

İDARİ YARGI'NIN SAHİP OLDUĞU İŞLEVLER VE TABİ OLDUĞU SINIRLAMALAR HAKKINDA BAZI TESPİTLER VE DEĞERLENDİRMELER

Yard. Doç. Dr. Cem Ayaydın*

Bu çalışmada;
-önce, İdari Yargı'nın hukuk sisteminde sahip olduğu işlev
-ve daha sonra da, bu işleyle bağlantılı olan «takdir yetkisine müdahale edilmesi» ve «yerindelik denetimi yapılması» yasakları
kısaca ele alınacak ve bu konularda bazı tespitlerde ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM İDARİ YARGI'NIN İŞLEVİ

1-Yargılama faaliyetinin temel işlevi

1-a)Bilindiği üzere, yargılama işlevi, en basit ifadesiyle; «yargılama yapmak» ve bu yargılama sonucunda «**hukuku söylemek**» tir.

«Hukuku söylemek» ise, *hukuk kurallarının anlamını ve kapsamını* belirlemektir.

1-b)Bütün mahkemeler gibi *İdari Yargı Mercüleri de*, idari davaları çözüme kavuştururken «hukuku söyleyecekler»dir.

Bu itibarla;

-gerek –idari uyuşmazlığın temelini oluşturan- kanunların¹

-ve gerekse, İdarenin düzenleyici işlemlerinin

taşıdığı anlam ve sahip olduğu kapsam, kanunlara uygun şekilde faaliyette bulunan (bulunması gereken) İdarenin yargısal denetimini yapmakta olan İdari Yargı Mercii tarafından belirlenecek veya ortaya konulacaktır.

1-c)Bununla birlikte, «yargılama faaliyeti» ile sadece «hukuk» söylenmiş olmamaktadır.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bilindiği üzere, hukukumuzda; kanunların Anayasa'ya uygun olup olmadığının tespiti hususunda yetkili kılınmış tek yargı mercii Anayasa Mahkemesi dir.

Bununla birlikte, hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş *olmayan* kanunların anlamı ve kapsamı da, o kanunları görmekte oldukları davalarda uygulamak durumunda kalan yargı mercilerine ait olacaktır.

Söz konusu faaliyet ile «hukuk sisteminin korunması amacı» arasında bir ilişki de bulunabilmektedir.

2-Yargılama faaliyeti ile «hukuk sisteminin korunması amacı» arasındaki ilişki

2-a)Giriş

Yargılama faaliyetinde bulunan bütün mahkemelerin, «hukuku söyleme»nin yanı sıra «hukuk sisteminin korunması amacı»na hizmet ettiği de söylenebilecektir.

Hukuk kişilerinin hukuk kurallarıyla öngörülmüş olan «sistem»e uygun davranmış olup olmadığının belirlenmesi süreci, doğal olarak, o «hukuk sistemi»nin korunması sonucunu da beraberinde getirecektir.

2-b)Kamu hukuku hakimi ile özel hukuk hakimi arasında söz konusu olan amaçsal farklılık

Yargı Organ'ın hukuk sistemini de korumakta olduğu yönünde yukarıda varılan sonuç, bütün mahkemeler açısından *aynı yoğunlukta* geçerli olmamaktadır.

Gerçekten de, denilebilecektir ki; «hukuk sisteminin korunması» amacı, kamu hukuku hakiminin *asli*, özel hukuk hakiminin ise *tâli* amacı (işlevi) olarak karşımıza çıkmaktadır.

2-b)1)Kamu hukuku hakimi

Çağdaş anayasal sistemlerde ve 1982 Anayasası sisteminde, kamu hukuku hakimi; Devlet faaliyetlerini ve bunların temel hak ve hürriyetler ile olan ilişkisini düzenleyen ve kamu yararı kavramını ve kamu kudreti usullerini içeren kamu hukukunu uygularken, *ilk aşamada*, anayasal rejimi (=devlet sistemini ve temel hak ve özgürlükler rejimini) korumak durumunda kalmaktadır.

Bu itibarla;

-*Anayasa Mahkemesi hakimi*, Anayasa ile öngörülmüş olan sistemi (=Devletin niteliğini ve temel hak ve özgürlükler rejimini),

-*Ceza Mahkemesi hakimi*, temel hak ve özgürlükler rejimini, kamu düzenini ve milli güvenliği

ve

-*İdari Yargı hakimi ise*, kamu görevlerini (ve dolayısıyla da, kamu hizmetlerini ve koruyucu faaliyetleri), kamu mallarını, temel hak ve özgürlükler rejimini

korumak amacıyla yargılama yapmaktadır.

2-b)2)Özel hukuk hakimi

Özel hukuk hakiminin durumu ele alındığında ise, farklı sonuçlara varılabilmesi mümkün gözükmemektedir.

2-b)2)a)Özel hukuk hakimi, öncelikle, hukuki uyuşmazlığın taraflarından -hukuk kuralları çerçevesinde- «haklı» olanı koruma yönünde faaliyette bulunmaktadır.

Temel varlık sebebi; (1)iki hukuk kişisi arasındaki hak çatışmasını önlemek ve (2)ortaya çıkmış bir zarar varsa, onu gidermektir.

Gerçekten de, irade ve menfaat eşitliğinin egemen olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin yargılamada, hakim; kural olarak, tarafların iradesiyle bağlı bulunmakta ve onların iradelerine, mevcut hukuk kurallarının öngördüğü geniş serbest hareket alanı içinde kaldıkları sürece, karışmamaktadır.

O, özel hukuk uyuşmazlıklarında ve özellikle de sözleşmeler hukukundan doğmuş olanlarda; esas itibarıyla, «tarafların serbest iradeleriyle belirlemiş oldukları hukuk»u dikkate almak ve korumak durumunda kalmaktadır.²

Haksız fiile ilişkin uyuşmazlıklarda da; davayı açmış olan belli bir kişinin vücut bütünlüğüne ve mülkiyet hakkına hukuka aykırı bir şekilde zarar verilmiş olup olmadığı, araştırılmaktadır.

Bir başka deyişle, *asli işlev*; «belli bir uyuşmazlık (=somut bir durum) açısından «haklı olanı» tespit etmek suretiyle açılmış olan tek bir davanın taraflarından *birisini* korumak» olarak karşımıza çıkmaktadır.

2-b)2)b) Bununla birlikte, unutulmamalıdır ki; «özel hukuk uyuşmazlıklarının hukuk kuralları çerçevesinde çözümlenmesi» faaliyeti, «*hukuk sisteminin özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kısmının korunması*» anlamına da gelmektedir.

Hukuk sistemi; «özel hukuk'un korunması»nda (=bazı hukuk uyuşmazlıklarında irade ve menfaat eşitliğinin kabul edilmesinde) kamu yararı görmüş bulunmaktadır. Bu itibarla; söz konusu «hukuk»u gözeten özel hukuk hakimi de, *dolaylı olarak da olsa*, en son noktada, hukuk sistemini korumuş olmaktadır.

Buna göre, örneğin,

-mülkiyet (ve miras) hakkına ilişkin hakların korunması ve bu bağlamda, can ve mala yönelik zararların önlenmesi veya giderilmesi

veya

-özel teşebbüs hürriyetinin korunması ve dolayısıyla da, ticari hayatın düzgün bir şekilde sürdürülebilmesi

amacıyla Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku ve İcra-İflas Hukuku kuralları çerçevesinde yapılan bir özel hukuk yargılaması; *mülkiyet hakkı (ve dolayısıyla da, miras hakkı) ile özel teşebbüs hürriyetine* ilişkin olarak **Anayasa'da öngörülmüş olan «sistem»in** (=anayasakoyucu tarafından belirtilmiş ve güvence altına alınmış olan ekonomik yapının) korunması amacına *da* hizmet edecektir

Özel hukuk ilişkilerinin söz konusu olduğu durumlarda; sözü edilen bu hak ve özgürlüklerin korunabilmesi, ancak özel hukuk hakiminin yapacağı yargılamayla mümkün olabilecektir.

² Özel hukuk kuralları arasında yer alan, **kamu düzenine ilişkin kurallar** ve bu kurallar göz önünde tutularak yapılan yargılama, bu açıklamaların dışında kalmaktadır.

Özellikle Aile Hukuku, İş Hukuku, taşınmaz kiralarna ilişkin mevzuat veya Miras Hukuku uygulamalarında; tarafların iradeleri dışında bir «üstün yarar veya amaç» gözetilebilmekte ve bu nedenle de, «irade serbestisi» ve «sözleşme hürriyeti» esaslarına uyulmayabilmektedir.

Hukuk sisteminde öngörölmüş olan «*hakkin bizzat elde edilmesi yasağı*» da; özel hukuk hakiminin özel hukuk ilişkilerine ilişkin anayasal sistemin korunması açısından sahip olduğu önemi daha da arttırmaktadır.

Çünkü, söz konusu yasağın aynı zamanda; özel hukuk uyumsuzluklarında, Anayasa ile öngörölmüş olan temel hak ve özgürlükler rejiminin asli –ve istisnai durumlar hariç- tek koruyucusu olarak özel hukuk hakimini göstermiş de olmaktadır.

Göröldüğü üzere, özel hukuk hakimi; davanın taraflarından birisini koruma işlevini yerine getirirken, dolaylı olarak da olsa, hukuk sistemini de korumuş olmaktadır.

2-b)3)Sonuç

2-b)3)a)Bütün bu açıklamalardan sonra denilebilecektir ki, Yargı Organı'nda yer alan bütün mahkemeler;

- (1)kaynağında ister özel, isterse kamu hukuku ilişkileri bulunsun, hukuk kurallarının kağıt üzerinde kalmasını engellemekte,
- (2)bunların etki ve gücünü güvence altına almakta
- (3)ve bu suretle de, hukuku düzenini korumaktadır.

Bununla birlikte, «hukuk düzeninin korunması amacı»;

-kamu hukuku hakimi açısından *asli-birincil*,

-özel hukuk hakimi açısından ise, *tâli-ikincil* (dolaylı)

bir amaç ve sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

2-b)3)b)«Hukuk sisteminin korunması» amacının asli veya tâli nitelik taşıması, **yargılama usulüne** ilişkin kurallar açısından bazı farklı düzenlemeleri de beraberinde getirebilmektedir.

Mesela; özel hukuk yargılaması kural olarak, tarafların eşitliği esasına dayanmakta ve hakime, «hakem» görevi yüklemekte iken, kamu hukuku yargılamasında hakime re'sen (=tarafların taleplerinden bağımsız şekilde) araştırma yapma yetkisi de tanınmış bulunmaktadır.

3-İdari Yargı Mercilerinin ek (özel) işlevi

Kamu hukuku hakiminin hukuk düzeninin korunması yönündeki asli işlevi, doğal olarak, İdari Yargı hakimi açısından da geçerli olmaktadır.

Buna göre, söz konusu işlev; İdari Yargı Mercilerine, «İdarenin hukuka uygun faaliyette bulunmasını sağlama» görevini yüklemektedir.

3-a)Ek işlev:İdarenin hukuka uygun davranmasının sağlanması

İdari Yargı Mercilerinin «hukuku söylemek» dışında bir ek işlevinin (=varlık nedeninin) daha bulunduğu, söylenebilecektir:«*İdarenin hukuka uygun faaliyette bulunmasını sağlamak (ve bu suretle, hukuk devleti ilkesini korumak)*».

İdari Yargı; İdarenin hukuka uygun faaliyette bulunmasını sağladığında, Devletin faaliyetlerine ve temel hak ve özgürlükler rejimine ilişkin anayasal sistemi (=hukuk sistemi) de korumuş olmaktadır.

İdari Yargı'nın bütün idari faaliyetlerin «**hukuka**»³ uygun olmasını sağlamak amacıyla yürüttüğü yargısal denetim;

³ «Kanunlara» değil!

Bilindiği üzere; «**hukuk kavramı**» «kanun» kavramından çok daha geniş bir içeriğe sahip bulunmaktadır.

Bu itibarla; «hukuka uygunluk denetimi»nde göz önünde tutulacak «hukuk» kavramı içinde sadece kanuni düzenlemeler yer almamaktadır.

Gerçekten de, kamu hukuku'nda, «hukuk» kavramının içine;

(a)kanun dışında kalan –başta Anayasa olmak üzere- diğer bütün yazılı kamu hukuku kuralları,

(b)yazılı olmayan hukuk ilkeleri (=hukukun genel ilkeleri ve İdare Hukuku ilkeleri)[X]
ve

(c)Anayasa'nın genel felsefesi

de dahil olmaktadır.

Ashına bakılırsa, İdare; *kanunilik ilkesi gereğince*, mevcut kanuni düzenlemelere uygun faaliyette bulunmak durumundadır.

Buna göre, İdare; *açık* kanuni düzenlemeler varken, onları –hukukun genel ilkelerine veya İdare Hukuku ilkelerine aykırılıktan bahisle- gözardı etme imkanına sahip değildir.

Bu sonucun, -doğrudan uygulanabilir nitelikteki- açık Anayasa hükümlerinin söz konusu olduğu durumlarda *dahi* geçerli olduğu söylenebilecektir. Belli bir konuyu düzenleyen açık ve net (=yoruma ihtiyaç göstermeyen) bir kanun hükmü karşısında bir idari makamın, o hüküm yerine bir Anayasa kuralını uygulama yolu seçebilmesi, hukukun doğru ve yerinde bir çözüm tarzi olarak kabul edilmemelidir. Aksi halde; kamu görevlileri için, mevcut kanunları *kendi kişisel yorumları ve değerlendirmeleri* çerçevesinde gözardı edebilme kapısı aralanmış olacaktır. Bu suretle de, «idare edilenler» nezdinde hukuki istikrar ve güven ilkesi zedelenmiş olacaktır. Çünkü, kanun hükümlerinin ne zaman ve ne şekilde uygulanacağı, önceden bilinmiyor olacaktır.

Hukuk sistemimizde –esas itibarıyla- «İdarenin kanuniliği ilkesi» kabul edilmiş olmasına rağmen, -hukuk sistemini korumak durumunda olan- İdari Yargı Mercii, dava konusu edilmiş olan idari işlemi veya eylemi, sadece kanuni düzenlemelere uygunluk açısından değil, ama, bunların yanısıra;

-Anayasa'nın genel felsefesine ve açık (=doğrudan uygulanabilir nitelikteki) hükümlerine,

-hukukun genel ilkelerine ve İdare Hukuku ilkelerine ve

-İdarenin normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan idari düzenlemelerine uygunluk açısından *da* incelemekte ve denetime tâbi tutmaktadır.

Bununla birlikte; *açık ve net bir anlam içeren kanun hükümlerinin söz konusu olduğu durumlarda, bu düzenlemeler* İdari Yargı Hakimini *de* bağlayıcı güce sahip olacaktır.

Ancak, şüphesiz, söz konusu kanun hükümleri hakkında Anayasa Mahkemesi nezdinde *somut norm denetimi yoluna* başvurulabilmesi imkanı da her zaman bulunacaktır.

[X]«İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak» amacıyla «hukuka uygunluk denetimi yapmak» durumunda olan İdari Yargı Mercii, somut bir uyuşmazlıkta;

-(a)Anayasa'nın genel felsefesine ve *açık* hükümlerine aykırılık oluşturmayan ve (b) ilgili kanuni düzenlemelerin *açık* hükümleriyle çatışmayan **İdare Hukuku ilkeleri** öngöre-

- Anayasa ile belirlenmiş olan hukuk sisteminin,
- idari görevlerin (özellikle de, kamu hizmetlerinin ve koruyucu faaliyetlerin),
- kamu mallarının ve
- özel hukuk kişilerinin temel hak ve özgürlüklerinin ve diğer idari birimlerin de görev ve yetki alanının korunması anlamını taşıyacaktır.⁴

3-b)«İdarenin hukuka uygun davranmasının sağlanması» işlevinin taşıdığı önem

3-b)1)Tespit 1:«Hukuka uygun davranma» yükümlülüğü toplumda yaşayan herkes için söz konusu olmaktadır

«Anayasal sistem ve bu sistem çerçevesinde öngörülmüş olan hukuk normlarına uygun davranmak», *bütün hukuk kişilerinin* yükümlülüğü içine girmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin unsurları içinde yer alan «hukukun üstünlüğü prensibi», toplumda yaşayan *herkese*, «hukuk kurallarına uygun davranma gereğini ve mecburiyetini» de yüklemektedir.

Mevcut hukuk kurallarına uygun davranılmaması ise, milli güvenlik, kamu düzeni ve temel hak ve özgürlükler rejimi açısından bazı olumsuz sonuçları da beraberinde getirecektir. Güvenliği ve toplumsal düzeni öngören kuralların kağıt üzerinde kalması, siyasi, toplumsal ve ekonomik bir çok karışıklığa da neden olacaktır.

Bu durumda, Devlet de;

-gerekli olduğunu düşündüğü için öngörmüş olduğu kuralların uygulanabilirliğini sağlamak (=kendi varlığını ve otoritesini korumak)

-ve toplumsal yaşantının düzenli bir şekilde sürdürülebilmesini güvence altına almak ve ekonomik gelişimin sekteye uğramasını önlemek

amaçlarıyla, özel hukuk kişilerini hukuk kurallarına uygun davranmaya zorlayacak önlemleri almak durumunda kalacaktır.

Milli güvenliği, kamu düzenini ve toplumsal hayatı korumak *zorunda olan* Devlet, bu amaçla; (a)yaptırımlar ve cezalar içeren kurallar, (b)kolluk birimleri ve (c)mahkemeler öngörme yoluna gidecektir.

bilme (veya, belli bir hukukun genel ilkesini somut uyumsuzluğa uygulama yoluna gidebilme) ve uyumsuzluğu bunları göz önünde tutarak çözüme kavuşturabilme

ve

-kanuni düzenlemeler ile Anayasa'nın doğrudan doğruya uygulanabilecek olan hükümlerinden yorumlanmaya ihtiyaç gösterenlerini (=açık ve net hükümler içermeyenlerini) -Anayasa'nın genel felsefesini ve yazılı olmayan hukuk ilkelerini de göz önünde tutmak suretiyle- *yorumlayabilme* (=onların taşıdığı anlamları belirleyebilme) imkanına da sahip olmaktadır.

⁴ Bu bağlamda, **bir başka ek işlev** daha düşünülebilecektir: «Anayasakoyucu ve kanunkoyucu tarafından yapılmış olan tercihlerin (=kamu yararı tercihlerinin) uygulamaya geçirilmesinin veya korunmasının sağlanması».

«İdari Yargı Mercii ve kamu yararına uygunluk denetimi» konusu, biraz aşağıda, «Yerindelik denetimi yapılması yasağı» bahsinde, ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Görüldüğü üzere, «özel hukuk kişilerinin belli bir hukuki çerçeve içinde (=hukuk kurallarına uygun olarak) faaliyette bulunmasının sağlanması», -tâbi oldukları siyasi rejim ne olursa olsun- bütün devletlerin öncelikli görevlerinden birisini oluşturmaktadır.

3-b)2) Tespit 2: «Hukuka uygun davranma» yükümlülüğünün Devlet açısından söz konusu olması, daha büyük bir öneme sahip olmaktadır

Hukuk devleti ilkesinin içerdiği «hukukun üstünlüğü ilkesi»; teorik planda, bütün hukuk kişileri ve fakat gerçekte, Devlet birimleri için öngörül-müş bulunmaktadır.

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere; Devletin özel hukuk kişilerini hu-kuk kurallarına saygılı davranmaya zorlamak için çok önemli nedenleri bu-lunmaktadır.

Bununla birlikte, Devletin ve dolayısıyla da, onun adına irade kullanan görevlilerin de hukuk kurallarına tâbi tutulabilmesi, hukuk tarihinin ancak son dönemlerinde mümkün olabilmıştır.

Halbuki, Devlet adına kamu kudreti kullanan görevlilerin hukuk kural-larına saygı göstermesinin sağlanması, temel hak ve özgürlükler rejimi açısın-dan çok daha büyük bir önem taşımaktadır.

Gerçekten de; bir özel hukuk kişinin bir diğerine verebileceği zararın çok daha fazlası, kolaylıkla, kamu kudreti usullerine başvurma imkanına sahip olan Devlet tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Hem de, aynı anda birden çok kişi üzerinde!

3-b)3) «Hukuka uygun davranma» yükümlülüğünün İdare açısından söz konusu olmasının çok çeşitli açılardan yararlı sonuçları bulunmaktadır

Bir hukuk devletinde; Devletin her birimi gibi İdare de, hukuka uygun davranma yükümlülüğü altında olacaktır.

Bununla birlikte, denilebilecektir ki; idari faaliyetlerin yargısal denetimi konusu, diğer kamusal faaliyetlerin yargısal denetimine nazaran çok daha bü-yük bir önem taşımaktadır.

3-b)3)a) Anayasakoyucu veya kanunkoyucu, yaptığı hukuki düzenleme-lele hukuk sisteminin temel çerçevesini çizmektedir.

Hem, Devletin diğer birimlerini (=Yargı Organı'nı, Yürütme Organı'nı ve İdareyi) ve hem de özel hukuk kişilerini bağlayan söz konusu düzenlemelerin hukuka uygun olması, hukuk devleti ilkesi açısından «olmazsa olmaz» bir şarttır.

Bununla birlikte; söz konusu soyut kurallar tek başlarına somut sonuç-lar doğurmamakta, *uygulama işlemlerine* ihtiyaç göstermektedir.

3-b)3)b) İdare ise;

-hem soyut hukuk kurallarını bireylere tek tek uygulamak suretiyle so-mutlaştırmakta (=belli bazı hukuk kişileri üzerinde hak veya yükümlülükler doğurabilmekte)

-ve hem de, soyut hukuk kurallarını «daha az soyut» hale getirecek hu-kuki düzenlemeler (hukuk kuralları) yapabilmekte-dir.

Daha da önemlisi, kamu kudreti usullerine dayanılmak suretiyle yapılmış olan bu tek taraflı işlemler (=«idari işlemler»);

-aksi yönde bir mahkeme kararı olmadıkça, «hukuka uygun» kabul edilmekte ve

-Yargı Organı tarafından verilecek bir mahkeme kararma ihtiyaç duyulmaksızın, onları yapmış olan İdare tarafından *bizzat* uygulamaya konulabilmekte

dir.

Yasama Organı da tek taraflı işlemler yapabilmektedir ve fakat, bu işlemleri *bizzat* icra edebilme gücünden yoksun olmaktadır. Bu görev İdareye tanınmış bulunmaktadır.

Yargı kararları da tek taraflı olarak verilmektedir. Ancak, Yargı Organı da, kararlarını *bizzat* uygulayamamaktadır. Mahkeme kararları İcra-İflas Daireleri (ve, bazı hallerde de, İdare) tarafından yerine getirilmektedir.

Görüldüğü üzere, hukuk sisteminde,

-kamu kudreti kullanarak tek taraflı işlemler yapabilen

-ve bu işlemleri *bizzat* uygulayabilen

tek Devlet birimi İdare dir!

Bir başka ifadeyle, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturan *somut* hak ihlalleri; anayasakoyucunun veya kanunkoyucunun düzenlemeleri sonucunda değil, İdare tarafından yürütülen kamusal faaliyetler sırasında ortaya çıkmaktadır.

Soyut hukuka aykırılıkların tek tek bireyler üzerinde olumsuz veya zararlı sonuçlar doğurabilmesi için bile, kural olarak, araya İdarenin faaliyetlerinin girmiş olması gerekmektedir.

Bu itibarla; «İdarenin hukuka uygun davranmasının sağlanması», hukuk devleti ilkesi açısından en temel ve öncelikli amaç olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵

3-c)«İdarenin hukuka uygun davranmasının sağlanması» işlevi ile korunan hususlar

Biraz yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, İdarenin «hukuka» uygun davranmasını sağlayan İdari Yargı hakimi, bu suretle;

-Anayasa ile belirlenmiş olan hukuk sistemini,

-idari görevleri (özellikle de, kamu hizmetlerini ve koruyucu faaliyetleri),

-kamu mallarını ve

-özel hukuk kişilerinin temel hak ve özgürlüklerini ve diğer idari birimlerin de görev ve yetki alanını

da korumuş olmaktadır.

«İdarenin hukuka uygun davranmasının sağlanması» işlevi ile korunan hususlar, birbirleriyle bağlantılı⁶ beş alt başlıkta incelenebilecektir.⁷

⁵ Mesela, AZRAK'ın da ifade ettiği üzere;

«Hukuk Devleti ilkesinin birinci ve en önemli unsuru kuşkusuz “idarenin kanuniliği ve yargısal denetimi”dir. İdare, devletin toplumsal ve kişisel yaşama en yoğun ve güçlü biçimde müdahale eden fonksiyonu olduğundan kişi hak ve özgürlükleri bakımından az çok tehlikeli sayılabilecek yetkileri içerir...».

Bkz.AZRAK, Ülkü, “Türkiye’de İdari Yargının Etkisizleştirilmesi”, Yeni Türkiye, Cumhuriyet Özel Sayısı V, sayı 23-24, Ankara, 1998, s.3914.

3-c)1)Anayasa ile belirlenmiş olan hukuk sistemi korunmuş olur.

İdarenin hukuk kurallarına uygun davranmakta olup olmadığının denetlenmesi ameliyesi; öncelikle, Anayasa ve kanunlarla öngörülmüş olan kuralların kağıt üzerinde kalmasını engelleyecek, bunların uygulamada *da* anlam taşımalarını sağlayacaktır.

Çünkü, İdarenin; hem devlet yapısı ve hem de temel hak ve hürriyetler rejimi açısından çok önemli görevleri ve fonksiyonları bulunmaktadır.

3-c)1)a)Herşeyden önce denilebilecektir ki; Anayasa ile öngörülmüş ve koruma altına alınmış olan **devlet yapısı, İdarenin yürüteceği koruyucu faaliyetlerle ve kamu hizmetleriyle uygulamaya geçirilmektedir.**

Buna göre, örneğin;

-Devletin mevcudiyeti, bağımsızlığı, üniter yapısı ve üstün menfaatleri; koruyucu faaliyetlerle (=milli güvenliğin ve kamu düzeninin korunması faaliyetleriyle)

-ve sosyal devlet ilkesi ise, kamu hizmetleriyle⁸
güvence altına alınmış ve sağlanmış olacaktır.

⁶ **Aslına bakılırsa**, bu hususlardan ilkinin oluşturan «Anayasa ile belirlenmiş hukuk sisteminin korunması» sonucu, isminden de anlaşılacağı üzere, diğer bütün sonuçları **kapsar** bir niteliğe de sahip bulunmaktadır.

Bu itibarla, aşağıda yer alan ayrımların konunun içermekte olduğu değişik açılardan vurgulanmasından başka bir anlamı veya değeri de bulunmamaktadır.

⁷ Ayrıca, YAYLA; İdari Yargı'nın «siyasi iktidarla özdeşleşmemiş, teknik niteliğini koruyabilmiş ve tarafsız kalabilmiş bir İdare» yaratılması açısından da önemli bir işlevi bulunduğu ve bu işlevin de **iç barışa ve demokrasiye katkı yaptığının** altını çizmektedir.

Gerçekten de, MÜELLİF;

-1876'lerden itibaren ülkemizde görülen anayasal hareketlerin ve darbelerin temel nedenleri arasında, «tarafsız ve objektif İdarenin bir türlü yeterince kurulamaması»nın yattığını,

-İdarenin siyasi iktidarla özdeşleşmesi sonucunda, zaman içinde, İdarenin faaliyetleri ile muhatap olan halkın nezdinde «demokratik sivil yönetime duyulan güven»in ciddi şekilde sarsılmaya başladığını ve böylece, darbeler sonrasında halka sunulan gerekçelerden birisinin «su üstüne çıkmaya» başladığını,

açıkladıktan sonra, aşağıdaki sonuca varmaktadır:

İdari Yargı'nın ise,

-kamu görevlilerine güvence vermek,

-İdareler arasındaki ilişkileri hukukileştirmek ve ayrıca,

-kamu hizmetlerini temel hak ve hürriyetleri, milli güvenliği ve sağlığı korumak suretiyle, siyasi ve toplumsal hayattaki olumsuz olgu ve oluşumları yavaşlatmış, yumuşatmış veya bunların daha fazla artmasını önlemiş olduğu, söylenebilecektir.

Bkz.YAYLA, Yıldızhan, «İdari Yargının İç Barışa ve Demokrasiye Katkısı», I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap:İdari Yargı, Danıştay Yayını, Ankara, 1991 ve özellikle de, s.17, 18, 19 ve 25.

⁸ Bu hususun, hemen aşağıda değinilecek olan, «İdarenin temel hak ve özgürlükler rejimi açısından sahip olduğu önem ve rol» ile de yakın bağlantısı bulunmaktadır.

Çünkü, sosyal devlet ilkesi; (a)bir açıdan Devletin Anayasa ile belirlenmiş niteliklerinden birisinin, (b)bir açıdan da, sosyal ve ekonomik hakların ve hatta, yaşama hakkının bir güvencesini oluşturmaktadır.

3-c)1)b)Diğer taraftan; **temel hak ve özgürlüklerin** belli bir kişi açısından söz konusu olacak olan kapsamı ve sınırları da, *bazı istisnai durumlar hariç*, İdarenin yapacağı işlem ve eylemlerle ortaya çıkmaktadır.

Somut bir olayda; bir temel hak ve özgürlüğün kullanabilmesi imkanının öngörülmesi ve/veya bu hak ve özgürlüğün koruma altına alınması, İdare tarafından sağlanmaktadır (=onun işlem ve eylemleriyle gerçekleşmektedir).

I-Temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa hükümleri, çok genel ve soyut ifadeler içermektedir.

Belli bir temel hak ve özgürlüğü düzenleyen ve sınırlandıran kanun hükümleri ise, bu derece genel ve soyut bir nitelik taşımamakla birlikte, yine de, -kural olarak- belli bir hukuk kişisini doğrudan doğruya etkileme gücünden yoksun bulunmaktadır.

Bu itibarla, bütün bu kurallar, bu kurallarla ilgili olan hukuk kişileri açısından soyut nitelikte taşımakta ve esas itibarıyla, ancak, İdare tarafından yapılacak uygulama işlemleri ile somut hale gelebilmektedir.

II-İdarenin temel hak ve özgürlükler açısından sahip olduğu rol; öncelikle, kullanılması İdarenin iznine tâbi olan veya onun tarafından engellenebilecek olan hak ve özgürlükler açısından söz konusu olmaktadır.

Örneğin, malik, sahip olduğu taşınmaz mal üzerinde yapacağı inşaat için İdareden izin almak durumunda kalabilmekte; mülkiyet hakkını kullanabilmesi bu izne bağlı olabilmektedir.

Bu bağlamda; işyeri açılması için bazı idari izinlerin alınması gereğini öngören kurallar da, özel teşebbüs hürriyetinin kullanılabilmesini İdarenin işlemlerine tâbi kılan düzenlemeler arasında yer almaktadır.

Aynı şekilde; pasaport da, seyahat hürriyetiyle bağlantısı bulunan, onun kullanılabilmesini sağlayan bir idari işlem olarak karşımıza çıkmaktadır.

III-Özel hukuk alanında iki hukuk kişisi tarafından yapılan özel hukuk işlemlerinin *bir bölümü* de, İdarenin resmi işlemiyle hukuki geçerlilik kazanmakta veya koruma altına alınmaktadır.

Örneğin, taşınmaz mal satışı, tapuda, İdare tarafından yapılan bir işlem ile gerçekleşmektedir. Mülkiyet hakkının özünde yer alan «elden çıkartma» imkanı, taşınmaz mallar söz konusu olduğunda, idari faaliyetlerle kullanılabilir hale gelmektedir.

Taşınmaz malların haksız işgallere karşı korunması açısından İdareye başvuru imkan tanıyan bazı kanuni düzenlemeler, mesela, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun da, İdareyi mülkiyet hakkının koruyucusu konumuna getirebilmektedir.

IV-Bazı temel hak ve özgürlükler ise, Devlete belli bir faaliyeti kurma ve yürütme görevini yüklemekte, ancak bu gerçekleştiğinde kullanılabilir ve/veya korunabilir hale gelmektedir.

Örneğin, yaşama hakkı; bu hakkı koruyacak, ona yönelen hukuk dışı müdahaleleri engelleyecek ve cezalandıracak idari ve adli kolluk makamlarına ve yargı teşkilatına da ihtiyaç göstermektedir. Söz konusu idari ve adli teşkilatların kurulmaması veya gereği gibi faaliyette bulunamaması, bu hakkın kağıt üzerinde kalmasına neden olabilecektir.

Ayrıca; kullanılabilmesi Devletin kuracağı teşkilatlara ve gerçekleştireceği faaliyetlere bağlı olan sosyal ve ekonomik haklar da, bu bağlamda akla gelebilecektir.

İlk planda kanunkoyucunun ve daha sonra da İdarenin bu hakların kullanılmasını sağlayacak yönde faaliyette bulunmaması durumunda, bu haklar da kağıt üzerinde kalacaktır.

Mesela; eğitim hakkı, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı veya sosyal güvenlik hakkı, ancak, Devletin bunları gerçekleştirmek amacıyla yapacağı kamusal (kanuni ve idari) faaliyetlerle uygulamaya geçebilecektir. Bu bağlamda, örneğin; İdarenin gerekli yerlerde ve yeteri sayıda (a)ilk ve ortaöğretim kurumları kurmaması, eğitim hakkının ve (b)sağlık kurumları kurmaması ise, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının (ve yaşama hakkının) kağıt üzerinde kalmasına neden olabilecektir.

3-c)1)c)Anayasakoyucu tarafından öngörülmüş olan anayasal ilke ve esaslar ile kanunkoyucu tarafından kabul edilmiş olan kuralların ancak idari işlem ve eylemlerle uygulamaya geçirilebiliyor olması, **İdarenin faaliyetlerinin yargısal denetime tâbi tutulmasının önemini ve gereğini** daha da arttırmaktadır.

Gerçekten de; İdare üzerinde etkin bir yargısal denetimin söz konusu ol(a)maması, soyut anayasal ve kanuni düzenlemeler ile uygulama (=«gerçek hayat») arasında uçurumlar ortaya çıkması sonucunu da beraberinde getirebilecektir.

Bu bağlamda, İdarenin, örneğin;

-milli güvenliği ve kamu düzenini korumak amacıyla ifa ettiği faaliyetleri gereği gibi yürütüyor olması «*Devlet'in Anayasa ile belirlenmiş olan mevcudiyetinin ve niteliklerinin,*

-idari faaliyetleri (özellikle de, milli güvenliğin ve kamu düzeninin korunması amacıyla yaptığı faaliyetleri) yürütürken klasik temel hak ve özgürlüklere saygılı olması, *hukuk devleti ilkesinin,*

-idari faaliyetleri ifa ederken ve kamu görevlilerine ilişkin işlem ve eylemleri yaparken laiklik ilkesini göz önünde tutması ve koruması, *laiklik ilkesinin (ve dolayısıyla da, hukuk devlet ilkesinin),*

-kamu hizmetlerini gerçekleştirirken İdare Hukuku ilke ve esaslarına uygun davranması, *sosyal devlet ilkesinin veya*

-kamu maliyesine ilişkin görevlerini -Anayasa'mn felsefesine ve kanuni düzenlemelere uygun olmak şartıyla- gereği gibi ve etkin bir şekilde ifa etmesi, *sosyal hukuk devleti ilkesinin*^{9 10}

⁹ İdarenin, kamu gelirlerinin artırılması ve kamu giderlerinin azaltılması yönünde yapacağı idari faaliyetler (mesela, vergi toplaması, iç denetim yapmak suretiyle hukuka aykırılık oluşturan veya yerinde olmayan harcamaları engellemesi veya tasarrufta bulunması), birbirleriyle bağlantılı **üç temel olumlu sonucu** da beraberinde getirecektir.

(1) Öncelikle, Devlete, Anayasa ile yüklenmiş görevleri ifa edebilmesi için ihtiyaç duyduğu mali kaynaklar verilmiş olacaktır.

Bu suretle Devletin (ve Anayasa ile öngörülmüş olan Anayasa Hukuku müesseselerininin, mesela Yasama Organı'nın) varlığı korunacak ve devamlılığı sağlanacaktır.

Ayrıca; Devletin –yine Anayasa’da belirtilmiş olan- sosyal ve ekonomik görevleri için ihtiyaç duyduğu kamu gelirlerini elde etmesi sonucunda, kamu hizmetleri de gereği gibi ifa edilebilecek hale gelecek ve böylece, *sosyal devlet ilkesi* de gerçekleştirilebilecektir.

(2) Millî gelirin sosyal adalet ilkelerine uygun bir şekilde –yeniden- dağıtılması sağlanabilecektir.

Vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin –anayasal ilkelere ve özellikle de, vergide adalet ilkesine uygun şekilde- tahsil edilmesi ve daha sonra da, elde edilen bu kamu gelirlerinin ihtiyaç sahiplerine –genellik ve bedelsizlik ilkeleri çerçevesinde- sunulacak kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılması, «millî gelirin sosyal adalet ilkeleri çerçevesinde yeniden dağıtılması» anlamına gelecektir.

