

# TAKDİR YETKİSİNİN YARGISAL DENETİMİ

Y. Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ\*

## I. GİRİŞ

"İdarenin kanuniliği", idareye ve faaliyetlerine kanunun hakim olması<sup>1</sup>, yönetilenlerin, idarenin keyfi eylem ve işlemlerinden korunması<sup>2</sup> anlamına gelir. Pozitif Anayasa hukukumuzda göre, kanunkoyucunun hukuken düzenleyemeyeceği hiçbir alan yoktur. Yani, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla her konu, kanunla düzenlenebilir. Buna, "yasama yetkisinin genelliği ilkesi" adı verilir<sup>3</sup>. Kanunkoyucu, her alanda olduğu gibi idari faaliyetler alanında da düzenlemeler yapabilir. Bu açıdan yasama yetkisinin genelliği ilkesi aynı zamanda, kanunkoyucunun, dilediği takdirde, idarenin faaliyetlerini en ince ayrıntılarına kadar düzenleyip idareyi bağlı yetki ile sınırlayabileceği anlamına da gelir<sup>4</sup>. Ancak kanunkoyucu, idarenin faaliyetlerini bütün ayrıntılarıyla önceden kesin bir şekilde düzenleyemez<sup>5</sup>. Zira buna ne çalışma şüresi, ne teknik uzmanlığı ne de ağır işleyen çalışma usülleri el verir<sup>6</sup>. O haldé, idarenin bütün yetkilerinin bağlı yetkiler şeklinde olamayacağı açıktır.

İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince idarenin faaliyetlerinin hukuk tarafından önceden düzenlenmesi ilkesi hukuk devletinin bir unsurudur. İdarenin düzenleme yetkisi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan belirlilik ve düzenli idare ilkesinden ve bunların dayanağını teşkil eden eşitlik ilkesinden<sup>7</sup> kaynaklanmaktadır<sup>8</sup>. Ancak modern toplumlarda günden güne gelişen teknolojiye bağlı olarak yeni nitelikler kazanan ve daha karmaşık biçimler alan, uzmanlaşmış ve çok geniş alanlara yayılmış bulunan idari faaliyetlerin kanunkoyucu

1 ACHTERBERG Norbert, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1986, § 18, rdn.2; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 1996, s. 28;

2 ARSLAN Süleyman, İdare Hukuku, Ankara 1991, s. 19.

3 ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1995, s. 164.

4 ÖZBUDUN, s. 165.

5 ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. I, İstanbul 1966, s. 240; GİRİTLİ İsmet-BİLGİN Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1979, s. 33; GİRİTLİ İsmet, "Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması", İstanbul 1957, s. 71; YENİCE K, zım, "Hak Arama Özgürlüğü ve Danıştay", İnsan Hakları Yıllığı, y. 2, 1980, s. 20;

6 YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 1985, s. 98.

7 Nitekim Danıştay, idarelerin, hukukun kendilerine tanıdığı yetki içerisinde, değişen koşullara uygun olarak "objektif" işlemler tesis edebileceklerine karar vermiştir. Bkz. D.10.D., KT, 30.4.1984, E 83/664, K 84/ 882, D.D., sy. 56-57, s. 380.

8 ACHTERBERG, § 18, rdn. 18.

tarafından önceden ayrıntılı olarak düzenlenmesi düşünülemez<sup>9</sup>. Bu bakımdan, hukuk kurallarının idareye bir takdir alanı ve yetkisi tanınması hem mantıkî bakımdan gerekli hem de yöntem olarak zorunludur<sup>10</sup>.

Serbest hareket yeteneği ve seçme özgürlüğünü ifade eden takdir yetkisi<sup>11</sup>, hukukun uygulaması işinin doğasının yansımasıdır<sup>12</sup>. Dolayısıyla takdir yetkisi, özel bir yetki türü olmayıp, devlet yetkisinin değişik bir kullanım şeklidir<sup>13</sup>.

Onar'a göre, "sayısız ve çok çeşitli ihtiyaçlara muhtelif faaliyetlerle cevap vermek mecburiyetinde bulunan idareye bazı hallerde tasarrufun sebebinin veya mevzuunu veyahut icra zaman ve mekanını tayin hususunda bir serbesti, bir takdir kudret ve salahiyeti tanınabilir. İşte bazı hallerde kanunların hükümler sevketmeyerek idareye bırakmış oldukları bu serbest saha, takdir salahiyetinin sahasını ve idarenin böyle hallerde muhtelif ihtimallerden ve şıklardan birini tercih edebilmesi de takdir kudret ve salahiyetini teşkil eder: İdare bu salahiyetine dayanarak kabil olan muhtelif hal tarzlarından birini seçer veyahut herhangi bir kararı alıp almamak şıklarından birini tercih eyer; hülasa kanunun sükut ettiği yerlerde kendi kanaat ve düşüncelerine göre hareket eder"<sup>14</sup> ve "...Takdir kudreti hukuk nizamından, hukuki tasarruflarla bunların unsurlarını ve şartlarını tayin ve tesbit eden üstün kaidelerin hususiyetlerinden ve hak sahibinin salahiyetlerinden doğma tabii bir neticedir ve umuma mahsus bir salahiyet ve

9 GÜNDAY, s. 30; KİPER Osman, Bir Kamu Hukuku Sorunu Olarak "Takdir Yetkisi" (İdarenin ve Yargıcın Takdir Yetkisi) ve Yorum, İBD., c. 54, sy. 1-2, Ocak-şubat 1980, s. 14.

10 ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s. 359. Danıştay bu hususu, "İdari faaliyetlerin hukuk kuralları ile kısıtlanması, idarenin hukuka bağlılığı ilkesinin tabii bir sonucudur. Ancak idare hukuku kuralları, kamu görevlerinin değişen gereklerine ve özelliklerine uymak zorunda bulunduğundan, idarelerin bütün faaliyetleri evvelden konulmuş esaslara bağlanmak suretiyle düzenlenemezler. Nitekim, çok defa idarelerin ne zaman, nerede, nasıl, ne şekilde işlem tesis edeceklerinin önceden düzenlenmiş kurallarda saptanmasına imkan yoktur. Bu itibarla kamu hizmetlerini düzenleyen hukuk kurallarının bu hizmetleri bütün ayrıntıları ile gereği gibi düzenlenmesi mümkün olmayan hallerde idarelere, hukuk kuralları içinde bir hareket serbestisi tanınması zorunludur. Bu serbestinin, idarelerin hukuka bağlılığına bir istisna teşkil edemeyeceği açıktır. Gerçekten bu yetki sınırsız olmayıp, idarelere kamu yararına kullanılmak üzere verilmiş ve bu amaçla sınırlandırılmıştır. Bu maksada uygun olmayarak kullanılan bir yetkinin, hakkın suistimalini teşkil edeceğine şüphe yoktur" şeklinde ifade etmiştir. D.5.D., KT, 26.3.1970, E 69/4331, K 70/1004, D.D., sy. 1, s. 203.

11 MAUER Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., München 1990, § 7, rdn. 6; ULE Carl Hermann-LAUBINGER Hans Werner, Verwaltungsverfahrenrecht, 3. Aufl., München 1986, s. 384; FORSTHOFF Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, München 1951, s. 68; GİRİTLİ İsmet-AGÜNÖNER Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 1993, s. 56.

