders Notları; Filiz Kitabevi İstanbul 1986.
Yıldızhan;
- YAYLA,** Yeni İdari Düzenlemeler Karşısında Evvelce Alınmış Ruhsatların
Yıldızhan; Durumu, Yiğit Okur'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998, s. 399.
- YET, Orhun;** Yargının Etkinliğine ilişkin Sorunlar, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2000, s. 86.

Yargı Kararları

Conseil d'Etat Kararları

- CE, 21.11.2008, N° 305292.
CE, 12.12.2012, N° 358760.
CE, 17.12.2010, N° 3110195.
CE, 17.06.2011, N° 324816.
CE, 27.05.2011, N° 337369.
CE, 08.03.1996, N°164897.
CE, 20.01.1989, N° 85322.
CE. 04.11.1988, No 97335.
CE. 23.09.1998, No 170101.
CE Ass., 29.06.2001, *Vassilikiotis*.
CE. 28.02.2001 *Philippart et Lesage*.
CE. 27.07.2001, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*.
CE Ass., 27.07.2001, *Titran*.
CE Ass., 24.03.2006, *Société KPMG et Société Ernest&Young et Autres*.
CE: 20.12.2000, *Ouatah*.

CE Ass., 28.06.2002, *Villemain*.
CE, 13.11.1987, *Tang Kam Keung*.
CE, 29.01.1986, *Kodia*.
CE, 23.01.1970, *Amoros*.
CE, 20.01.1965, *Rousseau*.
CE, 13.05.1949, *Rousset*.
CE Ass., 08.06.1973, *Richard*.
CE Ass., 11.05.2004, *Association AC! et autres*.
CE Ass., 03.02.1989, *Compagnie Alitalia*.
CE Ass., 16.12.2005, *Groupeement foncier des ventes de Nonant*.
CE, 03.11.1922, *Dame Cachet*.
CE, 27.10.2006, *Société Techna*
CE, 06.08.2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*.
CE, 27.10.2006, *Société Techna SA et autres*.
CE, 26.04.1978 *Sieur Vigier*,
CE., 19.12.2008, *Pôles de l'instruction*.
CE, 12.12.2012, *Monsieur Bella A*.
CE, 27.03.2000, *Syndicat national des travailleurs du transports*.
CE, 26.11.2012, *Monsieur Sidy B*.
CE, 18.12.2002, *Mme Duvignères*.
CE, 04.03.1960, *Fédération nationale des industries chimiques*.
CE 05.10.2007, *Ordre des avocats du Barreau d'Évreux*.
CE, 11.05.1998, *Melle Aldigé*.
CE, 01.06.1979, *Association défense et promotion des langues de France*.

Danıştay Kararları

İDDK; 01.04.2010 tarih ve 2009/1062 YD itiraz No.
İDDK; 05.07.2012 tarih ve 2011/788 YD itiraz No.
İDDK; 01.04.2010 tarih ve 2009/1062 YD itiraz No.
İDDK, 11.09.2013 tarih ve 2013/511 YD itiraz No.
İDDK; 02.02.2012 tarih ve 2011/567 YD İtiraz No.
İDDK; 27.10.2011 tarih ve 2011/344 YD İtiraz No.

İDDK; 20.10.2011 tarih ve 2011/195 YD İtiraz No.

İDDK; 07.10.2013 tarih ve 2010/2255 E. sayılı karar.

İDDK; 24.10.2013 tarih ve 2010/3266 E. sayılı karar.

İDDK; 03.12.2012 tarih ve 2009/1985 E. sayılı karar.

İDDK; 11.04.2013 tarih ve 2010/1299 E. sayılı karar.

İDDK; 06.10.2011 tarih ve 2008/214 E. sayılı karar.

İDDK; 19.04.2012 tarih ve 2007/2340 E. sayılı karar.

İDDK; 03.10.2012 tarih ve 2008/163 E. sayılı karar.

İDDK; 16.09.2013 tarih ve 2012/2607 E. sayılı karar.

İDDK; 06.02.2013 tarih ve 2008/165 E. ayılı karar.

İDDK; 2011/721 E., 2011/1225 K. sayılı karar.