Kamu hizmetleri eliyle sağlanan ve korunan sosyal adalet de, *sosyal devlet ilkesinin* kağıt üzerinde kalmasını engelleyecektir.

(3) Vergi ve benzeri mali yükümlülükler alanında yürütülen idari faaliyetlerin gereği gibi ifa edilmesi sonucunda, mülkiyet hakkının ve özel teşebbüs hürriyetinin anayasal ilkelere ve özellikle de «vergide adalet ilkesine» aykırılık oluşturacak şekilde sınırlandırılması önlenmiş olacaktır.

Adaletsiz sonuçlar doğuran vergi düzenlemelerinin öngörülmemiş olması olgusu; mülkiyet, miras ve özel teşebbüs hürriyetinin korunması sonucunu da doğuracaktır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması ise, *hukuk devleti ilkesine* hizmet edecektir.

¹⁰ İdari Yargı Mercilerinin «İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlama ve bu suretle de, sosyal hukuk devleti ilkesini koruma» işlevi, denilebilecektir ki, *öncelikle, vergi uyumsuzlukları dışında kalan uyumsuzluklara bakan idari mahkemeler* için söz konusu olmaktadır.

(1) Vergi uyumsuzluklarına ilişkin yargılama faaliyeti sonucunda da, hiç şüphe yoktur ki, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin idari işlem ve eylemler yapan İdarenin hukuk kurallarına uygun davranması sağlamakta ve bu suretle de, hem kamu maliyesi ve hem de, mülkiyet ve özel teşebbüs hürriyetleri korumaktadır.

Bu olguya ve gerçeğe rağmen, yine de, denilebilecektir ki; vergi uyumsuzlukları, genellikle, siyasi bazı tercihlerden değil, çok net bir şekilde kaleme alınmış bulunmayan ve karmaşık bir görünüm arzeden vergi mevzuatının –İdare ile vergi mükellefi tarafından farklı şekillerde yorumlanmasından ve uygulanmasından doğmaktadır. Vergi ve diğer mali yükümlülüklerin hesaplanmasına veya tahsiline ilişkin olan ve bu bağlamda, vergi cezaları öngören idari işlemlerin *maksat unsurunda* sakatlık bulunması olgusu, istisnai bir hali oluşturmaktadır.

Vergi uyumsuzlukları dışında kalan idari uyumsuzluklarda ise; maksat sakatlığı oluşturulan haller (=açık kanun hükümlerine aykırı davranma eğilimi ve isteği) çok daha yoğun bir şekilde gözlemlenebilmektedir.

Mesela, kolluk yetkileri kullanılırken veya kamu görevlilerine ilişkin işlemler yapılırken *siyasi veya kişisel amaçlara* sahip olunabilmekte veya kamu hizmeti ifa edilirken, kamu hizmetine ilişkin ilkeler (ve özellikle de genellik ve bedelsizlik ilkeleri) *bilinçli* bir şekilde bertaraf edilmeye çalışılabilmektedir.

(2) **Bununla birlikte**, hatırlatmak gerekmektedir ki; siyasi iktidarın ve onun etkisi altında bulunan İdarenin, vergi denetimine ve vergi cezalarına ilişkin kamusal yetkilerini *siyasi bazı amaçlarla* kullanmaya ve bu bağlamda, bazı siyasi görüşleri engellemek için baskı veya tehdit unsuru olarak görmeye başlaması da, ihtimal dahilindedir.

Kamu kurumu niteliğinde meslek teşebbüslerinin, sivil toplum kuruluşlarının ve medyanın hukuk dışı kriterlerle ayırma tâbi tutulması ve bunlardan bir bölümü üzerinde Vergi Hukuku’na ilişkin yetkilerin yoğun bir şekilde kullanılmaya ve daha da önemlisi, bunlar hakkında çok büyük vergi cezaları kesilmeye başlanması durumunda; vergi ve benzeri mali yükümlülüklerden doğacak uyumsuzlukları çözecek olan vergi mahkemele-

korunması anlamına *da* gelecektir.

İdari faaliyetlerin gereği gibi yargısal denetime tâbi tutul(a)maması ise, bütün bu hususların uygulamada gerçekleşmemesi sonucunu da beraberinde getirecektir.

3-c)2) İdari görevlerin gereği gibi ifa edilmesi güvence altına alınmış olur

3-c)2)a) İdari Yargı tarafından yapılan denetim; İdarenin kendisine verilmiş olan görevleri gereği gibi ifa etmekte olup olmadığını da ortaya çıkaracaktır.

Gerçekten de, idari faaliyetlerin *hukuka aykırı* şekilde yürütülmesi sonucunda ortaya çıkan idari işlem ve eylemler iptal edilecek, bunların yarattığı zararların tazminine karar verilecektir.

Hukuka uygun idari faaliyetlere karşı açılan davalar ise reddedilecektir.

Belli bir idari faaliyetin hukuka uygun olup olmadığının Yargı Organı tarafından ortaya konulması ise, İdareye;

- hukuka aykırı olanları tekrarlamama yükümlülüğünü yükleyecek,

- hukuka uygun olanları ise, devam ettirebilme imkanını tanıyacak (ve, hukuka saygılı olmanın bir gereği olarak, yükümlülüğünü yükleyecek)

tir.

3-c)2)b) İdari faaliyetlerin hukuka uygun şekilde ifa edilmesinin sağlanması;

- koruyucu faaliyetlerin gereklerinin (=milli güvenliğin, kamu düzeninin ve genel olarak, temel hak ve özgürlükler rejiminin ve dolayısıyla da, «Devlet»in mevcudiyetinin ve hukuk devleti ilkesinin)

- kamu hizmetlerinin gereklerinin (=sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin ve dolayısıyla da, sosyal devlet ilkesinin)

korunması anlamına *da* gelecektir.

3-c)3) Kamu görevlilerinin (ve kamu görevinin) korunması sağlanmış olur

Bir kamu görevine girmek isteyen veya halihazırda bu görevi yürütmekte olan kişiler hakkında Kamu Personel Hukuku çerçevesinde yapılan idari işlemlerin ve eylemlerin yargısal denetimi sırasında, -öncelikle- İdarenin *liyakat ilkesine* uygun davranmış olup olmadığı incelenecektir.

«Bir kamu görevinin -sadece- o görevin gerektirdiği nitelikleri taşıyan kişiler tarafından yürütülmesi» olarak tanımlanabilecek olan liyakat ilkesi, Kamu Personel Hukuku'na ilişkin idari işlem ve eylemlerde görevin gerektirdiği nitelikler dışında herhangi bir hususun dikkate alınmasını da engellemektedir.

3-c)3)a) Kamu Personel Hukuku'na ilişkin idari işlem ve eylemler üzerinde liyakat ilkesi çerçevesinde yapılan yargısal denetim, *ilkplanda*; kamu görevlisi olmak isteyen kişilerin veya idari faaliyetleri yürüten kamu görevlilerinin İdare karşısında korunması anlamına gelecektir.

rinin (ve Danıştay'ın vergi uyuşmazlıklarına bakan dairelerinin) hukuk devleti açısından taşıdığı önem ve işlev de çok ciddi şekilde *artmış* olacaktır.

Çünkü, bu ihtimalde, vergi uyuşmazlıklarına ilişkin yargısal denetim yapan İdari Yargı Mercileri; idari birimlerin siyasallaşmaması gereğinin, düşünce hürriyetinin, demokratik hayatın ve bütün bunlara bağlı olarak da, hukuk devletinin koruyucusu haline geleceklerdir.

Gerçekten de, kamu görevlisi olmak isteyenler veya kamu görevlisi olanlar, liyakat ilkesine aykırılık oluşturacak işlem ve eylemlere karşı yargı yoluna gidebilecektir. Yapılacak yargılama sonucunda, bu kişilerin «*kamu hizmetlerine girme hakkı*» (AY md.70) korunmuş olacaktır.

3-c)3)b)Diğer taraftan, liyakat ilkesine uygunluk açısından yürütülen yargısal denetim; sadece kişilerin kamu hizmetine girme haklarının korunması amacına değil ve fakat, bunun yanı sıra, «*idari görevlerin gereği gibi yapılmasının sağlanması*» amacına da hizmet etmektedir.

Liyakat ilkesi gereğince koruma altında olan kamu görevlileri; idari görevleri, siyasi baskılara veya tercihlere göre değil, o görevin gereklerine ve özelliklerine göre yürüte(bile)cektir. Böylece, İdarenin «politize olması» (da) önlenmiş, «İdare işlevinin teknik nitelik taşınması» esasını (da) korunmuş olacaktır.

Gerçekten de; idari görevlerin gereği gibi ifa edilebilmesi için, bu görevleri aradığı niteliklere sahip kamu görevlilerine de ihtiyaç duyulmaktadır.

Kamu Personel Hukuku'na ilişkin işlem ve eylemler yapılırken, idari görevlerin özellikleri dışında kalan bir hususun, mesela kişisel veya siyasi menfaatlerin göz önünde tutulması durumunda ise, idari faaliyetlerin niteliksiz veya gizli siyasi hedefleri veya tercihleri bulunan kişiler tarafından yürütülmesi riski ortaya çıkabilecektir.

Bu itibarla; liyakat ilkesi göz önünde tutulduğunda, «idari görevlerin gereği gibi ifa edilmesi» amacı da güvence altına alınmış olmaktadır.

İdari görevlerin gereklerinin korunması ise, bir üstte yer alan başlıkta açıklanan olumlu sonuçları doğurmaktadır.

3-c)4)Kamu malları korunmuş olur

İdari Yargı Mercii, kamu mallarına ilişkin idari işlem ve eylemleri yargısal denetime tâbi tutmak ve hukuka aykırı uygulamaları iptal etmek suretiyle;

-herkese ait olan sahipsiz malların ve orta malların özel çıkarlar için elden çıkartılmasının veya kullanılmasının,

-hizmet mallarının idari görevlerin yürütülüş şekline zarar verecek şekilde elden çıkartılmasının (=idari görevlerin gereği gibi ifa edilmesi esasının zedelenmesinin) ve

-kamunun parasının israf edilmesinin ve böylece, idari görevler için ihtiyaç duyulan kamu gelirinin azaltılmasının (=idari görevlerin ifasının tehlikeye düşürülmesinin ve kişiler üzerindeki vergi yükünün artmasının)

önüne geçmiş *de* olmaktadır.

3-c)5)Özel hukuk kişilerinin temel hak ve özgürlükleri ve diğer idari birimlerin de görev ve yetki alanı korunmuş olur

3-c)5)a)Özel hukuk kişileri ve hatta idari birimler; İdare tarafından kamu kudreti usulleri çerçevesinde (=tek taraflı olarak) yapılabilecek ve yine onun tarafından bizzat uygulamaya konulabilecek olan idari işlemler karşısında özel ve kapsamlı bir koruma altına girme ihtiyacını hissetmektedirler.

Gerçekten de; aleyhine sonuçlar içeren bir idari işleme muhatap olan bir özel hukuk kişisi ve hatta, bir başka İdare (mesela, idari vesayet denetimine tâbi olan bir İdare), başvurabileceği ve *etkin* koruma elde edebileceği bir yargı merciine gerek duymaktadırlar.

Bu nedenle, İdari Yargı Mercileri tarafından yapılan yargısal denetim sonucunda, güçlü İdare karşısında;

-*özel hukuk kişilerinin* temel hak ve özgürlükleri,

-*bir başka İdarenin* de görev ve yetki alanı (ve, dolayısıyla da idari faaliyetler ve kamu malları)

da koruma altına alınmış olmaktadır.

3-c)5b)Asılma bakılırsa; İdareye –özel hukuk kişileri ve diğer İdareler hakkında- idari işlem yapma hususunda verilmiş olan yetkiler, idari faaliyetlerin gereği gibi ifa edilmesi amacına hizmet etmektedir.

Bu nedenle de, bu yetkilerden vazgeçilmesi de mümkün olamamalıdır. Kamu kudretine başvurulması gereken haller doğduğunda, mevzuatta öngörülmüş olan yetkilerin kullanılması da bir *mecburiyet* olarak ortaya çıkmaktadır.¹¹

Bununla birlikte; İdareye tanınmış olan bu üstün yetkilerin, -hukuk devletinin kabul edilmiş olduğu bir sistemde- bir şekilde «*dengelenmesi*» de gerekmektedir. Dengelenmemiş bir üstün gücün hukuk dışına çıkması ve bu suretle de, «*meşruiyetini kaybetmesi*» ihtimali (riski), çok fazladır.

Bu durumda; Medeni Usul Hukuku'ndan çok farklı düzenlemeler getirmiş olan İdari Yargılama Usulü Hukuku çerçevesinde –özel hukuk hakiminin aksine- çok üstün yetkilerle donatılmış olan İdari Yargı hakimi de, bu «*denge*»yi sağlayan mercii haline gelmektedir.

3-d)İdari Yargı Mercilerinin ek işlevi karşısında idari davaların sahip olduğu özellikler

İdari Yargı'da söz konusu olan iptal davası ve –bir ölçüde- tam yargı davası, İdari Yargı'nın ek işlevine uygun olarak öngörülmüş ve düzenlenmiş bulunmaktadır.

¹¹ Bilindiği üzere, kamu hukuku'nda, kural olarak, **görev, yetki ve sorumluluk** birbirini takip etmektedir.

(1)Buna göre; bir Devlet birimine bir *görev* yüklenildiğinde, o birime o görevin ihtiyaç duyacağı *yetkilerin* de verilmesi gerekecektir.

Aksi halde, görevli kılınmış birimin görevini ifa edebilmesi mümkün olamayacaktır!

(2)Bununla birlikte; kamu hukuku'ndaki «yetki», özel hukuk'da söz konusu olan «hak»tan da farklı bir kavramdır.

Devletin kendisine yetkiler verilmiş olan birimi bu yetkileri kullanıp kullanmama hususunda bir serbestliğe sahip *olamamaktadır*.

O, sahip olduğu yetkileri *gerekli zamanda ve gerekli hallerde* kullanmak zorundadır.

(3)Yetkilerin zamanında ve gereği gibi kullanılmamış olması ihtimalinde ise; o Devlet biriminin ve o birimde çalışan kamu görevlilerinin *hukuki ve cezai sorumluluğunu* doğacaktır.

Diğer bir ifadeyle; kamusal görevler yetkiyi, yetkiler de sorumluluğu beraberinde getirecektir...

3-d)1)İptal davaları**3-d)1)a)Teorik esas**

İdare Hukuku'nda; İdari Yargı'da açılmış olan iptal davalarının «objektif» nitelik taşıdığı,¹² ve dolayısıyla da, İdari Yargı Mercilerinin, «*İdarenin hukuka saygılı olmasını sağlamak ve bu suretle de Hukuk Devleti ilkesini korumak*» amacıyla faaliyette bulunduğu, kabul edilmektedir.¹³

3-d)1)b)Anayasa Mahkemesi kararları

İptal davalarının sahip olduğu bu özellik ve nitelik, Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında da vurgulanmış bulunmaktadır.

Bununla birlikte, belirtmek gerekmektedir ki; «İptal davaları ile hukuk devleti arasındaki ilişki ve bağ» konusu, özellikle, son dönemlerde yapılmış iki önemli kanun değişikliği ile gündeme gelmiş bulunmaktadır.

Bunlardan;

-ilkini, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na bir madde ekleyen («Ek Madde 3») 10.4.1990 tarihli ve 3622 sayılı Kanun,

¹² Nitekim, örneğin, AZRAK'ın da belirttiği üzere;

«...iptal davasında davacı, dava konusu idari işlemi yapan idare makamına karşı hareket eden bir süje olarak görülmemekte, aksine hukuka aykırı bir idari işlemin yargısal yolla ortadan kaldırılması amacına yönelmiş (yani sırf kişisel saikle hareket etmeyen) bir kişi olarak görülmektedir...»

Öte yandan, iptal davasında kişisel menfaatin, hukuka aykırı bir idari işlemin yargı organınca iptal edilerek ortadan kaldırılması suretiyle objektif hukuk düzeninin korunmasından ibaret olan kamu yararı ile özdeşleşmesi söz konusudur. Davacı iptal davasını açarken kendi menfaati doğrultusunda hareket ettiğini düşünse de gerçekte kanuniliğin savunucusu, ya da «hukukun sözcüsü» (procureur de droit) durumundadır. Bu bağlamda önem taşıyan, davacının İdarenin denetlenmesinin yollarından biri olan iptal davası mekanizmasını harekete geçirmesidir. Dava açıldıktan sonra bu davanın akışının, davacının inisiyatifini kullanarak belirleyeceği bir yol izlemesi, ne usul ne de esas bakımından zorunludur. Dava konusu idari işlem mahkeme hükmüyle iptal edildiği takdirde bu, davacının zedelenen hak veya menfaatinin onarılmasından ziyade, ihlale uğramış olan kanuniliğin yeniden tesis edilmesi amacına, yani geniş anlamda kamu yararına yönelik bir işlemdir. Esasen idare hukuku uygulamada kendisini gösteren en önemli sorunu, hem idare, hem de yargılama sürecinde kişisel menfaat ile kamu yararının uzlaştırılmasıdır. İdari yargıda bu sorun, tipik bir biçimde iptal davaları çerçevesinde çözülmeye çalışılır.»

Bkz.AZRAK, Ülkü, «İptal Davalarının Objektif Niteliği», Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 1, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000, s.332.

İptal davalarının objektifliği konusunda, ayrıca, bkz.ONAR, Sıddık, Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, cilt 3, İstanbul, 1966, s.1772-1773 ve SARICA, Ragıp, İdari Kaza, cilt 1, İdari Davalar, İstanbul, 1949, s.43-44.

¹³ İdari Yargı Mercilerinin sahip olduğu bu «hukuk sistemini koruma» işlevi; idari dava açılabilmesini ve yargısal denetimin etkin bir şekilde yapılabilmesini kolaylaştıracak **idari yargılama usulü ilke ve esaslarının** (mesela, «menfaat ilkesi»nin, «re'sen araştırma ilkesi»nin veya mahkeme kararlarının etkisine ve bağlayıcılığına ilişkin özel düzenlemelerin) öngörülmesini **de** gerektirmiştir (gerektirmektedir).

Bu konuda, örneğin, bkz.AYAYDIN, Cem, İdare Hukuku'na Giriş (II), İstanbul, 2008, s.623 ve 853-855.

-diğerini ise, yine 2577 sayılı Kanun'un 2.maddesinin birinci fıkrasını değiştiren 10.6.1994 tarihli ve 4001 sayılı Kanun oluşturmaktadır.

3-d)1)baa)2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na bir madde ekleyen 10.4.1990 tarihli ve 3622 sayılı Kanun hakkında verilmiş olan iptal kararı

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na bir madde ekleyen (**«Ek Madde 3»**) 10.4.1990 tarihli ve 3622 sayılı Kanun; iptal davalarının yanısıra, kanunkoyucunun yapacağı tercihler sonucunda söz konusu olabilecek olan bir «itiraz davası»nı da öngörme yoluna gitmiş idi.

Değişiklikle kabul edilmiş olan sisteme göre; kanunlarda belli bir idari işlem için itiraz edilebileceğinin belirtildiği durumlarda, bu işlem hakkında, *iptal davası yerine onun kadar kapsamlı ve güvenceli bir yargısal denetim süreci içermeyen* «itiraz davası» açılacaktı.

Kanunkoyucuya iptal davalarını ve dolayısıyla da İdari Yargı'nın bu davalar aracılığıyla yapacağı kapsamlı yargısal denetimi *bertaraf etme* yetkisi tanıyan söz konusu kanun hükmü, ANAYASA MAHKEMESİ tarafından aşağıdaki (ve diğer başka bazı) gerekçelerle iptal edilmiş bulunmaktadır:

«Hukuk devletinın başlıca amacı, kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerini korumaktır. Bu amaca ulaşabilmek için kullanılan araçlar aynı zamanda hukuk devleti kavramının öğeleridir. Bunlardan en önemlileri, devletin değişik işlevlerinin ayrı organlar eliyle gördürülmesi anlamına gelen «kuvvetler ayrılığı» ilkesi bağlamında idarenin hukuka bağlılığı ile zarar verici işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulması ve yargı güvencesidir. Hukuk devletinde, yönetimin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur. Bu nedenle hukuk devletinın vazgeçilmez koşullarından birisi, «idarenin yargısal denetimi»dir.

Yönetmel işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde iptal davası yolu asıldır. İptal davaları, kişilerin kendi yararlarına sonuç almalarını amaçlamakla birlikte genelde *hukuka uygunluğu sağlayarak kamu yararını gerçekteştir.*

Yönetimin yargısal denetiminde iptal davasının yanında yeni bir tür «itiraz» kurumunun kapsam belirtilmeden de idari işlemler için öngörülmesi, hak arama özgürlüğünü, yargı denetimi ve yargı güvencesini etkisiz kılar ve giderek hukuk devletinın özüne aykırı düşen bir durum yaratır.

«İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır» kuralıyla Anayasa'mn amaçladığı, etkili bir yargısal denetimdir.

(...) [2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na 5.4.1990 günlü, 3622 sayılı Yasa ile eklenmiş olan] Ek 3.maddenin, hangi işlemlere karşı yapılacak başvuruların bu sınırlı yargılamaya bağlı olduğunu belirtmemesi, bunun ölçülerinin «itiraz edilebilecek işlemler» olarak gösterilmek üzere yasalara bırakması, dolayısıyla herhangi bir konudaki bir kanuna «itiraz edilebilir» kaydı konularak iptal davası konusu olabilecek işlemlerin de bu kapsama alınabilmesi sonucunu doğurabilmesi, böylece idarenin yargısal denetiminin etkinliğini ortadan kaldırması ve kişilere tanınan yargı güvencesinin anlamsızlaşmasına neden olması bakımlarından, hukuk devleti kavramı ile bağdaşmadığı açıktır.

Belirtilen nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 36., 125. ve 2.maddelerine aykırı olduğundan iptal edilmelidir."¹⁴

3-d)1)b)bb)2577 sayılı Kanun'un 2.maddesinin birinci fıkrasını değiştiren 10.6.1994 tarihli ve 4001 sayılı Kanun hakkında verilmiş olan iptal kararı

4001 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerle; iptal davalarında dava açma ehliyeti (**«menfaat şartı»**) bertaraf edilmekte ve onun yerine, -bazı istisnalar içeriyor olsa da, genel kural olarak- «hak ihlali şartı» öngörülmekte idi.

İptal davasının açılması şartlarını zorlaştırmak suretiyle onu, hukuk devleti ilkesini koruyan objektif bir dava olmaktan çıkartıp sübjektifleştiren (=onun tanımını değiştiren) söz konusu değişiklik; Danıştay tarafından yapılmış çok kapsamlı bir somut norm denetimi başvurusu¹⁵ sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş ve YÜKSEK MAHKEME de, söz konusu kanun hükmünü aşağıdaki (ve diğer başka bazı) gerekçelerle iptal etmiştir:

«İdari davalar [=«iptal davaları»?],¹⁶ idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun yargısal yolla denetlenmesi, kamu hizmetlerinin hukuk kurallarına ve hizmetin gereklerine uygun biçimde yapılmasının sağlanması, kamu hizmetlerinin getirdiği yarar ve zararların bireyler üzerindeki etkilerinin adaletli biçimde dengelenmesi için vatandaşlara tanınmış bir haktır. İdari davalar [=«iptal davaları»?],¹⁷ idare hukukuyla birlikte hukukun üstünlüğü, Devletin hukuka bağlılığı ilkesinin sonucu olarak hukuk alanına girmiştir.

İdari yargıda «idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaati ihlal edilenler tarafından açılan davalar» biçiminde tanımlanan iptal davaları, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayarak hukuk devletini gerçekleştiren önemli yollardandır. İptal davası kolay işleyen ve karmaşık olmayan niteliğiyle yargısal bir denetim yolu olarak öngörülmüştür.

İptal davaları ile idari işlemlerin hukuk kurallarına uygunluğu incelenir. Aykırılığın saptanmasında işlem ortadan kaldırılır. Böylece, idarenin hukuk kurallarına uygun şekilde hareket etmesi sağlanarak hukuk düzeni korunur...

(...) İtiraz konusu yasa kuralıyla, idari işlemlere karşı iptal davası açabilmek için, idare hukukunun genel esaslarına aykırı biçimde idari işlemin davacının «kişisel hakkını ihlâl» etmiş olması koşulu getirilerek hak arama özgürlüğü kısıtlanmış ve birçok işleme karşı dava yolu kapatılmıştır.

¹⁴ Bkz.AYM E.1990/40, K.1991/33, T.1.10.1991, RG.7 Şubat 1992-21135.

¹⁵ Bkz.D 5D E.1994/2507, T.26.1.1995, DD.90, s.587.

¹⁶ Kararda yer alan «idari davalar» ifadesinin; (a)gerçek anlamıyla, yani hem iptal ve hem de tam yargı davalarını kapsar şekilde mi, yoksa, (b)sadece iptal davalarını ifade etmek amacıyla mı kullanıldığı hususu, çok net ve açık şekilde anlaşılmamaktadır.

İlk ihtimalde; tam yargı davası da, İdarenin hukuka uygunluğunun sağlanması ve hukuk devleti açısından önem taşıyor olmaktadır. Kararda geçen «zarar» ifadesinin de bu ihtimali güçlendirdiği söylenebilecektir.

Bununla birlikte; hem kararın daha sonraki bölümlerinde yer alan ve iptal davası ile tam yargı davası arasındaki farkları belirten kısımlar ve hem de, kararın, esas itibarıyla iptal davaları üzerine yoğunlaşmış olduğu yönündeki gerçek, ikinci ihtimali daha muhtemel hale getirmektedir.

¹⁷ Bir üstte yer alan dipnota bakınız.

İdari yargı denetimini sınırlayan itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesi ile bağdaştığı söylenemez. Bu nedenle, Anayasa'nın 2. ve 36.maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”¹⁸

3-d)1c) Danıştay içtihatları

İptal davaları ile hukuk devleti ilkesi arasında sıkı bir bağ kuran bir çok Danıştay kararı bulunmaktadır.

DANIŞTAY'ın iptal davalarının hukuk devleti ilkesi açısından taşıdığı önemi ve değeri ortaya koyan kararları için aşağıda yer alan örnekler verilebilecektir:

-“İdarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargısal denetime açık olduğu hukuk devletinde idarenin hukuka uygunluğunun sağlanmasında en etkin araçlardan biri «iptal davaları»dır.

İptal davalarındaki sübjektif ehliyet koşulu doğrudan doğruya hukuk devletinin yapılandırılması ve sürdürülmesine ilişkin bir sorundur. Dolayısıyla sübjektif ehliyet koşulunun, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek bir biçimde anlaşılması gerekmektedir...”¹⁹

-“Yukarıda yer verilen 2709 sayılı Anayasanın 125.maddesinin 4.fıkrası ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2.maddesi hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, iptal davalarının hukuki sonucunun idarelerin hukuka uygun hareket etmelerinin sağlanması, hukuka bağlı idare ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Bu nedenle, 2577 sayılı Yasanın 2.maddesinde iptal davaları için öngörülen sübjektif ehliyet koşulunun, Anayasanın 125.maddesinin 1.fıkrasına uygun olarak yorumlanarak saptanması ve idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek biçimde anlaşılması, hukuk devletinin yapılandırılması ve sürdürülmesi ilkesinin sağlanmasına uygun düşecektir. Başka bir ifade ile sübjektif ehliyetin, 125.maddenin 2.fıkrasında belirlenen ve yargı denetimi dışında tutulan işlemler dışında, yargı kısıntısı yaratacak biçimde yorumlanamayacağı açıktır...”²⁰

-“T.C.Anayasanın 2.maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin Hukuk Devleti olduğu belirtilmektedir. Hukuk Devletinde idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu ve sonuçta idarenin hukuka bağlılığının yargısal denetimi iptal davaları yoluyla sağlanır...”²¹

-“...iptal davaları ile; idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylece de idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçek-

¹⁸ Bkz.AYM E.1995/27, K.1995/47, T.21.9.1995, RG.10 Nisan 1996 -22607.

¹⁹ Bkz.D 6D E.2003/1712, K.2003/4221, T.9.7.2003, DKD.3, s.196.

²⁰ Bkz.D 11D E.2007/6930, K.2007/7002, T.25.9.2007, DD.117, s.329.

²¹ Bkz.D 6D E.2006/3763, K.2007/702, T.9.2.2007, DD.115, s.235 ve D 6D E.2005/2444, K.2007/5127, T.24.9.2007, DD.117, s.186.

leştirilebilmesine olanak sağlandığından bu davalarda menfaat ilişkisinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir...”,²²

–“İptal davalarının özelliği gereği; dava konusu idari işlemin, tesis edildiği tarihten geçerli olmak üzere hukuksal varlığına son verilmektedir. Böylece, hukuka aykırı olduğu belirlenmiş olan idari işlemin bütün sonuçları ile ortadan kaldırılarak hukuk düzeninin korunması amaçlanmıştır. Bir başka anlatımla, iptal davaları ile idarenin hukuka aykırı tasarruflarda bulunması, kararlar alması önlenerek hukuka bağlılığı sağlanmaya çalışılmaktadır.”²³ ve

–“T.C.Anayasasının 2.maddesinde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti Devletin temel niteliklerinden olan «hukuk devleti» ilkesi, vatandaşlarına hukuk güvenliğini sağlayan, idarenin hukuka bağlılığını amaç edinen, buna karşılık kamu gücünün sınırsız, ölçsüz ve keyfi kullanılmasını önleyen en önemli unsurlardan biridir. Nitekim hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesini sağlayacak araçlar arasında, Anayasanın 8.maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği; Anayasanın 125.maddesinde de, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kuralına yer verilmiştir.

Hukuk devleti ilkesi karşısında, idarenin yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak ya da bu denetimin yapılmasını imkansız kılacak işlem ve eylemlerde bulunması mümkün değildir.

Sözlü sınav sonucunda tesis edilen işlemin, *diğer tüm idari işlemlerin yargısal denetiminde olduğu gibi* yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere işlemin tüm unsurları yönünden yargısal denetiminin yapılması esastır. İdari işlemin yetki, şekil gibi salt usule ilişkin unsurları ile sınırlı olmak üzere yapılan bir yargısal denetimin, hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi temin etmeyeceği açıktır...”²⁴

3-d)2) Tam yargı davaları

3-d)2)a) Genel anlayış ve farklı görüş

3-d)2)a)aa) İdare Hukuku'daki genel anlayış; tam yargı davalarının, iptal davalarının aksine, objektif değil **sübjektif** nitelik taşıyor olduğudur.

3-d)2)a)bb) Bununla birlikte; hizmet kusurundan²⁵ *doğan tam yargı davalarının* da objektif nitelik taşıdığı, söylenebilecektir.

Nitekim, OZANSOY'un da belirttiği üzere;

«...iptal davaları objektif, idari yargıda tam yargı davaları da objektif. Öyle olmalı. Çünkü, objektiflik, davanın tazminata ilişkin sonucunun kimi

²² Bkz.D İDDK E.2004/3, K.2005/2371, T.6.10.2005, DD.111, s.72 ve D 8D E.2006/3622, K.2006/3348, T.4.10.2006, DD.114, s.258.

²³ Bkz.D 8D E.2006/1249 (Yürütmeyi durdurma kararı), T.7.6.2006, DD.113, s.277.

Benzer ifadeler içeren bir başka karar için, bkz.D İDDGK E.1987/47, K.1988/3, T.21.1.1988, DD.72-73, s.104.

²⁴ Bkz.D 5D E.2007/1771, K.2008/3008, T.21.5.2008, DD.119, s.191.

²⁵ İdarenin *kusursuz sorumluluğundan* doğan tam yargı davaları ise, hemen aşağıda ele alınacaktır.

ilgilendirmesiyle ilgili bir konu değildir. Hukuka uygun olan bir idarenin nasıl herkes için bir yarar sağlayacağı varsa, bu objektifliktir...».²⁶

Gerçekten de, hukuka aykırı davranan İdarenin mali yükümlülüklerle *yaptırma tâbi tutulması* ve onun benzeri işlem ve eylemler yapmama hususunda *baskı altına alınması*²⁷ sonucunu doğuran tam yargı davalarının;

-hem «davacının zararının tazmin edilmesi»,

-ve hem de, «İdarenin görevlerini zamanında ve gereği gibi ifa etmesinin (=kamusal faaliyetlere ilişkin hukuk ilkelerine ve kurallarına uygun davranmasının) sağlanması»

amacına hizmet ettiği kabul edilmelidir.²⁸

3-d)2)a)cc)İdarenin **kusursuz sorumluluğundan** doğan tam yargı davaları için aynı sonuca varılması mümkün *gözükmemektedir*.

Çünkü, kusursuz sorumluluk esasını öngören İdare Hukuku ilke ve esaslarının kaynağında sosyal devlet ilkesi ve bu ilkenin sonucunda ortaya çıkan «*hakkaniyete uygun çözüm bulma*» amacı yatmaktadır.

Buna göre; belli kişiler üzerinde ortaya çıkan kişisel ve olağandışı nite-likteki zarar sadece o kişinin üzerinde bırakılmamakta, -İdarenin vergilerden elde ettiği kamusal gelirler üzerinden ödeyeceği tazminat çerçevesinde- toplu- mun diğer bireyleriyle de paylaştırılmaktadır.

Diğer bir ifadeyle, İdarenin; kusursuz sorumluluktan bahisle tazminat ödemek durumunda kaldığı tam yargı davalarında, aslında, herhangi bir ku- suru, yani hukuk ilkelerine veya kurallarına aykırı bir faaliyeti *bulunmamaktadır*.

Bu itibarla, bu tür davaların özünde; «İdarenin hukuk ilke ve kurallarına uygun davranmasını sağlama», diğer bir ifadeyle, «İdareyi hukuka saygılı ol- maya zorlama» gibi bir objektif amaç yer *almamaktadır*.

Nitekim, DANİŞTAY da, örneğin, terör eylemlerinden dolayı İdarenin ku- sursuz sorumluluğu bulunduğunu kabul ettiği kararlarında, «*hakkaniyete uy- gun çözüm bulma*» amacının ve *gereğinin* altını çizmektedir:

“Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terör eyleminin devlete yönelik olduğu, devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir.

²⁶ Bkz.OZANSOY, Cüneyt, “İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumlulu- ğuna”, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 1, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000, s.386.

²⁷ Bu hususun; hukuka aykırı davranmak suretiyle hizmet kusurunun ortaya çıkmasına neden olan **kamu görevlisinin idari ve cezai yaptırımlar ile karşılaşmasının sağ- lanması ihtimalinde** gerçekleşebileceği de unutulmamalıdır.

Hizmet kusurunun oluşturan işlem veya eylem nedeniyle tazminat ödemek duru- munda kalan İdarenin; bu sonuçtan sorumlu olan kamu görevlisi hakkında (a)disiplin soruşturması ve tazminat davası açmaması, veya (b)cezai kovuşturma yapmaması du- rumunda; kamu görevlisi (veya diğer kamu görevlileri), ileride de benzer işlem ve ey- lemler yapmakta herhangi bir sakınca görmeyecektir.

²⁸ Bu konu için, ayrıca, bkz.AYAYDIN, Cem, İdare Hukuku'na Giriş (II), İstanbul, 2008, s.855-857.

Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terör eylemlerine herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler, kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplum içinde ortaya çıkan bu olaylardan zarar görmektedirler. Başka bir deyişle toplumun birer parçası olmak sıfatıyla zarar gören kişilerin belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece, yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir."²⁹

3-d)2b) Danıştay kararları

Uygulamada çok sık rastlanmasa da; tam yargı davaları ile «İdarenin hukuk kuralları içinde kalmasının sağlanması amacı» (ve dolayısıyla da, hukuk devleti ilkesi) arasındaki bağı açıkça ifade eden ve kabul eden bazı DANIŞTAY kararları da bulunabilmektedir:

“...İdari yargıda tam yargı davası kapsamına giren, idare hukukuna özgü tazmin telafi ve geri alma davalarından oluşan **tazminat davaları**, idari faaliyetlerin hukuka uygunluk denetimi sonucu, ilgililerin subjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan hak ihlallerinin giderilmesini amaçlayan, idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım aracıdır.

Tazminat davalarının yargı denetimiyle amaçlanan sonuca ulaşabilmesi ilgililerin subjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan hak ihlallerinin tam olarak giderilmesi, «adil bir doyum» sağlanabilmesi, zararın gerçekçi biçimde tazminiyle mümkündür...”^{30 31}

²⁹ Bkz.D 10D E.1996/9012, K.1997/6164, T.25.12.1997, DD.96, s.616.

Aynı yönde başka kararlar için, örneğin, bkz.D 10D E.1995/566, K.1995/5746, T.16.11.1995, DD.91, s.1134, D 10D E.1996/9012, K.1997/6164, T.25.12.1997, DD.96, s.616 ve D 10D E.1999/2162, K.2000/5120, T.11.10.2000, DD.105, s.554.

³⁰ Bkz.D 5D E.2000/3316, K.2004/3372, T.29.9.2004, DD.110, s.177.