12 YÜCE Turhan Tufan, Cumhuriyetin Hukuk Düzeninde İdarenin Hukuka Bağlılığı ve Danıştay, D.D., Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı, 1973, s. 186.

13 ÖZYÖRÜK Mukbil, İdari Yargı Ders Notları (Çoğaltma), Ankara 1977, s. 176.

14 ONAR, c. I, 420-421.

kudrettir"<sup>15</sup>. İdarenin, karar üretirken sahip olduğu serbestlik<sup>16</sup>, kanun veya düzenleyici işlemlere göre işlemi yapıp yapmamak, işlemi yapacağı zamanı seçmek veya şu veya bu işlemi yapmak konusunda bir seçimlik hakka sahip olduğu zamanlardaki yetki<sup>17</sup>, takdir yetkisidir.

Takdir yetkisi, kamu görevlileri hakkında kullanıldığında, hukuk tarafından onlara resmi olarak bazı durumlarda kendi vicdani kanaatine ve iradesine göre başkalarının vicdani kanaati veya düşünceleri tarafından sınırlanmaksızın hareket etme iktidarı veya hakkı anlamına gelir. Yine kamu görevlileri hakkında kullanıldığında, bütün durumlarda ve kanun önünde, neyin doğru ve neyin hak ve adalete uygun olduğu hususunda eldeki bütün veriler ışığında ve olayla ilgili olarak işlem takdir etmek anlamındadır<sup>18</sup>. Başka bir açıdan takdir yetkisi, olaylarla ve bu olaylarda mantıki, eşitliğe uygun, adil, doğru görünen şeylerle uyumlu ve bağlantılı olan belirleme ve karar verme iktidarı olarak tanımlanabilir<sup>20</sup>. Böylece idare rahat hareket edebilir<sup>21</sup>.

O halde, çerçevesi mevzuatta öngörülmüş fakat içi birtakım imkansızlıklarla bilinçli olarak doldurulmamış bir idari usulün varlığı durumunda, idareye bu idari usulün doldurulması konusunda tanınan belli bir kararı alıp alma, değişik çözümler arasında bir seçim yapma, yani yetkinin kullanılış usulünü belirleme yetkisine takdir yetkisi denir.

Hukuk devleti, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırmayı değil, bu yetkinin hukuka uygun kullanılmasını sağlamaya çalışan bir devlettir. Hukuk devletinde ne yargı denetiminden ne de takdir yetkisinden vazgeçilemez<sup>21</sup>. Takdir yetkisinin denetiminde bu ikisi arasındaki sınırın iyi çizilmesi zorunludur.

Takdir yetkisi, bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile doğrudan ilgilidir. Zira, kullanılması da, kullanılmaması da idare ile bireyi karşı karşıya getirebilecektir.

15 ONAR, c. I, 432.

16 AZRAK Ali Ülkü, İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu, Anayasa Yargısı, sy. 9, Ankara 1993, s. 330.

17 BİLGEN Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş, İstanbul 1996, s. 290; De SMITH Stanley, BRAZIER Rodney, Constitutional and Administrative Law, 7. Ed., London 1994, s. 617.

18 Black's Law Dictionary, 6. Ed., St. Paul 1990, s. 466.

19 WALKER David M., The Oxford Companion to Law, Oxford 1980, s. 363.

20 SMITH-BRAZIER, s. 617.

21 Klasik Anayasa doktrininde, idarenin geniş takdir yetkisine sahip olmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı düşünülürdü. Fakat bu dogma bugün pek fazla ciddiye alınmaz ve gerçekten pek fazla doğruyu içermez. Hukuk devletinin arzuladığı şey, geniş takdir yetkisini elimine etmek değil, hukukun bu yetkinin kullanılmasını kontrol edebilmesidir. WADE H. W. R., - FORSYTH C. F., Administrative Law, 7. Ed., 1994, s. 24-25.

Dolayısıyla, takdir yetkisi alanında her zaman bireyin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali tehlikesi vardır. İşte bu noktada yargıya büyük görev düşmektedir. Çünkü hukuk devleti kurallarına sadece bireyler değil, idare de uymakla yükümlüdür<sup>22</sup>.

Hukuk devletlerinin hemen tamamında olduğu gibi, ülkemizde de 1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında, İYUK m. 2/2'ye paralel olarak, "Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez" şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükümden de görüldüğü üzere yargı, idarenin takdir yetkisini, "hukuka uygunluk" açısından denetleyecek; yerindelik denetimi yapamayacaktır.

## II. BAZI ÜLKELERDE İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN DENETİMİ

Her hukuk devletinde, az ya da çok idareye takdir yetkisi tanınmakta ve bu yetki, yine hepsinde, idare ve yargı sistemleri farklı olsa bile, benzer kriterler dikkate alınarak yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Bu ülkelerden idari rejime sahip olmayan İngiltere ve idari rejime sahip Almanya ve Fransa örneğinde, idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi ile ilgili karşılaştırma yapabilmek amacıyla kısa bir bilgi vermek istiyoruz.

### A. İNGİLTERE

İngiliz anayasal düzeni hukuk devleti (hukukun üstünlüğü) fikrine dayanırılmıştır. İngiliz idare hukuku<sup>23</sup> da, ilkenin en aktif şekilde uygulandığı bu alanda görülür. Hukuk devletinin öncelikli anlamı, herşeyin hukuka uygun bir şekilde yapılmasıdır. İkinci anlamı ise, idarenin, sınırlı takdir yetkisine sahip olduğu bir hukuki alan (yapı, teşkilat) içinde davranma zorunluluğudur. İdare hukukunun bir

22 Nitekim Danıştay'a göre, "Hukuk devleti yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan bir yapılanma olup, bunu gerçekleştiren de devlet görevlerinin belirli kurallar içinde yürütülmesi amaçlanmıştır. Daha açık bir anlatımla hukuk devleti anlayışı, bir ülkede yerleşmiş hukuk düzenine yalnız yönetilenlerin değil yönetiminde uymasını gerektirecek kurallar bütünüdür. Bu ilkenin bir anlam kazanabilmesi için, o ülkede egemen olan hukukun yönetilenlere, devlete karşı da hukuk güvenliği sağlaması boyutunun da gerçekleşmesi gerektiği tartışmasızdır. Böylelikle devlet, toplum yaşamını düzenlerken ortaya koyduğu kişilerde tam bir güven duygusu yaratacak, onlara hukuk kurallarının tam anlamıyla geçerli olduğu ve toplumun bütün unsurlarıyla birlikte uyum içinde yürüdüğünü gösteren bir güven ortamını tesis edecektir". D11D., E 95/1838, K 95/1861, KT, 12.6.1995, D.D., sy. 90, s. 1180-1181.

23 Onar tarafından "Adli İdare" sistemi olarak adlandırılan Anglo-Sakson idare sisteminin özelliklerinden biri olarak, bu sistemde idare hukukunun bulunmayışı gösterile bile, bu belirleme çok doğru sayılamaz. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri için bkz. ÖZAY İl Han, "Komisyonlar Saltanatı Ülkesinin İdare Hukuku", İHİD, y. 4, sy. 1-3, 1983, s.95-103.