İDDK; 25.03.2015 tarih ve 2014/3883 E., 2015/927 K. sayılı karar.

İDDK; 03.11.2011 tarih ve 2007/1433 E., 2011/1003 K. sayılı karar.

İDDK; 04.03.2010 tarih ve 2006/3480 E. 2010/400 K. sayılı karar.

İDDK; 01.05.2008 tarih ve 2007/243 E., 2008/1290 K. sayılı karar.

İDDK; 08.04.2010 tarih ve 2006/2952 E., 2010/561 K. sayılı karar.

İDDK; 12.11.2009 tarih ve 2008/2357 E., 2009/2289 K. sayılı karar.

İDDK; 21.06.2012 tarih ve 2009/640 E., 2012/997 K. sayılı karar.

İDDK; 21.01.2015 tarih ve 2013/4861 E., 2015/48 K. sayılı karar.

İDDK; 25.12.2013 tarih ve 2010/1204 E., 2013/4703 K. sayılı karar.

İDDK; 23.10.2013 tarih ve 2010/3536 E., 2013/3131 K. sayılı karar.

İDDK; 07.04.2011 tarih ve 2007/557 E., 2011/212 K. sayılı karar.

İDDK; 22.10.2009 tarih ve 2008/1199 E., 2009/1816 K. sayılı karar.

İDDK; 28.12.2006 tarih ve 2003/494 E., 2006/3358 K. sayılı karar.

İDDK; 4.12.2008 tarih ve E. 2005/1908 E., 2008/2260 K. sayılı karar.

İDDK; 28.12.2006 tarih ve 2003/494 E., 2006/3358 K. sayılı karar.

İDDK; 25.9.1981 tarih ve 1980/600 E. 1981/ 854 K. sayılı karar.

İDDGK; 12.12.1997 tarih ve 1997/428 E., 1997/690 K. sayılı karar.

İDDGK; 27.03.1987 tarih ve 1986/6 E., 1987/20 K. sayılı karar

İDDGK; 02.02.1990 tarih ve 1989/23 E., 1990/15 K. sayılı karar.

İDDGK; 27.10.2005 tarih ve E. 2004/2655 E., 2005/2557 K. sayılı karar.

İDDGK; 06.11.1998 tarih ve 1996/138 E., 1998/516 K. sayılı karar.

DDK; 20.10.1972 tarih ve 1971/32 E., 1972/956 K. sayılı karar.

İDDK; 27.10.2005 tarih ve 2004/2655 E., 2005/2557 K. sayılı karar.

İDDK; 18.09.2008 tarih ve 2008/778 YD İtiraz No.

İDDK; 02.02.2012 tarih ve 2011/592 YD İtiraz No.

VDDK; 17.04.2009 tarih ve 2008/789 E., 2009/196 K. sayılı karar.

VDDK; 21.05.1985 tarih ve 1982/2 E., 1985/2 K. sayılı karar.

VDDK; 24.10.1997 tarih ve 1996/144 E., 1997/453 K. sayılı karar.

VDDK; 13.03.1998 tarih ve 1996/241 E., 1998/67 K. sayılı karar.

Danıştay 2. Daire; 03.05.2010 tarih ve 2008/4378 E., 2010/1887 K. sayılı karar

Danıştay 2. Daire; 01.04.2013 tarih ve 2012/6721 E., 2013/1843 K. sayılı karar.

Danıştay 2. Daire; 17.06.2014 tarih ve 2014/1289 E. sayılı karar.

Danıştay 2. Daire; 27.10.2010 tarih ve 2010/4034 E. sayılı karar.

Danıştay 2. Daire; 16.10.2012 tarih ve 2012/8650 E. Sayılı karar.

Danıştay 2. Daire; 26.06.2013 tarih ve 2009/4648 E., 2013/4184 K. sayılı karar.