Bu arada belirtmek gerekmektedir ki, kararda yer alan «hukuka uygunluk denetimi» ve «hukuk kuralları içinde kalma» ifadeleri; yapılan açıklamanın, *sadece*, İdarenin kusurlu olduğu (=hizmet kusurunun bulunduğu) uyumsuzluklar nedeniyle açılan tam yargı davalarını kapsadığını göstermektedir. Nitekim, uyumsuzluğa konu olayda da; yargı kararlarının uygulanmadığından (=hukuka aykırı davranıldığından) bahisle açılmış olan bir tam yargı davası bulunmaktadır.

³¹ Bir başka, kararında da, YÜKSEK MAHKEME;

“...Anayasanın 125.maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararını ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde ise, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmıştır.

İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır.

3-e)İdari Yargı Mercilerinin ek işlevini yerine getirmesini engelleyici veya zorlaştırıcı kanuni düzenlemelerin durumu

İdari Yargı Merciiinin yukarıda belirtilmiş olan ek işlevinin gereklerine uygun yapılamama yapabildiğini engelleyici veya zorlaştırıcı kanuni düzenlemeler ise, Anayasa Mahkemesi tarafından;

-Anayasa'da yer alan hukuk devleti ilkesi (md.2) ile İdarenin yargısal denetimine ilişkin esasa (md.125) (ve, hak arama hürriyetine -md.35)

-ve bunlarla bağlantılı olarak, İdare Hukuku ilkelerine aykırılıktan bahisle iptal edil(ebil)mektedir.³²

Örneğin, ANAYASA MAHKEMESİ, iptal davası usulünü zedeleyen veya bertaraf eden kanuni düzenlemeleri, Hukuk Devleti ilkesi çerçevesinde Anayasa'ya aykırı bulmaktadır.

Bu konuya ilişkin örnekler için, biraz yukarıda, «İptal davaları» başlığı altında yer alan K.1991/33 ve K.1995/47 sayılı kararlara bakılabilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

«İDARENİN TAKDİR YETKİSİNE MÜDAHALE EDİLMESİ» VE «YERİNDELİK DENETİMİ YAPILMASI» YASAKLARI

İdari Yargı'nın hukuk sistemi içinde sahip olduğu ek işlev;

-İdari Yargı Merciiileri hakkında kabul edilmiş olan «takdir yetkisine müdahale etme» ve «yerindelik denetimi yapma» yasaklarının da kısaca ele alınıp incelenmesini

ve

-söz konusu yasakların bu işlev ile uyum içinde olup olmadığının sorgulanmasını

da gerekli kılmaktadır.

İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; *demokratik toplum düzeninde* biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdari yargı da, bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sebeplerini içtihadıyla saptamak zorundadır...”

sonucuna varmaktadır.

Bkz.D 10D E.2007/3301, K.2008/2939, T.29.4.2008, DD.119, s.329.

Dikkat edilirse, bu kararda; tam yargı davası (ve, İdarenin hukuki sorumluluğu esas) ile «demokratik toplum düzeni» arasında bağ kurmaktadır. Bu suretle, söz konusu dava da, tıpkı iptal davası gibi, demokratik toplum düzeninin ve dolayısıyla da, *hukuk devleti ilkesinin* bir gereğini ve sonucunu oluşturmaktadır.

³² **Durum bu olmakla birlikte**, Yüksek Mahkeme'nin, 1990'lı yıllardan itibaren; İdare üzerinde -Adli Yargı'nın aksine- «*etkin denetim*» yapabileme imkanı bulunan ve bunu yıllardan beri başarıyla gerçekleştirmekte olan **İdari Yargı'nın görev alanını daraltan** kanuni düzenlemelere -yıllardan beri süregelen içtihatlarından da ayrılmak suretiyle- cevaz vermeye başladığının hatırlatılmasında da yarar bulunmaktadır.

Bu «yeni» tavrın ise; (a)Anayasa'da öngörülmüş bulunan «Adli Yargı-İdari Yargı» ayrımıyla bağdaşmadığı, (b)İdari Yargı'nın işlevlerini gereği gibi ifa edebilmesini engellediği ve sonuç olarak, (c)hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu, söylenebilecektir.

Bu konu için, örneğin, bkz.AYAYDIN, Cem, İdare Hukuku'na Giriş (II), İstanbul, 2008, s.616-622.

I

Giriş:İdari Yargılama Usulüne ve işlevine ilişkin olarak pozitif hukukta öngörülmüş olan yasaklar veya sınırlamalar

1-Hukuki düzenlemeler

Bilindiği üzere; hukukumuzda, İdari Yargılama Usulü açısından -birbirleriyle bağlantılı- üç temel³³ yasak veya sınırlama öngörülmüş bulunmaktadır.

Anayasa'da³⁴ ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan söz konusu düzenlemelerle *İdari Yargı Mercülerinin yargılama yetkisine* sınırlamalar getirilmektedir (getirilmek istenmektedir):

1-1982 Anayasası

B.Yargı yolu

Madde 125/IV

(Değişik cümle:5982-7.5.2010 ve Halkoylaması-12.9.2010)³⁵ Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin [1]hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.³⁶ [2]Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, [3]idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.

³³ İdari Yargı denetimine ilişkin olarak hukuk sistemimizde öngörülmüş olan sınırlamalar, şüphesiz, bu hususlardan ibaret de *değildir*.

Hernekadar bu konu bu çalışmanın kapsamı içine girmiyor olsa da, mesela;

-Anayasa'da yer alan ve yürütmenin durdurulması kararı verilmesini zorlaştıran hüküm (md.125)'

ile

-2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülmüş olan ve yargısal denetimin kapsamını ve etkinliğini azaltan veya idari yargılama usulünün temel felsefesiyle uyum içinde bulunmayan bazı usul hükümleri, örneğin, dava türlerinin sayısını ve niteliklerini gösteren (md.2) veya 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapan kural (md.31)

bu bağlamda akla gelebilecek düzenlemeler arasında sayılabilecektir.

³⁴ Doktrinde; Anayasa'da yer alan sınırlama hükümlerinin öteden beri İdare Hukuku'nda ve İdari Yargı içtihatlarında kabul edilmekte ve uygulanmakta olan ilkeleri ifade ettiği ve bu nedenle de, Anayasa'da belirtilmelerine **zaten gerek olmadığı** yönünde görüşler de yer almaktadır.

Bu konuda, örneğin, bkz.AYAYDIN, Cem, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı (yayınlanmamış doktora tezi), cilt I-II-III, İstanbul, 1998, s.106-107.

³⁵ 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun; 13 Mayıs 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan Halkoylaması ile kabul edilmiş bulunmaktadır.

Yüksek Seçim Kurulu tarafından hazırlanan Anayasa Değişikliklerinin Halkoylaması Sonuç Tutanağı için, bkz.RG.23 Eylül 2010-27708.

³⁶ Cümlelerin 5982 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten *önceki* hali şu şekilde idi:

«Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır».

II-2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı

Madde 2/II

2.İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin [1]hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler [1]yerindelik denetimi yapamazlar, [2]yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, [3]idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.

Görüldüğü üzere, İdari Yargı Mercileri açısından *birbirleriyle bağlantılı 3 yasa* *veya sınırlama söz* konusu olmaktadır:

(1)«Yargılamamın hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olması» esası ve «yerindelik denetimi yapılması» yasağı.

(2)«Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesinin kısıtlanmaması» şartı.

(3)«İdari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilememesi» esası.

Bu çalışmada, esas itibarıyla,;

-«İdarenin takdir yetkisine müdahale edilmesi yasağı» (No.3)

ile

-«yerindelik denetimi yapılması yasağı» (No.1)

üzerinde durulacaktır.

2-Ön tespit 1:Hukuki sınırlamalar «direktif» niteliğini taşımaktadır

2-a)Anayasa düzenlemesi normatif bir değer taşımamaktadır

Herşeyden önce hatırlatılması ve vurgulanması gerekmektedir ki; hukuk metinlerinde Yargı Mercilerine hitaben yazılmış bulunan bu tür sınırlama hükümlerinin, gerçekte, «normatif» bir niteliği de bulunmamaktadır.

Bunlar, sadece, kararları verecek mahkemelere yöneltilmiş birer «direktif» olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasakoyucu ve kanunkoyucu, Yargı Merciiine, «yargılama işlevi ve sınırları» konusunda bir hatırlatma yapmış olmaktadır.

Diğer bir ifadeyle; Anayasa'da ve 2577 sayılı Kanun'da yer alan bu sınırlamalara uyulmaması ihtimali, herhangi bir hukuki yaptırımını da beraberinde *getirmemektedir*.³⁷

Gerçekten de, *İdare*; İdari Yargı Mercii tarafından verilen bir kararı, söz konusu kararın Anayasa'da öngörülen sınırlamalara aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle *uygulamama imkanına sahip olmayacaktır*.

³⁷ Bununla birlikte, **kanun yollarına** başvurulabilmesi mümkün olan İdari Yargı kararları açısından farklı bir sonuca varılabilecektir.

Gerçekten de; itiraz veya temyiz incelemesi sırasında, söz konusu yasalara aykırı hareket edilmiş olduğu üst derece İdari Yargı Mercii tarafından saptanabilecek ve mahkeme kararı bu gerekçeyle bozulabilecektir.

Bununla birlikte, söz konusu yasakların «direktif niteliği taşıması» yönünde varılmış olan sonuç; itiraz merciiinin (Bölge İdare Mahkemesi'nin) veya temyiz merciiinin (Danıştay'ın) kararları açısından geçerli olmaya devam edecektir...

İdari Yargı kararları, bu kararlarda söz konusu anayasal ve kanuni sınırlamaların ihlal edildiğine dair şüpheler bulunsa dahi, hukuk sisteminde hukuki sonuçlarını doğurmaya devam edecektir.

Aksi yönde bir düşüncenin kabulü, İdareye; İdari Yargı Mercileri tarafından verilen kararlardan –neredeyse- *dilediği* herhangi birini bu gerekçeleri ileri sürmek suretiyle uygulamama imkanın tanınması anlamına da gelecektir. Bununla birlikte; hukuk devletinde söz konusu olan hukukun üstünlüğü ilkesi, böyle bir sonuca cevaz vermeyecektir.

Kaldı ki, söz konusu sınırlamalara uyulmaması ihtimalde mahkeme kararlarının hukuki etkisinin azalacağını veya ortadan kalkacağını *öngören* herhangi bir Anayasa hükmü de -doğal olarak- mevcut *değildir*.

Bu itibarla; aşağıda incelenecek sınırlamaların «hukuki sonuçları olan normlar» olarak değil, mahkemelere verilmiş «*anayasal ve yasal direktifler*» şeklinde «okunması» gerekmektedir.

Bu sınırlamaların anlamının ve kapsamının ne olduğu ve bunlara ne zaman uyulmuş sayılacağı konusu, mahkemeler tarafından takdir edilecek hususlardır.

2-b)«Yerindelik denetimi yapılması yasağı»nın Anayasa'nın gerekçesinde veya metninde yer alıyor olması da sonucu değiştirebilecek bir husus değildir

1982 Anayasası'nın ilk halinde; «yerindelik denetimi yasağı», Anayasa'nın metninde (=125.maddede) değil, *Danışma Meclisi'nin kabul etmiş olduğu metnin 133.maddesinin gerekçesinde* yer almakta idi.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ise, söz konusu yasağı *Anayasa metninin içine* dahil etmiş bulunmaktadır.

Ayrıca, Anayasa değişiklik teklifinin gerekçesinde de;

«...125 inci maddenin dördüncü fıkrasında, yargı yetkisinin, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu; yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hükme bağlanmış ve maddenin gerekçesinde «...yargı organının idarî işlemin yerindeliğini denetlemeyeceği...» belirtilmiş olmasına rağmen, uygulamada bu hükme uymayacak şekilde yargı kararlarının verildiği görüldüğünden, bu tür uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla, fıkra da yargı yetkisinin, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılmayacağı açıkça vurgulanmıştır. Bu ilkenin Anayasada yer almasının yargı pratiğimizden kaynaklandığı ve önleyici işlevi olacağı açıktır. Yerindelik denetimi, yürütme iktidarının negatif kullanımı anlamına gelir.»

açıklaması yer almaktadır.³⁸

2-b)1)Herşeyden önce, denilebilecektir ki, Anayasa maddesinin ilk halinde;

-«hukuka uygunluk denetimiyle sınırlıdır» ifadesinden *doğal olarak* çıkarılabilecek olan ve

-madde gerekçesinde de açıkça belirtilmiş bulunan

yerindelik denetimi yapılması yasağı konusunda *eğer* uygulamada bazı ihlaller söz konusu olmuş ise, bu durumun; söz konusu yasağın Anayasa met-

³⁸ Bkz.Türkiye Büyük Millet Meclisi (S. Sayısı:497).

nine dahil edilmesi suretiyle bertaraf edilebileceğinin düşünülebilmesi de pek mümkün gözükmemektedir.

«Hukukilik denetimi-yerindelik denetimi» konusunu *zaten* bilen İdari Yargı hakimi açısından, söz konusu yasağın Anayasa metnine dahil edilmesi yönünde herhangi bir ihtiyacın bulunmadığı ve hakimnin, -bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruduğu sürece- yargılamasını, Anayasa'nın 125.maddesinin ilk halinin yürürlükte olduğu dönemde olduğu şekilde (=aynen) devam ettirme yoluna gideceği de söylenebilecektir.

2-b)2)Diğer taraftan, madde gerekçesinde yer alan «...uygulamada bu hükme uymayacak şekilde yargı kararlarının verildiği görüldüğünden...» şeklindeki ifadenin; (a)doğru bir tespit sayılıp sayılmayacağı veya (b)siyasi iktidarın - imar planları veya özelleştirme gibi- kritik konularda yapılan hukuka uygunluk denetiminden duyduğu rahatsızlıktan kaynaklanmış olup olmadığı da, ayrıca incelenmesi gereken bir hususu oluşturmaktadır.

2-c)«Yerindelik alanı»nın kapsamının ve sınırlarının belirsiz olduğu gerçeği ile siyasi iktidarların yargı denetiminden kurtulma yönünde bir istek duyması ihtimali de dikkate alınmalıdır

Yukarıda varılan sonuçlara ek olarak, denilebilecektir ki; «hangi hallerde yerindelik alanına müdahale edilmiş sayılacağı» konusunda açık ve net sonuçlara varılabilmesi de -çoğu zaman- mümkün olamamaktadır.

Her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gereken «yerindelik alanı» konusunda açık kriterler getirilebilmesi veya -Anayasa Değişiklik Teklifi'nin gerekçesinde olduğu gibi- kesin yargılara varılabilmesi de pek mümkün gözükmemektedir.

Diğer taraftan, yargı denetimine tâbi olmak *istemeyen* siyasi iktidarların; takdir yetkisinin kullanıldığı her hali ve özellikle de, özelleştirme veya santral kurulması gibi bazı kritik konulara ilişkin kararları «yerindelik alanı» içine dahil etme eğilimi içine girebilme ihtimali bulunduğu da unutulmamalıdır.

2-d)Anayasal direktife uyulmaması bazı olumsuz sonuçları veya yaptırımları da beraberinde getirebilecektir

Yukarıda yapılmış olan bütün bu açıklamalara rağmen, kabul edilmesi de gerekecektir ki, İdari Yargı Mercilerinin bu direktiflere uymaması (veya, bu yönde genel bir kanaatin oluşması) halinin, zaman içinde, mahkemelerin;

-hem **saygınlığının** zedelenmesi

-ve hem de, sahip oldukları **görev ve yetkilerin kapsamının daraltılması** yönünde anayasal ve kanuni düzenlemelerin yapılması

sonuçlarını doğurması ihtimali (riski) de bulunmaktadır.

Bu konuda, biraz aşağıda, «İdari Yargı Mercilerinin *keyfi şekilde veya tamamen bir idari makam gibi kararlar vermesi veya bu yönde bir hissin ortaya çıkması riski*» başlığı altında yapılan açıklamalara da bakılabilecektir.

3-Ön tespit 2:«İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilememesi» esası ile «takdir yetkisi-yerindelik kavramları ve İdari Yargı» konusu arasında bir ilişki bulunmaktadır

Pozitif hukukta yer alan «*idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilememesi*» esası (3 numaralı sınırlama) ile «takdir yetkisi-yerindelik kavramları ve İdari Yargı» konusu arasında bir ilişki bulunmaktadır.

3-a)Giriş

Takdir yetkisi ve yerindelik konularında yargı denetimi dışında kalacak olan haller³⁹ bir yana bırakıldığında şu sonuca varılması mümkün gözükmektedir: *İdari Yargı Mercilerinin vermiş olduğu kararlar, çoğu kere, İdarenin ne yönde ve nasıl karar alması gerektiği yönünde bir bilgiyi de içermektedir.*

3-b)İdari Yargı'nın İdarenin yapması gereken olan işlemi de içerecek şekilde karar vermesi, yargılama işlevinin bir gereğini oluşturmaktadır

3-b)1)Yargılama faaliyetinin ve özellikle de İdari Yargı Mercii tarafından yürütülen yargılama faaliyetinin özünde, «*tarafardan birine ne yapması veya nasıl davranması gerektiğini söyleme*» ameliyesi de bulunmaktadır.

Gerçekten de; biraz yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere; yargılama faaliyeti hukuku söylemek anlamına gelmektedir. Hukukun ne olduğu söylenirken de, *gerekçeli karar verme* konusunda Anayasa'da yer alan emredici hükmün (md.141) de bir sonucu olarak, hukuki işlemi dava konusu edilmiş hukuk kişisine; işleminin hukuka uygun olup olmadığı ve eğer hukuka uygun değilse, bunun gerekçeleri ve aslında ne yönde karar alınmış olsa idi işlemin hukuka uygun sayılabileceği de, açıklanmaktadır.

Diğer bir ifadeyle, işlemi *esastan* iptal eden Mahkeme, *takdir yetkisine ilişkin saklı bir alan veya yerindelik kavramı içinde kalan bir husus mevcut olmadığı sürece, kararında yapılacak işlem ve eylemi gösterme yoluna da gitmektedir.*

Aynı sonuç, işlemin *yetki ve şekil unsurundaki* bir sakatlıktan dolayı iptal edildiği haller açısından da geçerli olacaktır.

Mahkeme, söz konusu unsurlarda yer alan sakatlığı ortaya koyarken ve gerekçelendirirken; mevzuat hükümleri uyarınca (a)hangi İdarenin veya makamın yetkili olduğunu veya (b)hangi şekil ve usul kurallarına uyulması gerektiğini *de* belirtmektedir.

3-b)2)Örneğin;

(1)İşlediği bir fiil nedeniyle kendisine kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiş olan bir kamu görevlisinin açtığı iptal davası sonunda, İdari Yargı Mercii; disiplin cezasına konu olan fiilin gerçekten mevcut olduğunu ve fakat, mevzuata göre bu fiil nedeniyle davacıya verilmesi gereken cezasın *maaş kesme* olması gerektiği sonucuna varabilecektir.

Mahkeme kararında bu gerekçenin yer alıyor olması ihtimalinde; artık, davalı İdare de, aşağıdaki iki işlemi yapmak zorunda kalacaktır:

- (1)İptal edilen disiplin cezasının tüm sonuçlarını ortadan kaldırmak.
- (2)Davacıya maaş kesme cezası vermek.⁴⁰

³⁹ Ki, aşağıda yapılacak bütün açıklamalardan da anlaşılabilir üzere; söz konusu haller çok fazla miktarda da değildir ve hatta, sayıları gün geçtikçe azalmaktadır.

⁴⁰ Nitekim, DANIŞTAY, örneğin, benzer bir konuda vermiş olduğu kararında, kararından sonra verilecek (=verilmesi gereken) disiplin cezasını da açıklamak durumunda kalmıştır:

(2)Aynı şekilde; belli bir taşınmaz üzerinde 8 kata kadar çıkma imkanını öngören imar planı değişikliğine karşı açılan bir davada, İdari Yargı Mercii, plan değişikliğini; «bölgenin yapısı ve şehircilik ilkeleri göz önünde tutulduğunda, en fazla 5 kata kadar çıkma imkanının tanınması gerekmektedir» şeklinde bir gerekçeyle iptal etme yoluna gidebilecektir.

Bu durumda, davalı belediyeye de; bu karar doğrultusunda hazırlayacağı imar planında 5 kata kadar inşaata izin verme yoluna gidecektir.⁴¹

3-b)3)Görüldüğü üzere; Anayasa'da yer alan «idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağı», İdare tarafından yapılacak işlem ve eylemlerin gösterilmesi anlamında ele alındığında, *yargılama faaliyetinin özüyle bağdaşmamakta* ve bu nedenle de, uygulamada hiç bir şekilde göz önünde tutulmamaktadır.

Çünkü, aksi halde, *mahkeme kararlarının gerekçe içermesi mümkün olmayacak* ve bu durum da, hem «yargı kararı» kavramına, hem Yargı Orgam'nın saygınlığına ve hem de Anayasa'nın kararların gerekçeli olması gerektiğini hüküm altına alan 141.maddesine aykırılık oluşturacaktır.

3-b)4)Kaldı ki; hukuk sistemi, İdareye, mahkeme kararlarının «*gereklilerini*» ifa etme zorunluluğu da yüklemiş bulunmaktadır.⁴²

“Dava; Komiser olarak görev yapan davacının, *meslekten çıkarma cezası* ile cezalandırılmasına ilişkin Yüksek Disiplin Kurulunun 5.11.2003 günlü, 422 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

(...)...uzun süreli durdurma cezaları polislik mesleğinin niteliği itibarıyla, ağırlaştırılmak suretiyle derecelendirilerek belirlenmiş olduğundan, anılan Tüzüğün 14.maddesindeki şartların oluşması halinde 7.maddedeki A,B,C ve D fıkralarındaki sıra takip edilerek bir derece ağır cezanın tespit edilmesi *gerekmektedir*.

Olayda da; davacıya daha önce Tüzüğün 7/B-1 maddesi uyarınca 16 ay uzun süreli durdurma cezası verildiğinden anılan *Tüzüğün 14.maddesinin 1.fıkrasındaki tekerrür şartları gerçekleşmiş olmakla birlikte*, aynı madde kapsamındaki fiili nedeniyle davacıya verilmesi gereken bir derece ağır cezanın meslekten çıkarma cezası değil 7.maddesin C fıkrasında yer alan 20 ay uzun süreli durdurma cezası olduğu *açıktr*.

Bu nedenle; davacının 20 ay uzun süreli durdurma cezası ile cezalandırılması *gerekirken* meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir...”.

Bkz.D 12D E.2006/1186, K.2006/5993, T.13.12.2006, DD.115, s.401.

⁴¹ Şüphesiz, davalı belediyenin, hazırlayacağı yeni imar planında, o taşınmaz üzerindeki inşaatın 4 kattan fazla olmayacağını öngörmesi de, ihtimal dahilinde bulunmaktadır.

Ancak, mümkün olduğu kadar çok katlı inşaat izni vermek isteyen bir belediyenin, 4 yerine İdari Yargı Mercii tarafından hukuka uygun bulunmuş olan 5 katı tercih etmesi, olağan yaşam tecrübeleri karşısında, gerçekleşmesi daha yakın bir olasılık olarak kabul edilebilecektir.

⁴² Bilindiği üzere, *Anayasa'nın* «Mahkemelerin bağımsızlığı» başlıklı 138.maddesinin son fıkrasına göre;

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun «Kararların sonuçları» başlıklı 28.maddesinin 1 ve 3.fıkralarına göre de;

Bu nedenle, İdare de; iptal kararında *gösterilen doğrultuda* işlem ve eylem tesis etmek durumunda kalmaktadır.

Görüldüğü üzere, işlemin esasen hukuka aykırılığından bahisle verilen iptal kararları; İdareye yapacağı işlemleri de *göstermekte* ve hukuk sistemi de, onu, bu işlemleri yapmaya *zorlamaktadır*.

3-c)«İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilememesi» ifadesi hukuken doğru ve yerinde bir ifade dahi değildir

Aslına bakılırsa, Anayasa'da ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan «idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez» ifadesi, *fülen imkansız olan bir ihtimali* dile getirmektedir.

Çünkü, İdari Yargı Mercii tarafından verilen yargı kararları, *hiçbir zaman veya halde*, «idari işlem niteliğinde» ol(a)mayacaktır!

Gerçekten de;

-hem karar, hukuk sisteminde, «idari işlem» değil, «yargı kararı» anlamına, değerine ve gücüne (yani niteliğine) sahip olacak

-ve hem de, kararın içeriğinde idari işlemlerin nasıl ve ne şekilde yapılması gerektiği hususunda açıklamalar yer alsa dahi, davalı İdarenin o işlemleri yapmayıp hareketsiz kalma yolunu seçmesi ihtimali daima bulunacak, diğer bir ifadeyle, Mahkeme kararı, belli bir idari işlemin yapılması sonucunu da içermeyecek

tir.⁴³

1.(Değişik:4001-10.06.1994) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur...

3.Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

⁴³ ONAR'A göre de;

«İptal kararının idare bakımından hükmü tamamen menfidir, yani idarenin almış olduğu icrai kararın hukuk kaidelerine aykırılığı dolayısıyla iptal edildiğini, ortadan kaldırıldığını tespit eder. Binaenaleyh, bu karar idareye müsbet bir vecibe yüklediği gibi bir hukuki durum da tesis etmiş olmaz, sadece kararı ve kararlar doğmuş olan ve karara müstenid bulunan hukuki durumu ortadan kaldırmış olur. Bu sebepten dolayı iptal kararları ortadan kaldırdıkları idari tasarrufun yerine kaim olmayıp sadece idareyi eski karar yerine yeni bir karar almaya mecbur bırakır. Mesela bir ruhsat talebinin reddi üzerine bu red kararına karşı bir iptal davası açılması ve red kararının iptali halinde, bu red kararının iptali ruhsatname yerine kaim olmaz ve ruhsatı tazammun etmez; sadece, idareyi ruhsat hususunda yeni bir karar vermeye mecbur bırakır. İptal kararı, idareye alınacak karar hakkında bir direktif de vermez. Çünkü, idare adliye karşısında istiklali haiz olduğu gibi idare mahkemeleri karşısında da bu bakımdan bir istiklale maliktir: mahkemenin rolü mevcut kararın hukuka aykırılığını tesbit etmek ve aykırılık sebeplerini göstermekten ibarettir. Kazai tasarruf, iptal hükmü ile beliren ve açıklanan duruma göre idare yeni bir karar ittihaz eder. Ancak bu yeni karara karşı da bir iptal davası açılabilir. Binaenaleyh şayet bu karar da aynı veya buna yakın sakatlıklarla malul bulunursa gene iptal edileceğinden idare bu neticeyi gözönünde tutarak yeni kararını iptal kararının ruhuna uygun bir şekilde vermeye mecburdur....».

Görüldüğü üzere; «idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez» ifadesi, hukuken doğru ve yerinde bir ifade olarak kabul edilemeyecektir.

3-d)Anayasa hükmünün içerdiği anlam

Yukarıda yapılan açıklamalar göz önünde tutulduğunda, Anayasa'da ve 2577 sayılı Kanunda yer alan «idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez» ifadesinin;

-İdarenin hukuka uygun seçeneklerden birisini tercih etme hususundaki takdir yetkisinin İdari Yargı Merciielerine karşı korunması

ve

-İdari Yargı Merciielerinin yerindelik denetimi yapmasının engellenmesi halleri ile *sınırlı olarak okunması*, daha uygun olacaktır.

Buna göre, somut olayda hukuka uygun seçeneklerin veya yerindelik alanına dahil bir durumun bulunduğu hallerde, İdari Yargı kararı; İdarenin ne şekilde veya hangi yönde işlem yapması gerekeceği hususunda herhangi bir açıklama içermeyecektir.

Bu hususların söz konusu olmadığı uyuşmazlıklarda ise; gerekçeli olarak verilmiş olan yargı kararı, ister istemez, hangi İdarenin, ne gibi usul kurallarına uymak suretiyle ne gibi bir işlem yapması gerekeceğini de ortaya koymuş olacaktır.

3-e)Sonuç

Bütün bu açıklamalardan sonra,-*İdarenin hukuka uygun ihtimallerden birisini seçme hususunda takdir yetkisine sahip olduğu durumlar veya yerindelik alanına giren haller biryana bırakıldığında-* aşağıdaki sonuçlara varılması mümkün gözükmektedir.

İdari işlemin *sebeplere, konu ve amaç unsurlarına* ilişkin iptal kararı; sadece dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğunu hüküm altına almamakta, ama, *aynı zamanda*, İdareye ne yönde bir işlem yapması gerektiğini *de* belirtmektedir.

Aynı şekilde, idari işlemin *yetki ve şekil unsurlarına* ilişkin iptal kararları da; karar gerekçesinde ifade edilmiş olan (a)yetkili İdare veya (b)şekil ve usul kuralları açısından bağlayıcı güçte olmaktadır.⁴⁴

Bkz.ONAR, Sıddık, Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, cilt 3, İstanbul, 1966, s.1790.

⁴⁴ İdari işlemin **yetki veya şekil unsuru açısından iptal edilmiş olması**, *aynı idari kararın*;

(a)kanuna göre gerçekten yetkili olan İdare tarafından veya

(b)ilk işlemi yapmış kamu görevlisi tarafından ve fakat bu sefer, şekil kurallarına uygun olarak

tekrar alınmasına da herhangi bir engel oluşturmayacaktır.

Bununla birlikte, İdarenin yeni bir karar alma zorunluluğu da bulunmayacaktır.[X]

Buna göre; idari işlemin yetki veya şekil unsurundaki sakatlıktan bahisle iptalinden sonra, gerçekten yetkili olan idari merciin; herhangi bir işlem yapmaması veya farklı yönde bir işlem yapması, mümkün olabilecektir. Aynı şekilde, şekil kurallarına uymamış idari merci de; yeniden işlem yapmayabilecek veya şekil şartlarına uygun olarak yapacağı işlemi farklı sonuçlar doğuracak şekilde öngörme yoluna gidebilecektir.

Her iki ihtimalde de, mahkeme kararlarını uygulama yükümlülüğü altında olan İdare; kararlarda yer alan *gerekçelere uygun* işlem ve eylemler yapmak durumunda kalmaktadır.

II

«İdarenin takdir yetkisine müdahale edilmesi yasağı»

1-«Takdir yetkisi» kavramı:Genel açıklama

1-a)Kavram

İdare Hukuku'nda, «takdir yetkisi»nin, İdarenin, *ilgili kanunun öngördüğü sınırlar içinde*;

- *hukuka uygun* bazı tercihlerde bulunabilmesi ya da

- *hukuka uygun* seçeneklerden birisini seçerek karar alabilmesi

yönünde sahip olduğu imkan olarak açıklanabilmesi, mümkün gözük-
mektedir.

Ayrıca, hemen aşağıda, «yerindelik» konusu irdelenirken de belirtileceği üzere; İdarenin -kanunlardan aldığı yetki çerçevesinde- *bir kamusal göreve başlama zamanını ve/veya o görevin yürütüleceği yeri seçmesi* «**yerindelik**» kavramı içine girmekte ve bu hususlar açısından da *İdarenin bir takdir yetkisi bulunmaktadır.*

1-b)Önşart:Takdir yetkisi kanunda öngörülmüş olmalıdır

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, İdarenin bir takdir yetkisinin bulunduğundan bahsedilebilmesi için, öncelikle, bu hususun ilgili kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir.

Bilindiği üzere, hukukumuzda, «**İdarenin kanuniliği ilkesi**» kabul edilmiş bulunmaktadır (AY md.123).

Buna göre, İdarenin görevlerinin, yetkilerinin ve dolayısıyla da, yapabileceği işlem ve eylemler ile bunların doğurabileceği sonuçların kanunlarda belirtilmesi gerekmektedir. Bu durumda; İdarenin takdir yetkisi de, ancak, somut olaya ilişkin kanuni düzenlemelerde öngörülmüş olan şartlarda ve kapsamda söz konusu olabilecektir.

Aslına bakılırsa, takdir yetkisi; idari işlemin unsurlarından biri hakkında kanunda *boşluk* bulunması ve bu konuda kanunkoyucu tarafından İdareye bir hareket veya seçme serbestisi verilmiş olması ihtimalinde ortaya çıkmaktadır.

Diğer bir ifadeyle; idari işlemin yetki veya şekil unsurundaki bir sakatlıktan dolayı iptal edilmiş olması, işlemin tekrar yapılması ve/veya esası açısından İdareyi bağlayıcı bir özellik de taşımayacaktır.

Durum bu olmakla birlikte, gerçekte yetkili olan veya şekil şartlarına uyan İdare tarafından alınacak yeni kararın da, hakkında dava açılması ihtimalinde, bu sefer, işlemin esası açısından yargısal denetime tâbi tutulacağı da unutulmamalıdır.

[X]O işlemin yapılmasını İdare açısından *zoruntu kılan* hukuki veya fiili nedenlerin mevcut olduğu haller bir yana bırakılırsa...

Bu bağlamda; İdareyi **bağlı yetki** içine sokan (=onu, belli bir sebebin gerçekleşmesi durumunda belli bir işlem yapmaya mecbur tutan) kanuni düzenlemeler takdir alanı dışında kalacaktır.

İdareye, esas itibariyle, idari işlemin sebep ve konu unsurlarında takdir yetkisi tanınmaktadır.

Örneğin;

-«açık bulunan makama sınav sonucunda en yüksek puanı alan iki adaydan *uygun görüleni* atamak»,

-«...eylemin *takdir olunacak ağırlığına* göre belirtilen *iki cezadan birisine* hükmedebilmek»,

-«*gerekli görülen hallerde* kamu görevlilerini başka bir göreve atamak» veya

-«*gerektiğinde* imar planında değişiklikler yapmak» gibi...

1-c) Takdir yetkisinin kullanımının hukuka aykırı herhangi bir husus içermiyor olması gerekmektedir

Diğer taraftan, aşağıda daha detaylı bir şekilde de açıklanacağı üzere; takdir yetkisi çerçevesinde İdare tarafından yapılacak tercihlerin veya seçimlerin herhangi bir hukuka aykırılık hali içermiyor olması da şarttır.

Seçimlerde veya tercihlerde hukuka aykırı bir durumun bulunuyor olması, somut olayda kullanılmış olan takdir yetkisinin İdari Yargı tarafından yapılacak yargısal denetim dışında⁴⁵ kalmasını da *engelleyecektir*.

1-d) Sonuç

Görüldüğü üzere; «takdir yetkisine müdahale edilmesi yasağı»ndan bahsedilebilmesi için, biri önşart olmak üzere, toplam **iki şartın** gerçekleşmiş olması gerekmektedir:

(1) Olaya ilişkin kanunda İdareye takdir yetkisi verilmiş olmalıdır (önşart).

(2) Olayda, takdir yetkisi kullanımını sakatlayan herhangi bir hukuka aykırılık hali bulunmamalıdır.

2-«İdarenin takdir yetkisi içinde kalmış sayılması» için gereken temel şart

2-a) İdareye takdir yetkisi tanınmış olması, bu konuda yargısal denetim yapılmasına engel oluşturmamaktadır

2-a)1)«Belli bir uyumsuzluğun dayandığı kanunda İdareye takdir yetkisi verilmiş olması» hali, bu yetkinin kullanım şekli üzerinde yargısal denetim yapılmasını engelleyecek bir husus olarak kabul *edilmeyecektir*.

⁴⁵ Aslına bakılırsa, somut bir uyumsuzlukta; İdarenin takdir yetkisinin hukuka aykırı bir hal içeriyor olup olmadığının tespiti için dahi, öncelikle, kullanılmış olan takdir yetkisinin irdelenmesi ve denetlenmesi gerekecektir.

Biraz aşağıda da belirtileceği üzere, İdari Yargı Mercii; somut olayda kullanılmış olan takdir yetkisini *herhalükarda* yargısal denetime tâbi tutacak ve eğer herhangi bir hukuka aykırılık bulmazsa, yapılmış olan seçime veya tercihe müdahale etmeyecektir.

Diğer bir ifadeyle, gerçekte; «takdir yetkisinin yargısal denetim dışında kalması» değil, «*yapılan yargısal denetim sonucunda hukuka uygun şekilde kullanılmış olduğu anlaşılmış olan takdir yetkisine müdahale edilmemesi*» hali söz konusu olmaktadır.

İdarenin kendisine tanınmış olan takdir yetkisini hukuka uygun kullanmış olup olmadığı, İdari Yargı Mercii tarafından *araştırılacaktır*.

Hukuk devleti ilkesini öngörmüş ve İdarenin –esas itibarıyla- her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğunu da hüküm altına almış bulunan bir anayasal sistemde (AY md.2 ve 125), aksi yönde bir sonuca varılabilmesi de mümkün gözükmemektedir.

2-a)2)İdari Yargı Mercii tarafından yapılan bu araştırma ameliyesi; «İdari Yargı'nın yargılama yetkisi-takdiri yetkisine (ve, yerindelik alanına) müdahale edilmesi yasağı» konusunun en önemli kısmını oluşturmaktadır.