çok kuralı, parlamentonun, bakanlara ve diğer idarelere oldukça özgür şekilde verdiği geniş yetkileri sınırlayıcı kurallar şeklindedir. Yani, hukuk devletinin temeli, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını önlenmesi düşüncesidir<sup>24</sup>.

Dicey'e göre, hukuk devleti ilkesi idarelerin geniş, keyfi ve takdiri yetkileriyle çelişir. Yani hukuk devleti geniş takdir yetkilerini kabul etmez. Çünkü bu keyfiliğe yol açar<sup>25</sup>.

Hukuk devletinin ilk gereği, bütün yetkilerin hukuki bir sınıra sahip olduğunu tanımadır. Daha önemsiz olmayan ikinci gereklilik, mahkemelerin, bir şekilde idarenin verimliliği ve vatandaşın hukuki koruması arasında en uygun dengeyi bulan sınırları çizme zorunluluğudur. Parlamento sürekli olarak kamu idarelerine yetkiler verir ki bu yetkiler onlara göre, mutlak (kayıtsız) ve keyfidir. Fakat mahkemelerin uygun bulmayı reddettiği şey, keyfi yetki ve dizginsiz takdir yetkisidir<sup>26</sup>.

Takdiri işlemler, yapılmaları kesin olarak hukuk kuralları tarafından düzenlenmemiş işlemlerdir. İdare, onları uygulayıp uygulamama veya ne şekilde uygulayacağı konusunda serbesttir. Hakimler ve idari makamlar, takdir yetkisinin uygun kullanılıp kullanılmadığının denetimini, ancak takdir yetkisinin kötüye kullanıldığının açıkça ispat edildiği durumlarda yapabilir. Zira, takdiri işlemin uygulanması onu uygulayanın neyi adil ve uygun gördüğüne bağlı bir tercihi içerir<sup>27</sup>.

Takdir yetkisinin kullanılmasının denetimi iki konuyla sınırlıdır: Verilen takdir yetkisi kullanılmış mıdır (Takdir yetkisinin kullanılmamış olması-Failure to Exercise a Discretion)? Kullanılmışsa, kullanılan yetki hukuka uygun kullanılmış mıdır (Takdir yetkisinin kötüye kullanılması-Misue of Discretion) <sup>28</sup>?

Yetki kullanımı ile ilgili genel ilkeleri şu şekilde belirleyebiliriz: Genel kural, açıkça yetki (izin) verilmediği durumlarda bir idarenin yetkisini başka bir merci veya kişiye devredemeyeceğidir (delegatus non potest delegare). Ayrıca, hiyerarşik olarak bir üst merci olmamak veya kanun tarafından emir verme yetkisi verilmiş olması durumu hariç, hiçbir idare başka bir merciin emri doğrultusunda hareket edemez. Yine hiçbir idare, takdir yetkisini uygulamayı kendi kafasından

24 WADE-FORSYTH, s. 24-25; De SMITH-WOOLF Harry-JOWELL Jeffrey, *Judicial Review of Administrative Action*, 5. Ed., London 1995, s. 297

25 DICEY, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10. Ed., London 1965, s. 188-202.

26 WADE - FORSYTH, s. 379.

27 Black's Law Dictionary, s. 467.

28 SMITH-BRAZIER, s. 618.

oluşturduğu kurallarla engelleyemez.memeli. Ve son olarak hiçbir idare, kamu yararı amacıyla kendisine verilen yetkiyi uygulamaktan kaçınmaz<sup>29</sup>.

Bugün mahkemeler, hemen her takdir yetkisi uygulamasını denetleyebilmektedir<sup>30</sup>. Denetimde ölçü ise yetkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı, mantıklı ve hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı<sup>31</sup>. Denetimin yapılabilmesi içinse , takdir yetkisi gerekçelendirilmelidir. Ancak idare bu hakkı kullanırken, yaptığı seçimde, hukuk dışı gerekçeler göstermemelidir<sup>32</sup>.

Bütün kanuni yetkiler iyiniyetle ve o yetkiyi veren kanunun amaçlarını gerçekleştirmek için kullanılmalıdır. İşte denetimin temelini bu oluşturur. Ancak kötüniyetin; yetkinin, kasdi olarak hatalı amaçlar için kullanıldığının isbatı hemen hemen imkansızdır. Ancak yetkinin, iyiniyet içerisinde kötüye kullanılması; onun yetkilendirilmemiş amaç için veya ilgili hukuk kuralına uyulmadan veya ilgisiz işler için kullanıldığı ispatlanabilir. Eğer yetki öngörülmüş bir amaca ulaşmak yerine başka bir amaç doğrultusunda kullanılmışsa işlem geçersizdir<sup>33</sup>.

Yargısal denetim, hukuka uygunluk (legality), makuliyet (reasonable) ve usule uygunluğu kapsamaktadır<sup>34</sup>.

Bir idari makam kendisine verilmemiş bir yetkiyi uygulayarak kendi yetkisini aşmamalı, hukuka uygun hareket etmeli, yetkisini kanuni olmayan bir amaç için kullanmamalı, bütün ilgili şartları gözönüne almalı ve ilgisiz koşulları gözardı

29 SMITH- BRAZIER, s. 618-619.

30 SMITH- BRAZIER, s. 619.

31 Black's Law Dictionary, s. 10.

32 SMITH-BRAZIER, s. 617.

33 1985 yılında Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service davasında yargıç Lord Diplock' un yaptığı sınıflandırma bundan sonraki doktrinde de takip edilmiştir. Lord Diplock' a göre, "idari işlemin yargısal denetime tabi olmasının sebepleri üç başlık altında sınıflandırılabilir. Birinci sebep hukuka aykırılık (illegality), ikinci sebep mantıksızlık-akla aykırılık (irrationality) ve üçüncü sebep usulde hukuka uygunsuzluk (procedural impropriety). Ancak bu demek değildir ki zaman içerisinde olaylara bağlı olarak daha fazla gelişmelerle başka sebepler bulunmayacaktır. Ancak şimdilik bu üçü iyice yerleşmiştir. Hukuka uygunluk denetimi, kararı alan idarenin kesinlikle kendisine karar alma yetkisini veren kanunu, doğru olarak anlaması ve onu uygulasıdır. Makuliyet, 'Wednesbury Unreasonableness' yani idarenin 'makul-akla uygun-mantıklı' olmasıdır. [Bu tabir Associated Provincial Picture Houses Ltd. V Wednesbury Corporation (1948) davasında kullanılmıştır. 1985'ten sonra Unreasonableness yerine yeni terim Irrationality kullanılmaya başlanmıştır]. Mantıklı insan önündeki bir sorun hakkında karar verirken akla ve kabul görmüş ahlaki ölçütlere göre savunabilecek bir karar vermelidir. Üçüncü sebep ise usulde hukuka aykırılıktır ki bundan önce tabii adaletin temel prensiplerinin uygulanması veya usulde adalet olarak adlandırılmaktaydı. Üçüncü sebep bu ikisini de kapsamaktadır". CRAIG, P. P., Administrative Law, 3. Ed., London 1994, s. 400 vd.; SMITH- BRAZIER, s. 620; WADE - FORSYTH, s. 439 vd.