Danıştay 2. Daire; 25.11.2013 tarih ve 2013/7729 E. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 27.06.2000 tarih ve 1999/6253 E., 2000/1952 K. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 24.11.1998 tarih ve 1998/1979 E., 1998/2760 K. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 21.10.1998 tarih ve 1996/1542 E., 1998/2383 K. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 25.02.1998 tarih ve 1997/13 E., 1998/515 K. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 10.11.2005 tarih ve 2002/3255 E., 2005/5075 K. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 26.01.2007 tarih ve 2004/5154 E., 2007/85 K. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 15.11.1977 tarih ve 1974/2691 E., 1977/5440 K. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 13.11.2003 tarih ve 2001/2421 E., 2003/4838 K. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 07.02.2013 tarih ve 2012/3809 E., 2013/721 K. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 25.03.2011 tarih ve 2011/867 E., 2011/1600 K. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 22.09.2003 tarih ve 2003/3144 E., 2003/3551 K. sayılı karar.

Danıştay 5. Daire; 16.06.2004 tarih ve 2003/2399 E., 2004/2914 K. sayılı karar,

Danıştay 6. Daire; 09.12.2013 tarih ve 2012/915 E., 2013/8099 karar sayılı karar.

Danıştay 6. Daire; 18.04.2011 tarih ve 2010/10876 E., 2011/868 K. sayılı karar.

Danıştay 6. Daire; 09.07.1991 1990/3045 E., 1991/1754 K. sayılı karar.

Danıştay 6. Daire; 11.04.1991 tarih ve 1990/3016 E., 1991/781 K. sayılı karar.

Danıştay 6. Daire; 4.5.1976 tarih ve 1973/2644 E. 1976/3037 K. sayılı karar.

Danıştay 6. Dairesi; 1966/3436 E. ve 10.11.1966 tarihli YD kararı.

Danıştay 7. Daire; 31.03.2004 tarih ve 2004/734 E., 2004/798 K. sayılı karar.

Danıştay 8. Daire; 06.11.2009 tarih ve 2009/6689 E. sayılı karar.

Danıştay 8. Daire; 06.11.2009 tarih ve 2009/6793 E. sayılı karar.

Danıştay 8. Daire; 06.11.2009 tarih ve 2009/6689 E. sayılı karar.

Danıştay 8. Daire; 19.04.2010 tarih ve 2009/10357 E. sayılı karar.

Danıştay 8. Daire; 2008/9948 E. sayılı YD red kararı.

Danıştay 8. Daire; 05.03.1997 tarih ve 1996/5257 E., 1997/737 K. sayılı karar.

Danıştay 8. Daire; 12.01.2011 tarih ve 2010/8496 E., sayılı karar.

Danıştay 8. Daire; 14.05.2009 tarih ve 2008/4076 E., 2009/3166 K. sayılı karar.

Danıştay 8. Daire; 22.06.1999 tarih ve 1998/2541 E., 1999/4182 K. sayılı karar.

Danıştay 8. Daire; 18.06.1975 tarih ve 1974/1486 E. 1975/2126 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 26.10.2009 tarih ve 2009/6271 E. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 16.06.2009 tarih ve 2008/9015 E. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 14.06.2009 tarih ve 2007/4527 E., 2011/2289 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 28.05.2004 tarih ve 2001/598 E., 2004/5220 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 22.12.2003 tarih ve 2001/2628 E., 2003/5289 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 22.04.2008 tarih ve 2007/685 E., 2008/2803 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 16.12.2014 tarih ve 2010/2495 E., 2014/7763 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 14.10.2008 tarih ve 2006/817 E., 2008/6557 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 02.12.2009 tarih ve 2006/5393 E., 2009/10123 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 30.11.2005 tarih ve 2003/3710 E., 2005/7446 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Dairesi; 14.06.2011 tarih ve 2007/5427 E., 2011/2289 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 05.02.2008 tarih ve 2005/7831 E., 2008/403 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 01.10.2002 tarih ve 2000/2114 E., 2002/3458 K. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 18.03.2014 tarih ve 2014/191 E. sayılı karar.

Danıştay 10. Daire; 2009/708 E. sayılı karar.

Danıştay 11. Daire; 12.11.2014 tarih ve 2014/2932 E. sayılı karar.

Danıştay 11. Daire; 12.11.2014 tarih ve 2014/2932 E. sayılı karar.

Danıştay 11. Daire; 13.04.1977 tarih ve 1976/84 E., 1977/1327 K. sayılı karar.

Danıştay 11. Daire; 23.11.2009 tarih ve 2008/11641 E., 2009/10105 K. sayılı karar.