İdarenin hukuka bağlılığını sağlamak ve dolayısıyla da, hukuk devleti ilkesini korumak durumunda olan İdari Yargı Mercii, **herhalükarda** (=somut uyuşmazlıkta takdir yetkisi tanınmış olsun veya olmasın), hukuka uygunluk denetimi yapacak ve bu bağlamda, aşağıda değinilecek olan sakatlıklardan birisinin bulunup bulunmadığını araştıracaktır.

Diğer bir ifadeyle, somut uyuşmazlıkta kullanılmış olan takdir yetkisi *muhakkak* yargı denetimine tâbi tutulacak ve yapılmakta olan denetim faaliyeti, herhangi bir hukuka aykırı durumun tespit edilmemesi durumunda (=ancak bu ihtimalde) sona erdirilecektir.

Görüldüğü üzere; gerçekte; «takdir yetkisinin yargısal denetim dışında kalması» değil, «*yapılan yargısal denetim sonucunda hukuka uygun şekilde kullanılmış olduğu anlaşılmış olan takdir yetkisine müdahale edilmemesi*» hali söz konusu olmaktadır.

2-b)Takdir yetkisinin sınırı:Genel olarak

2-b)1)Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; hukukumuzda, Yargı Organı'na «İdarenin takdir yetkisine müdahale etme yasağı» getirilmiş bulunmaktadır.

Yargı Organı'nın, idarenin takdir yetkisine müdahale edecek, yani onu bertaraf edecek (kaldıracak) şekilde kararlar vermesi mümkün olamayacaktır.

Bununla birlikte, belirtilmesi ve vurgulanması gerekmektedir ki; İdareye takdir yetkisi verilmiş olan hallerde bile, kamu gücünü kullananların yetkileri **o gücün verilmiş amacıyla** sınırlı olmaktadır. Bu sınırlamanın müeyyidesi (ve çerçevesi) de yargı kararlarıyla ortaya çıkmaktadır.⁴⁶

Sözgelimi,

-kuralın öngörülüş (=yetkinin verilmiş) amacına ve o amacın gerekçesini oluşturan nedenlere aykırılık oluşturacak olan sonuçların (=açık hukuka aykırılık hallerinin) veya

-kamu yararına açıkça aykırılık oluşturan durumların⁴⁷

⁴⁶ YAYLA, «yerindelik kavramı takdir yetkisini tamamlar niteliktedir» açıklamasını yaptıktan sonra, «yerindelik alanı» açısından; «yetkiler ile o gücün verilmiş amacı» arasında bağ kurma yoluna gitmektedir.

Bkz.YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku I, İstanbul, 1990, s.81.

⁴⁷ «Yargısal denetimin kamu yararına uygunluk araştırmasını da içermesi gerektiği» konusunda, İdari Yargı içtihatlarında ve -genel olarak- İdare Hukukçuları arasında, herhangi bir tartışma veya tereddüt de bulunmamaktadır.

DANIŞTAY'ın da bir kararında ifade ettiği üzere;

mevcut olup olmadığı araştırılacak ve bunlardan birisinin tespit edilmesi ihtimalinde, dava konusu işlem, artık, İdarenin takdir yetkisi içinde (veya yerindelik alanında) değil, **hukukîlik alanında** bulunuyor kabul edilecek ve yargısal denetime tâbi tutulacaktır.⁴⁸

2-b)2)Örneğin:

(1)*Birbirine komşu iki arsadan birinin okul ihtiyacı için kamulaştırılması durumunda; kamulaştırılan taşınmazın maliki, İdareye, «niye komşu arsayı kamulaştırmadım?» şeklinde bir soru yöneltemeyecek veya diğer taşınmaz yerine kendi taşınmazının kamulaştırılmış olmasını açacağı bir davada hukuka aykırılık sebebi olarak gösteremeyecektir.*

Aksi yönde bir düşüncenin kabulü durumunda; İdare diğer taşınmaza yönelmek zorunda kalacak ve fakat bu halde de, o taşınmazın sahibi aynı soruyu (hukuka aykırılık iddiasını) ortaya atabilecek ve bu suretle, her iki taşınmazın da kamulaştırılabilmesi imkansız hale gelecek ve bunun sonucunda da, kamu hizmetlerinde aksamalar ortaya çıkabilecektir.

Ancak, şüphesiz bütün bu açıklamalar; (1)kamulaştırılan arsanın okul ihtiyacı için gerekli niteliklere sahip olması, (2)her iki arsanın da okul ihtiyacı için benzer niteliklere sahip olması veya (3)İdarenin de o bölgede uygun bir taşınmazının bulunmaması ihtimallerinde geçerli olacaktır.

Eğer, kamulaştırılan taşınmaz okul yapımı için uygun değilse veya İdare o bölgede uygun bir arsaya sahipse, taşınmaz maliki; *yer seçimi konusundaki takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanıldığından bahisle* dava açabilecektir.

(2)*Şehirlerarası yol inşaatı veya termik santral inşaatı için alınan kararların yargısal denetimi sırasında, Yargı Mercii; «niye yol yapılıyor?», «niye santral yapılıyor?» veya «niye yol veya santral o bölgede yapılıyor?» şeklinde sorular soramayacaktır. Çünkü, İdarenin hukuka uygun seçimlerinin irdelenmesi «yerindelik» denetimi anlamına gelecektir.*

Bununla birlikte; yol veya santralin yapıldığı yerde bu yol veya santral için uygun olmayan bir arazi yapısının bulunduğu veya bu yol veya santralin çevre açısından bazı sakıncalar taşıdığı anlaşılırsa, *yer seçimi konusundaki takdir yetkisinin hukuka aykırı şekilde kullanılmış olduğu* sonucuna varılacaktır.

“Yönetmelikler ve diğer idari işlemlerle ilgili davalarda yargılamaya yapılırken bunların yasa ve tüzüklere uygunluğu yanında *kamu yararına uygunluğunun da* incelenmesi gerekmektedir. Bu durumda yukarıda özetlenen bilirkişi raporlarında yeterli inceleme yapılarak dava konusu yönetmelik [... Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü İçme ve Kullanma Suyu Temin Edilen ve Edilecek Olan Yüzeysel Su Kaynaklarının Kirlenmeye Karşı Korunması Hakkındaki Yönetmelik] maddelerinin kamu yararına uygun olmadığı, kamu sağlığının gözardı edildiğinin belirtilmesi nedeniyle idare mahkemesince bu bilirkişi raporları karşısında yönetmeliğin kamu yararına uygun olduğu hususunun ortaya konulamamasına rağmen davanın reddine karar verildiği anlaşıldığından anılan mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 4.İdare Mahkemesinin (...) kararının bozulmasına (...) karar verildi.”

Bkz.D 6D E.1998/1346, K.1999/470, T.28.1.1999, DD.101, s.424.

⁴⁸ Bu konuda; biraz aşağıda, “*Yerindelik denetimi yapılması yasağı*” açısından aranması gereken temel şartlar ve esaslar” başlığı altında yapılan açıklamalara ve özellikle de, Danıştay 5.Dairesi'nin K.1986/1084 sayılı kararına da bakınız.

(3) Mahallesinde okul yapılmasını isteyen bir kişinin İdareye yaptığı başvurusunun reddi üzerine açtığı iptal davasında İdari Yargı Mercii, o mahallede okul yapılması hususunda davalı İdareyi zorlayacak bir yargı kararı veremeyecektir.

İdarenin; hem sahip olduğu teknik imkanları, parayı, araç-gereci ve personeli ve hem de hizmetlerin tüm yurttaki dengeli bir şekilde dağıtılması gereğini ve amacını göz önünde tutarak, hizmetin kurulacağı yerleri bizzat tespit etme hususunda takdir yetkisi bulunacaktır.

Diğer bir ifadeyle, İdari Yargı Mercileri; İdareyi belli bir konuda veya yerde kamu hizmetine başlanması hususunda zorlama imkanına sahip olamayacaktır.

(4) Belli bir kamu görevine atılmasını isteyen kişinin göreve alınma konusunda İdareye yaptığı başvurusunun reddi üzerine açtığı iptal davasında, İdari Yargı Mercii; davacının göreve alınması konusunda davalı İdareyi zorlayacak bir yargı kararı veremeyecektir.

İdare, hizmet gereklerini ve sahip olduğu mali imkanları göz önünde tutarak, kamu görevlerinde ne kadar kamu görevlisi çalıştırması gerektiğini veya çalıştırabileceğini bizzat belirleme hususunda takdir yetkisine sahip olacaktır.

Diğer bir ifadeyle; İdari Yargı Mercileri, belli bir kişinin kamu görevlisi olarak atanması konusunda da İdareyi zorlayamayacaktır.

Ancak şüphesiz; İdarenin önceden o görev için ilan vermiş olması ihtimalinde durum değişecektir. İlan vermek suretiyle o göreve bir kişiyi alma yönündeki isteğini ortaya koyan (=o görev için bir kişiye ihtiyaç duyduğunu kabul eden) İdare; hem «kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi» ve hem de Kamu Personel Rejiminin özünde yer alan «liyakat ilkesi» uyarınca, o görev için en uygun olan kişiyi bir an önce seçme yükümlülüğü altına da girmiş olacaktır.

Ayrıca, söz konusu görev için bir kamu görevlisine ihtiyaç duyan İdarenin o görev için gerekli özelliklere ve niteliklere sahip olan bir kişiyi göreve alma yoluna gitmemesi; onun, sahip olduğu takdir yetkisini Anayasa'nın «Kamu hizmetlerine girme hakkı»nı -liyakat ilkesi çerçevesinde- düzenleyen 70. maddesine uygun kullanmadığı anlamına da gelecektir.

Bütün bu nedenler karşısında, yukarıdaki ihtimalde; göreve alınmayan kişi veya kişiler görev için en uygun kişi olduklarından bahisle İdari Yargı'da dava açma ve -davayı kazanmaları durumunda da- mahkeme kararıyla göreve atanmalarını sağlama imkanına kavuşacaklardır.

3-Takdir yetkisinin kullanımının hukuka aykırılık oluşturduğu haller

3-a)Giriş

İdare Hukuku kurallarına (ve Danıştay'ın yerleşik içtihadına göre); idari davalarda bir idari işlemin beş unsurunun hukuka uygun olup olmadığı araştırılırken, İdarenin kullanmış olduğu takdir yetkisi de **(1)«kamu yararına ve (2)«hizmet gerekleri»ne uygunluk** açısından yargısal denetime tâbi tutulmalıdır.

Görüldüğü üzere, takdir yetkisi mutlak ve sınırsız kabul edilmemektedir. «Kamu hizmetinin verimliliği ve etkinliği» ile «kamu yararıyla kişi yararı arasında denge kurulması zorunluluğu», bu yetkinin sınırlarını oluşturmaktadır.

Buna göre, İdarenin kendisine mevzuatla verilmiş olan takdir yetkisini;

-kamu yararına aykırı sonuçlar doğuracak,

-sağlıklı bir şehir (ve çevre) oluşturulması ve bunun korunması esasına veya planlama ilkelerine aykırılık oluşturacak⁴⁹

-görölmekte olan idari faaliyetin gereklerine (=hizmetin gereği gibi sunulması amacıyla) uygun düşmeyecek,

-aynı hukuki durumda olanlar hakkında farklı uygulamalar içerecek (eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık oluşturacak),

-mevzuatın uygulanması açısından açık hataya düşecek veya

-siyasi tercihler veya kişisel menfaat gözetecek

şekilde kullanılması halinde, takdir yetkisi «kamu yararına ve hizmet gereklerine» (yani, genel olarak, hukuka) aykırı kullanılmış sayılacaktır.

Bu ihtimallerde; *bir hukuk devletinde*, hukukun üstünlüğü esasını korumak durumunda bulunan Yargı Orgam'ın yargısal denetim yapma yoluna gitmesi de *kaçınılmaz olacaktır*.

3-b)Danıştay içtihatları

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, Danıştay'ın yerleşik içtihatı; takdir yetkisinin (1)kamu yararına ve (2)kamu hizmetinin (=kamu görevinin) gereklerine uygun olarak kullanılması gerektiği ve bu açılardan yargısal denetime tâbi tutulacağı yönündedir.

Yüksek Mahkeme'nin bazı kararlarında ise; (3)«objektif ölçülere dayanılması», (4)«adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde kullanılması», veya

⁴⁹ **İmar planları ve bu planlar üzerinde yapılacak değişiklikler** (=İdarenin bu işlemleri yapma hususunda sahip olduğu takdir yetkisi) de, İdari Yargı Mercii tarafından, *şehir-cilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı* açısından yargısal denetime tâbi tutulmaktadır.

Örneğin, DANIŞTAY'ın da bir kararında belirttiği üzere;

“İmar planları insan, toplum, çevre ilişkilerinde kişi ve aile mutluluğu ile toplum hayatını yakından ilgilendiren fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak, yatırımların yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini *yönlendirmek* ve toprağın korunma kullanma dengesini en *rasyonel* biçimde belirlemek üzere hazırlanırlar. İmar planlarının yargısal denetimlerinde ise bu hususlara uyulup uyulmadığının, planlanan yörede bulunan parsellerin yer, büyüklük, konum ve işlevi açısından imar planında ayrıldığı amaca şehir-cilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı açısından uygun olup olmadığının incelenmesi gerekir.”.

Bkz.D 6D E.1990/1030, K.1990/3042, T.27.12.1990, DD.82-83, s.476.

Görüldüğü üzere, yapılacak yargısal denetim sırasında, sağlıklı ve şehir-cilik ilkelerine uygun bir çevrenin korunması esası gözetilirken, *yerindelik alanına da dahil olabilecek olan*;

-yer seçimine ve gelişim eğilimlerine göre yapılacak tercihler ve

-toprağın korunması ile kullanılması arasındaki rasyonel dengenin kurulması için yapılacak seçimler

de, yargısal denetim kapsamı içine girecektir.

Bu bağlamda; *tarım arazilerini* konut ve sanayi gibi kullanım amaçları için imara açan değişiklikler de; yukarıdaki hususlarla bağlantılı olarak, *ülke ekonomisi açısından yararlı olup olmadığı* (=ülke ekonomisi açısından «yerinde bir tercih değişikliği» niteliğinde sayılıp sayılamayacağı) yönünden inceleme konusu yapılmaktadır. Bu konuda, örneğin, bkz.D 6D E.1997/6255, K.1998/2345, T.7.5.1998, DD.98, s.330.

(5)«hukukun genel ilkelerine ve özellikle de eşitlik ilkesine uygun kullanılması» gibi şartların belirtilmesi yoluna gidilmektedir.

Gerçekten de, DANIŞTAY'a göre, örneğin;⁵⁰

-“657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76.maddesinin 1.fikrasında; «Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler.» hükmüne yer verilmiştir.

Bu madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durum dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.”⁵¹

-“...Söz konusu madde ile 30 hizmet yılını dolduran memurların kurumlarınca görülen *lüzum üzerine* re'sen emekliye sevk edilebilmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise de bu yetki sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılmalı, manevi takatsizlik, fikri kudretsizlik verimsiz çalışma gibi objektif kriterlere dayanmalıdır.”⁵²

-“...anılan Yasa maddesi hükmü ile davalı idareye klinik şef ve şef yardımcılığı kadrolarına ilgili dalda uzman olan profesör ve doçentler arasından sınavsız atama yapma konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmadığı, hukukun genel ilkeleri ile kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütü sınırları içinde kullanılacak nitelikte bulunduğu kuskusuzdur. Bu yetki kullanılırken, hukukun genel ilkelerinden eşitlik ilkesinin gözardı edilemeyeceği, keza kamu yararı açısından objektiflikten vazgeçilemeyeceği, hizmet gerekleri yönünden de görev için en uygunu saptama konusunda gereken davranış biçiminin uygulanmasından geri durulamayacağı tartışmasızdır...”⁵³

-“3194 Sayılı Yasanın 42.maddesi uyarınca verilecek para cezalarında idareye yasanın belirlediği alt ve üst sınırlar içerisinde ceza tayini olanağı tanınmıştır. Ancak bu takdir yetkisi objektif ölçütler çerçevesinde, hak ve nasafet kurallarına uygun olarak kullanılmalıdır.”⁵⁴

⁵⁰ Bu konuda ayrıca, Danıştay 5.Dairesi'nin biraz aşağıda yer alan K.1986/1084 sayılı kararına da bakılabilecektir.

⁵¹ Bkz.D 2D E.2006/3993, K.2008/2945, T.18.6.2008, DD.120, s.111.

Söz konusu Kanun maddesinin anlamı ve sınırları konusunda aynı yönde ifadeler içeren başka Danıştay içtihatları için, örneğin, bkz.D 5D E.1988/3400, K.1991/178, T.12.2.1991, DD.82-83, s.383, 5D E.1994/6864, K.1995/428, T.25.1.1995, DD.90, s.567, D 5D E.1997/2136, K.1997/2986, T.11.12.1997, DD.96, s.191, D 5D E.1998/2434, K.1999/74, T.11.1.1999, DD.101, s.394 ve D 5D E.2006/5349, K.2009/270, T.26.1.2009, DD.121, s.220.

⁵² Bkz.D 11D E.2006/488, K.2008/4127, T.18.4.2008, DD.120, s.333.

⁵³ Bkz.D 5D E.2007/2538, K.2007/4851, T.24.9.2007, DD.117, s.149.

⁵⁴ Bkz.D 6D E.2005/1641, K.2005/5523, T.16.11.2005, DD.112, s.194.

-“Belediye bütçeleriyle kabul olunan başkanlık ödeneklerinin miktarı bütçeye ilişkin nesnel nedenlere ve haklı görülebilecek zorunluluklara dayanılarak bir önceki yıla göre daha düşük saptanabilirse de dava konusu olayda böyle bir zorunluluk yoktur. Çünkü bütçenin belediye gelirlerinde %50 dolaylarında artış öngören bölümlerinde bir indirim yapılmadığı gibi genel fiyat artışlarının da maaş ve ücretlerde indirim yapılmasına elvermeyecek ölçüde yüksek düzeyde olduğu ortadadır. Bu durumda bütçeye ilişkin ve haklı görülebilecek bir zorunluluk bulunmadan başkanın ödeneğinin indirilmesine ilişkin bütçe kararının iptali isteği ile açılan davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında yasa ve hukuka uyarlılık bulunmamaktadır.”⁵⁵ ve

-“Anayasa'nın 2.maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçman, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Bu bağlamda, işlemlerin kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, nesnel, adil ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, idarenin yasalarla kendisine tanınan takdir yetkisini adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması gerekir...”⁵⁶

III

«Yerindelik denetimi yapılması yasağı»

1-Giriş

1-a)1982 Anayasası'nın ilk halinde; Anayasa'nın 125.maddesinin dördüncü fıkrasının ilk cümlesinde, «Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır» ifadesi yer almış ve fakat, madde metninde⁵⁷ «yerindelik denetimi» konusuna açıkça⁵⁸ değinilmesi yoluna gidilmemiş idi.

⁵⁵ Bkz.D 8D E.1986/441, K.1987/40, T.2.2.1987, DD.68-69, s.518.

⁵⁶ Bkz.D İDDK E.2005/270, K.2008/1286, T.17.4.2008, DD.120, s.30.

⁵⁷ «Yerindelik denetimi yapılması yasağı», Danışma Meclisi tarafından hazırlanmış olan taslak metninin 133.maddesinin **gereğesinde** yer almakta idi.

(1)Gerek Danışma Meclisi ve gerekse Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tarafından kabul edilen *metinlerde*, bu yasaktan bahsedilmemektedir (md.133 ve md.125).

Danışma Meclisi'nin metninde yer alan «*İdari yargı yetkisi, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimiyle sınırlıdır...*» ifadesi de, Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nun kabul ettiği metinde, «*Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır.*» şeklini almış ve ayrıca, fıkraya bazı ek hükümler getirilmesi yoluna gidilmiştir. Ve fıkra, bu şekilde kanunlaşmıştır.

Görüldüğü üzere; hukuka uygunluk denetimi konusunda her iki metinde yer alan ifadeler –esas itibarıyla- aynıdır.

(2)Danışma Meclisi'nin metninde; 133.maddenin *gereğesinde*, yerindelik denetimi konusunda aşağıdaki açıklama yer almakta idi:

O dönemde, yerindelik denetimi yapılması yasağı, sadece, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer almaktaydı.

Gerçekten de, 2577 sayılı Kanun; Anayasa'nın 125.maddesindeki ifadeleri aynen tekrarladıktan sonra, *bunlara ek olarak*, söz konusu yasağı öngörme yoluna da gitmişti.

Diğer bir ifadeyle, İdari Yargı Mercileri açısından öngörülmüş olan «yerindelik denetimi yapılması yasağı»; 7.11.1982 tarihinde kabul edilmiş olan Anayasa'nın 125.maddesiyle değil, 6.1.1982 tarihi ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesiyle getirilmiş bulunmaktaydı.

1-b) Anayasa'nın 125.maddesinin dördüncü fıkrasının ilk cümlesi 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değiştirilmiş bulunmaktadır.

«Maddede idarenin yargısal denetiminin idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluklarının denetlenmesi ile sınırlı olduğu; *dolayısıyla*, yargı organının idari işlemin yerindeliğini denetleyemeyeceği de belirtilmiştir...»

Görüldüğü üzere; «yerindelik denetimi», «hukuka uygunluk denetimi»nin *tam tersi* bir denetim türü olarak kabul edilmiş bulunmakta idi.

Bkz.Milli Güvenlik Konseyi (S.Sayı:450).

⁵⁸ Aslına bakılırsa, **Anayasa'nın** 125.maddesinin yerindelik denetimi yasağının açıkça öngörülmemiş olduğu **ilk metninin** dahi; maddede yer alan «hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır» ifadesiyle –doğal olarak- «hukuka uygunluk denetimi»nin *tersi olan* «yerindelik denetimi»nin **de** engellenmiş olduğu, söylenebilecektir.

Danışma Meclisi'nin kabul etmiş olduğu metnin gerekçesinde bulunan ve bir üstte yer alan dipnotta yer verilmiş olan ifadeler de, bu sonucu destekler nitelikte kabul edilebilecektir.

Diğer taraftan, her iki düzenlemenin de Milli Güvenlik Konseyi döneminde hazırlanmış bulunduğu ve ayrıca, 2577 sayılı Kanunun 1982 Anayasası'ndan önce yürürlüğe girmiş olduğu dikkate alındığında; söz konusu yasağın –üstü kapalı bir şekilde de olsa- Anayasa'nın 125.maddesinde *de* yer aldığı sonucuna varılması mümkün gözükmemektedir. Bu durumda; «hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olma» şartı ile 2577 sayılı Kanundaki «yerindelik denetimi yasağı»nın *da* kastedilmek istendiği, düşünülebilir.

Kaldı ki; 2577 sayılı Kanundaki hükmün –İdari Yargı'nın görev alanının genişletilmesi yönünde sahip olunan bir eğilimin sonucu olarak- bertaraf edilmesi yönünde bir iradeye Anayasa taslağının hazırlanması sürecinde rastlanmıştır da değildir. Bir başka ifadeyle; bu konudaki «genel anlayış»ın Anayasa taslağının ortaya çıkış sürecinde değişikliğe uğramış olduğunu gösteren herhangi bir işaret de bulunmamaktadır.

Ancak, yine de; bu konuda kesin bir yargıya varılabilmesi, o kadar kolay olmayabilecektir.

Mesela, AZRAK; yerindelik denetimi yapılması yasağının Anayasa'nın 125.maddesinde öngörülmemiş olmasından yola çıkarak, Anayasa'da kabul edilmemiş bir yargı denetimi kısıtlamasının Anayasa'ya uygunluğunun kuşkulu olduğunu belirtmekte idi. Bkz.AZRAK, Ülkü, «İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi», İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, yıl 6, sayı 1-3, İstanbul, 1985, s.28.

Söz konusu değişikliklerle, «yerindelik denetimi yapılması» yasağının Anayasa metnine dahil edilmesi yoluna gidilmiştir:

B.Yargı yolu

Madde 125/IV

(Değişik cümle:5982-7.5.2010 ve Halkoylaması-12.9.2010) Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz...

Görüldüğü üzere, bugün artık, söz konusu yasak, Anayasa'da açıkça öngörülmüş ve «hiçbir surette» ibaresi de dikkate alındığında, denilebilecektir ki-özel olarak vurgulanmış bulunmaktadır.⁵⁹

Anayasa değişiklik teklifinin Genel Gereğesi'nde de;

-uygulamada yerindelik denetimi yapılacak şekilde yargı kararlarının verildiği

ve

-bu tür uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla değişiklik yapılması yoluna gidildiği

belirtilmektedir.⁶⁰

2-«Yerindelik» ve «yerindelik denetimi» kavramları

2-a)Giriş

2-a)1)«Yerindelik» kavramının kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ameliyesinde söz konusu olan güçlükler

«Yerindelik denetimi» konusuna geçilmeden önce bir hususun belirtilmesinde ve vurgulanmasında yarar bulunmaktadır: İdare Hukuku'nda, «yerindelik» kavramının kapsamının ve sınırlarının açık ve kesin bir şekilde belirlenebilmesi, her zaman mümkün olamayabilmektedir.

⁵⁹ Bir üstte yer alan dipnota bakınız.

⁶⁰ 7.11.1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi

Genel Gereğçe

Madde 12

...125 inci maddenin dördüncü fıkrasında, yargı yetkisinin, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu; yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hükme bağlanmış ve maddenin gerekçesinde «...yargı organının idarî işlemin yerindeliğini denetlemeyeceği...» belirtilmiş olmasına rağmen, uygulamada bu hükme uymayacak şekilde yargı kararlarının verildiği görüldüğünden, bu tür uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla, fıkrada yargı yetkisinin, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Bu ilkenin Anayasada yer almasının yargı pratiğimizden kaynaklandığı ve önleyici işlevi olacağı açıktır. Yerindelik denetimi, yürütme iktidarının negatif kullanımı anlamına gelir.

Bkz.Türkiye Büyük Millet Meclisi (S.Sayı: 497).

Gerçekten de; «hukuki alan» ile «yerindelik alanı» arasındaki çizginin çizilmesi sürecinde çeşitli tereddütler ortaya çıkabilmektedir. Bazı durumlarda, bir hususa ilişkin yapılacak değerlendirmelerin ve denetimin hangi alan içinde kaldığının tespiti kolay olamayabilmektedir.

2-a)2)«Yerindelik denetimi yapılması yasağı»nın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ameliyesinde söz konusu olan güçlükler

2-a)2)a)«Yerindelik» kavramına ilişkin bu belirsizlik, ister istemez, İdari Yargı Mercileri için söz konusu olan «yerindelik denetimi yapılması yasağı»nın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ameliyesini de güçleştirmektedir.

Bir başka ifadeyle; hukukumuzda mevcut olan bu yargılama sınırının nerede başlayıp nerede bittiği, çoğu zaman, açık ve net bir şekilde ortaya konulamayabilmektedir.

2-a)2)b)Diğer taraftan; bu tespitin yapılması (=son sözün söylenmesi) faaliyetinin herhalükarda İdari Yargı Mercilerinin görevi içine girdiği de, hatırlanmalıdır.

Gerçekten de, mahkeme kararlarının herkesi bağlayıcı nitelikte olduğu hukuk sistemimizde; herhangi bir hukuk kişisine, bir mahkeme kararının yerindelik alanına müdahale ettiği yönünde bir tespitte bulunma yetkisi tanınmış değildir.

Bu durumda, İdare (ve diğer hukuk kişileri), bir mahkeme kararını yerindelik alanına müdahale edildiğinden bahisle uygulamama veya gözardı etme hukuki imkanına sahip olmamaktadır.

2-a)2)c)Kaldı ki, İdari Yargı'nın «İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlama ve bu suretle de, hukuk devleti ilkesini koruma» görevini varlık nedeni olarak bünyesinde barındırıyor olduğu gerçeği de göz önünde tutulduğunda; bazı durumlarda, yargılama faaliyeti sırasında dikkate alınacak olan bu sınırın ve «nazik denge»nin yerindelik alanı lehine «kısmen» bozulmasının kaçınılmaz bir sonuç olacağı da, düşünülmelidir.

Diğer taraftan; (a)İdarenin nihai amacının «**kamu yararını sağlamak**» şeklinde belirlenmiş ve (b)bu hususun İdari Yargı'nın denetimine tâbi olduğunun kabul edilmiş bulunması hali bile, *tek başına*, yargılama faaliyetinin sınırlarının –yerindelik alanı lehine- genişlemesi sonucunu doğuracaktır. Çünkü; hem kamu yararına uygunluk açısından yapılan bir denetimin yerindelik alanına müdahale niteliği taşıması kuvvetle muhtemel olacaktır ve hem de, somut bir olayda, bu tür bir müdahalenin gerçekleşmiş olup olmadığı –kolaylıkla tespit edilemeyecektir.⁶¹

2-a)2)d)«Yerindelik» ve «yerindelik denetimi» kavramlarının kapsamı ve sınırları konusunda söz konusu olan bu belirsizlik hali; hukukumuzda yer alan «yerindelik denetimi yapılması yasağı»nın etkisinin azalması sonucunu da beraberinde getirmektedir.

Gerçekten de; hangi hallerde yerindelik alanına müdahale edilmiş olduğunun her zaman aynı açıklıkla ve kolaylıkla belirlenemiyor olması, yasağın uygulanabilirlik gücünü azaltıcı bir etki yaratmaktadır. Çünkü, çoğu kere, bu konuda bir fikir birliği oluşmamaktadır.

⁶¹«Yerindelik denetimi yapılması yasağı-kamu yararına uygunluk denetimi» konusu, biraz aşağıda, ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

2-b)«Yerindelik» ve «yerindelik denetimi» kavramların sahip olduğu anlamlar

2-b)1)«Yerindelik» kavramı

İdare Hukuku'nda, «yerindelik»; **takdir yetkisini de** (=belli olguların varlığı halinde hukuka uygun bazı tercihlerde bulunulması veya hukuka uygun seçeneklerden birisinin seçilmesi imkanını da) **ıçerdiği söylenebilecek olan**⁶² bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Buna göre, İdare edenler; *kanunların imkan tanınması halinde*; **idari gerekleri ve kamu yararını göz önünde tutarak**, kendilerine «en uygun», yani idari hizmet ve faaliyetler açısından *en elverişli* olan tercihi yapma (=takdir yetkisini o yönde kullanma) imkanına sahip olacaklardır.

Bu durumda, yerindelik kavramının, *kanunların açık veya örtülü şekilde yetki vermiş olduğu durumlarda* (=ancak, bu ihtimalde)⁶³;

- belli bir yönde* hareket etmeye/göreve başlamaya kararı verme,
- harekete geçme veya işlem yapma *yerini ve zamanını tespit etme* ve
- hukuka uygun seçenekler arasından *birisini seçme*, imkanlarını içermekte olduğu, söylenebilecektir.

2-b)2)«Yerindelik denetimi» kavramı

İdare Hukuku açısından «yerindelik denetimi» ise; bir İdari makamın *hukuka uygun*⁶⁴ *şekilde* aldığı idari kararların ve yürüttüğü idari faaliyetlerin «yerinde» (=«doğru» siyasi ve idari politikalar ve «gerekler» gözetilerek yapılmış) olup olmadığı hususunda söz konusu olan incelemeyi ifade etmektedir.

2-b)3)Yerindelik denetimi yapma yetkisine sahip olan makamlar

Aslına bakılırsa, «yerindelik denetimi yapma» yetkisi, esas itibarıyla; İdare içinde, (a)*hiyerarşik üstün veya (b)-kanunların izin verdiği ölçüde- idari vesayet makamının* sahip olduğu bir denetim türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çünkü, yerindelik denetimi, «*idari makam*» gibi düşünülmesi ve değerlendirme yapılması sonucunu (veya mecburiyetini) de beraberinde getirmektedir.

Bu itibarla, konuya tamamiyle **teorik açıdan** yaklaşıldığında, denilebilecektir ki; bir idari makamın yaptığı işlemlerin ve yürüttüğü faaliyetlerin «yerinde» olup olmadığı, yani «doğru» siyasi ve idari politikalar ve «gerekler» gözetilerek yapılmış olup olmadığı hususu, *yargılama işlevinin ve dolayısıyla da, İdari Yargı Mercülerinin görev ve yetki alanının dışında kalmaktadır*.

Bununla birlikte, aşağıda da belirtileceği üzere, bu teorik esasa ve bu esası pozitif hukuka taşıyan Anayasa ve kanun hükümlerine rağmen, **uygulamada**, bazı hallerde, İdari Yargı Mercileri; «hukuka uygunluk denetimi» ile «yerindelik denetimi» arasındaki çizgiyi, ki aslında çok ince bir çizgidir, doğru

⁶² Mesela, YAYLA'ya göre de;

«yerindelik takdir yetkisinin çekirdeğidir».

(...) yerindelik ile takdir yetkisi iç içe geçen bir yapıdadır...».

Bkz.YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul, 2009, s.193-194.

⁶³ Bu konuya, hemen aşağıda tekrar değinilecektir.

⁶⁴ Hukuka aykırı şekilde yapılmış olan işlem ve eylemlerin durumuna hemen aşağıda değinilecektir.

bir şekilde çizemeyebilmekte veya -şartların ve uyumsuzluğun niteliğinin zorlamasıyla- çizmemektedir.

3-İdari Yargı Mercii için söz konusu olan «yerindelik denetimi yapılması yasağı»:Genel olarak

3-a)Teorik esas ve kavramın anlamının ve kapsamının kesin bir şekilde belirlenemiyor olması

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, yerindelik denetimi; «*idari makam*» gibi düşünülmesi ve değerlendirme yapılması sonucunu (veya mecburiyetini) de beraberinde getirmektedir.

İdari Yargı Mercii ise, yargılama yaparken, bir idari makam gibi değil, Yargı Organı olarak, bu sıfatla faaliyette bulunmakta ve yargılama işlevini yerine getirmektedir.

Tamamen teorik planda kalındığında, denilebilecektir ki, Yargı Organı'nın; hukuka uygunluk denetimi dışında kalan alanda, «neyin, ne zaman ve ne şekilde idari gerekler açısından yerinde sayılabileceği» hususunda değerlendirmeler yapması, onu «yargılama fonksiyonunu yürüten bir mahkeme» olmaktan çıkartıp, «idari makam» haline getirecektir.

Bu itibarla, kural olarak, yerindelik denetimi, Yargı Organı açısından «**fonksiyon gaspı**» olarak nitelendirilebilecektir.

Bununla birlikte, «yerindelik» kavramının içerdiği belirsizlik hali, doğal olarak; söz konusu yasağın anlamının ve kapsamının ortaya konulabilmesini de güçleştirmektedir.

Kaldı ki, idari uyumsuzlukların sahip olduğu özellikler; söz konusu yasağın sınırlarının İdari Yargı açısından çok net ve kesin çizgilerle belirlenemediğini⁶⁵ (veya belirlenemeyeceğini)⁶⁶ de göstermektedir.

3-b)«Yerindelik denetimi yapılması yasağı» açısından aranması gereken temel şartlar ve esaslar

«Yerindelik» kavramı ve «yerindelik denetimi yapılması yasağı» açısından söz konusu olan belirsizlik hali; bu konularda *bazı şartların ve esasların bulunduğu* gerçeğini de değiştirmemektedir.

3-b)1)Önsart:Yerindelik alanında kalan yetki kanunla verilmiş olmalıdır

⁶⁵ Nitekim, örneğin, GÖZÜBÜYÜK/TAN, da, «*Yargıtç yerindelik denetimi yapamaz*» başlığı altında, teorik esası açıkladıktan sonra, şu sonuca varmaktadır:

«Aslında, bu kuralın *çok kattı bir biçimde uygulanabileceğini* de sanmıyoruz. Çünkü, hukuka uygunluk ile yerindeliği her zaman *birbirinden ayırmak* kolay değildir. Danıştay, kimi durumlarda, dava konusu işlemin hukuka uygunluğunu denetlerken, ihtiyaca uygunluğunu, başka bir deyişle yerindeliğini de bir dereceye kadar göz önünde bulundurmaktadır...».

Bkz.GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2006, s.615.

⁶⁶ Bazı idari uyumsuzluklar; *sahip oldukları niteliklerin ve özelliklerin* bir sonucu olarak, yerindelik denetimi yapılması mecburiyetini de beraberinde getirebilmektedirler.

Mesela, hemen aşağıda ayrı bir başlık altında da inceleneceği üzere, doktrinde; «yerindelik denetimi yapılması yasağı»nın **kolluk faaliyetleri** açısından söz konusu olamayacağı, kabul edilmektedir.

İdarenin kanuniliği ilkesinin kabul edilmiş olduğu hukuk sistemimizde; İdari Yargı açısından söz konusu olan «yerindelik denetimi yapılması yasağı»ndan bahsedilebilmesi için, öncelikle, somut uyuşmazlıkta, kanunlarla İdareye açık veya örtülü şekilde verilmiş bir yerindelik alanının bulunuyor olması gerekmektedir.