34 ALLEN Michael J., THOMPSON Brian, Cases and Materials on Constitutional & Administrative Law, 4. Ed., 1996, s. 535.

etmeli, takdir yetkisini asla başka bir makama devretmemeli, takdir yetkisinin uygulanmasına mani olmamalı ve görevini yerine getirmekten kaçınmamalıdır. Aksi durum hukuka aykırılık oluşturacaktır<sup>35</sup>.

İdare makul<sup>36</sup> ölçülerde ve hukuki mantıklılığın sınırları içerisinde, özgürce takdir yetkisini kullanabilmelidir. Bu sınırlar aşılsa yetki aşımı (ultra vires) söz konusu olur. Bu bağlamda, mahkeme sınırları çok sıkıca tesbit etme eğilimine kapılmamalı, objektif ölçütleri uygulamalıdır ki, bu ölçüt karar alma konumunda olan idari merciye, kanunkoyucunun verdiği yetkilerin kullanılmasına olanak versin<sup>37</sup>.

Common Law'ın doğal hukuk (natural justice) ilkelerine aykırılık ise usule aykırılıktır<sup>38</sup>. Bu ilkeler tarafsızlık<sup>39</sup>, adil yargılanma hakkı<sup>40</sup>; adil savunma hakkı<sup>41</sup> ve bunlara ilaveten adil hareket etme (davranma) yükümlülüğüdür<sup>42</sup>.

## B. FRANSA

İdare hukukumuzun, büyük ölçüde "ilham" aldığı Fransa'da idarenin takdir yetkisi ve denetiminde kullanılan ölçütler hemen hemen Türk hukukundaki uygulama gibidir.

35 ALLEN- THOMPSON, s. 535.

36 Wade rationality yerine eski terimi reasonable tercih etmektedir. Wade'e göre, bütün idari işlemler rational'dır. Çünkü bunlar, zeka olarak, zekası yerinde kişiler tarafından alınmaktadır. Ancak kararı alan kişilerin geri zekalı olmaması ile hukuki açıdan mantıklı olması farklıdır. Dolayısıyla anahtar kelime olarak Unreasonableness tercih edilmelidir WADE - FORSYTH, s. 391.

37 Associated Provincial Picture Houses Ltd. V Wednesbury Corporation (1948) davasında hakim Lord Greene, takdir yetkisinin makul kullanılmasının ne anlama geldiği hususunda şunları söylemiştir: "şu bir gerçektir ki takdir yetkisi mantıklı bir şekilde kullanılmalıdır. şimdi bu ne demektir? Hukuki takdir yetkilerinin kullanılmasyla ilgili anlatım bilgisine (phraseology) aşına olan hukukçular "makul olmama" (Unreasonable) kelimesini oldukça kapsamlı bir anlayış içerisinde kullanmaktadırlar. Bu, yapılmaması gereken şeylerin genel bir ifadesi olarak şimdiye kadar sık sık kullanılmış ve kullanılmaya da devam edilmektedir. Örneğin, kendisine takdir yetkisi verilen kişi, tamamen hukuki olmalıdır. Dikkatini gözönünde bulundurması zorunlu olan konularda toplmalıdır. Gözönünde bulundurması istenen şeye ilgisiz olan şeylerden dikkatini uzak tutmalıdır. Eğer bu kurallara uyarırsa, onun makul bir şekilde hareket ettiği söylenebilir". FOULKES David, Administrative Law, 8. Ed., London 1995, s. 240; WADE - FORSYTH, s. 400.

38 ALLEN- THOMPSON, s. 553.

39 Bunun iki temeli vardır. Birincisi, hakim davanın sonucuyla ilgili bir mali ve emlak ilişkisi içinde olmamalı. İkincisi, taraflı olduğu açık olmamalıdır. SMITH- BRAZIER, s. 602.

40 Hiç kimse, kendisine karşı dava hakkında haber verilmeden ve kendisine karşı davadaki suçlamalara cevap verme ve kendi durumunu ifade etme hakkı verilmeden, kendisinin haklarını etkileyen bir karar ile cezalandırılmaz. SMITH- BRAZIER, s. 606.

41 Savunma hakkı verilen kişi kendisine karşı getirilen delilleri bilebilmeli, suçlamaları öğrenebilmeli ve bunları düzette ve bunlara karşı çıkma (savunma) hakkına sahip olmalıdır. ALLEN- THOMPSON, s. 612.

42 Adil savunma yapma hakkı verilmiş olsa bile hakim adil davranma ödeviyle yükümlüdür. Bu ödev hakimın takdir yetkisini kötüye kullanmamasını gerektirir. SMITH- BRAZIER, s. 615.

Fransız idare hukukunun gelişiminde çok önemli rol oynayan Conseil d'Etat, idari işlemlerdeki özgürlüğün sınırlarının tesbitine de kararlarıyla ışık tutmuştur. Ancak bu konuda, idarenin talepleri ile bireyin hukuki korunmasını uzlaştıran doktrinin katkıları da inkar edilemez<sup>43</sup>.

Fransız idare hukukunda takdir yetkisi (pouvoir or compétence discrétionnaire), idarenin karar alma ve hukuk dahilinde hareket etme özgürlüğünü ifade eden genel bir terimdir<sup>44</sup>.

İdare tarafından sahip olunan karar alma özgürlüğünün en önemli unsuru idarenin, işlemin uygunluğuna yani yerindelğine (eypediency=opportunité) doğrudan karar verebilme gücüne sahip olmasıdır. Zaten takdir yetkisinin özü de budur<sup>45</sup>. İdari faaliyetlere karşı yargı yolunun açık olduğuna dair genel kural, idarenin takdir yetkisi ve bu yetkinin kullanımı için de geçerlidir. Zira özünde idareye serbest karar alma yetkisi tanıyan takdir yetkisi, idareye hukuk dışında bir serbesti tanımaz. Takdir yetkisinin sınırları kanunlarla çizilir ve ancak yetki bu alan dahilinde serbestçe kullanılabilir. Bu sınırlara uyulup uyulmadığı, takdir yetkisinin kanunda gösterildiği şekilde kullanılıp kullanılmadığı ise yargı denetiminin konusunu oluşturur<sup>46</sup>.

Fransa'da takdir yetkisinin tek bir teorisi yoktur. Bu durum Fransız hukukunda mahkeme kararlarını incelerken ve genelleme yaparken çok dikkatli olmayı gerektirir<sup>47</sup>.

İdari yargı yeri, bir idari işlemde hukuk ihlali olup olmadığını, yapılan işlemin yürürlükte olan hukukla (kanunla) çelişip çelişmediğini, ve hukuki sebeplerin (unsurların) noksan (eksik, yanlış) olup olmadığını denetler<sup>48</sup>.

Çok kısa özetlemek gerekirse Fransız idare hukukunda takdiri kararların yargısal kontrolü önem sırasına göre üç başlık altında sınıflandırılabilir<sup>49</sup>:

Minimum denetim, şekli ve usule ilişkin eksikliklerin denetlenmesi, destekleyici bulguların araştırılması ve yetkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığının incelenmesidir. Prensip olarak, delil gösterilen vakıaların hukuki ağırlığı tahkik

43 SCHWARZE Jürgen, European Administrative Law, London 1992, s. 261.

44 SCHWARZE, s. 261-262.

45 SCHWARZE, s. 262.

46 HOFFMANN Reinhard, Das Ermessen der Verwaltungsbehörden in Frankreich, Berlin 1967, s. 142

47 SCHWARZE, s. 263.

48 SCHWARZE, s. 264.

49 SCHWARZE, s. 269.



edilmez. Yabancılar hukuku ve teknik alandaki hukuk ile ilgili idari işlemlerin yargısal denetimi bu gruba bir örnektir.