Danıştay 11. Daire; 19.02.2003 tarih ve 2000/10901 E., 2003/739 K. sayılı karar.

Danıştay 11. Daire; 08.10.2003 tarih ve 2003/3145 E., 2003/3851 K. sayılı karar.
Danıştay 11. Daire; 02.05.2007 tarih ve 2007/1129 E., 2007/4528 K. sayılı karar.
Danıştay 11. Daire; 27.12.2010 tarih ve 2010/4718 E., 2010/11636 K. sayılı karar.
Danıştay 11. Daire; 25.10.2001 tarih ve 2001/365 E., 2001/2335 K. sayılı karar.
Danıştay 11. Daire; 19.11.2004 tarih ve 2002/2134 E., 2004/4637 K. sayılı karar.
Danıştay 11. Daire; 13.04.2009 tarih ve 2007/13899 E. 2009/3827 K. sayılı karar.
Danıştay 11. Daire; 24.04.2007 tarih ve 2004/3772 E., 2007/4355 K. sayılı karar.
Danıştay 12. Daire; 14.12.2012 tarih ve 2012/1061 E. sayılı karar.
Danıştay 13. Daire; 2008/9513 E. sayılı karar.
Danıştay 13. Daire; 10.6.2011 tarih ve 2011/1039 E. sayılı karar.
Danıştay 13. Daire; 28.06.2005 tarih ve 2005/77 E., 2005/3315 K. sayılı karar.
Danıştay 13. Daire; 31.01.2007 tarih ve 2007/191 E., 2007/460 K. sayılı karar.
Danıştay 14. Daire; 17.10.2012 tarih ve 2012/3319 E. sayılı karar.
Danıştay 15. Daire; 05.06.2014 tarih ve 2013/14089 E. sayılı karar.

İdare Mahkemesi Kararları

İstanbul 6. İdare Mahkemesi; 30.12.1999 tarih ve 1999/97 E., 1999/1667 K. sayılı karar.
Ankara Bölge İdare Mahkemesi; 26.8.2004 tarih ve 2004/2321 YD İtiraz No.
Ankara 2. Vergi Mahkemesi; 18.05.2005 tarih ve 2005/400 E. sayılı YD kararı.
Ankara 8. İdare Mahkemesi; 19.11.2013 tarih ve 2013/1393 E., 2013/1570 K sayılı karar.
Ankara 13. İdare Mahkemesi; 06.03.2012 tarih ve 2010/1899 E., 2012/532 K. sayılı karar.

AYİM Kararları

AYİM Genel Kurulu; 24.12.2010 tarih ve 2010/1 E., 2010/1 K. sayılı karar.
AYİM 2. Daire; 30.03.1994 tarih ve 1992/863 E., 1994/574 K. sayılı karar.
AYİM 2. Daire; 31.10.2001 tarih ve 2001/157 E., 2001/734 K. sayılı karar.
AYİM 2. Daire; 09.01.2002 tarih ve 2001/911 E., 2002/20 K. sayılı karar.
AYİM 3. Daire; 25.11.2004 tarih ve 2004/729 E., 2004/1720 K. sayılı karar.
AYİM 3. Daire; 18.06.2009 tarih ve 2009/784 E., 2009/660 K. sayılı karar.
AYİM 3. Daire; 17.11.2005 tarih ve 2005/648 E., 2005/1357 K. sayılı karar.

AYM Kararları

AYM; 10.07.2013 tarih ve 2012/104 E., 2013/87 K. sayılı karar.
AYM, 10.02.2011 tarih ve 2011/8 E., 2011/35 K. sayılı karar.
AYM; 15.10.2009 tarih ve 2006/124 E., 2009/146 K. sayılı karar.
AYM; 07.02.2008 tarih ve 2005/38 E., 2008/53 K. sayılı karar.
AYM, 07.01.2004 tarih ve 2003/113 E., 2004/2 K. sayılı karar.
AYM, 07.05.2003 tarih ve 2003/32 E., 2003/39 K. sayılı karar.
AYM; 18.11.1995 tarih ve 1995/54E., 1995/59 K. sayılı karar.
AYM, 22.09.1993 tarih ve 1993/8 E., 1993/31 K. sayılı karar.
AYM; 14.11.1990 tarih ve 1990/5 E., 1990/28 K. sayılı karar.
AYM; 27.09.1988 tarih ve 1988/9 E., 1988/28 K. sayılı karar.
AYM; 24.11.1987 tarih ve 1987/24 E., 1987/32 K. sayılı karar.
AYM; 08.10.1974 tarih ve 1974/18 E., 1974/42 K. sayılı karar.
AYM; 09.05.1972 tarih ve 1971/58 E., 1972/22 K. sayılı karar.