Bu bağlamda, örneğin, kanunlarda;

-idari faaliyete başlanma yeri ve zamanı açısından İdareyi bağlayıcı herhangi bir düzenlemenin getirilmemiş olduğu durumlarda *örtülü*,

-«yapabilir», «seçebilir» gibi takdir yetkisini ifade eden yükümler öngörülmüş olduğu durumlarda ise *açık*

nitelikte düzenlemelerin varlığından bahsedilebilecektir.

Bu konuda, biraz yukarıda, «takdir yetkisine müdahale edilmesi yasağı» başlığı altında yapılmış olan açıklamalara da bakılabilecektir.

3-b)2)İdari işlem veya eylem hukuka uygun olmalıdır

3-b)2)a)Genel esas

«Yerindelik» kavramı konusunda biraz yukarıda yapılmış olan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; bu kavramın ve «yerindelik denetimi yapılması yasağı»nın söz konusu olabilmesi için, öncelikle, idari işlem veya eylemin hukuka uygun olması gerekmektedir.

İdari Yargı Mercii açısından bir yargılama sınırı olarak öngörülmüş bulunan «yerindelik alanı», sadece, hukuka uygun idari işlem ve eylemler açısından söz konusu olabilecektir.

Hukuka aykırı işlem veya eylemlerin söz konusu olduğu durumlarda ise; bunların «yerinde» olup olmadığı tartışma konusu edil(e)meyecektir.

Hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu bir anayasal sistemde, hukuka uygun davranmak durumunda olan İdarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinin yerinde olup olmadığının incelenebilmesi (ve, bu konuda yapılacak bir değerlendirme sonucunda, bu işlem ve eylemlere hukukilik veya «uygulanabilirlik» kazandırılabilmesi) mümkün kabul edilmemelidir.

Çünkü, bir hukuk devletinde, «hukuk kurallarına uygun olma gereği», «yerinde olma gereği»nin önüne geçecektir.

Aksi halde, yani, daha yerinde çözüm yollarının varlığından bahisle mevcut hukuk kurallarına uyulmama yoluna gidilebilmesi, hukuk sisteminde kabul edilmiş olan hukuk kurallarının anlamını ve etkisini ikinci plana itecek ve hukuki güven ve istikrar ilkesini bertaraf edecektir.

Bu itibarla; «yerindelik alanı» ve «yerindelik denetimi yapılması yasağı», ancak, işlem veya eylemin hukuka uygun olması ihtimalinde söz konusu olabilecektir.

3-b)2)b)Danıştay kararları

DANIŞTAY da, bir kararında, İdarenin yerindelik alanında kaldığından bahsedilebilmesi için;

(1)objektif şekilde değerlendirilemeyecek (=yargısal denetime tâbi tutulamayacak) idari sebeplerden⁶⁷ veya

⁶⁷ Veya «bazı haller»den...

(2) hukuka uygun seçeneklerden

birisinin bulunuyor olması gerekeceğini açıklamaktadır:

“Hileli iflas suçuna katıldığı öne sürülen [ve aynı fiil nedeniyle Baro tarafından hakkında disiplin cezası verilmiş bulunan] bir avukat hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin 24.4.1985 günlü 26702 sayılı Adalet Bakanlığı işleminin iptali isteğiyle açılan davanın incelenmeksizin reddine ilişkin Ankara 1 Nolu İdare Mahkemesinin (...) kararının temyizden incelenerek bozulması istemidir.

(...) [2577 sayılı] Yasada İdare Mahkemelerinin yerindelik denetimi yapamayacakları belirtilmiştir. İdare işlemlerine karşı yerindelik denetiminin söz konusu olabilmesi için, [1] bir işlemin idarenin nesnel değerlendirilmesi olanağı bulunmayan işleyiş zorunlulukları ile ilgili yada [2] idarenin hukuk sınırları içindeki seçeneklerinden birine karşılanması gibi bir durumun oluşması gerekir. Oysa burada yakınılan avukatın işlediği öne sürülen eylemlerin suç olup olmadığı ve yakınılanın bu eylemlerle bir ilişkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin emarelerin saptanması, *idarece nesnel olarak değerlendirilebilecek niteliktedir.* Ayrıca kovuşturma izni verilmemesi yakıncının nesnel yararına da aykırı olduğundan hileli iflas suçuna katıldığı öne sürülen avukat hakkında soruşturma açılmasına izin verilmeme işleminin idari yargıda incelenmesi, *yerindelik denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır.* İdare Mahkemesince işin esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁶⁸

YÜKSEK MAHKEME, *özel yetenek sınavı* gibi, kişisel beğenilere göre değişiklik gösterebilecek ve bu nedenle de, bilimsel şekilde (=objektif olarak) yargısal denetime tâbi tutulamayacak tercihler söz konusu olduğunda da, yargısal denetim yapmama yoluna gidebilmektedir:

“Dava, (...) Güzel Sanatlar Fakültesinin ön kayıt sınavlarına katılan davacının, desen, renkli çalışma kısmından başarısız sayılma işleminin iptali istemidir.

Üniversite ikinci basamak sınavları iki şekilde yapılmaktadır. Genel ve yaygın olanı, yazılı olarak yapılan ve sınav sonuçları nesnel olarak değerlendirilen sınavdır. Ancak bazı eğitim kurumlarına nesnel olarak değerlendirmeye olanak vermeyen özel yetenek sınavı ile öğrenci alınması nedeniyle bu sınavlarda verilen ve ortaya konulan yanıtlarda *matematikselsel bir kesinlik söz konusu değildir.* Esasen bu sınavlarda bir soru-yanıt anahtarı olmadığı gibi böyle bir şeyin bulunmasına da olanak yoktur. Bu sınav türü öğrenci alacak eğitim kurumunun özelliğinden doğmaktadır ve sanatta herkes için geçerli bir değerlendirme olmadığı için bilirkişi incelemesi de yapılması söz konusu olmaz.

Özel yetenek gerektiren dallara öğrenci alımında idarenin [yargısal denetime tâbi tutulamayacak bir] takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir.”.

Bkz.D 8D E.1991/2, K.1991/744, T.10.4.1991, DD.82-83, s.665.

[X] *Bununla birlikte*, denilebilecektir ki; özellikle maksat unsurunda tespit edilebilecek olan bir sakatlık hali, farklı bir sonuca varılmasını da mümkün kılabilir idi.

Mesela; davacı ile sınavı yapan hoca arasında mevcut olan bir husumet, muhtemelen, Danıştay'ın jürinin seçimindeki sakatlıktan bahisle bir iptal kararı vermesine de neden olabilecekti. Bu durumda, sınavın; davacı ile arasında herhangi bir husumet bulunmayan başka bir hoca tarafından tekrarlanması gerekecekti.

⁶⁸ Bkz.D 8D E.1986/683, K.1987/371, T.24.9.1987, DD.70-71, s.436.

YÜKSEK MAHKEME, bir başka kararında da, *açıkça*; yerindelik alanının (ve takdir yetkisinin) ancak hukuka aykırı herhangi bir halin bulunmadığı durumlarda söz konusu olabileceğini vurgulamaktadır:

“(…) atama süresi sonunda görevi kendiliğinden sona eren araştırma görevlisinin yeniden atanması hususunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. (...) Kamu hizmeti devamlılık arzeden bir hizmet olup, bu hizmeti yürüten kişilerin hizmeti yürütmesine engel gösterilen hususların idari yargı denetimine tabi olacağı hususu öncelikle T.C.Anayasasının 125 nci maddesinin «İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.» hükmü gereğidir. Yargı yerince, idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin bağlı yetki ya da takdir yetkisi içine alman işlemler arasında bir ayırım yapılmaksızın işlemin beş unsuru üzerinde yürütüleceği (...) [2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun] 2.madde[sinde] açıkça ifade edilmiştir. Bu unsurlar, sırasıyla yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları olup, *maksat unsuru yönünden denetimin içinde ise, idarenin takdir yetkisi içinde yer alan hususlarda kamu yararı, hizmetin gerekleri yönünden yasanın aradığı amaca uygun ilkelerle hareket edilip edilmediği hususu yer almaktadır. Bütün bu unsurlar açısından hukuka uygunluk denetimi yapıldıktan ve işlem hukuka uygun görüldükten sonra, idari yargının denetim alanının dışında bırakılan husus, yerindelik alanına ilişkin olup, örneğin aynı hukuki durumda olan kişiler için*⁶⁹ bir idari işlem yaparken idarenin tercihini şu veya bu kişi lehine kullanması ile ilgili veya idarelerin verine geçerek idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmesidir.”⁷⁰

Aynı şekilde; belli bir kadroya atanma talebinde bulunan ve *gerek derece ve gerekse sicil yönünden eşit durumda olan iki kişiden* birisinin seçilmesi üzerine diğer kişi tarafından açılan iptal davasında da, DANIŞTAY, haklı olarak;

«...idarenin her iki öğretim görevlisinin durumunu değerlendirerek takdirini diğer kişi lehine kullandığı hususlarının anlaşıldığı, idari işlemlerin yargısal denetiminin hukuka uygunlukla sınırlı olmasının Anayasanın ve 2577 sayılı Kanunun gereği olduğu, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacağı, bu nedenle 2.derece kadroya atanma isteminde bulunan ve gerek derece gerekse sicil yönünden eşit durumda olan iki kişiden idarenin takdirini diğer kişi lehine kullanmasında ve davacıyı atamamasında hukuka aykırılıktan sözedilemeyeceği...»

gerekçesiyle davayı reddeden ilk derece mahkemesi kararını aynen onama yoluna gitmektedir.⁷¹

Aynı yönde bir başka karar için, örneğin, bkz. D 8D E.1997/1763, K.1999/3899, T.15.6.1999, DD.102, s.529.

Bununla birlikte, her ne kadar bu incelemenin kapsamına tam olarak girmiyor olsa da, bir hususun hatırlatılmasında da yarar bulunmaktadır: Yüksek Mahkeme, «*soruşturma izninin ceza yargılamasına ilişkin olduğu ve idari davaya konu olabilecek bir idari işlem niteliğinde bulunmadığı*» yönünde kararlar da verebilmektedir. Örneğin, bkz.D İDDGK E.1994/926, K.1995/739, T.27.10.1995, DD.91, s.103.

⁶⁹ Bu konuda, Danıştay'ın hemen aşağıda yer alan K.1992/2607 sayılı kararına da bakınız.

⁷⁰ Bkz.D 5D E.1985/596, K.1986/1084, T.23.10.1986, DD.66-67, s.255.

⁷¹ Bkz.D 5D E.1989/1847, K.1992/2607, T.13.10.1992 –www.Danistay.gov.tr.

Görüldüğü üzere; durumları arasında herhangi bir farka, diğer bir ifadeyle, kamu görevinin gerekleri açısından lehte veya aleyhte bir özelliğe sahip olmayan adaylardan birisinin seçilmesine ilişkin idari kararın yargısal denetimi, *somut olayda hukuka (=kamu yararına ve hizmet gereklerine) aykırı herhangi bir hususun bulunmaması nedeniyle*, yerindelik denetimi anlamına gelecektir.

3-b)3) Kamu gücü o gücün verilmiş amacına uygun kullanılmış olmalıdır

Biraz yukarıda, «*İdarenin takdir yetkisi içinde kalmış sayılması için gereken temel şart*» başlığı altında da belirtilmiş olduğu üzere; İdareye takdir yetkisi verilmiş olan hallerde bile, kamu gücünü kullananların yetkileri o gücün verilmiş amacıyla (da) sınırlı olmaktadır.

Bu sınırlamanın çerçevesi ve müeyyidesi de yargı kararlarıyla ortaya çıkmaktadır.

Sözelimi,

-kuralın öngörülüş (=yetkinin verilmiş) amacına ve o amacın gerekçesini oluşturan nedenlere aykırılık oluşturacak olan sonuçların (=açık hukuka aykırılık hallerinin) veya

-kamu yararına açıkça aykırılık oluşturan hallerin

bulunup bulunmadığı araştırılacak ve bunlardan birisinin tespit edilmesi durumunda, dava konusu işlem, artık, İdarenin takdir yetkisi içinde (veya yerindelik alanında) değil, **hukukilik alanında** bulunuyor kabul edilecek ve yargısal denetime tâbi tutulacaktır.

Takdir yetkisinin yargısal denetiminin yapılacağı bu durumlarda, «yargı denetimi dışında kalan bir yerindelik alanı»ndan bahsedilebilmesi de mümkün olmayacaktır.

3-b)4) Sonuç

Bütün bu açıklamalardan sonra şu sonuca varılması mümkün gözükmemektedir: «Yerindelik denetimi yapılması yasağı»ndan bahsedilebilmesi için, biri önşart olmak üzere, toplam **iki şartın** gerçekleşmiş olması gerekmektedir:

1-Olaya ilişkin kanunda; İdarenin uyuşmazlığa ilişkin konu açısından yerindelik alanında kalan bir yetkisinin bulunduğunu gösteren açık veya örtülü bir hüküm yer almalıdır (önşart).

2-Olayda, uyuşmazlığa ilişkin idari işlem veya eylemde hukuka aykırı herhangi bir husus bulunmamalıdır.

3-c) «Hukukilik alanı» ile «yerindelik alanı» arasında kalmış olduğu düşünülebilecek olan Mahkeme kararları

«Yerindelik denetimi yapılması yasağı»nın kapsamı ve sınırları konusunda –biraz yukarıda açıklanmış olan- belirsizlik hali, doğal olarak, mahkeme kararlarını da etkilemektedir.

Bazı mahkeme kararları; «hukukilik alanı» ile «yerindelik alanı» arasındaki o çok ince çizgi üzerinde kalabilmekte ve hatta, bazı hallerde, yerindelik alanına girebilmektedir.

3-c)1) Kamulaştırma işlemi ile bağlantılı Danıştay kararları

Kamulaştırma işlemlerine dayanak oluşturacak imar planı değişikliklerine ve kamulaştırma kararlarına ilişkin Danıştay kararları, yukarıda belirtilmiş olan olguya örnek olarak gösterilebilecektir.

Gerçekten de; *imar planı değişikliklerinin şehircilik ilkelerine ve kamulaştırma kararlarının da kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olması gereği*, bu konularda yapılacak yargısal denetimde;

-«ihtiyacın mevcut olup olmadığı»,

-«kamulaştırılmak istenen alanın fazla olup olmadığı» veya

-«daha farklı çözüm yollarının bulunup bulunmadığı»

gibi, idari makamların yerindelik alanında dikkate alacakları hususlar arasında da mütalaa edilebilecek olan bazı konuların yargısal denetimde göz önünde tutulmasını gerektirmekte veya bu sonuca kapı aralamaktadır.

Nitekim, DANIŞTAY, örneğin;

-uyuşmazlık konusu yerdeki mevcut pazar ve yeşil sahanın ihtiyacı *yeterli* şekilde karşılayıp karşılamadığı,⁷²

-davacıya ait yerin meydan yeri olarak ayrılması yönündeki işlemde, taşınmaz malın tamamının meydan için *fazla* olup olmadığı,⁷³

-davalı İdarenin, kamulaştırma işlemlerinin gerekçesini oluşturan «lojman ihtiyacı»nı kendi parselleri içinde karşılamasının *mümkün* olup olmadığı veya davacının parseline *ihitiyaç* duyup duymadığı⁷⁴ veya

-davacıya ait yerin otopark yeri olarak ayrılmasının *ihitiyaç* karşılayıp karşılamadığı veya söz konusu yerin otopark olarak kullanılmasının *şehircilik ilkelerine* aykırılık oluşturup oluşturmadığı⁷⁵

hususlarının İdari Yargı Mercii tarafından araştırılmasının yerindelik denetimi yapılması anlamına *gelmeyeceğini* kabul etmektedir.

3-c)2) Köy kamu tüzelkişisinin kamulaştırma yapma yetkisine ilişkin Danıştay kararları

Aynı şekilde; Danıştay'ın köy kamu tüzelkişisinin kamulaştırma yapma yetkisini -*kanunlarda açık hüküm bulunmamasına rağmen- genişleten* ve yıllar içinde istikrar kazanmış olan içtihatı da, yerindelik denetimi kapsamında mütalaa edilebilecektir.

Bilindiği üzere, İdare; kamulaştırma usulüne, ancak, kendisine *kanunlarla verilmiş* görevlerin ifası için başvurabilmektedir.

YÜKSEK MAHKEME'nin aşağıda yer alan kararından da anlaşılacağı üzere, köy kamu tüzelkişiliği tarafından yapılan bazı kamulaştırma işlemleri; bu işlemlerle öngörülen görevlerin *açık kanuni dayanağı bulunmamasına rağmen*, -Danıştay tarafından da- kamu yararına uygun görülmüş olması nedeniyle, iptal edilmemektedir:

⁷² Bkz.D 6D E.1983/1000, K.1983/4034, T.15.12.1983 –www.Danistay.gov.tr.

⁷³ Bkz.D 6D E.1984/22, K.1984/1054, T.22.2.1984, DD.56-57, s.225.

⁷⁴ Bkz.D 6D E.1983/1238, K.1983/4337, T.28.12.1983, DD.54-55, s.233.

⁷⁵ Bkz.D 6D E.1984/337, K.1984/2396, T.11.6.1984 –www.Danistay.gov.tr.

“Dava, Antalya İli, Elmalı ilçesi, Zümrütova Köyü, ? parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan davacıya ait taşınmazın spor sahası yapılmak üzere kamulaştırılmasına ilişkin 26.4.2005 günlü, 181 sayılı köy ihtiyar kurulu kararının iptali istemiyle açılmış, idare mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, davalı idarenin 442 sayılı Köy Kanunu’nda belirtilen görevleri arasında spor sahası yapmanın yer olmadığı, idarelerin ancak kanunda kendilerine verilen görevlerini yerine getirmek amacıyla kamulaştırma yapabileceği, bu itibarla, Köy Kanunu uyarınca spor sahası yapma görevi olmayan davalı idarece yapılan kamulaştırma işlemi hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 3.maddesinde; İdarelerin, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerini veya teşebbüslerini yürütmek maksadıyla gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını kamulaştırabilecekleri hükmüne yer verilmiştir.

442 sayılı Köy Kanununun 12.maddesinde köye ait işler mecburi olan işler ve köylünün isteğine bağlı olan işler olarak 2 gruba ayrılmış, 14/24.maddesinde ise köyde köy oyunları yaptırmak köylünün isteğine bağlı işler kapsamında sayılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Antalya İli, Elmalı ilçesi, Zümrütova Köyü, ? parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan davacıya ait taşınmazın spor sahası yapılmak amacıyla kamulaştırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan mevzuat hükümlerinde spor sahası yaptırılması şeklinde bir görev açık olarak köye ait işlerden **sayılmamakla birlikte, değişen ve gelişen koşullar karşısında köyün sosyal durumuna ve gereksinimine göre spor sahası yapılabileceğinin kabulü gerektiği anlaşıldığından aksi yöndeki mahkeme kararında yasal isabet bulunmamaktadır.**

Bu durumda, Köy Tüzel Kişiliğinin spor sahası yapılması amacıyla kamulaştırma yapabileceği hususu göz önüne alınarak anılan taşınmazın bu amaçla kamulaştırılmasına ilişkin işlemde *kamu yararına* ve 2942 sayılı Yasa kurallarına uyarlık bulunup bulunmadığı hususunda gerekli incelemeler yapılmak suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Antalya 2.İdare Mahkemesince verilen 08.3.2006 günlü, E:2005/1065, K:2006/377 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 08.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.⁷⁶

Görüldüğü üzere, kararda; gelişen sosyal ve ekonomik şartlar sonucunda köyün ihtiyaçları arasına giren (=bu yönde bir sonucun ortaya çıktığı hususunda köy kamu tüzelkişiliği ve Danıştay tarafından fikirbirliğine varılmış

⁷⁶ Bkz.D 6D E.2006/6141, K.2008/6280, T.8.10.2008, DD.120, s.208.

Aynı gerekçeyle dayanılarak verilmiş eski tarihli kararlara örnek olarak, bkz.D İBK E.1972/7, K.1975/16, T.19.12.1975, RG.11 Temmuz 1976-15643, D 6D E.1986/310, K.1986/559, T.28.5.1986, DD.64-65, s.220 ve D 6D E.1986/1326, K.1987/534, T.12.5.1987, DD.68-69, s.441.

olan) bir görevin gerçekleştirilmesi amacıyla kamulaştırma yapılması yoluna gidilmesinde kamu yararı görülmektedir.

Diğer bir ifadeyle;

-hem İdarenin kanuniliği ilkesi ve her İdarenin sadece kanunlarda yer alan görevleri ifa edebilmesi (ve dolayısıyla da, sadece bu görevlerin gerçekleştirilmesi için kamulaştırma yapabilmesi) esası göz ardı edilmekte

-ve hem de, belli bir amaçla yapılan kamulaştırmanın köy kamu tüzelkişiliği açısından kamu yararına uygun (ve açıkça belirtilmese de, «yerinde») olduğu sonucuna varılmaktadır.

dır.

Böylece, günün şartlarına göre güncellenmesi yoluna gidilmemiş bulunan eski tarihli bir kanun içtihatlarla genişletilmiş; daha açık bir anlatımla, bu konuda kanunkoyucu tarafından yapılması gereken görev (işlev), Danıştay tarafından ifa edilmiş (yerine getirilmiş) olmaktadır.

3-d)«Yerindelik denetimi yapılması yasağı» açısından önem taşıyan bazı konular da bulunmaktadır

Denilebilecektir ki, «yerindelik denetimi yapılması yasağı», herşeyden önce ve özellikle, yargısal denetimin;

(1)kolluk faaliyetleri üzerinde veya

(2)kamu yararına uygunluk yönünden

yapılması durumunda önem taşıyor hale gelmektedir.

Çünkü, bu açılardan yürütülen denetim süreci; ister istemez (veya, doğal olarak), «yerindelik alanına müdahale edilmiş olması» ihtimalini de beraberinde getir(ebil)mektedir.

Bu konulara, aşağıda kısaca değinilecektir.

4-«Yerindelik denetimi yapılması yasağı» ve kolluk faaliyetlerine ilişkin olarak yapılan yargısal denetimin özel durumu

Doktrinde; kolluk faaliyetleri üzerinde yapılacak yargısal denetimin, hukukilik denetiminin yanısıra, ister istemez (veya, doğal olarak), yerindelik denetimi niteliğini de taşıyacağı, ifade edilmektedir.

Aynı sonucun, **milli güvenlik** gerekçesiyle alınmış bir idari kararın yargısal denetimi açısından da söz konusu olabileceği, söylenebilecektir.

Bu konuya, biraz aşağıda, «Yerindelik denetimi yasağı» ve *kamu yararına uygunluk* yönünden yapılan yargısal denetimin özel durumu:Yeni gelişmeler ve özel durumlar» başlığı altında değinilecektir.

4-a)Kolluk faaliyetleri üzerinde yapılacak denetimin «yerindelik denetimi» niteliğinde de olacağı yönündeki genel görüş

Doktrinde, İdari Yargı Mercileri açısından öngörülmüş bulunan «yerindelik denetimi yapılması» yasağının özellikle *kolluk faaliyetleri* açısından söz konusu olamayacağı, ifade edilmektedir.

Gerçekten de, örneğin;

-DURAN;

«İdari yargı yerleri, zabıta tedbir ve kararlarını denetleyebilmek için, bunların alınmasını gerektiren durum ve olguları araştırmak ve değerlendirmek zorundadır.

(...) zabıta tedbir ve kararlarının hukuka uygunluğu, yerindelğine sıkı sıkıya bağlıdır.»⁷⁷

-AZRAK;

«...bazan öyle durumlarla karşılaşılır ki, idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının saptanması, ancak o işlemin yerindelğinin incelenmesiyle olanak kazanır. Bu gibi hallerde yargı yerinin, işlemin yerindelğini de incelemesi gerekecektir. Bu gibi durumlarla özellikle kolluk önlemlerinin kişilerin özgürlük alanlarına müdahale etmek suretiyle ortaya çıkardıkları zararlardan dolayı açılan tam yargı davalarında rastlanabilir...»⁷⁸

-ve ÖZAY da;

«Yerindelik denetimi konusuna son vermeden önce hemen vurgulamak gerekir ki, özellikle idari kolluk etkinlikleri alanında “yerindelik denetimi” karşımıza adeta bir zorunluluk olarak çıkmaktadır.

(...)...“yerindelik denetimi” konusunda genel ve soyut bir yasaklama “Hukuk Devleti”nin olmazsa olmaz temeli ve koşulu, yani “İdari Yargı”mn günümüzde anlam ve ulaşması gereken kapsamı ile hiç bir şekilde bağdaşmamaktadır.»⁷⁹

sonucuna varmaktadır.

Görüldüğü üzere, kolluk faaliyetine ilişkin olarak yapılan bir işlemin veya eylemin iptal veya tam yargı davası konusu edildiği hallerde, İdari Yargı Mercii; somut durumun özelliklerini göz önünde tutarak, uyuşmazlık konusu işlem veya eylemin yapılmasının veya yapılacaksa da, doğurduğu sonuçların hukuken doğru (=orantılılık ilkesine uygun) olup olmadığını araştırmak durumunda kalacaktır.

Buna göre;

-kolluk yetkilerine başvurulmasının gerekmediği hallerde veya

-kolluk yaptırımlarının orantılı olmadığı durumlarda

işlem veya eylem de hukuka aykırı kabul edilecektir.

Bu çerçevede yapılacak yargısal denetim, doğal olarak; somut durum karşısında uyuşmazlık konusu işlem ve eylemin yapılmasının «gerekli» olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılmasını da gerektirecektir.

İdari Yargı Mercisinin; dava konusu olaya ilişkin somut olgu ve durumları göz önünde tutarak ve bu olay karşısında alınması gereken önlemlerin niteliğini ve kapsamını araştırmak ve vardığı sonuçları olayda alınmış olan önlemlerle

⁷⁷ Bkz.DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s.261-262.

⁷⁸ Bkz.AZRAK, Ülkü, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, yıl 6, sayı 1-3, İstanbul, 1985, s.27.

⁷⁹ Bkz.ÖZAY, İl Han, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 1, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000, s.308-309.

karşılaştırmak suretiyle yapacağı denetimin ise, ister istemez, yerindelik alanına da girmekte olduğu, *düşünülebilecektir*.

Bu durumda; hukuk sistemimizde yer alan «yerindelik denetimi yapılması» yasağının anlamının, kapsamının ve dolayısıyla da, **uygulanabilirliğinin** tartışma konusu edilmesi gerekebilecektir.

Aşağıda yer alan görüş ise, bu konuya ilişkin tartışmaları ve tereddütleri gereksiz hale getirebilecektir.

4-b)Yapılacak denetimin «hukukilik denetimi» olarak kabul edilebileceği yönündeki farklı görüş

«Hukukilik denetimi» kavramının farklı bir şekilde ele alınması durumunda; kolluk faaliyetlerine ilişkin yargısal denetimin hukukilik denetiminin yanısıra yerindelik denetimini de kapsayacağı yönündeki görüşün yaratabileceği tereddütler ve tartışmalar da sona erebilecektir.

Gerçekten de, «kolluk faaliyetleri ve yargısal denetim» konusunda denilebilecektir ki; İdari Yargı Mercii, kanunlarda öngörülmüş bir görevin ve yetkinin kullanılabilmesi için, yine *kanunlarda öngörülmüş şartların* gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırarak ve bu suretle de, faaliyetin kanuna uygun olup olmadığını belirleyecektir.

«Yerindelik denetimi» yapılmış olması hali; somut olayda başvurulmuş (veya, kullanılmamış) olan kolluk yetkisinin sebep-konu-amaç unsurları açısından denetlenmesi aşamasında gündeme gelebilecektir.

Bilindiği üzere, İdare tarafından yürütülen bütün kolluk faaliyetleri temel hak ve hürriyetlere sınırlamalar getirmektedir. Bu itibarla, kolluk yetkilerine; ancak kanunlarla öngörülen sebeplerin gerçekleşmesi durumunda ve sadece kamu düzenini korumak veya eski hale getirmek amacıyla başvurulabilmektedir. Bu bağlamda, öngörüülecek sonuçların (=önlemlerin, yaptırımların, yasakların veya fiili güç kullanımının) da, kanunda sebep, konu ve amaç unsuruyla ilişkili düzenlemelerle bağlantılı ve uyum içinde olması gerekecektir.

4-b)1)Kolluk faaliyetinin sebep unsuru

Bilindiği üzere, bir idari işlemin yapılmasını gerektiren sebep;

(a)ya sadece bir hukuki işlem,

(b)ya da, hukuki işlemin yanısıra, belli bir maddi olay şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Kolluk yetkilerinin kullanılabilmesi için de, öncelikle; kamu düzeninin korunmasını veya eski hale getirilmesini gerektirecek -kanunlarda öngörülmüş-hallerin (=maddi olguların) doğmuş olması lazımdır.

Diğer bir ifadeyle; kolluk yetkilerine, ancak; kanunlarda belirtilen sebeplerin *varlığı* (=ortaya çıkması) halinde ve o sebepler *devam ettiği* sürece başvurulabilecektir.

İdareye kamu kudreti kullanma yetkisinin verilmiş olmasının *tek nedeni*, kanunkoyucunun belli sebeplerin (hukuki olay veya olguların) ortaya çıkması ihtimalinde kamu düzeninin bozulacağı sonucuna varmış olmasıdır.

Bu itibarla; söz konusu hukuki olgu ve olaylar ortaya çıkmadığı sürece, kolluk yetkilerinin kullanılmasının hukuki bir sebebi ve anlamı da mevcut olmayacak demektir.

Bu durumda, şu sonuca varılabilecektir: *Kanuni sebeplerin gerçekleşmemiş veya varolan sebeplerin ortadan kalkmış olması ihtimali, İdarenin kolluk yetkilerini kullanmaya başlamasını veya kullanmaya devam etmesini engeller nitelikte olacaktır.*

İdari Yargı Mercii de, açılmış olan bir iptal ve/veya tam yargı davasında; yapacağı *hukukilik denetimi sırasında*, kanunda öngörülmüş olan sebeplere uygun davranılmış olup olmadığını araştırmak durumunda kalacaktır.

Bir başka ifadeyle, kolluk makamlarının; «kanunla verilmiş kolluk yetkilerinin kullanılması için yine kanunla öngörülmüş olan sebepler gerçekleşmiştir» yönündeki *değerlendirmesi (takdiri)* hukuka uygunluk denetimine tâbi olacaktır.

Aslına bakılırsa; maddi bir olayın veya olgunun mevcudiyetinin kabul edildiği veya nitelendirilmesi yoluna gidildiği *her olayda*, İdare tarafından yapılmış bir takdir, bir değerlendirme de söz konusu demektir.

Gerçekten de, bir işlemin sebep unsuru içinde –hukuki işlemin yanısıra– bir hukuki olgunun da bulunduğu her halde; o olgunun gerçekleşmiş olup olmadığı yönünde bir değerlendirme de yapılmakta ve bu değerlendirme İdari Yargı Mercii tarafından yargısal denetime tâbi tutulmaktadır.

Çünkü bu takdir; bir hukuk normunun uygulanması sürecinde yapılmış bir «*hukuki değerlendirme*» olarak kabul edilmektedir.

Mesela, İdarenin;

-ilgilinin fiilinin belli bir disiplin suçunu oluşturduğu, örneğin, somut olayda «amire saygısızca davranılması» disiplin suçu içinde mütalaa edilmesi gereken bir hareketin bulunduğu veya

-ücret tarifesine zam yapılması yönündeki yetkinin kullanılmasını gerektiren ekonomik nedenlerin ortaya çıkmış olduğu

yönündeki değerlendirmesi, açılacak idari davalarda, hukuka uygunluk açısından yargısal denetime tâbi olacaktır.

Bu durumda; maddi olgu ve olaylara ilişkin her değerlendirme gibi, kolluk yetkileri kullanılmadan önceki aşamada, «bu yetkilere başvurulmasını gerektirecek sebepler ortaya çıkmıştır» şeklinde yapılmış olan değerlendirme de, yargısal denetim sırasında, hukuka uygunluk açısından ele alınacak ve irdelecektir.

Sonuç olarak denilebilecektir ki; İdarenin kolluk faaliyetinin sebep unsuru çerçevesinde yapmış olduğu bu değerlendirme *hukukilik alanında* kalacak ve bu çerçevede yargısal denetime tâbi olacaktır.

4-b)2)Kolluk faaliyetinin amaç unsuru

4-b)2)a)Kolluk yetkilerine, kamu düzeninin korunması veya bozulan düzenin eski haline getirilmesi amacı dışında kalan bir amaçla başvurulmaktadır.

İdareye kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayacak işlem ve eylemler yapma yetkisinin verilmesinin *tek amacı*, «kamu düzeninin korunması» şeklinde ortaya çıkan *üstün kamu yararadır*.

(a)Bu nedenle; kolluk faaliyetlerinin bu üstün kamu yararı dışında kalan başka kamu yararı (=kamuya yararlı başka sonuçlar elde etmek) için ifa edilmesi «dahî» söz konusu olamayacaktır.

Örneğin, kolluk yetkilerine;

-kamu hizmetlerinin daha kolay/iyi yürütülebilmesi veya

-İdarenin gelirlerinin arttırılması

amacıyla başvurulamayacaktır.

Aksi halde yapılan idari işlem ve eylemler hukuka aykırı kabul edilecektir.

(b)Hukuka aykırılık hali, kamu görevlilerinin kolluk faaliyetinde bulunurken kamu düzenini koruma amacı yerine *kişisel amaçları göz önünde tutması* ihtimalinde *evleviyetle* geçerli olacaktır!

Bu itibarla, kamu görevlilerinin;

-siyasi tercihlerle,

-kendilerine veya yakınlarına menfaat temin etme isteğiyle veya

-kişisel husumet nedeniyle

kolluk yetkilerine başvurması durumunda da hukuka aykırılık hali ortaya çıkacaktır.

4-b)2)b)Kaldı ki, kanunkoyucunun belli bir konuda kolluk yetkisi öngörürken sahip olduğu sebepler, o yetkilerin kullanımını sürecinde sahip olunması gereken *amacı da belirlemiş* olmaktadır.

Örneğin, lokantaların sağlık koşullarına uygunluk açısından denetlenmesini ve bu koşullara uygun olmayan işletmelerin kapatılmasını öngören kanun hükmü; kapatma yönünde alınacak kolluk tedbirinin sebep ve amaç unsurunu da göstermiş olmaktadır.

Kolluk yetkisinin

-sebeb unsuru, «lokantanın sağlık koşullarına uygun olmaması» ve

-amaç unsuru ise, «kamu sağlığının korunması»

dır.

Görüldüğü üzere, kolluk faaliyetinin sebep unsuru amaç unsurunu da bünyesinde barındırmaktadır.

Bu durumda; İdari Yargı Merciiinin kolluk faaliyetinin sebep unsuruna ilişkin olarak yapacağı *hukukilik denetiminin* amaç unsurunu *da* içereceği (içermesi gerekeceği), açıktır.

4-b)3)Kolluk faaliyetinin konu unsuru ve orantılılık ilkesi

Kolluk faaliyetinin kanunlarla belirlenmiş olan sebebi ve amacı; belli bir somut olayda, -«fiili güç kullanımı» da dahil olmak üzere- başvurulabilecek bütün kolluk önlemlerinin, yaptırımlarının ve yasaklarının uyması gereken esasları ve sınırları da ortaya koymaktadır.

4-b)3)a)*Kanunda açık hüküm bulunan haller*

Somut bir olayda hangi tür bir kolluk yetkisinin kullanılacağı (kullanılabileceği), bazı hallerde, bizzat *kanunkoyucu* tarafından belirlenmektedir.

Örneğin, «sağlık koşullarına uygun olmayan lokantaların kapatılması» yönündeki kanuni düzenleme; sebep unsurunun gerçekleşmesi durumunda yapılması *gereken* kolluk yaptırımını da *açıkça* göstermektedir.

Söz konusu hüküm; İdareye, konu unsuru açısından herhangi bir değerlendirme yapma ve takdir yetkisi kullanma imkanı tanımamaktadır.

Bu ihtimalde; konu unsuru açısından yapılacak denetim de, *herhangi bir tereddüte yer vermeyecek şekilde*, «hukukilik denetimi» alanında kalacaktır. Buna göre, konu unsuru; lokantanın kapatılması ihtimalinde, hukuka uygun, bunun dışında kalan, mesela para cezası öngören bir kolluk yaptırımının öngörülmesi durumunda ise, hukuka aykırı olarak kabul edilecektir.

4-b)3)b) Kanunda açık hüküm bulunmayan haller

Belli olgu ve olayların gerçekleşmesi durumunda kullanılacak kolluk yetkilerinin türünün, kapsamının ve ağırlığının *kanunda açıkça belirtilmemiş* olduğu hallerde ise; bu hususlardaki değerlendirmelerin ve seçimlerin İdare tarafından yapılması gerekecektir.

Söz konusu ihtimalde; kolluk yetkileri kanunlarda sayma yoluyla belirlenmekte ve fakat, (a)ne gibi yaptırımların (b)hangi hallerde ve (c)hangi ağırlıkta öngörülebileceği hususunda İdareye takdir yetkisi tanınmaktadır.