Normal denetimde vakıaların hukuki incelemesi yapılır.

Maksimum denetimde ise, idari tedbirin gerekliliğini ve nisbiliği araştırılır. Polis hukukundaki denetim, bu gruba girer.

İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminin amacı ve anafikri, takdir yetkisinin normal sınırlar içinde kullanılmasının güvence altına alınmasıdır. Bu sebeple idari yargı yerleri "kamu yararı ilkesi"nden hareketle, objektif ölçülerle takdir yetkisini denetlemektedirler<sup>50</sup>.

Yukarıdaki sınıflandırmaya göre yargısal denetim, her şeyden önce takdir yetkisinin kullanım usulünün hukuka uygunluğu ve takdir yetkisi kullanımının, öngörülen hukuki çerçeve içinde kalınıp kalınmadığı konusunda yapılır. Bu aşamada takdir yetkisinin sınırlarıyla, takdir yetkisinin kullanılması şartları arasındaki fark, kesin olarak gözetilir. Daha sonra ise takdir yetkisi kullanılarak yapılan somut işlemin, anayasa ve kanunlara uygunluğunun denetimine geçilir<sup>51</sup>.

Hemen belirtmek gerekir ki yargı yerinin yapmış olduğu denetim sadece kanuna uygunluk denetimi, yani takdir yetkisinin ön şartlarının denetimidir. Yargı yeri takdir edilen konunun denetimini, başka ifade ile yerindeliğini denetleyemez<sup>52</sup>.

Fransız hukukunda, düşünce ve inanç özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, toplantı ve dernek özgürlüğü, basın özgürlüğü, mülkiyet, serbest ekonomik faaliyet hakkı, öğretim özgürlüğü, savunma hakkı gibi hukukun genel ilkeleri sayılan temel hak ve özgürlükler, Conseil d'Etat'ın kararlarıyla idarenin takdir yetkisinin anayasal sınırını çizmiştir. Bunun yanında, İsviçre ve Alman hukukunda, bir Anayasa ilkesi olan "oranlılık ilkesi" ve "eşitlik" ilkesi ile "kamu yararı" ve "idari usulün genel ilkeleri" idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminde önemli ölçütler olarak kullanılmaktadır<sup>53</sup>.

50 HOFFMANN, s. 143.

51 HOFFMANN, s. 143.

52 HOFFMANN, s. 143.

53 AZRAK, Anayasaya Uygunluk, s. 331. Erkut, gerekçe ilkesinin yetersiz kalması nedeniyle Fransız İdare Hukukunda "ölçülülük prensibi (principe de proportionnalité) ve "bilanço prensibi" (principe bilan-cout-avantages) gibi yeni kriterlerin geliştirildiğini belirtmektedir. ERKUT Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İstanbul 1996, s. 103; Ayrıca bkz. HOFFMANN, s. 155 vd.

### C. ALMANYA

Genel kabul gördüğü üzere takdir yetkisi, bir hukuki durumla ilgili olarak kanunla, idareye serbestçe faaliyette bulunabileceği bir hareket alanı tanınması; idarenin, bu hukuki durumla ilgili olarak çeşitli davranış şekillerinden birisini seçebilme imkanına sahip olmasıdır<sup>54</sup>. Yani Kanun, olaya hukuki bir sonuç bağlamamış; idare, hukuki sonucu kendi belirlemeye veya kendine sunulan iki ya da daha çok seçenekten birini tercih etme yahut da kabul etmemeye yetkili kılınmıştır<sup>55</sup>.

Takdir yetkisi kanunun tanıdığı ölçüde vardır. Genellikle madde metnindeki, "...yapabilir", "...yetkilidir", "...düzenleyebilir" şeklindeki ifadeler, düzenleme konusunda idarenin takdir yetkisi olduğunu gösterir<sup>56</sup>.

Takdir yetkisi, idarenin sahip olduğu serbest hareket yetkisini ifade ediyor olmakla birlikte, takdiri kararlarda idare tamamen serbest değildir. Gerçi idare yetkiyi kullanıp, faaliyette bulunup bulunmayacağına karar verebilir ama bu durumda dahi keyfi davranması söz konusu olamaz<sup>57</sup>.

Alman hukukunda hem idarenin takdir yetkisini nasıl kullanacağı hususu, hem de takdir yetkisinin yargı yerince ne şekilde inceleneceği konusu federal hukukta pozitif düzenlemelere konu olmuştur.

Alman İdari Usul Kanunu'nun 40. maddesine göre, "bir makam takdir yetkisi içinde hareket etmekle yetkilendirilmiş ise takdir yetkisini, yetkilendirmenin amacı ile uyumlu bir biçimde kullanmak ve hukuki sınırlarını gözetmek zorundadır". "Taktiren Verilen Kararların İncelenmesi" başlığını taşıyan Alman İdari Mahkemeler Kanunu (İdari Yargılama Usulü Kanunu) nun 114. maddesinde ise şöyle bir hüküm bulunmaktadır: " Mahkeme, idari makamların takdir yetkilerini kullanarak yaptıkları faaliyetleri, idari işlem yapıldığında veya talep reddedildiğinde ya da idari işlem yapmaktan kaçınıldığında, takdir yetkisinin sınırlarının aşılmış ve aşılmadığı, takdir yetkisinin amaca uygun kullanılıp kullanılmadığı ve böylece hukuka aykırı olup olmadığı hususlarında inceler".

Görüldüğü gibi her iki maddede de idarenin, takdir yetkisini yetkilendirme amacına uygun olarak kullanmak ve takdir yetkisi konusunda kanunla getirilen

54 FORSTHOFF, s. 68; ULE-LAUBINGER, s. 386; ACHTERBERG, § 18, rdn. 52.

55 MAUER, § 7, rdn. 6.

56 ACHTERBERG, § 18, rdn. 53; MAUER, § 7, rdn. 7; KOPP Ferdinand, Verwaltungsgerichtsordnung, 9. Aufl., München 1992, § 114, rdn. 21.

57 ULE-LAUBINGER, s. 386; ACHTERBERG, § 18, rdn. 54.

sınırlamalara riayet etmek yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>58</sup>. Bu maddeler çerçevesinde yargı yerleri, takdir yetkisinin idareye tanınış amacına uygun, kanuni çerçeve içinde kullanılıp kullanılmadığı ve sınırın aşılıp aşılmadığı noktasında yargısal denetim yapacaktır<sup>59</sup>.

İdarenin takdir yetkisinin mutlak surette kanuna dayanması gerektiğinden, takdir yetkisinin denetiminde, öncelikle dikkate alınması gereken konu, idareye takdir yetkisi veren bir kanunun olup olmadığı<sup>60</sup> ve daha sonra da takdir yetkisinin kanuni sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığıdır. Yetki veren kanunun varlığı tesbit edildikten sonra kanuna uygunluk denetiminde yargı yeri iki hususu göz önünde bulundurulacaktır. Bunlardan birincisi, takdir yetkisi kullanımının, yetkilendirme sınırları içinde kalıp kalmadığıdır. İkincisi ise yetkilendirme kuralı dışında kalan bütün normatif düzenlemeler açısından takdir yetkisi kullanımının hukuka uygun olup olmadığıdır<sup>61</sup>.