Diğer Kararlar

ABAD 2. Daire; 19.11.2013 tarih ve C262/12 sayılı karar.
AİHM; *Marckx/Belçika*, 13 Haziran 1979.
SCOTUS; *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993)

İnternet Kaynakları

www.kazanci.com
www.legifrance.gouv.fr
www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html
www.danistay.gov.tr
www.conseil-etat.fr
www.revuegeneraledudroit.eu
<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf>
www.grin.com
www.juricaf.org

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/home>

ÖZET

İdare hukukumuzda *eksik kapsamlı düzenleme* kavramı, bünyesinde çok geniş ve derin teknik tartışmaları barındıran; ancak bu oranda incelenmemiş bir “sorun”a karşılık gelmektedir. Konuyu bu derece sorunlu kılan ilk etken, somut maddi gerçekliğe tamamıyla yansıtılması imkânsız olan, idari işlem teorisinin idarenin yargısal denetimini sağlayan kusursuz bir faraziye olarak kabul edilmesidir. İdarenin hareketsizliğinin düzenleyici işlem boyutunda ortaya çıkması durumunda, düzenleyici işlemlerin kural olarak kanunların uygulanması amacıyla çıkarıldıkları göz önüne alındığında, Anayasa’nın ve kanunun hukuken öngördüğü bir çok hakkın fiilen kullanılamaması sonucu doğabilecektir. Bu bağlamda düzenleyici işlemlerin kapsamındaki eksikliğin basit bir idari eylemsizlik ve zımni işlem meselesi çerçevesinde değerlendirilmesine imkan bulunmamaktadır. Bu çalışma kapsamında, idarenin düzenleme görevinin hukuki temelleri ve bu bağlamda söz konusu görevin gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda ortaya çıkan eksikliklere değinilmiş ,ardından söz konusu eksiklik iddiasının dava konusu edilmesine ilişkin tartışmalar incelenmiştir. Bu bağlamda bir düzenlemedeki kapsam eksikliğinin hukuka aykırılığının tespitinden bağımsız olarak bu eksiklik iddiasının mevcut idari yargılama usulü vasıtalarıyla nasıl dava konusu edileceği ve kapsam eksikliğinin hukuka aykırı bulunması durumunda nasıl iptal edileceğine ilişkin çeşitli formüller incelenmiştir. Son bölümde ise, eksik düzenlemelerin iptal davasına konu edilebilirliğinden bağımsız olarak yürütmesinin durdurulmasına ilişkin tartışmalar değerlendirilmiştir.

ABSTRACT

In our administrative law, the concept of *uncer-inclusive regulation* corresponds to a question which includes pretty wide and deep technical discussions. The factor making the question problematic, is the acceptance of theory of administrative act, which is impossible to be dully reflected to the practice, as the flawless assumption providing judicial review of administration. In case the omission of administration emerged in the level of regulation, when the fact that regulatory acts are issued in order to implement laws, many rights granted and acknowledged by constitution and laws would not be dully exercised. In this context, under-inclusive regulations cannot be evaluated as a simple administrative silence and as a question of implicit rejection. In the scope of this etude, the legal basis of duty of regulation of administration and in this context deficiencies emerged when such duty is not dully performed by administration are analyzed firstly. In the second and third chapter, the discussions on how the allegations of omission are brought before courts are evaluated. In this context, independently of determination of illegality of a deficiency of inclusion of a regulation, various formulation related to how and to what extend the allegation of deficiency is brought before court and in case of determination of illegality how it is cancelled are analyzed. In the last chapter, the discussion related to stay of execution of under inclusive regulations are examined.