İşte, İdare tarafından yapılacak bu değerlendirmelerin ve seçimlerin yargısal denetimi esnasında, «*yerinde denetimi yapıyor olması*» ihtimali de ortaya çıkabilecektir.

4-b)3)b)aa) İdare Hukuku'na⁸⁰ göre; kolluk yetkilerinin kullanılmasında orantılılık (=ölçülülük) ilkesi mevcuttur.

Gerçekten de; kolluk faaliyetiyle uygulanacak yaptırım kamu düzenini bozucu eylem veya olgunun ağırlığıyla orantılı olmalıdır.

Buna göre, kamu düzenini bozucu eylem veya olgunun engellenmesine yetecek kadar yaptırım uygulanmalı, daha fazla yaptırıma başvurulmamalıdır.

Diğer bir ifadeyle, kolluk yetkilerinin kullanılabilmesi için; kamu düzenini bozabilecek veya bozmakta olan bir eylemin veya olgunun mevcut olması yetmeyecek, bunun yanı sıra, bu eylem ve olgu karşısında alınacak kolluk tedbirlerinin tehdit veya tehlikenin ağırlığıyla *orantılı* olması da gerekecektir.

4-b)3)b)bb) İdarenin değerlendirme yapma imkanına sahip olduğu durumlarda; kolluk yetkilerinin gereksiz şekilde ve ölçüde kullanılmasının hukuka aykırılık oluşturduğu, kabul edilmektedir.

Örneğin, Polisin;

-izinsiz gösteri yürüyüşünün dağıtılması sırasında, göstericileri hedef alacak

veya

-kendisinden kaçan bir kişiyi durdurmak amacıyla, onu ağır yaralayacak veya öldürecek

şekilde ateş açması halinde, «aşırı güç» kullanılmış olacaktır.

4-b)3)b)cc) İşte, somut bir olayda belli bir kolluk yetkisinin (=önlemin, yaptırımın veya fiili güç kullanımının) gerekli olmuş olup olmadığı hususunun, bu yetkinin kullanılması sonrasında açılacak bir idari davada ele alınması ve irdelenmesi de bir mecburiyet olarak karşımıza çıkacaktır.

⁸⁰ Bazı hallerde, İdare Hukuku'nda kabul edilmiş olan bu ilkeye kanunlarda *açıkça* yer verilmesi yoluna da gidilebilmektedir.

Örneğin, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16.maddesinde; emniyet güçlerinin asayiş korumak amacıyla başvurabileceği kuvvet kullanma yetkisi, orantılılık ilkesi çerçevesinde belirlenmiş bulunmaktadır.

Mesela, izinsiz gösteri yürüyüşünün dağıtılması örneğinde;

-yürüşçülerden bazılarının ateşli silaha sahip olması ve bunu kullanmaya başlaması ve/veya çevredeki insanların yaşamları açısından ciddi tehlike oluşturacak davranışlar içine girmesi

-ve polis açısından da, ateş açma dışında başka bir önlemin veya yaptırımın yeterli gelmeyeceğinin anlaşılması,

ihtimal dahilinde olabilecektir.

Bu tür bir olgunun ortaya çıkmış olup olmadığı ve somut olgular ile kullanılan güç arasında bir dengenin bulunup bulunmadığı hususlarının, idari davayı görecek İdari Yargı Mercii tarafından da değerlendirilmesi gerekecektir. «Silah kullanılması» olgusunun mevcut durumun taşıdığı özellikler çerçevesinde, *gerekli (ve yerinde)* bir hareket olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, araştırılacaktır.

«Gereklilik» açısından yapılacak denetim ise, «yerinelik alanına müdahale» olarak görülebilecektir.

4-b)3)b)dd) Bununla birlikte, yargısal denetimin bu tür bir denetimi de kapsamaması **şarttır**.

Nitekim, yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, doktrinde; bu gibi hallerde yerinelik denetimi yapıldığı ve fakat, bu durumun da, hem gerekli ve hem de kaçınılmaz olduğu, ifade edilmektedir.

İdari Yargı Mercii'nin, kolluk faaliyetinden doğmuş olan iptal veya tam yargı davasını, bu husus hakkında karar vermeden sonuçlandırabilmesi, -istisnai durumlar dışında esas itibariyle- mümkün olamayacaktır.

Bir başka ifadeyle; «kolluk yetkisinin somut olayda gerekli olup olmadığı veya gerekli sayılsa bile, ölçülü şekilde kullanılmış sayılıp sayılamayacağı» konusu, -yetki ve şekil unsurlarına ilişkin istisnai hukuka aykırılık halleri bir yana bırakılırsa- açılacak idari davaların *«temel hukuki sorununu»* oluşturacaktır.

Gerçekten de, denilebilecektir ki; kolluk tedbir ve kararlarının yargısal denetimi, *ancak*, somut olayda bunların alınmasını gerektiren durum ve olguların araştırılması ve *değerlendirilmesi* ve dolayısıyla da, bunların kamu düzeninin korunması için *zorunlu ve yerinde* olup olmadıklarının tespit edilmesi halinde *mümkün olabilecektir*.

Bu itibarla, hukuk sistemimizde öngörülmüş olan «yerinelik denetimi yapılması yasağı»; kolluk faaliyetlerinden bazılarının gereği gibi yargısal denetime tâbi tutulabilmesini **imkansız** hale getirebilecek bir anlama sahip bulunmaktadır.

4-b)3)b)ee)Halbuki, Anayasa'nın 125.maddesinde ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun da 2.maddesinde yer alan bütün hükümler birlikte incelendiğinde, denilebilecektir ki; bu maddelerde yer alan «yerinelik denetimi yapılması yasağı»nın öngörülüş amacı, «hukukilik denetimini aşan bir denetimi engellemek»tir.

Kolluk faaliyetinde ise; dava konusu edilmiş somut uyuşmazlıkta söz konusu olan kolluk faaliyetinin kanunkoyucunun İdareye kolluk yetkisini veriş amacına (yani kanuna) uygun kullanılıp kullanılmadığı araştırılmaktadır. Bu itibarla, bu faaliyetlerde söz konusu olacak denetimin de *«yerinelik denetimini*

içermeyen bir hukuka uygunluk denetimi» niteliğini taşıyacağı, sonucuna varılabilecektir.

Diğer taraftan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve durdurulması konularında Anayasa'nın 13 ve 15 nci maddelerinde kanunkoyucu için öngörülmüş olan «orantılılık ilkesine uygun düzenleme yapma» yükümlülüğü ve bu konuda yapılacak yargı denetimi de; her biri temel hak ve özgürlüklerle ilişkili olan ve -kanunlar çerçevesinde- bu özgürlükleri düzenleyen ve sınırlayan kolluk faaliyetleri ve bu faaliyetler üzerindeki yargısal denetim açısından yol gösterici olabilecektir.

4-b)3)c)Anayasa'nın 13 ve 15 nci maddelerinde yer alan düzenlemelerin İdare Yargılamaya Hukuku açısından değerlendirilmesi

Anayasa'nın 13 ve 15 nci maddelerinde kanunkoyucu açısından öngörülmüş olan «orantılılık (ölçülülük) ilkesine uygun düzenleme yapma» yükümlülüğü, İdarenin yürüttüğü kolluk faaliyetleri üzerinde yapılacak yargısal denetim açısından bazı sonuçlara varılmasını sağlayabilecek nitelikte görülmektedir.

4-b)3)c)aa)Anayasa'nın 13.maddesi

Anayasa'nın 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla değişik 13. maddesinde yer alan;

«Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve *ölçülülük ilkesine* aykırı olamaz.»

şeklindeki hüküm, kanunkoyucunun sebep, konu ve amaç açısından sınırlandırılmış olduğunun altını çizmektedir.

(1)Sebeup unsuru:

Bu hükme göre; kanunkoyucunun, bir temel hak ve özgürlüğü Anayasa'da belirtilen sınırlama sebepleri dışında bir sebeple sınırlandırma yoluna gitmesi mümkün olamayacaktır.

(2)Konu unsuru 1:

Kanunla öngörülecek olan sınırlama, herhalükarda, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırılık oluşturacak herhangi bir sonuç içermeyecektir.

(3)Amaç unsuru:

Kanunla öngörülecek sınırlama, ancak, Anayasa'daki sınırlama sebeplerini gerçekleştirmek *amacıyla* getirilmiş olabilecektir.

(4)Konu unsuru 2:

Diğer taraftan; madem ki sınırlama kuralı ile Anayasa'da belirtilen sebepler ve dolayısıyla da amaçlar arasında mutlak bir ilişki vardır, bu durumda, getirilecek her sınırlama da bu amaçları gerçekleştirecek *ölçüde* olmalıdır.

Bir başka ifadeyle, sınırlamalar ile öngörülen sonuçlar; ne amacı gerçekleştirmede yetersiz kalmalı, -ve daha da önemlisi- ne de bu amacı gerçekleştirmeye yetecek kadardan fazla olmalıdır.

Bu yüzden, kanunkoyucunun; dikkate aldığı sebep ile getireceği sınırlama arasında uygun bir oran olmasını gözetme yükümlülüğü de bulunmalıdır.

Aksi halde; hem «sınırlama-sebeep-amaç ilişkisi» bozulabilecek, hem de, demokratik toplum düzeninin gerekleri dışına çıkmış olunabilecektir.

Nitekim, 13.maddede 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte Anayasa metni içine sokulan ve bir temel hak ve özgürlük için getirilecek sınırlamanın «ölçülülük ilkesi»ne aykırı olmayacağını belirten hüküm de, yukarıda *işin mantığından hareketle kurulan* «sebeep-orantılılık» ilişkisinin teyidinden (ve Anayasa metnine açıkça dahil edilmesi suretiyle güvence altına alınmasından) başka bir anlama gelmemektedir.

Görüldüğü üzere, temel hak ve özgürlükler hakkında sınırlamalar öngörececek olan kanunkoyucu; Anayasa'da kanunun (a)sebebi, (b)-orantılılık ilkesi de dahil olmak üzere- konusu ve (c)amacı açılarından öngörülmüş olan esaslara uymak durumunda kalacaktır.

4-b)3)c)bb)Anayasa'nın 15.maddesi

Aynı şekilde; Anayasanın 15.maddesinin birinci fıkrasında da;

«Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.»

kuralı yer almaktadır.

Böylece, kanunkoyucu, olağanüstü hallerde «bile»; hak ve özgürlüklerin kullanılmasını durduracak kurallar öngörürken, «durumun gerektirdiği ölçü»yle, yani orantılılık ilkesiyle sınırlandırılmış bulunmaktadır.

4-b)3)c)cc)Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak yargısal denetim

4-b)3)c)cc)aaa)Anayasa Mahkemesi, bir temel hak ve hürriyeti düzenleyen ve/veya sınırlandıran her kanun hükmünün yargısal denetimini yaparken, öncelikle; Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler rejimine ilişkin *temel esasları* belirten düzenlemelerine, yani 13 ve 15.maddelerine aykırılık oluşturan bir durumun bulunup bulunmadığına bakacaktır.

Bu bağlamda, Mahkeme, kanunla öngörülen sınırlamaların orantılılık ilkesine uygun olup olmadığını da irdelenecek ve dolayısıyla da;

-kanunkoyucunun amacı (=kanunla korunmak veya engellenmek istenen husus) ve kanunun yarattığı sonuç

ile

-bir hukuk devletinde geçerli olan, «temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmaması yönündeki genel yarar»

arasında bir karşılaştırma yapacak ve kanunkoyucunun tercih ettiği sınırlama şeklinin amaca ve temel hak ve özgürlükler rejimine uygun düşüp düşmediğini araştıracaktır.

Kanunkoyucunun amacını, diğer bir ifadeyle, korunmak veya engellenmek istenen hususun *niteliğini ve önemini* dikkate alacak ve sınırlama miktarının ve usulünün *gerekli ve yeterli (=ölçülü)* olup olmadığını takdir edecektir.⁸¹

⁸¹ Diğer bir ifadeyle, Yüksek Mahkeme; sınırlandırma ile elde edilecek yarar ile «hak ve özgürlüğün sınırlandırılmaması»nın yaratacağı yarar arasında bir **tercih** yapacaktır.

4-b)3)c)cc)bbb)Görüldüğü üzere; kanunkoyucunun «orantılılık ilkesi»ne uygun hareket edip etmediği hususu Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetiminin kapsamı içinde bulunmaktadır.

Daha açık bir ifadeyle; söz konusu ilke, -«yerindelik» alanında değil- **«hukuk» alanı içinde** kalmaktadır.

Aslına bakılırsa, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da, bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Aksi yönde bir düşünce ise; (a)hem Anayasa'mn 13 ve 15.maddesini hukuk normu olmaktan çıkartıp «direktif hükmü» haline getirecek, (b)ve hem de temel hak ve hürriyetlerin korunması amacını bünyesinde barındıran hukuk devleti ilkesine aykırı sonuçların doğmasına kapı aralayacaktır.

4-b)3)c)cc)ccc)Sonuç olarak denilebilecektir ki;

-Anayasa'mn 13 ve 15.maddeleri ve bunların düzenlediği orantılılık ilkesi, yasama faaliyetinin anayasal (=hukuki) sınırlarından birisini oluşturmakta,⁸²

-bu nedenle, yerindelik alanına girmeyip «hukuka uygunluk denetimi»ne tâbi olmaktadır.

Bu itibarla, belli bir konuda «ölçülülük ilkesi»ne *uyulmamış* olduğu yönünde Mahkeme tarafından yapılan değerlendirme; ister istemez, sahip olunan amaçta veya öngörülen sınırlandırma şeklinde korunmaya değer bir yararın bulunmadığı anlamına da gelecektir. Mahkeme; kanunkoyucunun sınırlama sebeplerini ve şeklini belirlerken (=bu yönde bir tercihte bulunurken) kamu yararına uygun davranmadığı sonucuna varmaktadır.

Çünkü, *eğer* korunmak veya bertaraf edilmek istenen husus (=kanunkoyucunun amacı) «daha fazla önemli veya acil» olsa *idi*, kanunla öngörülen sonuç da -Mahkeme tarafından- kamu yararına hizmet ediyor sayılacak *idi*

⁸² Anayasa'nın «**Vergi Ödevi**» başlıklı 73.maddesinin de bu bağlamda hatırlatılması gerekecektir.

Söz konusu maddeye göre;

-vergi ödeme yükümlülüğü «mali güce göre» düzenlenecek ve

-vergi yükünün «adaletli ve dengeli dağıtılması» sağlanacak

tır.

Görüldüğü üzere, vergi yükümlülüğü ile ilgilinin mali gücü arasında bir dengenin, yani *adil bir oranın* bulunması da gerekecektir.

Mali gücü dikkate almayan aşırı vergi yükleri, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilecektir.

Bir başka ifadeyle, Yüksek Mahkeme; vergi ve benzeri yükümlülükleri düzenleyen kanunlarını yargısal denetimi sırasında, orantılılık açısından da denetim yapmak zorunda kalacaktır.

Bu durumda, orantılılık ilkesi; vergi ve benzeri yükümlülükler açısından *da* «hukuk» alanı içinde kalacaktır.

Aslına bakılırsa; vergi ve benzeri yükümlülüklerin mülkiyet ve özel teşebbüs hürriyetiyle olan bağlantısı, doğal olarak, Anayasa'nın 13.maddesindeki orantılılık ilkesinin bu yükümlülükler açısından da söz konusu olmasını gerektirmektedir.

4-b)3)c)dd)İdari Yargılama Usulü Hukuku açısından varılabilecek sonuç

4-b)3)c)dd)aaa)Yukarıda yapılmış olan açıklamalardan da anlaşılabilirceği üzere, Anayasa Hukuku'nda; «orantılılık ilkesine uygun davranılmış olup olmadığı» hususu «hukuk» alanında kalmakta ve bunun sonucu olarak da, Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tâbi olmaktadır.

Bu durumda, denilebilecektir ki; Anayasa Mahkemesi yargıcı açısından «hukukilik denetimi»ne dahil sayılan «orantılı şekilde davranılmış olup olunmadığının araştırılması ameliyesi»nin İdari Yargı yargıcı için «yerindelik denetimi» kapsamı içinde kalacağını söyleyebiliriz, herşeyden önce, hukuk mantığıyla bağdaşmayacaktır.

Gerçekten de, her iki yargılamanın da (a)kamu hukuku kuralları çerçevesinde yapıldığı ve (b)Devlet görevlerinin yürütülüş şekli ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması esasına ve bu konularda ortaya çıkan/çıkacak olan zararlara ilişkin olduğu göz önünde tutulduğunda; benzer konularda yapılacak olan yargılama faaliyetinin Anayasa Yargısı'nda «hukuk», İdari Yargı'da ise «yerindelik» alanında kaldığının düşünülmesi, doğru ve tutarlı bir yaklaşım olarak kabul edilememelidir.

Her iki yargı düzeni açısından bir *farkın* bulunduğu da belirtilmelidir: Anayasa'da, orantılılık ilkesi sadece kanunlar açısından düzenlemiştir.

Denilebilecektir ki, Anayasa'da idari işlem ve eylemler açısından herhangi bir düzenleme yapılması yoluna gidilmemiş olması, *İdare Hukuku'nun bir «içtihat hukuku» olma özelliğinin* bir sonucudur veya bu özellikle «bağdaşabilecek» (veya «açıklanabilecek») bir husustur.

Nitekim, kolluk yetkilerinde ölçülülük ilkesi, *güvenlik güçlerinin tâbi oldukları kanunlarda açıkça öngörülmüş olsun veya olmasın*, uzun yıllardan beri, Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiş ve uygulanmış bulunmaktadır.

4-b)3)c)dd)bbb)Ayrıca; orantılılık ilkesinin İdari Yargı'da söz konusu olan denetimde «yerindelik» kapsamında kabul edilmesi, **İdari Yargı'nın varlık nedeni (=işlevi)** ile de bağdaşmayacaktır.

Daha önce de açıklanmış olduğu üzere; İdari Yargı'nın birincil işlevi, «İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak ve bu suretle de, hukuk devleti ilkesini korumak»dır.

Bu durumda, herbiri *belli bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandıran ve/veya onun kullanılabilmesini sağlayan* kolluk işlem ve eylemlerinin orantılılık ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığının İdari Yargı Mercii tarafından araştırılmayacağını düşünmek, biraz yukarıda ÖZAY'm da belirttiği üzere, hem İdari Yargı'nın varlık amacına ve hem de hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyecektir.

Denilebilecektir ki, İdari Yargı Mercilerine *gerçekte yasaklanmış olan faaliyet*; hukuka uygun bir kararın idari gereklere göre yerinde olup olmadığını araştırılması, örneğin, bir okul yapmaya karar veren İdarenin bu amaçla belirlediği yerin, bu belirleme işlemi mevzuata uygun olmasına rağmen, başka bir yerle karşılaştırılması ve diğer yerin idari gereklere göre okul yapmak için daha uygun olduğu sonucuna varılmasıdır.

Ama eğer, okul yeri seçiminde bazı kanuni sınırlamalar bulunmakta ise, örneğin, «okulların otoyollara yeteri derecede uzak olması» şartı sözkonusu ise,

bu durumda, kanundaki bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması için, yer seçimine ilişkin tercihin yargısal denetiminin yapılması da gerekecektir.

4-b)3d) Sonuç

Bütün bu açıklamalarından sonra denilebilecektir ki; İdari Yargı Mercii'nin davaları sonuçlandırmak suretiyle yerine getirdiği «hukuku söyleme» ve «İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlama» işlevi, orantılılık ilkesine aykırı davranılmış olup olmadığının araştırılması ve belirlenmesi hususunu **da içermektedir**.

Diğer bir ifadeyle, orantılılık ilkesine uygunluk açısından yapılan yargılama faaliyeti «yerindelik denetimi» kapsamında kabul **edilmemelidir**.

4-c) Sonuç

Yukarıda yer alan bütün bu açıklamalar çerçevesinde, kolluk faaliyetlerine ilişkin yargısal denetimin yerindelik alanına müdahale **etmediği** sonucuna varılabilecektir:

(1)İdari Yargı Mercii'nin kolluk faaliyetinin *sebep ve amaç unsuru* üzerinde yaptıkları denetim -çok bariz bir şekilde- «hukukilik denetimi» niteliğini taşımaktadır.

(2)Kolluk faaliyetinin *konu unsuru* üzerinde yapılan yargısal denetimde ise;

(a)ne tür bir kolluk yetkisinin kullanılacağına bizzat *kanunkoyucu* tarafından belirlenmiş olduğu hallerde, «hukuka uygunluk denetimi yapılmakta olduğu» rahatlıkla söylenebilecek

(b)kolluk yetkilerinin türü, kapsamı ve ağırlığı açılarından kanunlarla İdareye takdir yetkisi verilmiş olduğu hallerde ise, orantılılık ilkesi çerçevesinde yapılan incelemenin (de) hukukilik alanında kaldığı, düşünülebilecek

tir.

5-«Yerindelik denetimi yapılması yasağı» ve kamu yararına uygunluk yönünden yapılan yargısal denetimin özel durumu:Genel olarak

5-a)Giriş

5-a)1)Kamu yararı kavramı

«Kamu yararı» kavramının;

doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde toplumun genelinin menfaatlerine uygun olan ve bu nedenle de, öncelikli olarak korunmasında veya tercih edilmesinde gereklilik görülen «üstün yarar»ı

ifade ettiği, söylenebilecektir.

5-a)2)Kamu yararı kavramı İdari Yargı Mercii'nin yargısal denetim alanını genişletici bir etkiye sahip olmaktadır

5-a)2a)Yukarıda yer alan tanımdan da anlaşılacağı üzere; her hukuki kavram gibi, kamu yararı kavramı da, içi boş bir hukuki kavramdır. Neyin kamu yararına uygun, neyinse aykırı olduğunu gösterecek ve açıklayacak herhangi bir bilgi içermemektedir.

Bu durumda; İdarenin bütün işlem ve eylemlerinin kamu yararına uygun olması gerektiği yönündeki İdare Hukuku ilkesi ve bu ilke doğrultusunda idari işlemin amaç unsuru üzerinde yürütülen yargısal denetim;⁸³

-yargı denetimine tâbi olan alanı *genişleten*

-ve bu bağlamda, «yerindelik denetimi yapılması yasağı»nın kapsamını ve sınırlarını *belirsizleştiren*

bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten de, İdarenin işlem ve eylemlerinin mevcut pozitif hukukun yanısıra kamu yararına da uygun düşüp düşmediğinin araştırılması ve denetlenmesi, yerindelik denetimi yapılması anlamına da gelebilecektir.

Çünkü;

(1)«toplumun genelinin menfaati ne yöndedir ve toplum açısından yarar taşıyan bir çok husus arasında öncelik sırası nasıl yapılmalıdır?» ve

(2)«somut uyuşmazlıkta, İdarenin sahip olduğu amaç veya yarattığı sonuç toplumun öncelikle korunması gereken üstün yararına hizmet etmekte midir?»

sorularının sorulması ve bunlara belli bir cevap verilmeye çalışılması, dava konusu işlemin yerindeliliğinin de irdelenmesi sonucunu beraberinde getirebilecektir.

5-a)2)b)Ayrıca, hatırlatılması ve vurgulanması da gerekmektedir ki; İdarenin bütün işlem ve eylemlerinin kamu yararına uygun olması gerektiği yönündeki İdare Hukuku ilkesi karşısında; kamu yararına uygunluk açısından yargılama yapılabilmesi için, *kamu yararı kavramının muhakkak kanunda yer almış olması da gerekmeyecektir.*

Dava konusu idari işlem veya eylemin ilgili olduğu kanunda kamu yararı kavramı açıkça geçmese dahi, ki genelde geçmeyecektir, İdari Yargı Mercii; idari işlemin sebep, konu ve amaç unsurlarını irdelerken, kamu yararına uygunluk denetimi yapma yoluna da gidecektir.

5-a)2)c)Diğer taraftan, kamu yararı konusuna ilişkin tespit ve değerlendirmeler, **sübjektif bir nitelik** de taşıyabilecektir.

⁸³ «İdari işlemlerin kamu yararına uygunluk açısından yargısal denetime tâbi tutulması» yönündeki İdare Hukuku ilkesi; Danıştay'ın ötedenberi bu ilke doğrultusunda vermiş olduğu kararlar çerçevesinde ortaya çıkan içtihatlar karşısında, bugün artık, *tartışma konusu dahi edilmemektedir.*

Özellikle takdir yetkisinin kullanılmasından doğan uyuşmazlıklarda, yargısal denetim, kamu yararına uygunluk açısından da yürütülmektedir.

Diğer taraftan; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun iptal davasının tanımını yapan 2.maddesinde yer alan «İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan...» ifadesi de, idari işlemler üzerinde yürütülen amaç unsuru denetiminin pozitif kaynağını oluşturmaktadır.

Kanunkoyucu, idari işlemin bütün unsurlarının ve dolayısıyla da, amaç unsurunun sahip olduğu anlamın, kapsamın ve sınırların belirlenmesi ameliyesini İdari Yargı Merciiine bırakmış bulunmaktadır.

Gerçekten de; İdari Yargı hakiminin «kamunun yararı» konusunda sahip olduğu *kişisel* değerlendirmeler ve tespitler de, dava sonunda varılacak sonucu doğrudan doğruya etkileyebilecektir.

Bununla birlikte, bu, «sübjektif davranılması» riskinin; hakim tarafından yürütülen irdeleme ve değerlendirme sürecinde (a) hukuk sistemine egemen olan ilke ve esaslar ile (b) bilimsel ve teknik hususların ve gereklerin gözönünde tutulması ihtimalinde, azalacağı veya ortadan kalkacağı da düşünülebilecektir.⁸⁴

5-a)3) Kamu yararı kavramının içine dahil edilebilecek olan diğer başka bazı hukuki kavramlar da bulunmaktadır

5-a)3)a) İçeriği ve kapsamı tam olarak belirlenemeyen «kamu yararı» kavramının diğer bazı hukuki kavramları da içermekte olduğu söylenebilecektir.

Gerçekten de, Anayasa'da; sadece kamu yararı kavramına değil, ama bu kavramla ilgili olabilecek başka bazı kavramlara da yer verilmiş bulunmaktadır.

Örneğin;

- «genel menfaat», «toplum yararı» «toplum yararları ve gerekleri»,
- «ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alan», «milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaç», «ülkenin ekonomik durumu», «ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınma», «ülke ekonomisinin yararı»,
- «kamu düzeni» (ve -İdare Hukuku ilkeleri uyarınca- aslında bu kavramın içinde yer alan «kamu güvenliği», «genel sağlık», «genel ahlak» ve «sağlıklı çevre» kavramı),
- «milli güvenlik»,
- «hür demokrasi düzeni»,
- «Türk milli menfaatleri» veya
- «adalet ilkesi».

Bu kavramların da, gerçekte; toplumun belli bir konuda sahip olduğu menfaati (=belli bir konuya ilişkin korunmaya değer üstün yararını) ifade ettiği düşünülebilecektir.

Nitekim;

- «genel menfaat» veya «toplum yararı» kavramlarının gerçekte kamu yararı kavramını ifade ettiği ve
- ülke ekonomisi, milli güvenlik ve kamu düzeni başta olmak üzere diğer bütün kavramların korunmasında da kamunun yararı (ve beklentisi) bulunduğu söylenebilecektir.

Bu durumda, «kamu yararı» kavramının hepsini içeren daha üst ve genel bir kavram olduğu sonucuna varılabilecektir.

5-a)3)b) Bütün bu kavramlar da, İdarenin idari işlem ve eylemine dayanak oluşturan kanuni düzenlemelerde (veya, Anayasa'mn doğrudan doğruya uygulanan hükümlerinde)⁸⁵ öngörülmüş olması şartıyla,⁸⁶ İdari Yargı hakimi-

⁸⁴ Bu konuda, biraz aşağıda, «İdari Yargı Mercilerinin keyfi şekilde veya tamamen bir idari makam gibi kararlar vermesi veya bu yönde bir hissin ortaya çıkması riski» başlığı altında yapılan açıklamalara da bakınız.

⁸⁵ Mesela, «vergide adalet ilkesi»ni öngören Anayasa'mn 73.maddesinde...

nin irdeleme ve değerlendirme yapma imkanını (ve, görevini) beraberinde getirecektir.

Bu bağlamda, mesela; milli ekonominin gerekleri çerçevesinde kullanılmış bir takdir yetkisi, bu gereklere uygunluk açısından yargısal denetime tâbi tutulacaktır.

Yargısal denetim sonucunda; milli ekonominin gereklerinin ne olduğu ve neyin milli ekonominin gereklerine uygun düştüğü hususu, gerçekte, hakim tarafından irdelenmiş ve belirlenmiş olacaktır.

5-a)4)Sonuç

Bütün bu açıklamalardan da anlaşılabilceği üzere; kamu yararı kavramının kapsamının taşıdığı belirsizlik hali ve diğer birçok hukuki kavramın onun içine dahil edilebiliyor olduğu gerçeği, İdari Yargı hakiminin kamu yararına uygunluk yönünde yapacağı yargısal denetimin kapsamını ve dolayısıyla da, önemini ciddi şekilde arttırmaktadır.

Çünkü; *aksi yönde açık ve net kanuni düzenlemeler bulunmadığı sürece*,⁸⁷ bütün idari işlem ve eylemler; bu, içeriği çok belirsiz ve geniş olan, kamu yararı kavramına uygunluk açısından yargısal denetime tâbi tutulacak demektir.

5-b)İdari Yargı'nın kamu yararı açısından yargısal denetim yapabilmesini gerektiren sebepler

İdare Hukuku'nda, idari işlem ve eylemlerin kamu yararına uygunluk açısından yargısal denetime tâbi tutulabileceği, kabul edilmektedir.

Bu, gerek doktrinde ve gerekse İdari Yargı Mercilerinin kararlarında kabul gören esasın temelinde aşağıda ifade edilen hususların yattığı, söylenebilecektir.

5-b)1)Kamu yararı tercihleri ile İdari Yargı'nın işlevi arasındaki ilişki bulunmaktadır

5-b)1)a)Biraz yukarıda, İdari Yargı'nın, «hukuku söyleme» fonksiyonunun yanısıra, «İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlama» şeklinde ortaya çıkan bir ek işlevinin daha bulunduğu, açıklanmış idi.

Bu bağlamda, İdari Yargı açısından **bir başka ek işlevin** daha düşünülebilmesi mümkün gözükmektedir: **Anayasakoyucu ve kanunkoyucunun yapmış olduğu tercihlerin (=kamu yararı tercihlerinin) uygulamaya geçirilebilmesini veya korunabilmesini sağlamak.**

5-b)1)b)Her hukuk kuralı (ve dolayısıyla da, anayasa ve kanun hükmü), aslında, o kuralı koyan hukuk kişinin (mesela, anayasakoyucunun veya kanunkoyucunun) yapmış olduğu bir *tercihi* ifade etmektedir.

⁸⁶ Ve hatta, bazan, **bu şarta da gerek olmadan...**

Kamu yararı kavramına uygunluk denetimi için açık kanuni düzenlemeye ihtiyaç duymayan İdari Yargı Mercii; bu kavramlardan birisini, ilgili kanunlarda yer almıyor olmasına rağmen, *kamu yararı kavramının içine dahil etme* ve bu suretle de, yargısal denetime tâbi tutma yoluna gidebilecektir.

⁸⁷ *Açık ve net kanuni düzenlemeler* İdarenin yanısıra- İdari Yargı hakimini de bağlayacak anlama ve güce sahip olacaktır.

Bu konuda, biraz aşağıda yapılacak olan açıklamalara bakınız.

Gerçekten de, söz konusu düzenlemeler; belli bir esasın, usulün, hakkın, yasağın veya müessesenin öngörülmesinde yarar görüldüğü için yapılmış bulunmaktadır.

İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince kanunlar çerçevesinde faaliyet yürüten ve kendisine yine kanunlar tarafından verilmiş olan görevleri ifa eden İdare de; Anayasa'da yer alan tercihlere (=kamu yararı tespitlerine) ve bu tercihlerin uygulamaya geçirilmesi amacıyla çıkartılmış bulunan kanunlara uygun faaliyette bulunmak zorundadır.

Bu durumda; İdarenin kanunlarla (ve Anayasa'yla) öngörülmüş olan tercihlere (somut kamu yararı tercihlerine) uygun faaliyette bulunup bulunmadığının, diğer bir ifadeyle, kanunlarda yer alan kamu yararı tercihlerinin somutlaştırması için kendisine yine kanunlarla verilmiş olan görevleri gereği gibi ifa edip etmediğinin Yargı Organı tarafından denetlenmesi de gerekecektir.

Nitekim, anayasakoyucunun İdari Yargı Mercii Anayasa'da öngörmüş olmasının altında yatan nedenler arasında, bu amaç da yer almaktadır.⁸⁸

Diğer bir ifadeyle, İdari Yargı'nın Anayasa'da düzenlenmiş bulunması ve -Anayasa'da kabul edilmiş bir kaç istisna dışında- bütün idari faaliyetler için yargısal denetim usulünün öngörülmüş olması hali; kanunlardaki kamu yararı tespitlerini uygulamaya geçirmek ve bu nedenle de, bütün faaliyetlerini kanunlarla belirlenmiş kamu yararı tercihlerine uygun olarak yürütmek durumunda olan İdarenin «gerçekten» kamu yararına uygun davranıp davranmadığı açısından İdari Yargı tarafından denetime tâbi tutulmasını hem mümkün ve hem de gerekli kılmaktadır.

Aksi yönde bir düşünce, anayasakoyucu ve kanunkoyucu tarafından yapılan kamu yararı tercihlerinin uygulamaya geçmeyip kağıt üzerinde kalması sonucunu da beraberinde getirecektir.

Çünkü, söz konusu tercihlerin önemli bir kısmı, ancak İdare tarafından yürütülen idari faaliyetlerle uygulamaya geçiril(ebil)mektedir.

Görüldüğü üzere, «idari faaliyetlerin kamu yararına uygunluk açısından denetlenmesi», İdari Yargı'nın varlık nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.

5-b)2)«Kamu yararı» hukuki bir kavramdır

Yukarıda da açıklanmış olduğu üzere, idari faaliyetlerin kamu yararına uygunluk açısından yargısal denetime tâbi tutulması, İdari Yargı'nın işlevinin bir gereğini (ve doğal sonucunu) oluşturmaktadır.

Öncelikle kabul edilmesi gerekmektedir ki; kamu yararı kavramı, yani, neyin kamunun yararına uygun düşeceğinin tespiti ameliyesi, özünde, bazı *siyasi yaklaşımları ve tercihleri* de barındırmaktadır.

Bununla birlikte, denilebilecektir ki; «kamu yararı» kavramı sadece siyasi bir nitelik de taşımamaktadır. O, aynı zamanda, hukuki bir kavram olarak da karşımıza çıkmaktadır.

Bu itibarla; «kamu yararı kavramının hukuki bir nitelik taşımakta olması» hali *de*, İdari Yargı'nın kamu yararına uygunluk açısından yargısal denetim yapabilmesini gerektiren veya buna imkan sağlayan bir husus olarak kabul edilebilecektir.

5-b)2)a)Gerçekten de, söz konusu kavram, herşeyden önce, kanunkoyucu açısından «hukuki sebep» niteliğini taşımaktadır.

⁸⁸ Bir diğer amaç ise; «temel hak ve hürriyetler rejiminin etkin bir şekilde korunmasının sağlanmasıdır...

Çünkü;

-Anayasa'mn öngörmüş olduğu sosyal hukuk devleti ilkesi (md.2) ve Devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin düzenlemeleri (md.5)
ve

-yine Anayasa'mn hem «kamu yararı» kavramını veya bu kavram içine dahil edilebilecek olan diğer bazı kavramları içeren hükümleri,

-en geniş tarifıyla- «*kamu yararına aykırılık oluşturacak bir amacın ve sonucun* kamusal faaliyetlerde yer almasını veya ortaya çıkmasını engelleyecek bir anlama ve güce de sahip olmaktadır.

Bu tür bir amaca sahip olduğu hüküm altına alınmış olan bir devletin *ve o devlet adına faaliyette bulunanların*, kamu yararı dışında bir amacı gözetmesi de mümkün sayılmamalıdır.

5-b)2)b)Kamusal faaliyetler için geçerli olan bu «amaç (ve sonuç) sınırlaması», -tıpkı kanunkoyucu gibi- Devlet adına faaliyette bulunmakta olan **İdare için de** geçerli olacaktır.

İdare ve onun adına işlem ve eylemler yapan kamu görevlileri de, kamu yararına aykırı bir amaç taşımayacak veya kamu yararına aykırı sonuçların doğmasına neden olmayacaktır.

Söz konusu esas *güvence altına alacak olan husus* ise, bu konularda yargısal denetim yapılacak olmasıdır.

Gerçekten de, kamu yararı üzerinde bir yargısal denetim yapılması ihtimalinde ve ancak bu ihtimalde,⁸⁹ «idari faaliyetlerin kamu yararına aykırılık oluşturması» riskinin bertaraf edilmesi mümkün olabilecektir.