Takdir yetkisi ile ilgili bir diğer denetim konusu, takdir yetkisinin, gösterilen amaca uygun kullanılıp kullanılmadığının denetimidir<sup>62</sup>. İdare herşeyden önce takdir yetkisi veren düzenlemenin amacıyla bağlıdır. Ancak, takdir yetkisinin amacı, sadece yetki veren kanundaki amaçla sınırlandırılmamıştır. İdare özellikle temel hakları etkileyen durumlarda, diğer diğer hükümleri de dikkate almak zorundadır<sup>63</sup>.

İdare takdir yetkisinin kullanımında eşitlik ilkesi ve sosyal devlet ilkesi ile de bağlıdır<sup>64</sup>. İdare takdir yetkisini kullanırken kayırmacılık ve ayırmacılık yapamaz. Sosyal devlet ilkesini zedeleyemez. Bu anlamda idare, kanuna aykırı uygulamaları ile bağlı değildir. O yüzden kanuna aykırı geçmiş uygulamalar takdir yetkisinin eşit uygulanmasının gerekçesi olamaz.

Nihayet idare, takdir yetkisi kullanımında hukuk devleti ilkesi, bu gereği olan temel hak ve özgürlükler, ölçülülük ilkesi ve en az müdahale ilkesi ile de bağlıdır<sup>65</sup>.

58 STELKENS Paul - BONK Heinz Joachim - SACHS Michael - LEONHARDT Klaus, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 1990, § 40, rdn. 30.

59 ULE-LAUBINGER, s. 388; ACHTERBERG, § 18, rdn. 54.

60 ULE-LAUBINGER, s. 385; KOPP, § 114, rdn. 39.

61 STELKENS-BONK-SACHS-LEONHARDT, § 40, rdn. 42.

62 ULE-LAUBINGER, s. 386; STELKENS-BONK-SACHS-LEONHARDT, § 40, rdn. 34 vd.

63 STELKENS-BONK-SACHS-LEONHARDT, § 40, rdn. 35.

64 ULE-LAUBINGER, s. 386; STELKENS-BONK-SACHS-LEONHARDT, § 40, rdn. 47; KOPP, § 114, rdn. 40-41.

65 ULE-LAUBINGER, s. 387; STELKENS-BONK-SACHS-LEONHARDT, § 40, rdn. 47; KOPP, § 114, rdn. 40.

Bağlı yetki ile takdir yetkisi arasında sayılabilecek ve denetimi konusunda çeşitli güçlükler yaşanan bir başka husus ise "belirsiz hukuki kavramlar" dır<sup>66</sup>. "Kamu yararı", "önemli sebepler", "güvenilirli" gibi belirsiz kavramlara dayanarak yapılan işlemlerde genellikle belirsiz kavramın somut olaya uygulanması esası benimsenmekte ve yargısal denetimde bu yönde yapılmaktadır<sup>67</sup>.

### III. DANIŞTAY KARARLARI IŞIGINDA TÜRK HUKUKUNDA TAKDİR YETKİSİNİN HUKUKA UYGUNLUŞUNUN DENETİMİ

#### A. ANAYASAL KURALLARA UYGUNLUK

İdare, takdir yetkisini, "takdir yetkisinin anayasal sınırlara uygun kullanımı kuralı"<sup>68</sup> uyarınca Anayadaki bazı ilke ve kurallara uygun ve saygılı bir biçimde kullanmakla yükümlüdür<sup>69</sup>.

#### 1. Sosyal Devlet İlkesi

Cumhuriyetin niteliklerinden birisi, Anayasanın 2. maddesinde yer alan, "sosyal devlet" ilkesidir<sup>70</sup>. İdare takdir yetkisini kullanırken, sosyal devlet ilkesine uygun davranmalıdır.

Sosyal devlet ilkesinin gereklerinden biri, "herkese insan haysiyetine yakışır asgari bir hayat düzeyi sağlamak" tır<sup>71</sup>. Bu bakımdan, örneğin personel

66 ULE-LAUBINGER, s. 385-386; STELKENS-BONK-SACHS-LEONHARDT, § 40, rdn. 82; MAUER, § 7, rdn. 18.

67 STELKENS-BONK-SACHS-LEONHARDT, § 40, rdn. 87; MAUER, § 7, rdn. 19.

68 AZRAK, Anayasaya Uygunluk, s. 330-331.

69 SÜRBEHAN Sadrettin, "İdarenin Takdir Hakkı", TİD., y. 41, sy. 325, 1970, s. 91.

70 Danıştay'a göre, "yeni bir Anayasa terimi olan "sosyal devlet" kavramı, değişik dünya görüşleri nedeniyle değişik biçimlerde yorumlanmakta, yorumun dayandığı görüşe göre kapsamı dar ya da geniş tutulmaktadır. Ancak tüm görüşler sosyal devletin yapma, yerine getirme ve inşa etme gibi olumlu bir görevi olduğunu kabul etmektedirler. "Sosyal Devlet" niteliği mevcut ekonomik ve sosyal düzene yeni bir biçim verme konusunda devlete, eyleme ve müdahaleye dönük yetki ve görevler yüklemektedir. Anayasanın 2. maddesinin gerekçesinde açıklanmış olan bu görevler süratle eyleme geçebilen ve kesintisiz çalışabilen güçlü bir icra organını ve idareyi gerekli kılmaktadır. Devletin "sosyal devlet" olarak hareket ettiği uygulamalarda yürütmenin durdurulması, sosyal devletin bu gereksinmesine uygun düşmektedir. İdare, sosyal devletin gereklerini yerine getirebilmek için aldığı kararlarda ve bunların uygulanmasında da kuşkusuz hukuka uygun davranmak zorundadır. Sosyal devlet de görevlerini hukuk devletinin ilkelerine bağlı olarak yerine getirecektir." D.G.K, KT 28.12.1978, E 78/80, K 78/76, D.D., sy. 34-35, s. 204-205.

71 ÖZBUDUN, s. 104.

ücretlerini takdir eden idare, bu ilkeyi mutlak surette dikkate almalıdır<sup>72</sup>. Yine idarenin, takdir yetkisine dayanarak belirleyeceği fiyat tespit işlemleri de ekonomik ve sosyal gereklere uygun olmalıdır. Danıştay, Tekel İşletmeleri Genel Müdürlüğünce üretilen sigara ve içki fiyatlarına yapılan zammın<sup>73</sup>; Türk Hava Yollarınca iç hat uçak biletlerine zam yapılmasına ilişkin işlemin<sup>74</sup> ve bir yönetmelikle, elektrik güvence paralarının yükseltilmesinin iptali için<sup>75</sup> açılan davaları, sosyal devlet ilkeleri çerçevesinde denetlemiş; idarenin takdir yetkisini, verimlilik ilkesi doğrultusunda, ekonomik ve sosyal gereklere uygun kullandığından bahisle reddetmiştir.

## 2. Aile Birliğinin Korunması

Aile birliğinin korunması ilkesi, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin en önemlilerinden bir tanesidir. Anayasanın 41. maddesi Devlete, aile birliğini korumak, huzur ve refahını sağlamak ve bu konuda gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlülük yüklemiştir. Danıştay'a göre, "...bu maddeyle Anayasa koyucunun aileyi parçalanmaktan kurtarmak, bireylerini birarada tutmak suretiyle ailenin huzur ve mutluluğunu devam ettirmek ve bu yolla kamu görev-

72 TRT Kurumu Genel Müdürlüğünde işçi sayılmayan sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta olan davacının 1990 yılı sözleşme ücretinin 1989 yılı sözleşme ücretine nazaran daha düşük nisbette ödenmesi işleminin iptali ve eksik ödemenin doğan farkların faizi ile birlikte davalı idareden tahsiline karar verilmesi talebiyle açılan davada Danıştay, Anayasanın 2. maddesinin Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk Devleti olduğuna işaret ettiğini; bu ilke ile Devletin kendi koyduğu hukuk kurallarına uyması ve çalışan, çalıştığı halde karşılığını yeterince alamayan ve mutlu bir yaşantıya kavuşamayan kişilere yardımcı olmasının amaçlandığının, Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında da vurgulandığını belirterek, "Anayasanın 41. ve 55. maddeleri ailede huzur ve refahın sağlanması ve çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri almakla devleti yükümlü tutmakta ve 176. maddesinde Anayasa metnine dahil olduğu vurgulanan Başlangıç kısmının 8. fıkrasında, 'Her Türk vatandaşının ...onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...'na işaret edilmektedir. Bireysel ve toplumsal huzurun sağlanmasının ve bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmesinin, çalışanların onurlu bir hayat sürdürmelerinin sağlanmasının en başta onların ekonomik bakımdan güçlendirilmelerine bağlı olduğu kuşkusuzdur. Anayasanın sözü edilen hükümleri aynı zamanda çalışanların maaş ve ücretlerini saptayacak makamların, bu konuda sahip buldukları takdir yetkisinin kullanımında gözetmeleri gereken verileri de ortaya koymaktadır. Ülkemizin ekonomik koşulları ve yıllardan beri yaşanan yüksek enflasyon durumu nedeniyle Bakanlar Kurulunca her yıl, Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere, iki kez çalışanların maaş ve ücretlerinde artışlar yapılması yoluna gidilmesinin, bir yandan sözü geçenlerin yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerini sağlamak suretiyle Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan 'sosyal devlet' ilkesini yaşama geçirmek diğer yandan, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını serbestçe geliştirebilecekleri bir ortamın maddi koşullarını yaratmak suretiyle bireysel ve toplumsal huzuru ve kalkınmayı sağlamak ereklerinden kaynaklandığında kuşkuya yer yoktur" gerekçesiyle talebi reddeden mahkeme kararını bozmuştur. D.5.D., KT 23.6.1992, E 91/3725, K 92/1960, D.D., sy. 87, s. 306-307.

73 D.10.D., KT 18.10.1988, E 87/84, K 88/1709, D.D., sy. 74-75, s. 595-600.

74 D.10.D., KT 26.12.1989, E 89/96, K 89/2636, D.D., sy. 78-79, s. 515-517.

75 D.10.D., KT 26.2.1990, E 87/87, K 90/372, D.D., sy. 80, s. 388-389.

lilerinin ailevi kaygılardan uzak bir biçimde kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri için gerekli ortamı sağlamak amaçlarını taşıdığı kuşkusuzdur"<sup>76</sup>. O halde, idarenin takdir yetkisine dayanarak yapacağı idari işlemler bu Anayasal ilkeye aykırı olamayacaktır. Özellikle, kamu görevlilerinin atanmalarında önem kazanan ilke, bu konudaki düzenlemelere de yansımıştır. 657 sayılı Kanun'un 72. maddesinin 2. fıkrası, Anayasa'nın 41. maddesindeki "amaca koşut"<sup>77</sup> bir düzenleme getirmiştir<sup>78</sup>. Buna göre memurların naklen atanmaları konusunda takdir yetkisine sahip olan (657, m. 76/1) idare, atama işlemi tesis ederken, aile birliğinin korunması ilkesini de gözetecektir<sup>79</sup>.

76 D.5.D., KT 25.1.1995, E 94/6864, K 95/428, D.D., sy. 91, s. 513.

77 D.5.D., KT 26.5.1992, E 89/989, K 92/1605, D.D., sy. 86, s. 271.

78 Maddeye göre, "Yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda, aile birimini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74 ve 76 ncı maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılır. Yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde, bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzereE..izin verilebilir".

79 Maddedeki eş durumu ile ilgili düzenleme, eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları hususuna ilişkin bulunmaktadır. Buna göre, ayrı kurumlarda çalışan eşlerden birinin hizmet gereği başka bir yere naklen atanması halinde diğer eşin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyonun sağlanması ve bu eşin de isteği halinde aynı yere naklinin yapılması idare için bir yükümlülüktür. Aksi halde idari işlem iptal edilir. D.5.D., KT 27.1.1986, E 85/1416, K 86/77, D.D., sy. 64-65, s. 191; D.5.D., KT 12.10.1993, E 93/5341, K 93/3636, D.D., sy. 89, s. 268. Diğer eşin isteğinin bulunmaması idareyi, eş durumunu gözetme yükümlülüğünden kurtarır. Ayrıca, memurun atandığı yerde eşin atanacağı teşkilat yoksa veya teşkilat olmakla birlikte niteliğine uygun bir görev yoksa, eşe belirli koşullarda izin isteme hakkı tanınmıştır. Danıştay'a göre, izin isteme yolundaki başvurunun reddine ilişkin işlem ayrıca idari davaya konu olabilir. D.5.D., KT 25.6.1992, E 92/2196, K 92/2034, D.D., sy. 87, s. 322. Maddede, eşlerin aynı kurumda çalışmaları halinde idarenin eş durumunu nasıl gözeteceği hususunda bir düzenleme yer almamaktadır. Danıştay'a göre, "Anayasanın amir hükmü gereğince, aynı kurumda çalışan eşlerden birinin naklen atanması halinde de memur olan diğer eşin de isteği var ise aynı yere atanması veya niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması durumunda izin hakkından yararlandırılması yine idare için bir yükümlülüktür". D.5.D., KT 18.4.1995, E 92/700, K 95/1461, D.D., sy. 91, s. 520-521. Aynı yönde bkz. D.5.D., KT 26.5.1992, E 89/989, K 92/1605, D.D., sy. 86, s. 271; D.5.D., KT 25.1.1995, E 94/6864, K 95/428, D.D., sy. 91, s. 513. Dolayısıyla, eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları hakkında uygulanacak hususlar, eşlerin aynı kurumda çalışmaları halinde de aynen geçerli olacaktır. Danıştay'a göre, "Kamu görevlisinin eşinin serbest meslek sahibi olması halinde ise durumun farklı boyut kazanacağına işaret etmek gerekir. Bir kamu görevlisinin, kamu hizmetinin gerekli kılmasına karşın, eşinin mesleğini serbest olarak yürütmekte olduğu öne sürülerek, isteği olmadıkça, başka bir yere nakledilemeyeceği gibi bir anlayış, idarenin bütün işlem ve eylemlerinin ortak hedefi olan kamu yararını sağlamak amacının gerçekleştirilmesini kişilerin subjektif karar ve tutumlarına bağlı kılmak sonucunu doğurur ki; hukuku benimsenemez". D.5.D., KT 26.5.1992, E 89/989, K 92/1605, D.D., sy. 86, s. 271-272. Aynı yönde bkz. D.5.D., KT 18.4.1995, E 92/700, K 95/1461, D.D., sy. 91, s. 521; D.5.D., E 89/2031, K 89/1781, KT 24.10.1989, D.D., sy. 78-79, s. 265. Aksi yönde bkz. D.5.D., KT 7.5.1987, E 87/680, K 87/739, D.D., sy. 68-69, s. 398.