5-b)3)İdari Yargı Merciiinin kamu yararına uygunluk denetimi yapabilmesine imkan tanıyacak hukuki düzenlemelerin öngörülmesi yoluna gidilmiştir

İdari Yargı Merciiinin kamu yararına uygunluk açısından yargısal denetim yapmasını gerektirecek veya buna imkan sağlayacak bazı anayasal ve kanuni düzenlemeler de bulunmaktadır.

⁸⁹ İdarenin ve onun adına faaliyette bulunan kamu görevlilerinin hukuka uygun davranmasını sağlayacak tek mekanizmanın Yargı Organı olmadığı da açıktır.

Tamamiyle kendi çıkarları veya uluslararası dengeler doğrultusunda harekete geçebilecek veya tavır alabilecek olan yabancı ülkelerin veya uluslararası/uluslarüstü kuruluşların yaratabileceği baskı bir yana bırakılırsa, denilebilecektir ki; Yargı Organı dışında akla gelebilecek iki temel mekanizma bulunmaktadır: **İdarenin iç denetimi ve kamuoyu.**

Bununla birlikte;

-İdarenin politize olmuş olduğu veya kamu görevlilerinin çıkar ilişkileri içine girmiş bulunduğu durumlarda, İdarenin iç denetim mekanizmaları gerektiği gibi işleme(yebile)cek;

-bilinçli ve hukuka saygılı bir kamuoyunun mevcut olmadığı toplumlarda ise, kamuoyunun İdare üzerinde etkin şekilde bir baskı kurabilmesi mümkün ol(a)mayacaktır.

Bu tür, siyasi ve toplumsal açıdan çağdaş bir görünüm arzetmeyen ülkelerde; sağlıklı (ve hatta, yetersiz sonuçlar içeren) bir olgu ortaya çıkabilmektedir: *Yargı Organı'nın «tek ve son çare» haline gelmesi.*

5-b)3)a) Herşeyden önce, hatırlatılması ve vurgulanması gerekmektedir ki, 1982 Anayasası ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hazırlanırken; Danıştay tarafından uzun yıllardan beri içtihatlarla kabul edilmiş ve uygulanmış bulunan (ve ayrıca, idari yargılama usulü kanunlarına da «maksat unsuru» adı altında zimnen geçirilmiş olan)⁹⁰ «kamu yararına uygunluk denetimi»ni **engelleyecek** herhangi bir açık anayasal veya kanuni düzenleme öngörülmesi yoluna gidilmemiştir.

Denilebilecektir ki; kemikleşmiş ve artık İdare Hukuku'nda tartışma konusu yapılmayan bu yöndeki esas ve içtihat, dolaylı olarak da olsa, anayasakoyucu ve kanunkoyucu tarafından *da* kabul görmüş olmaktadır.

5-b)3)b) Anayasa'nın «**Devletin temel amaç ve görevleri**» başlıklı 5.maddesinde yer alan görevlerin hepsi, anayasakoyucu tarafından kabul edilmiş olan üstün kamu yararı tercihlerini oluşturmaktadır.

Devlet açısından hüküm altına alınmış olan bu temel (asli) görevlere ve bu görevlerle sağlanmak istenen kamuya yararlı sonuçlara aykırılık oluşturacak herhangi bir kamusal faaliyet ise mümkün kabul edilmemelidir.

Buna göre, Devlet ve dolayısıyla da, onun adına faaliyetlerde bulunan İdare;

-Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi tehlikeye düşürecek

-kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu engelleyecek veya

-kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılmaması veya insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanmaması yönünde

herhangi bir amaca sahip olamayacak, bu sonuçları doğuracak işlem ve eylemler yapamayacaktır.

Hem kanunkoyucu ve hem de İdare; sadece ve sadece bu amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunabilecek; bu amaçlara aykırı sonuçlar yaratacak kararlar alma ve eylemler ifa etme yoluna gidemeyecektir.

Kanunkoyucu, bu esaslar bağlamında, Anayasa Mahkemesi tarafından yargısal denetime tâbi tutulacaktır.

⁹⁰1982 Anayasası'nın hazırlanması sürecinde yürürlüğe konulmuş olan **2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu** da, *tıpkı yürürlükten kaldırdığı 521 sayılı Danıştay Kanunu gibi*, idari işlemler üzerinde «maksat unsuru» denetimi yapılması esasını öngörme yoluna gitmiştir.

Danıştay, idari işlem üzerindeki maksat unsuru denetimini yürütürken, uzun yıllardan beri;

-işlemin, dayanağını oluşturan kanuni düzenlemelerde yer alan amaçlara uygun düşüp düşmediğini

-ve kamu görevlilerinin de, işlemi yaparken kişisel amaçlar güdüp gütmeyeceğini irdelemekte ve dava konusu işlemin, sonuç itibarıyla kamu yararına aykırılık oluşturup oluşturmadığını araştırmakta idi.

İşte bu uzun yıllardan beri uygulanagelen ve kabulgören Danıştay yaklaşımı, 2577 sayılı Kanunla da kabul edilmiş bulunmaktadır.

Bu durumda; Devletin Anayasa ile öngörölmüş olan niteliklerine ve kişilerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanması görevine aykırılık oluşturacak idari faaliyetlerin bulunup bulunmadığının da, İdari Yargı Organı tarafından, araştırılması gerekecektir.

5-b)4)Sonuç

Göröldüğü üzere, kanunların uygulanması için görev ifa eden ve İdarenin kanuniliği ilkesine tâbi olan İdare de; Anayasa'da öngörölmüş olan kamu yararı tespitlerine veya bu tespitlerin uygulamaya geçirilmesi amacıyla çıkarılmış olan kanunlara uygun faaliyet yürötmek zorunda kalacaktır.

Bu durumda;

-İdarenin kanunlarda (ve Anayasa'da) öngörölmüş olan kamu yararı tercihlerine uygun faaliyette bulunup bulunmadığının,

-kanunlarda yer alan kamu yararı tercihlerinin somutlaştırması için kendisine yine kanunlarla verilmiş olan görevleri gereği gibi ifa edip etmediğinin

-ve bütün bunlarla bağlantılı olarak, kamu görevlilerinin görevleri sırasında kamu yararı dışında siyasi veya kişisel çıkar güdüp güömediklerinin

Yargı Organı tarafından denetlenmesi de gerekecektir.

İşte, bütün bu hususlar da, İdari Yargı Merciiinin, yargısal denetim ifa ederken, kamu yararına uygunluk açısından da irdeleme yapmasının altında yatan temel nedenleri oluşturacaktır.

Kaldı ki, 1982 Anayasası döneminde; İdare Hukuku'nun kabul etmiş olduğı bu esası bertaraf edecek herhangi bir anayasal veya kanuni düzenleme de öngörölmemiş; aksine, mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda yer alan «maksat unsuru üzerinde denetim yapılması» usulünün devam ettirilmesi suretiyle, İdari Yargı içtihatlarıyla oluşan durumun zımnen kabul edilmesi yoluna da gidilmiştir.

5-c)İdari Yargı'nın kamu yararı açısından yargısal denetim yapamayaacağı haller

Her ne kadar, «kamu yararına uygunluk denetimi» İdari Yargı'nın işlevi içine giriyor olsa da, özellikle hatırlatılması ve vurgulanması gerekecektir ki; İdari Yargı Merciiinin «idari işlem ve eylemlerin kamu yararına uygun düşüp düşmediğini araştırması ve gerektiğinde, bunları kamu yararına aykırılıktan bahisle hukuka aykırı bulması» durumu, **açık kanun**⁹¹ **hükümleri** doğrultusunda yapılmış işlemler açısından söz konusu *olamayacaktır*.

Açık ve net kanun hükümleri, -İdarenin yanısıra- İdari Yargı hakimi açısından da bağlayıcı nitelik taşıyacaktır.

«Asli hukuki işlem türü»nün «kanun» olarak belirlenmiş ve ayrıca, İdarenin kanuniliği ilkesinin de kabul edilmiş olduğı (=İdarenin kanun hükümlerine uygun davranma zorunluluğunun bulunduğı) hukuk sistemimizde; açık ve net kanuni düzenlemeler, haklarında Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğün durdurulması veya iptal kararı verilmediğı sürece, herkesi ve bu arada, Yargı Organı'm da bağlayacaktır.

⁹¹ Aynı sonuç; doğrudan doğruya uygulanabilen Anayasa hükümlerinin bulunduğı durumlarda da geçerli olacaktır.

Bu hükümler de, İdare Yargıcını bağlayacaktır.

Zaten, aslına bakılırsa; idari işlemin kanuna uygun şekilde yapılmış olması ihtimalinde; kamu yararına aykırı amaç, gerçekte, idari işlemde değil, kanun hükmünde yer alıyor olacaktır.⁹²

5-d)İdari Yargı'nın kamu yararı açısından yargısal denetim yapabileceği haller

5-d)1)Pozitif hukukun hukuki boşluklar (veya, yoruma açık ifadeler) içerdiği veya İdareye takdir yetkisi tanıdığı durumlarda ise; İdare tarafından yapılan işlem ve eylemin kamu yararına uygun düşüp düşmediği yönünde bir yargısal irdeleme ve denetim yapılması, mümkün (ve gerekli) hale gelecektir.

Söz konusu irdeleme ve denetimin ise; uyuşmazlık konusu idari işlem veya eylemin hukukiliğinin yanısıra, -bir ölçüde de olsa- yerindeliliğinin tartışılması anlamına da geleceği, pekala düşünülebilecektir.

5-d)2)Gerçekten de; İdari Yargı Mercii'nin kamu yararına uygunluk açısından yargısal denetim yapabileceğinin kabulü, bir hukuki sorunu da beraberinde getirecektir: Neyin «kamu yararına uygun neyin ise aykırı olduğu» hususu, hukuki konuların yanısıra, *siyasi, teknik, ekonomik, kültürel ve sosyolojik değerlendirmeleri* de içereceğinden; bir idari işlemin kamu yararına aykırı olmadığı sonucuna varılması, hakimin *kişisel* değerlendirmelerini ve tercihlerini de ifade edebilecektir.

Bir başka ifadeyle; «kamu yararına aykırılık bulunmaktadır» şeklindeki gerekçe, **açık hukuka aykırılık hallerinin bulunmadığı durumlarda**, «*hukuk dışı faktörler* gözetilerek yapılmış olan bir yerindelik denetimi» haline gelebilecektir.

5-d)3)Biraz yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, doktrindeki genel görüşe göre; kolluk faaliyetlerinin orantılılık ilkesine uygun yürütülmüş olup olmadığının araştırılması, ister istemez (doğası gereği), -bir ölçüde de olsa- yerindelik denetimi anlamına gelebilecek ve fakat, bu tür bir denetimden kaçınılma de mümkün kabul edilemeyecektir.

İdarenin kolluk faaliyetleri dışında kalan diğer faaliyetlerinde yaptığı işlem ve eylemlerin kamu yararına uygun düşüp düşmediğinin araştırılmasının ve denetlenmesinin de, aslında, yerindelik denetimi alanına «kısmi müdahale» niteliğini taşıdığı söylenebilecektir.

6-«Yerindelik denetimi yapılması yasağı» ve kamu yararına uygunluk yönünden yapılan yargısal denetimin özel durumu:Yeni gelişmeler ve özel durumlar

⁹² Bu nedenle, idari mahkemenin; idari işlemin dayandığı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varması durumunda, **somut norm denetimi yoluna** başvurma imkanı doğacaktır.

Hatta, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi; «Anayasa'ya aykırı görülen kanun hükümleri için Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulması»nı bir *mecburiyet* olarak beraberinde getirmektedir.

Bu itibarla, İdari Yargı Mercii de; Anayasa'nın felsefesine veya herhangi bir hükmüne ve bu bağlamda, kamu yararına aykırı düzenlemeler içerdiğini düşündüğü kanun hükmünün iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne gitmek durumunda kalacaktır.

«Hukukilik denetimi ile yerindelik denetimi» arasındaki sınırın çizilmesindeki ve bu suretle de, İdari Yargı hakiminin yargısal denetiminin kapsamının belirlenmesindeki zorluk, biraz da, kamu yararı kavramının bir ölçüde hukukilik ve bir ölçüde de yerindelik (=siyasi) alanında kalıyor olmasından kaynaklanmaktadır.

Yargı denetiminin kamu yararına uygunluk açısından yürütülebileceği kabul edildiğinde; hangi hususların hukukilik ve hangi hususların da yerindelik denetimi içine gireceğinin tespiti ameliyesi, çoğu kere, o kadar kolay olamayabilmektedir.

Ayrıca, **idari yargı denetiminin kapsamı**, çeşitli nedenlerle, yerindelik alanına müdahale edecek şekilde **genişleme** yoluna da gidebilmektedir.

6-a) Fransız Devlet Şurası tarafından hazırlanmış olan 1999 tarihli rapor

1999 yılında, kamu yararı konusunda FRANSIZ DEVLET ŞURASI tarafından hazırlanmış olan bir raporda; kamu yararı kavramının, Devlet Şurası tarafından «*İdarenin tercihinin genel olarak değerlendirilmesi aracı*» olarak kullanılmakta olduğu tespit edildikten sonra, aşağıdaki açıklamalara yer verilmektedir:

«Çoğunlukla yerindelik alanına geçildiği intibamı ve fakat hukukiliğin denetimi için gerekli ve vazgeçilmez olan değerlendirmeyi sağlayan (zorlayan) bir kavram olarak kamu yararı, yerindelik ile hukukilik denetimi arasındaki sınırda yer almakta ve genellikle sınırı hukukilik lehine genişletmenin meşru aracı olarak işlev görmektedir. Kamu yararı zaten idarenin bir tercihinin ifadesidir. Ancak idare, kamu yararına yönelik olarak davrandığını destekler nitelikte hiçbir veri gösteremediği takdirde hukuka aykırı davranmış olacaktır. Kamu yararı kavramının kapsamını hukukilik ve yerindelik denetimi arasında bölüştürmek de mümkün olabilir: Mevzuatın öngördüğü şartlara uygun bir işlem yapılıp yapılmadığını değerlendiren kısmı ile, işlemin olayın özelliklerine uyarlanarak denetlenen kısmının yargı denetimi içinde olduğunda kuşku yok iken; işlemin etkinliği ve faydası olup olmadığına yönelik değerlendirilmesinin yerindelik denetimi alanına girdiği söylenebilir.»⁹³

Yukarıda yer alan açıklamalar hakkında *bazı tespit ve değerlendirmelerin* yapılması da mümkün gözükmektedir.

6-a)1) Bu konuda üzerinde durulması gereken ilk husus; «*yerindelik ile hukukilik denetimi arasındaki sınırda yer alan kamu yararı kavramının, genellikle, bu sınırı "hukuki alan" lehine genişletmenin meşru aracı olarak işlev görmesi*» dir.

Bu olgu, iki sonucu da beraberinde getirmektedir:

(1) Kamu yararı kavramı kullanılarak yerindelik ile hukukilik arasındaki sınırın hukukilik lehine olmak üzere genişletilebilmesi; bu kavram gerekçe gösterilerek gerçek anlamda yerindelik alanı içinde kalan hususlardan bir bölümünün yargı denetimine tâbi tutulmaya başlanması anlamına gelmektedir.

⁹³ Bu konuda bkz.GÜLAN, Aydın, «Conseil D'Etat'nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı», 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2000, s.28.

Yargıç, anlamını ve sınırlarını kendi belirlediği ve istediği gibi değiştirdiği bir kavram sayesinde, yürüttüğü yargısal denetimin kapsamını genişletmekte ve bazı konularda idari makam gibi kararlar verebilmektedir.

Bilindiği üzere, çağdaş anayasal sistemlerde, anayasa mahkemeleri ve bu bağlamda, Türk Anayasa Mahkemesi de; yargılama yaparken *anti-pozitivist bir eğilim* içine girmekte ve *yazılı olmayan anayasa ilkeleri* yaratma yoluna gitmektedir. Söz konusu eğilimin yargıcın *anayasakoyucu gibi davranması* anlamına gelebileceği de söylenebilecektir.

Burada da, İdari Yargı Mercii; kamu yararı kavramına dayanmak (bu kavramı gerekçe olarak göstermek) suretiyle, *İdare gibi davranma* yoluna gitmeye başlamaktadır.

Bununla birlikte, yukarıda belirtilen her iki gelişmenin de; «hakimlerin daha çok güç sahibi olma yönünde istek duyuyor olmaları» olgusuyla değil, (1)şartlardan ve özellikle de, kuralkoyucuların eksikliğinden veya hareketsizliğinden kaynaklanan nedenlerle ve (2)daha etkin bir yargısal denetimin yapılması yönünde ortaya çıkan ihtiyaçla açıklanması gerekmektedir.

Diğer bir ifadeyle; gerek İdarenin ve gerekse ona görev veren kanunkoyucunun sahip olduğu eksiklikler veya gösterdiği hareketsizlik hali (ve hatta, benzer konularda daha önce ortaya çıkan bazı hukuka aykırı olgular), İdari Yargı Mercii'ni de; daha kapsamlı şekilde ve bir ölçüde kendisini İdare yerine koymak suretiyle yargısal faaliyet yürütmeye itmekte ve hatta, buna mecbur kılmaktadır.

Mesela, daha önceki başka bazı olaylarda,

(a)kamu görevinin yürütüleceği coğrafi bölgenin belirlenmesi yönündeki takdir yetkisinin siyasi veya kişisel menfaatler çerçevesinde kullanılmış olduğunu veya

(b)bu bağlamda yapılan seçimlerin gerçekte kamu yararına uygun düşmediğinin –zaman içinde- ortaya çıktığını

şu ya da bu şekilde görmüş olan İdari Yargı hakimi; önüne bir başka göreve ilişkin yer belirleme işlemi geldiğinde, yürüteceği denetimi –kamu maliyesini ve temel hak ve hürriyetler rejimini korumak amacıyla- daha da sıkılaştırma yoluna gidebilecektir.

Örneğin, ülkedeki havaalanlarından bir bölümünün hatalı tercihler veya siyasi gerekçelerle yanlış yerlerde yapıldığını ve bu nedenle de, atıl kaldığını -geçmişte bakmış olduğu davalar veya başka kaynaklar (mesela, gazeteler) sayesinde- biliyor olan İdari Yargı hakimi; önüne belli bir yerde havaalanı kurulmasını öngören bir idari karara ilişkin bir dava geldiğinde, hem atıl yatırım yapılmasını önlemek suretiyle kamu maliyesini, hem de kişilerin temel hak ve özgürlüklerini (örneğin, havaalanının yapılacağı yerde taşınmaz malları bulunanlar açısından mülkiyet hakkını, o havaalanlarını kullanacak uçaklarda bulunacak kişiler açısından yaşama hakkını) korumak amacıyla, kendisini idari makam gibi görmek veya idari makam gibi düşünmeye başlamak zorunda hissedebilecektir.

«*Hatalı yer seçimine ilişkin yer tercihleri'nin hukukilik alanına giriyor olması da*, bu yaklaşımı kolaylaştırabilecek bir husus olarak karşımıza çıkabilecektir.

Bu itibarla, yukarıdaki örneğe devam edilirse, İdari Yargı Mercii; «somut görevin nitelikleri ile bilimsel ve teknik hususları ve gerekleri göz önünde tutan bir idari makam olsa idim, havaalanını o bölgede yapar mıydım?» şeklinde bir soruyu kendisine yöneltmek durumunda kalacaktır.

(2)Yargıcm yerindelik alanına girmeye başlaması; doğal olarak, onun daha da **güçlenmesi** (ve kamu yararı kavramının içeriğinin doldurulması sürecinde daha da fazla rol alması) anlamına da gelmektedir.

Bununla birlikte, bu, güç kazanma olgusu, yargıca; «**mahkemelerin saygınlığının korunması**» konusunda her zamankinden daha fazla *özen gösterme* mecburiyetini de yüklemektedir.

Çünkü, «hukuka uygun» kararlar vermek durumunda olan hakim; yerindelik denetiminin yargılama işlevi içine girmeye başlaması sonucunda, «yerrinde» kararlar verme zorunluluğu içine *de* girmektedir.

Gün geçtikçe güçlenen hakimin (a)yerinde kararlar verememesi veya (b)verdiği kararlar yerinde bile olsa, bu konuda Devletin diğer birimlerini ve toplumu –kararlarıyla (=bunların içerdiği gerekçelerle)- «ikna edememesi»; mahkemelerin yargısal gücünü ve etkinliğini azaltmak isteyen siyasi ve sosyal grupların eline koz verilmesi anlamına da gelecektir.

Daha da açık bir ifadeyle, sahip olduğu gücün getirdiği sorumluluğu gözardı eden bir mahkeme; (a)önce saygınlığını ve daha sonra da, (b)yapılacak anayasal veya kanuni düzenlemeler sonucunda, gücünü ve etkinliğini yitirme riskiyle karşı karşıya kalacaktır.⁹⁴

6-a)2)Yukarıdaki raporda geçen «*Kamu yararı zaten idarenin bir tercihinin ifadesidir. Ancak idare, kamu yararına yönelik olarak davrandığını destekler nitelikte hiçbir veri göstermediği takdirde hukuka aykırı davranmış olacaktır.*» şeklindeki ifade hakkında şu tespitin yapılması mümkün gözükmektedir:

Eğer İdare herhangi bir veri (gerekçe) gösteremezse, işlem hukuka aykırı kabul edilecektir.

Eğer İdare bir veri gösterirse, ki genelde bu yolu tercih edecektir, bu takdirde ise; «gösterilen verinin somut olayda kamu yararına uygun davranılmış olduğunu destekler bir nitelik taşıyıp taşımadığı» hususunun irdelenmesi gerekecektir.

İşte, bu hususun takdir edilmesi amacıyla yürütülecek faaliyet de yargıcın yetki alanına girecektir.

Yargıç, bu görevi yerine getirirken, kendisine sunulan verinin somut uyuşmazlıktaki sonucu destekleme gücüne sahip olup olmadığına karar verecek, diğer bir ifadeyle, bu konuda «ikna» olacak veya olmayacaktır.

Yargıcın «ikna» olabilmesi için ise;

-ya, istesin veya istemesin, aksi yönde bir sonuca gerekçesinde yer vermesini önleyecek kadar *bariz bir bilimsel, teknik veya hukuki hususun* (mesela, bilimsel araştırmaların ve raporların, herkes tarafından çok açık bir şekilde bilinen bir toplumsal ihtiyacın veya İdarenin somut olayda yürütmekte olduğu

⁹⁴ Bu konu hakkında, biraz aşağıda, «İdari Yargı Mercilerinin keyfi şekilde veya tamamen bir idari makam gibi kararlar vermesi veya bu yönde bir hissin ortaya çıkması riski» başlığı altında yapılan açıklamalara da bakınız.

faaliyetin hukuka uygun olduğu sonucuna varmış bir Danıştay kararının) bulunuyor olması

-ya da (=ilk ihtimal söz konusu değilse), gösterilen verinin (gerekçenin) *yargıcın kişisel tercihleri* ile uyum içinde bulunması

gerekecektir.

Özellikle son ihtimalde; yargıcın kamu yararının içeriğinin doldurulması sürecinde aldığı rol daha da belirginleşecek ve artacaktır...

6-a)3)Yukarıdaki raporda geçen «işlemin etkinliği ve faydası olup olmadığına yönelik değerlendirilmesinin yerindelik denetimi alanına girdiği söylenebilir.» şeklindeki ifade hakkında da şu tespitin yapılması mümkün gözükmektedir: Dava konusu işlemin öngördüğü/yarattığı fayda ve özellikle de etkinlik de, bazan, işlemin yapılmasında kamu yararının bulunup bulunmadığının tespiti aşamasında önem taşıyabilmektedir.

Bu sonuç, özellikle İdarenin takdir yetkisini kullanarak aldığı bir kararda söz konusu olabilmektedir.

Örneğin, bir bölgenin belli bir yatırım için tahsisine ilişkin karara karşı açılan davada, takdir yetkisinin doğru kullanılıp kullanılmadığının araştırılması aşamasında; mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmasa bile, yapılacak yatırımın (örneğin bir fabrikanın) taşıdığı özellikler ve yaratacağı sonuçlar ile bölgenin sahip olduğu özellikler gözönünde tutulabilecek ve *yer seçimi konusunda* doğru bir tercihte bulunulmuş olup olmadığının irdelenmesi yoluna gidilebilecektir.

Bu tür bir irdeleme; (a)hem görevin gereklerinin, (b)hem kamu maliyesinin ve (c)hem de, o yatırım nedeniyle bazı olumsuz sonuçlarla karşılaşmış olan kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması açısından gerekli olacaktır.

Bununla birlikte, şüphesiz; söz konusu yatırımın *ülke için gerekli (faydalı)* olup olmadığı veya gerekli olsa bile, ondan daha fazla gerekli başka yatırımların bulunup bulunmadığı sorularının cevabı *araştırılmayacaktır*. Aksi halde hakim, İdari makam gibi faaliyetin yerinde olup olmadığını tartışmaya başlamış olacaktır.

Ayrıca, *ihtiyacın işlemi otomatikman meşrulaştırdığı bazı hallerde*; hem sebebi oluşturan kamu yararının mevcut olup olmadığı, hem de işlemin bu amacı gerçekleştirmede etkin ve faydalı olup olmadığı araştırılabilmektedir.

Kamulaştırma işlemleri üzerinde yapılan yargısal denetim, söz konusu ihtimale verilebilecek iyi bir örnektir.

Bu bağlamda, mesela, bir otobüs durağı inşaatı için alınan kamulaştırma kararma karşı açılan iptal davasında, söz konusu karar;

(1)otobüs durağının gerçekten gerekli olup olmadığı (=kamu yararının mevcut olup olmadığı)

-ve eğer gerekliyse de, (2)kararın konusunu oluşturan taşınmaz malın amacın gerçekleştirilmesi için uygun nitelikte olup olmadığı (=kamu yararını gerçekleştirmek açısından etkin ve faydalı olup olmadığı)

yönlerinden yargısal denetime tâbi tutulabilmektedir.⁹⁵

⁹⁵ Bu konu hakkında, biraz yukarıda, «Hukukilik alanı» ile «yerindelik alanı» arasında kalmış olduğu düşünüleebilecek olan Mahkeme kararları» başlığı altında yapılan açıklamalara da bakılabilecektir.

Danıştay'ın bu tür bir yaklaşım içinde olmasının altında, öncelikle, «kamulaştırma usulünün *mülkiyet hakkının özüne dokunuyor olması*» yatmaktadır. Bu olgu, işlemin sadece gerekli olup olmadığı değil, etkin ve faydalı olup olmadığına da incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

6-b)İdareye tanınmış olan takdir yetkisinin genişliği ile İdari Yargı'nın yapacağı yargısal denetimin kapsamı arasında ortaya çıkan ilişki

6-b)1)Genel olarak

İdari Yargı Mercininin, İdarenin *takdir yetkisinin bulunduğu hallerde*, onun bu yetkisini bertaraf etmemesi, diğer bir ifadeyle, hukuka uygun birden fazla seçeneğin mevcut olduğu durumlarda hangi seçeneğin seçilmesi gerektiğini belirleme yoluna *gitmemesi*, gerekmektedir.

Bununla birlikte, daha önce de hatırlatılmış olduğu üzere; takdir yetkisi, İdari Yargı'da, kamu hizmetlerinin gerekleri ve kamu yararı açısından yargısal denetime tâbi tutulmaktadır. Buna göre, eğer İdarenin önünde kamu hizmetlerinin gereklerine ve kamu yararına aykırılık oluşturmayan birden fazla seçenek varsa, *yani ancak bu ihtimalde*, İdari Yargı Mercii; hangi seçeneğin seçilmesi gerektiğini belirleme yoluna gitmeyecek ve bu konuda karar verme yetkisini İdareye bırakacaktır.

İdari Yargı Mercininin hizmet gereklerine ve/veya kamu yararına aykırılık oluşturduğu *sonucuna vardığı* idari kararlar ise, hukuka aykırılıktan bahisle iptal edilecektir.

Buraya kadar ki açıklamalar bile, takdir yetkisinin bulunduğu hallerde, kamu yararına uygunluk denetiminin öncelikle ve özellikle⁹⁶ yapılacağını göstermektedir.

Ve denilebilecektir ki; İdareye kanunlarla tanınmış olan takdir yetkisi (=olguları değerlendirme ve bir seçim yapma imkanı) *ne kadar genişse*, kamu yararı konusunda yürütülecek yargısal denetimin kapsamı ve dolayısıyla da, İdari Yargı hakiminin kamu yararı kavramının içeriğinin belirlenmesi⁹⁷ sürecinde aldığı rol de o *oranda artacaktır*.

6-b)2)«Milli güvenlik», «ülke ekonomisinin yararı» veya «ekonomik verimlilik» gibi kavramların durumu

«Milli güvenlik», «ülke ekonomisinin yararı» veya «ekonomik verimlilik» gibi siyasi nitelikte yönleri de bulunan bazı kavramların durumuna da –kısaca değinilmesi gerekmektedir.

⁹⁶ ONAR'ın da belirttiği gibi; «Doktrinde [İdarenin sahip olduğu] takdir yetkisinin sınırlandırılması bakımından maksat unsurlarına önemli bir yer verilmektedir: Takdir kudreti nihai gaye, finalité ile şartlandırılmış, sınırlandırılmış bir tercih kudretidir. Bundan ötürü takdir kudretinin sınırı nihai gaye yani amme menfaati, kamu yararıdır.».

Bkz.ONAR, Sıddık, Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, cilt 1, İstanbul, 1966, s.435.

⁹⁷ Yani, «neyin kamu yararına uygun, neyinse aykırı olduğunun tespiti»...

Daha önce de belirtilmiş olduğu üzere; söz konusu kavramlar –en geniş anlamıyla- «kamu yararı» kavramı içine dahil olmaktadır.⁹⁸

Denilebilecektir ki, bunlar gibi, Anayasa ve/veya kanunlarda yer alan ve özünde bazı siyasi tercihleri de barındıran genel ve soyut kavramlara dayanılarak yapılmış olan idari işlemlerin yargısal denetimi konusunda; yukarıda, «Genel olarak» başlığı altında varılan sonuçların *evleviyetle* geçerli olması gerekecektir.

6-b)2)a) Milli güvenliğin korunması gerekçesiyle alınmış olan idari kararlar

6-b)2)a)aa) Bazı kanunlarda, İdare tarafından alınabilecek olan belli bir kararın sebep unsuru olarak «milli güvenliğin gerekleri» veya «milli güvenliğin bozulması hali/riski» gösterilmiş olabilmektedir.⁹⁹

Bu tür kanuni düzenlemeler çerçevesinde yapılmış olan bir idari işleme karşı açılan bir idari davada ise, İdari Yargı Mercii; milli güvenlik konusunda İdare tarafından yapılmış olan tercihi hukuka uygunluk açısından irdeleme yoluna gitmek zorunda kalacaktır.

Bununla birlikte;

⁹⁸ Biraz yukarıda, «Yerindelik denetimi yasağı» ve *kamu yararına uygunluk* yönünden yapılan yargısal denetimin özel durumu:Genel olarak» başlığı altında, söz konusu kavramların da «kamu yararı» kavramı içinde kabul edilmesi gerektiği açıklanmış idi.

Diğer bir ifadeyle, yargısal denetim, söz konusu uyumsuzluklarda da, -geniş anlamıyla- kamu yararı kavramının içeriğinin doldurulması suretiyle yürütülmektedir!

⁹⁹ Örneğin;

-2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu

Grev ve lokavtın ertelenmesi

Madde 33

Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu bu uyumsuzlukta grev ve lokavtı bir kararname ile altmış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme süresi kararnamenin yayımı tarihinde işleme başlar.

Bakanlar Kurulunun erteleme kararları aleyhine Danıştayda iptal davası açılabilir ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi istenebilir. Olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerde grev ve lokavt erteleme kararlarına ilişkin davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.

-3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun

Yayınlara men edilmesi

Madde 25

Yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınlar önceden denetlenemez ve durdurulamaz. Ancak, milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dahilinde ise Başbakan veya görevlendireceği bakan yayını durdurabilir.

Radyo ve televizyon kuruluşları, Cumhurbaşkanının veya Hükümetin; milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlığın ve genel ahlakın gerekleriyle ilgili bildirimlerini yayımlamakla yükümlüdür.

Yukarıdaki fıkralar uyarınca alınacak icrai, idari kararlar aleyhine açılacak iptal davaları doğrudan doğruya Danıştay'da açılır. Danıştay bu davalara öncelikle bakar ve öncelikle karara bağlar. Yürütmeyi durdurma talepleri hakkında 48 saat içerisinde karar verir.

(a)milli güvenliğin bozulmasına neden olabilecek olan hallerin veya
(b)milli güvenliğin belli bir yerde bozulmuş olup olmadığının
tespiti ameliyesi, ister istemez, *yerindelik alanına girilmesini de gerektire-
bilecektir.*

6-b)2)a)bb)Gerçekten de, İdari Yargı Mercii; ortaya çıkan (veya, çıktığı iddia edilen) olguların niteliği ve ağırlığı ile bunların güvenlik veya ekonomik hayat gibi milli güvenliği ilgilendiren hususlar üzerindeki etkisini ele alacak, irdeleyecek ve değerlendirecek ve sonuçta, elde ettiği *bulguların milli güvenliği bozup bozmadığını veya ileride bozacak nitelikte ve ağırlıkta olup olmadığını takdir edecektir.*

6-b)2)a)cc)Yargısal denetim yapılmasından -konunun yerindelik alanına giriyor olduğunun belirtilmesi suretiyle- kaçınılması ise; kanunlarda açıkça yazılmış olan «milli güvenlik» gerekçesiyle alınmış -ve ayrıca, belli bir temel hak ve özgürlüğü de sınırlandırmakta- olan bir idari işlemin **yargısal denetimden muaf hale getirilmesi** anlamını taşıyacaktır.

Bu itibarla, denilebilecektir ki; eğer kanunlarda «milli güvenlik» bir işlemin yapılması için bir gerekçe (sebeup) olarak yer almaktaysa, o işlemin *bütün* unsurlarını yargısal denetime tâbi tutmak durumunda olan İdari Yargı Mercii de, *ister istemez*, diğer unsurların yanısıra, sebeup unsurunu oluşturan bu hususu da ele alınıp irdelemek durumunda kalacaktır.

6-b)2)a)dd)İdari mahkemelerin aksi yönde bir tavır alması, yani yapıcaıkları yargısal denetimi sınırlandırma yoluna gitmesi ihtimalindeyse; idari işlemin en önemli unsuru olan sebeup unsurunu -mahkeme içtihatlarıyla- yargı denetimi dışına çıkartılmış, bu konuda **yargı kısıntısı** getirilmiş olacaktır.

Hukuk devleti anlayışına da aykırılık oluşturan bu tür bir yaklaşımın anayasal sistemimizde kabul edilebilmesi de pek mümkün gözükmemektedir.

Çünkü, bilindiği üzere, Anayasa; İdarenin bütün işlemlerine karşı yargı yolununun açık olduğunu hükme bağlamış bulunmaktadır (md.125).

Diğer bir ifadeyle, hukukumuzda; -bizzat Anayasa ile öngörölmüş birkaç istisnai hal dışında- *bütün* idari işlemlerin -sebeup unsurunu da dahil olmak üzere her unsur açısından- yargı denetimine tâbi tutulması gerekmektedir!

Bu anayasal gereğin doğal sonucu olarak, **2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu**; «milli güvenlik» sebebiyle (=«Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin» olarak) alınmış kararların veya yapılmış eylemlerin **de** İdari Yargı Mercii tarafından denetime tâbi tutulacağını öngörmüş ve kabul etmiş bulunmaktadır (md.20).¹⁰⁰

¹⁰⁰ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20.maddesinde yer alan düzenlemelere göre;

-İdari Yargı hakimi, idari uyusmazlığa ilişkin her türlü incelemeyi re'sen yapabilmekte ve bu bağlamda, her türlü bilgi ve belgenin kendisine verilmesini isteyebilmekte,

-sahip olduğu bu, «r'sen araştırma yapma yetkisi» çerçevesinde, milli güvenliğe ilişkin bilgi ve belgeleri de talep edilebilmekte,

-İdarenin milli güvenliğe ilişkin bilgi ve belgeleri mahkemeye yollamama imkanı bulunmakta ve fakat, bu ihtimalde, bu bilgi ve belgelere dayanılarak yapılan savunmaların dikkate alınması da söz konusu olmamaktadır.

DANIŞTAY da; milli güvenlik gerekçesiyle alınmış idari kararları, mesela, -2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 33.maddesi çerçevesinde alınmış olan- «*grev ertelemesi kararlarını*» yargısal denetime tâbi tutarken, sebep unsurunu da irdelemektedir:

“...Davalı idarenin savunmasıyla, dosyada bulunan bilgi ve belgelerin birlikte *değerlendirilmesi* sonucu; grevin uygulandığı işyerlerinin ve yapılan işlerin *niteliği dikkate alındığında* ertelenen grevin yasada öngörülen anlamda milli güvenliği ve genel sağlığı bozucu nitelikte olmadığı sonucuna varılmaktadır....”¹⁰¹

6-b)2b) Ülke ekonomisinin yararı veya gerekleri gerekçesiyle alınmış olan idari kararlar

Aynı şekilde, ülke ekonomisinin yararı veya gerekleri çerçevesinde İdareye yetkiler vermiş olan kanun hükümlerine, mesela ihracat rejimine ilişkin düzenlemelere dayanılarak yapılmış olan idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar da İdari Yargı Mercilerinin önüne gelebilecektir.

Bu itibarla, sebep unsurunu ülke ekonomisinin yararının veya gereklerinin oluşturduğu bir idari işlemin yargısal denetimi de, incelenmesi gereken bir sorun olarak ortaya çıkabilecektir.

İdareye kararlar alma yetkisi veren kanunlarda açık ve net düzenlemelere (sebeplere) yer verilmemiş olması, İdari Yargı Mercinin yürüteceği yargısal denetimi de doğrudan doğruya etkileyecektir.

(1)Görüldüğü üzere, Kanunun öngörmüş olduğu sistemde, genel kural; «*milli güvenlik sebebiyle alınmış idari kararların veya yapılmış idari eylemlerin “bile”, bu sebepleri ortaya koyan bilgi ve belgelerin de incelenmesi suretiyle yargısal denetime tâbi tutulması*» dir.

Bu çerçevede yürütülecek yargısal denetimde ise; İdare tarafından gösterilen milli güvenliğe ilişkin bilgi ve belgelerin dava konusu uyuşmazlık açısından taşıyacağı önem ve değer hakim tarafından takdir edilecektir.

Söz konusu bilgi ve belgelerin; (a)iptal davalarında, dava konusu işlemin sebep unsurunu hukuka uygun hale getirip getirmediği, (b)tam yargı davalarında ise, İdareyi sorumluluktan kurtarıp kurtarmadığı, irdelenecek ve değerlendirilecektir.

(2)İdare ise; bu genel kurala aykırılık oluşturabilecek bir tavır içine girebilecektir.

Bununla birlikte, dava konusu edilmiş olan işlem veya eylemle ilişkisi bulunan (idari işlem açısından, onun sebep unsurunu oluşturan) milli güvenliğe ilişkin bilgi ve belgelerin hakime verilmesi yoluna gidilmemesi; bu bilgi ve belgelere dayanılarak herhangi bir savunmanın yapılabilmesini de imkansız hale getirecektir.

Buna göre, bu ihtimalde, davalı İdare; bu tavrının yaratacağı olumsuz sonuçlara da katlanmak durumunda kalacaktır. *İptal davalarında*; idari işlemin sebep unsurunu hukuka uygun hale getiren bir başka hususun bulunmuyor olması durumunda, ki genellikle bu yönde bir sonuç ortaya çıkacaktır, işlem iptal edilecektir. *Tam yargı davalarında ise*; İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir başka hususun veya gerekçenin bulunmuyor olması durumunda, ki genellikle bu yönde bir sonuç ortaya çıkacaktır, İdarenin sorumluluğuna hükmedilecektir.

¹⁰¹ Bkz.D 10D E.1995/6497, K.1997/3777, T.15.10.1997, DD.95, s.599.

Benzer yönde bir başka karar için, bkz.D İDDK E.2003/272, K.2005/274, T.14.4.2005, DD.110, s.62.

6-b)2)baa)YILDIRIM'm da belirttiği üzere;

«...idari yargının içtihatlarla geliştiğini de göz önünde bulundurursak, denetime elverişli yasa hükmünün bulunmaması, yargısal denetimde içtihatların rolünü daha da arttıracaktır. Yargısal denetim, içtihatlarla belirlenmiş esaslara göre yapılacaktır. Bu sebeple, idarenin takdir yetkisi karşısında yargısal denetimin durmasından değil, yargı denetiminin boyutlarında genişlemeden söz etmek mümkündür.»¹⁰²

Gerçekten de, İdarenin takdir yetkisinin İdari Yargı'da «kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri» çerçevesinde denetime tâbi tutulmakta olduğu da göz önüne alındığında, İdari Yargı hakiminin; somut kriterler içermeyen kanunlara dayanan bu tür idari işlemler üzerinde yapacağı yargısal denetimde kamu yararına uygunluğu *daha çok sorgulayacağı* ve böylece, kamu yararı kavramının içeriğinin doldurulması sürecinde *daha fazla rol alacağı*, söylenebilecektir.

İdari Yargı hakimi, bu tür uyuşmazlıkları çözerken; (a)Anayasa'mn genel felsefesine ve hükümlerine, (b)İdare Hukuku ilkelerine ve (c)kamu yararı kavramına dayanmak durumunda kalacaktır.

YILDIRIM da, Türk ihracat rejimini (ve 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'u) incelediği çalışmasında; İdari Yargı Mercii'nin *Anayasa'da göz önünde tutacağı temel maddeler arasında*, çalışma ve sözleşme hürriyetinin düzenlendiği 48/II.madde¹⁰³ ile dış ticaretin düzenlenmesiyle ilgili 167/II.maddeyi¹⁰⁴ gösterdikten sonra, konuya ilişkin Danıştay kararlarından¹⁰⁵ örnekler vermekte ve şu sonuca varmaktadır:

«Yukarıdaki örneklerden anlaşıldığı gibi, Danıştay ekonomik içerikli işlemleri bazan **“yerindelik denetimine girmekten de”** çekinmeksizin Anayasa'da yer alan milli ekonominin gerekleri, sosyal amaçlara uygunluk ve ülke ekonomisinin yararları kavramlarını ve idare hukukunun kamu yararı ilkesini kullanarak denetlemektedir.¹⁰⁶

Ayrıca, MÜELLİF, çalışmasının ihracat rejimine ilişkin yapılacak yargısal denetimde söz konusu olabilecek referans normları incelediği bölümünde, en son olarak, şu açıklamayı yapmaktadır:

¹⁰² Bkz.YILDIRIM, Turan, Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1991, s.47.

¹⁰³ 1982 Anayasası

Madde 48/II

Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.

¹⁰⁴ 1982 Anayasası

Madde 167/II

Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir.

¹⁰⁵ Bkz.D İDDGK E.1982/555, K.1983/58, T.18.2.1983, DD.52-53, s.117 ve D İDDGK E.1982/222, K.1982/298, T.24.9.1982, DD.50-51, s.121.

¹⁰⁶ Bu konuda, bkz.YILDIRIM, Turan, Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1991, s.50-51.

«...ihracat sistemimizi oluşturan yasalarda denetime elverişli norm bulunmadığını söylemek de pek mümkün değildir. Nitekim yukarıda, idari işlemlerin amaç unsurunun, takdir yetkisinin denetlenebildiğini gördük.

Örneğin 2976 sayılı Kanun'un 1.maddesinde, Bakanlar Kurulu'na dış ticaretin *ülke ekonomisinin yararına düzenlenmesini sağlamak amacıyla* ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koyma yetkisi tanınmıştır. Yargı mercii, bu kanuna göre yapılan bir işlemin "**ülke ekonomisinin yararına" olup olmadığını denetleme imkanına sahip olduğuna göre**, bu Yasa'da denetlemeye elverişli norm bulunmadığından söz edilmemek gerekir.¹⁰⁷

6-b)2)b)bb)Bütün bu açıklamalardan sonra, denilebilecektir ki; «bir işlemin ülke ekonomisinin yararına olup olmadığının denetlenmesi», öncelikle, neyin ülke ekonomisinin yararına olduğunun, neyin zararına olduğunun tespit edilmesi halinde mümkün olabilecektir.

Bu tespiti yapacak olan İdari Yargı Mercii ise, «ülke ekonomisi yararı» kavramının ve dolayısıyla da, bu kavramın üst kavramını oluşturan kamu yararı kavramının içeriğini doldurmuş olacaktır.

«Ülke ekonomisinin yararına» ibaresine yer veren Anayasa'mn 167 ve 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 1.maddesi, bu yönde yapılacak yargısal denetimin dayanağını oluşturacaktır.

Çünkü, İdarenin yapacağı işlemin sebep ve amaç unsuru mevzuatta bu şekilde belirlenince, artık, «İdarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olması» esasının kabul edilmiş olduğu anayasal sistemimizde (AY md. 125), bu unsurlara dahil olan hususların da denetime tâbi tutulması gerekecektir.

Aksi yönde yapılabilecek bir yorum ise, Anayasa ve Kanunda yer alan söz konusu ibareyi «bir hukuk normu» olmaktan çıkartıp «siyasi direktif veya temenni» düzeyine düşürecektir.

Halbuki, İdareye bu denli kapsamlı bir yetki devrini öngören hukuki düzenlemelerdeki ilke ve esasların idari işlemin sebep (maddi olay) ve amaç unsurları yönünden yargısal denetime tâbi tutulması sürecinde dikkate alınması, dış ticaret rejimine ilişkin olarak alınacak olan idari kararlarla;

-ilk aşamada, özel teşebbüs hürriyetinin keyfi bir şekilde idari sınırlamalara ve yaptırımlara tâbi tutulması

-ve daha sonraki aşamalarda da, giderek, bu hürriyetin özüne dokunulması

ihtimalini¹⁰⁸ de beraberinde getirecektir.

Böylece, hem **etkin bir yargısal denetimden muaf idari işlemler kategorisi** oluşturulmuş ve hem de, bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunulması yolu açılmış olacaktır.

Yukarıda ifade edilen her iki sonucun da hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyeceği açıktır.

6-b)2)c)Özelleştirme uygulamaları çerçevesinde alınmış olan idari kararlar

¹⁰⁷ Bkz.YILDIRIM, Turan, Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1991, s.53.

¹⁰⁸ Hak sahipleri açısından «riski»ni, İdare açısından ise, «imkanı»nı...

6-b)2)c)aa)Yukarıda varılan sonuçlar, özelleştirme¹⁰⁹ uygulamalarından doğan idari davalarda da geçerli kabul edilmelidir.

Gerçekten de, özelleştirme usulüne ilişkin idari faaliyetlerin de;

(a)hem kanun hükümlerde özelleştirme usulü açısından öngörülmuş bulunan genel ve soyut ifadelere, mesela «ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlama» amacına (4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun md.1)

(b)ve hem de, İdare Hukuku ilkelerine ve özellikle de, kamu yararı kavramına

uygunluk açısından yargısal denetime tâbi tutulması gerekmektedir.

Aksi halde, özelleştirme yöntemine ilişkin olarak İdare tarafından yapılan işlemlerin yargısal denetimi –esas itibariyle- *yetki ve şekil unsuruyla sınırlı hale* gelebilecektir.

Ancak, özelleştirme usulüne ilişkin olarak alınmış idari kararlarda, *en önemli hukuki sorunlar* sebep, konu ve maksat unsurlarında ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, yetki ve şekil unsurlarında sakatlık bulunması ihtimalinin çok istisnai bir hal olduğu da dikkate alındığında, denilebilecektir ki; özelleştirmeye usulüne ilişkin idari kararlar **yargı denetiminden muaf** hale gelecektir.

Halbuki, özelleştirme uygulamalarının; başta kamu hizmetleri (ve, dolaşısıyla da, sosyal devlet ilkesi) ve kamu malları olmak üzere, birçok önemli kamusal konuyla ilgisi bulunmaktadır.¹¹⁰ Bu uygulamaların fiilen çok sınırlı

¹⁰⁹ «Özelleştirme», Devletin;

-bazı İdarelerin (ülkemizde, esas itibariyle KİT'lerin) sahip olduğu işletmeleri (veya hisseleri)

-belli bir bedel karşılığında

-özel kişilere «satma»sı

-ve böylece, bunlar aracılığıyla yaptığı faaliyetlere son vermesi anlamına gelmektedir.

Görüldüğü üzere, «özelleştirme» usulü; «bir idari faaliyetin kamusal niteliğinin sona erdirilmesi ve “özel hukuk kişileri” tarafından yürütülen bir “özel hukuk faaliyeti” haline getirilmesi» sonucunu doğurmaktadır.

Bununla birlikte, başta «özelleştirme usulüne ilişkin temel kanuni düzenleme» niteliğini taşıyan *4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun* olmak üzere, bütün kanunlarımızda; bu kavrama *çok daha geniş bir anlam yüklenmiş* ve mesela, bu kavramın içine «kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi» veya «kamu tesislerinin işletme hakkının verilmesi» usulleri de dahil edilmiş bulunmaktadır (Örneğin, bkz.4046 sayılı Kanun md.18).

¹¹⁰ Gerçekten de, bir idari kuruluşun özelleştirilmesi sonucunda;

(1)özelleştirilen kuruluşun yürüttüğü faaliyet kamu hizmeti niteliğini kaybedip özel hukuk kişisi tarafından yürütülen bir özel hukuk faaliyeti haline gelecek (=o hizmetin kamu hukuku ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi ile elde edilmekte olan sosyal fayda sona erecek),

(2)özelleştirilen kuruluşun kamu hukuku'na tâbi malları (=kamu malları) nitelik değiştirip özel hukuk kişisinin özel hukuka tâbi malları haline gelecek,

bir yargısal denetimine tâbi tutulması; herşeyden önce, Devletin anayasal yapısı ve kamu maliyesi üzerinde ciddi sakıncalar doğuracaktır.

Bu derece önemli anayasal sonuçları bulunan bir usulün «siyasi takdir alanı» (veya, «yerindelik alanı») içinde kabul edilmesi de mümkün görülmemelidir!

6-b)2)c)bb)Nitekim, DANIŞTAY da, kamu işletmelerinin özelleştirilmesine ilişkin idari kararları –en geniş anlamıyla- kamu yararı açısından yargısal denetime tâbi tutmaktadır:

“...4046 sayılı Kanun [=4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un 1.maddesi] özelleştirme uygulamalarında ekonomik verimlilik, kamu giderlerinde azalma sağlamayı amaçladığına göre Yasada öngörülen bu maksat yönünden, diğer bir anlatımla yasada belirtilen maksadın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden de yargısal denetimin yapılması gerekmektedir. Nitekim, Daire [Danıştay 13.Dairesi] de bu yönden yaptığı yargısal denetimde özelleştirmenin kanunda yer alan özelleştirme ilkelerine ve ekonomide verimlilik artışı ile kamu giderlerinde azalma sağlama amacına uygun olduğu sonucuna varmıştır. Dosyada mevcut bilgi ve belgeler karşısında Daire kararında bu yönde hukuka aykırılık görülmemiştir.”¹¹¹

Aynı şekilde, YÜKSEK MAHKEME, başka bazı kararlarında da;

-kamu işletmesinin, sahip olduğu taşınmazlarının gerçek değerinin altında bir satış bedeli ile özelleştirilmesine,¹¹²

veya

-faaliyet sahasında ülkenin en büyük tesisleri arasında yer alan ve ful kapasite üretim yapmakta olan bir kamu işletmesinin kapatılmasına ve dolayısıyla da, söz konusu işletmenin ekonominin dışına itilmesine ve ülkenin alanındaki en büyük fabrikasının makine-teçhizat parkının boş çıkartılmasına¹¹³

ilişkin idari kararları, kamu yararına ve özelleştirmenin amacına aykırıktan bahisle iptal etme yoluna gitmiştir.

Şüphesiz, özelleştirme konusunda yapılmış *idari işlemleri hukuka uygun bulan Danıştay kararları* da vardır.¹¹⁴

(3)özelleştirilen kuruluş artık İdare Hukuku’na tâbi işlem ve eylemler (=idari işlem ve eylemler) yapabileme imkanını kaybedecek; bütün işlem ve eylemlerini özel hukuka göre yapmak durumunda kalacak,

(4)özelleştirilen kuruluşun artık İdari Yargı’da dava konusu edilebilecek herhangi bir faaliyeti kalmayacak; yapacağı bütün işlem ve eylemler Adli Yargı’da denetime tâbi tutulacak ve

(5)özelleştirilen kuruluşta eskiden çalışmakta olan kamu görevlileri, dilerlerse başka İdarelere nakledilmelerini isteyecek, dilerlerse «işçi» statüsüne geçip o kuruluşta özel hukuk kuralları çerçevesinde çalışmaya devam edecek ve sonuçta, o kuruluşta kamu görevlisi olarak çalışan personel kalmayacaktır.

¹¹¹ Bkz.D İDDK E.2008/770, K.2008/2337, T.25.12.2008, DD.121, s.43.

¹¹² Bkz.D 13D E.2005/1300, K.2005/2986, T.6.6.2005, DD.111, s.391.

¹¹³ Bkz.D 10D E.2001/5555, K.2003/4384, T.12.11.2003, DKD.3, s.294.

¹¹⁴ Örneğin, bkz.D 13D E.2005/9060, K.2006/1970, T.26.4.2006, DD.113, s.427 ve D 13D E.2005/1768, K.2006/1238, T.1.3.2006, DD.113, s.423.

Bununla birlikte, burada önemli olan husus; Yüksek Mahkeme'nin, özelleştirme işlemini –en geniş anlamıyla- kamu yararı kavramına uygunluk açısından ele alma ve irdeleme yetkisini kendisinde görmüş olmasıdır.

«Özelleştirme uygulamalarında yürütülen yargılama faaliyetinin sahip olduğu kapsam» ile «yapılan yargılama sonucunda verilen kararın yönü», birbirlerinden farklı iki konudur.

6-b)3)Sonuç

Bütün bu açıklamalardan sonra, tekrar vurgulanabilecektir ki; İdarenin *takdir yetkisinin kapsamının genişlediği her durumda* İdari Yargı Hakiminin kamu yararı kavramının içeriğinin doldurulması sürecinde aldığı rol de o *oranda* artacaktır.

Özellikle, «milli güvenlik» veya «ülke ekonomisinin gerekleri/yararı» gibi zaten içeriği boş anayasal kavramlar göz önünde tutularak çıkartılan ve çoğu kere, temel (sınırlayıcı) bazı kriterler de içermeyen kanunlara dayanılarak yapılacak idari faaliyetlerde; işlemin sebep, konu ve amaç unsuruna ilişkin «hukuka uygunluk denetimi», **İdari Yargı Hakimi tarafından yapılacak kamu yararı tespitine göre** sonuçlandırılacaktır.

Bu durumda, hakim, dava konusu edilen idari işlemi; işlemin –İdare tarafından ortaya konan- sebebini, konusunu ve amacını *kendi kafasında oluşan* «milli güvenliğin gerekleri» veya «ülke ekonomisinin gerekleri/yararı» ile bağdaştırdığı taktirde, hukuka uygun, bağdaştırmadığı taktirde ise, hukuka aykırı bulacaktır!

7-İdari Yargı Merciiilerinin keyfi şekilde veya tamamen bir idari makam gibi kararlar vermesi veya bu yönde bir hissini ortaya çıkması riski

7-a)Yukarıda varılan bütün bu sonuçlara rağmen, kabul edilmesi de gerekmektedir ki, yerindelik alanına -bir ölçüde de olsa- girilmesi sonucunu doğuran yargısal denetim;

(a)«keyfi davranılması» ve

(b)«tam anlamıyla bir idari makam gibi karar verilmesi»

risklerini de beraberinde getirecektir.

Gerçekten de, söz konusu yargısal denetim sürecinde, hakimin;

-herhangi bir kriteri göz önünde tutmadan, dilediği gibi karar vermesi veya

-«hukukçu/hakim» kimliğinden *tamamen* ayrılıp «idari makam» (veya «siyasetçi») kimliğine bürünmesi

ihtimali her zaman bulunabilecektir.¹¹⁵

¹¹⁵ Bu ihtimal (risk), esas itibarıyla; bir başka İdari Yargı Mercii tarafından denetime tâbi tutulmayacak olan İdari Yargı kararları (Bölge İdare Mâhkemesi'nin ve özellikle de, Danıştay'ın nihai kararları) açısından söz konusu olabilecektir.

Gerçekten de, haklarında herhangi bir kanun yoluna gidilemeyecek olan mahkeme kararları; yargılama fonksiyonuna aykırılık oluşturacak yaklaşımların bertaraf edilememesi riskini de bünyelerinde barındırır.

Biraz yukarıda, «Fransız Devlet Şurası tarafından hazırlanmış olan 1999 tarihli rapor» başlığı altında da açıklanmış olduğu üzere; gün geçtikçe güçlenen hakim (a)yerinde kararlar verememesi veya (b)verdiği kararlar yerinde bile olsa, bu konuda Devletin diğer birimlerini ve toplumu -kararlarıyla (=bunların içerdiği gerekçelerle)- «ikna edememesi»; mahkemelerin yargısal gücünü ve etkinliğini azaltmak isteyen **siyasi ve sosyal grupların eline koz verilmesi** anlamına da gelecektir.

Daha da açık bir ifadeyle, sahip olduğu gücün getirdiği sorumluluğu gözardı eden bir mahkeme; (a)önce saygınlığını ve daha sonra da, (b)yapılacak anayasal veya kanuni düzenlemelerle gücünü ve etkinliğini yitirme riskiyle karşı karşıya kalacaktır.

7-b)Bu sorunun, herşeyden önce, «**hakimlik formasyonu ve bilinciyle**» (ve, bu formasyonun ve biincin sağlanması amacıyla yapılacak eğitimle) çözümlenebileceği veya mümkün olduğunca bertaraf edilebileceği, düşünülebilir ve umulabilecektir.

7-c)Ayrıca, söz konusu riskin; takdir yetkisine ve kamu yararına ilişkin tespitlerde veya değerlendirmelerde bulunulurken «**hukukun kabul edilebilir gerekçeler**» gösterilmesi ihtimalinde söz konusu olmayabileceği (veya çok azalabileceği) de söylenebilecektir.

İdari Yargı hakimi, kararında, yerindelik alanına girmiş olsun veya olmasın, vardığı sonucu, herhalükarda;

(1)sağlam bir hukuki muhakeme yürütmek

ve

(2)hukuk sistemine egemen olan ilke ve esaslar (=anayasal ilkeler ve İdare Hukuku ilkeleri) ile (3)dava konusu somut olgulara ilişkin bilimsel ve teknik hususları ve gerekleri göz önünde tutmak

suretiyle *gerekçelendirmek* durumunda da olmalıdır.

Mesela; imar planlarının şehircilik ilkelerine uygun düşüp düşmediği hususu ve bu bağlamda, belli bir yerdeki plan değişikliğinin «yerinde» olup olmadığı konusu;

-çevre ve şehircilik alanlarındaki teknik ve bilimsel veriler (ve, o bölgede belli bir idari görev yapılacaksa, o görevin gerektirdiği nitelikler)

göz önünde tutularak, ele alınmalı ve irdelenmelidir.

7-d)Diğer taraftan mahkeme kararlarına karşı, **kanunlarının** mevcut olması hali de, «keyfi şekilde veya idari makam gibi davranılması» ihtimalini azaltabilecek bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten de; yargılama işlevine aykırılık oluşturacak şekilde verilmiş mahkeme kararları, *kanunlarının bulunması ve bu yollara başvurulmuş olması ihtimalinde*, itiraz veya temyiz mercii tarafından bozulabilecektir.

Bu itibarla, kararlarına karşı kanunlarına başvurulabileceğini bilen hakim de, bu tür kararlar verme yolunu seçmeyebilecektir.

7-e)Son olarak belirtilmesi gerekmektedir ki; dava konusu uyuşmazlığın kamuoyunu yakından ilgilendiriyor olduğu durumlarda, **kamuoyunda oluşabilecek olan tepkiler** de, hakim üzerinde manevi bir baskı yaratabilecek ve yargılama işlevine aykırılık oluşturacak kararlar verilmesi hususunda caydırıcı nitelik taşıyabilecektir.

Bununla birlikte; kamuoyundaki tartışmalar ve tepkiler ile mahkeme kararları arasında her zaman yakın ve doğrudan bir bağ kurulabileceğinin düşünülmesi de doğru olmayacaktır.

Kamu hukuku hakimi ve özellikle de Anayasa ve İdare yargıcı; başta siyasi çevreler olmak üzere, her türlü çevresel etkiye ve tepkiye karşı koyma hususunda bir «alışkanlık» kazanmış bulunmaktadır. Çünkü, verdiği kararların neredeyse hepsi, hangi yönde olursa olsun, *muhakkak* belli bir siyasi çevrenin veya toplumsal kesimin eleştirisine maruz kalmaktadır.

Bir başka ifadeyle, kamu hukuku hakimi; keyfi şekilde veya siyasi gerekçeleri göz önünde tutarak davrandığı yönünde *haksız suçlamalarla* karşı karşıya kalabileceğini *-zaten-* bilmektedir.

Onun açısından önemli olan (veya, önemli olması gereken) husus; «verilecek kararın *saygın* hukukçular tarafından hukuka uygun bulunup bulunmayacağı»dır.

Diğer taraftan; «verilecek kararın saygın hukukçular tarafından hukuka uygun bulunması (veya hiç değilse, hukuka uygun sayılabileceğinin kabul edilmesi)» ihtimali/olgusu, hakim açısından *önemli bir güvence* olarak da kabul edilebilecektir.¹¹⁶ Gerçekten de, saygın hukukçular; gerek kaleme alacakları bilimsel eserlerde ve gerekse medyada yapacakları açıklamalarda, kararın hukuka uygun olduğunu açıklayacaklar ve böylece, hakimi haksız saldırılara karşı «koruyacaklar»dır.

SONUÇ

1-Çağdaş hukuk sistemlerinde ve 1982 Anayasası sisteminde; İdari Yargı'nın iki temel işlevi bulunduğuna söylenebilecektir:

- (1)Hukukuk söylemek (bütün yargı mercileri için söz konusu olan işlev).
- (2)İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak (ve bu suretle, hukuk devleti ilkesini korumak) (ek işlev).

Bu iki fonksiyona; *bir başka ek işlevin daha eklenmesi* mümkün gözükmektedir:(3)Anayasakoyucu ve kanunkoyucu tarafından yapılmış olduğu kamu yararı tercihlerinin uygulamaya geçirilmesini veya korunmasını sağlamak.

2-İdarenin, Anayasa'da öngörülmüş olan demokratik ve laik bir sosyal hukuk devleti çerçevesinde faaliyette bulunması ve bu hususları koruyup güçlendirmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan; tek taraflı olarak alabileceği ve uygulayabileceği kararlarla temel hak ve hürriyetleri sınırlandırabilmekte veya bunların kullanılabilmesine imkan sağlayabilmektedir.

Bu itibarla; «İdarenin hukuka uygun davranmasının sağlanması», anayasal rejim açısından *hayati bir öneme* sahip bulunmaktadır.

3-«İdarenin hukuka uygun davranmasının sağlanması» yönünde ortaya çıkan bu *objektif amacın*; İdari Yargıda öngörülmüş olan (a)iptal davaları ile (b)hizmet kusurundan kaynaklanan tam yargı davalarında geçerli olduğu, söylenebilecektir.

¹¹⁶ Tabii ki, «hukuk»a ve «saygın hukukçular»a değer verilen ülkelerde...

4-Söz konusu davaların kapsamını ve etkinliğini ve dolayısıyla da, İdari Yargı'nın sahip olduğu ek işlevlerin yerine getirilmesini *olumsuz yönde etkileyen* kanuni (ve hatta anayasal) düzenlemeler, -çağdaş anlamıyla- «demokratik ve laik bir sosyal hukuk devleti»ne uygun düşünmeyecektir.

5-Anayasa ile kanunlarda yer alıp *İdari Yargı'nın sınırlarını oluşturan düzenlemelerin* de; İdari Yargı'nın sahip olduğu bu, anayasal rejim (ve hatta, demokratik ve çağdaş bir siyasi ve toplumsal yaşam) açısından sahip olduğu önem (=ek işlevler) dikkate alınarak «okunması» yerinde olacaktır.

6-1982 Anayasası, idari yargı denetimi açısından bazı sınırlamalar ve yasaklar öngörmüş bulunmaktadır.

Bu sınırlamalar ve yasaklar arasında yer alan;

-«*takdir yetkisine müdahale edilmesi yasağı*»

ve

-«*yerindelik denetimi yapılması yasağı*»

bu çalışmada inceleme konusu edilmiştir.

6-a)Bu iki yasak da, «direktif hüküm» niteliğini taşımaktadır.

Söz konusu yasakların sahip olduğu anlamın ve kapsamın tespit edilmesi faaliyeti ile bunlara uyulmuş olup olmadığı hususunda karar verilmesi yetkisi, *sadece* Yargı Organı'na ait olmaktadır.

«Yerindelik denetimi yapılması yasağı»nın 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasa metnine açıkça dahil edilmiş olması da, yukarıda varılan sonucu değiştirmemektedir.

6-b)Kaldı ki; her iki yasağın kapsadığı alanın -herkes açısından- açık ve net bir şekilde ortaya konulabilmesi de, çoğu kere, mümkün olamamaktadır.

Her olayın somut özellikleri çerçevesinde belirlenmesi gereken «yargısal denetime tâbi olmayan takdir alanı ile yerindelik alanı» konusu, genellikle, tereddütleri ve farklı görüşleri de beraberinde getirebilmektedir. Herkesin bu konuda fikir birliğine varabilmesi, mümkün olamayabilmektedir.

Diğer taraftan; İdari Yargı tarafından yargısal denetime tutulmak istemeyen kamu görevlilerinin veya siyasi iktidarların bulunduğu ülkelerde; «hemen her hususun yargı denetimi dışında kalan takdir veya yerindelik alanı içine dahil edilmesi» yönünde bir eğilim de ortaya çıkabilmektedir.

6-c)Söz konusu yasakların somut bir olayda geçerli olabilmesi için; davanın konusunu oluşturan idari faaliyette hukuka aykırı herhangi bir hususun bulunmaması gerekecektir.

Hukuka aykırılık oluşturan işlem veya eylemler yargı denetimine tâbi olacaktır.

6-d)İdareye görevler veren kanuni düzenlemelerin İdareye tanımış olduğu takdir yetkisinin genişliği (soyutluğu) ile İdari Yargı Mercii'nin bu yetki üzerinde yürüteceği yargısal denetimin kapsamı arasında ilişki bulunmaktadır.

İdarenin takdir yetkisi ne kadar genişse (=onu sınırlayıcı kriterler içeren kanun hükümleri ne kadar azsa), İdari Yargı'nın yürüteceği yargısal denetim de o oranda fazla olacaktır.

6-e)İdari Yargı'nın hukuk devleti ilkesinin korunması yönünde sahip olduğu ek işlev ile bazı idari uyuşmazlıkların sahip olduğu özellikler, İdari Yargı Mercilerine; bazı uyuşmazlıklarda, ister istemez, -bir ölçüde de olsa- yerindelik alanına müdahale etme zorunluluğu da yüklemektedir.

Aksi yönde bir tavır, «İdarenin söz konusu uyuşmazlıklarda etkin bir yargısal denetimden kurtulmuş olması» sonucunu da beraberinde getirecektir.

Sosyal hukuk devleti ilkesi ve özellikle de, bu ilkenin öngördüğü veya kuruma altına aldığı kamusal görevler ve temel hak ve hürriyetler rejimi; tek başına kararlar alabilen ve bunları bizzat uygulayabilen bu derece güçlü bir Devlet cihazının bu şekilde tamamen denetim dışında kalabilmesine cevaz vermemektedir.

6-f)Yerindelik alanına -bir ölçüde de olsa- girilmesini gerektiren idari konulara örnek olarak;

- tartışma konusu edilebilecek olmakla beraber, kolluk faaliyetleri,
 - kamulaştırma işlemleri
 - veya özelleştirme uygulamaları
- verilebilecektir.

6-g)Yerindelik denetimi açısından yukarıda sözü edilen gerek ve zorunluluk; kamu yararına uygunluk denetimi için de söz konusu olmaktadır.

İdari faaliyetler üzerinde İdare Hukuku ilkeleri çerçevesinde kamu yararına uygunluk yönünden yapılan yargısal denetimde de; kaçınılmaz olarak, -bir ölçüde de olsa- yerindelik alanına girilmektedir.

Bu olgunun da kabul edilmesi gerekecektir. Çünkü, en güçlü ve etkin Devlet cihazı olan İdarenin yürüttüğü faaliyetlerin «kamu yararına uygunluk» açısından irdelenmemesi ve kontrol edilmemesi; (a)Devletin niteliğine, (b)kamu maliyesine ve (c)temel hak ve hürriyetler rejimine ilişkin bir çok olumsuz sonucu da beraberinde getirecektir.

Kaldı ki, bunlar; anayasakoyucu ve kanunkoyucunun gerçekleşmesini (uygulamaya geçirilmesini) istediği temel tercihleri de ifade etmektedir.

İdari faaliyetlerin kamu yararı açısından yargısal denetime tâbi tutulması da; söz konusu tercihlerin kağıt üzerinde kalmasının engellenmesi açısından gerekli olmaktadır.

7-İdari Yargı Mercisinin yargısal denetim açısından sahip olduğu bu «geniş alan», İdari Yargı hakiminin;

-herhangi bir kriteri göz önünde tutmadan, dilediği gibi (=keyfi şekilde) karar vermesi

veya

-«hukukçu/hakim» kimliğinden *tamamen* ayrılıp «idari makam» (veya «siyasetçi») kimliğine bürünmesi

riskini de beraberinde getirmektedir.

7-a)Hakimlik formasyonunun ve bilincinin söz konusu riski azaltacağı açıktır.

İdari Yargı hakiminin, vereceği bütün mahkeme kararlarını;

(1)sağlam bir hukuki muhakeme yürütmek

ve

(2) hukuk sistemine egemen olan ilke ve esaslar (=anayasal ilkeler ve İdare Hukuku ilkeleri) ile (3) dava konusu somut olgulara ilişkin bilimsel ve teknik hususları ve gerekleri göz önünde tutmak

suretiyle **gerekleştirmek** durumunda olduğunu, bilmesi gerekmektedir.

7-b) Keyfi şekilde veya idari makam gibi verilen yargı kararları, zaman içinde; Devlet faaliyetleri üzerinde yürütülen yargısal denetimin kapsamını daraltmayı ve böylece, dilediği gibi faaliyette bulunabilmeyi arzulayan siyasi ve sosyal çevrelerin bu amaçla düzenlemeler öngörmesine de kapı aralamış olacaktır.

Böylece, sahip olduğu gücün getirdiği sorumluluğu gözardı eden bir mahkeme; (a) önce saygınlığını ve daha sonra da, (b) yapılacak anayasal veya kanuni düzenlemeler sonucunda, gücünü ve etkinliğini yitirme riskiyle karşı karşıya kalacaktır.

8- Bu çalışmanın en sonunda, «**son söz**» olarak denilebilecektir ki;

- *toplumda yaşayan herkesin*, İdari Yargı'nın Devletin niteliği ve özgürlükler rejimi açısından sahip olduğu *hayati önemi* idrak etmesi ve bu işlevi daraltacak veya etkisiz hale getirecek bütün kamusal faaliyetlere karşı durması;

- *İdari Yargı hakiminin de*, (a) çağdaş bir devlet ve toplum yapısı açısından sahip olduğu bu öneme uygun davranması, (b) kararlarını sağlam hukuki gerekçelere dayandırması ve bütün bunları yaparken de, (c) hukuk devleti ilkesini ve dolayısıyla da, kendi varlık nedenini içselleştir(e)memiş toplumsal ve daha da önemlisi, siyasi grupların bulunduğu ve bunların kendisini etkisiz hale getirmek için her türlü fırsatı yararlanmaya hazır olduğunu aklından çıkartmaması

gerekmektedir.

Çünkü, bilinmelidir ki, her türlü sosyal ve bilimsel gelişme ve refah ve bunlar sayesinde ortaya çıkacak olan özgür ve mutlu bir toplum yapısı, **sadece;**

(1) kamu hukukunu *çağdaş ilke ve esaslar çerçevesinde öngörmüş bulunan*¹¹⁷

(2) ve bu hukuka *gönülden bağlı* bir halka ve onu *etkin şekilde koruyan* kamu hukuku hakimine sahip olan

ülkelerin **hakkıdır!**

Eylül 2010

¹¹⁷ Diğer bir ifadeyle, «**demokratik düzen içinde yaşayan birey**»e saygı duyan...

Denilebilecektir ki, çağdaş hukuk devleti'nin özünde; -ilk planda düşünülebileceğinin aksine- «Devlet kaynaklı işlemlerin yargısal denetiminin yapılması esası» değil, ama, «birey» yer almaktadır. Söz konusu esas ise, «bireyi Devlete (ve diğer hukuk kişilerine) karşı koruma» işlevini görmek için öngörülmüş bulunmaktadır.

Toplumun (ve Devletin), toplumda yaşayan her gerçek kişinin;

-«demokratik ve çağdaş bir yapı içinde,[X] farklı yönde düşünme, seçimler yapma ve davranma» imkanına,

-diğer bir ifadeyle, tabiri caizse, «**birey olma hakkı**»na

sahip olduğunu kabul etmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, şu sonuca varılabilmesi mümkün gözükmektedir: Çağdaş hukuk devleti; demokratik toplum yapısının temelini «birey»i koyan devlettir (Karşılaştır:AY md.41).

[X]Yani; (a)demokratik düzenin sahip olduğu *felsefeye* aykırı davranmadığı ve (b)milli güvenliği veya kamu düzenini *açık bir şekilde* bozmadığı süreç...