### 3. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi 1982 Anayasasının 10. maddesinde ifadesini bulmuştur. 10. maddenin 3. fıkrasına göre, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar". Bu maddede eşitlik ilkesi hem devlet organlarına hem de idare makamlarına yönelik bir Anayasa buyruğudur<sup>80</sup>.

İdare, takdir yetkisini kullanırken Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesini gözönünde bulundurmalı<sup>81</sup>, eşit durumlarda eşit uygulamalar yapılmalıdır<sup>82</sup>. Bir başka anlatımla, idare kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak çeşitli ihtimaller arasında tercih yaparak bir idari işlem tesis ettiğinde, benzer durum ve olaylarda da aynı çözüm tarzını benimseyip aynı işlemi yapmalı, takdir yetkisini müstakar uygulamalarına ters düşecek bir biçimde kullanmamalıdır<sup>83</sup>.

İdarenin takdir yetkisinin sınırını çizen kamu yararı ve hizmet gerekleri, eşitlik ilkesine bir istisna teşkil edebilir. Danıştay'a göre, "İdarenin Yüksek Öğretim Kurumlarında eğitimi daha kaliteli ve verimli hale getirebilmek için iki yıllık yüksek öğretim görenler yerine daha üst seviyeden eğitim görmüş, akademik formasyona sahip elemanları tercih etmesinde ve açıklanan yasa hükümleri ile bu yasaya uygun objektif esaslar belirleyen protokol hükümlerine göre davacı hakkında, idarece takdir yetkisinin hizmet yararına kullanılarak, eşitlik hükümlerine ve hizmet gerekleri ile kamu yararına aykırılık bulunma(maktadır)"<sup>84</sup>.

Danıştay kararlarında daha çok pozitif hukuk kurallarını yorumlamada yarıdımçı bir kavram olarak kullanılan<sup>85</sup> eşitlik ilkesi, idareye takdir yetkisi tanınan hallerde, aynı statüde olanlara, aynı tür işlem yapma yükümlülüğü yükler<sup>86</sup>.

80 ÖZBUDUN, s. 113.

81 D.8.D., KT 18.11.1975, E 75/913, K 75/2879, D.D., sy.22-23, s.329-330.

82 GÖZÜBÜYÜK A. şeref-DİNÇER Güven, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1996, s. 159; GİRİTLİ-AGGÜNER, s. 63.

83 GÜNDAY, İdare Hukuku Dersleri I, Ankara 1984, Ders Notları, s. 256-257.

84 D.5.D., KT 13.10.1986, E 86/848, K 86/1011, D.D., sy. 66-67, s. 240.

85 AKILLIOĞLU Tekin, Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar, AİD., c. 16, sy. 3, Eylül 1983, s. 40.

86 "...Disiplin Kurulu Kararında meslekten ihracına karar verilen aynı ekipte görevli başka bir polis memurunun, kurulca sicil fişinin incelenmesi sonucunda geçmiş hizmetlerinin olumlu, sicilinin iyi olduğu dikkate alınarak sözü edilen Tüzüğün [Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü] 15. maddesi gereğince [Takdir yetkisi kullanılarak] bir alt ceza olan "24 ay uzun süreli durdurma" cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği halde, şahsi dosyasının incelenmesinden geçmiş hizmetleri ve sicilleri olumlu olduğu anlaşılan davacı hakkında da anılan madde hükmü uygulanarak bir alt ceza verilmesi gerekirken, aksi yolda hareket edilerek davacının bu hükümden yararlandırılmaması eşitlik ilkesine aykırı" dir. D.10.D., KT 18.2.1988, E 87/932, K 88/242, D.D., sy. 72-73, s. 650. "...asgari şartları kabul eden eczanelerin tamamı ile anlaşma

Farklı statülere tabi olanlara farklı uygulama yapılması ise eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez<sup>87</sup>. Aynı şekilde, farklı hizmet koşullarına sahip ve farklı sta-

yapılması zorunlu olduğundan, esas indirim oranı olan %3 den daha fazla indirim yapan eczane bulunduğu gerekçesiyle sadece bu eczane ile anlaşma yapıp, diğerleri ile anlaşma yapılmaması konusunda idarelerin takdir hakkı bulunmadığından, davacının isteğinin reddi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir” D.10.D., KT 1.11.1989, E 87/813, K 89/1908, D.D., sy. 78-79, s. 512. “...üniversitelerarası kurulca, bu sınavlarda 70 puana çok yakın puan alanların zarar görmemeleri için ölçme hatasının bir standart sapması kadar 70 in altında puan alanların da başarılı sayılmasına karar verildiği, 1990 Nisan ayında yapılan yabancı dil sınavında hatanın standart sapması 4 olarak belirlendiğinden bu sınavda uygulama sınırının 66 olduğu ve 66 ile 70 arasında puan alanlara uygulanmış olduğu saptanmıştır. Bu uygulama ile sınava giren adayların genel başarı durumları gözönüne alınarak, daha çok adayın başarılı sayılması amaçlandığından ve bu sınavda standart sapma sayısı 4 olarak hesaplandığından 65 puan alan davacının başarısız sayılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Davacı sınav süresinin kısa tutulduğunu öne sürmekte ise de sınav süresinin soruların durumuna göre belirlenmesi ve tüm adaylara uygulanmış olması nedeniyle eşitsizlikten sözedilemeyeceği de açıktır”. D.8.D., KT 4.6.1991, E 90/851, K 91/1084, D.D., sy. 84-85, s. 545. Aynı yönde bkz. D.8.D., KT 15.1.1991, E 90/252, K 91/69, D.D., sy. 82-83, s. 710. Daniştay, baro lehvasına yazılma talebinde bulunanlardan, ilk defa Avukatlık mesleğine girmek isteyenlerden 500, diğer kişilerden 10.000 lira giriş keseneği alınması yolundaki İstanbul Barosu Genel Kurulu Kararını, makul ve objektif bulmadığından, Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı görmüştür. D.8.D., KT 18.11.1975, E 75/913, K 75/2879, D.D., sy. 22-23, s. 329-330. Aynı şekilde, Özel bir koleje müdür yardımcısı olarak tayini teklif edilen fakat Milli Eğitim Bakanlığınca, Eğitim Enstitüsü mezunlarının özel liselere öğretmen ve müdür yardımcısı olarak atanamayacakları gerekçesiyle bu talebin reddedilmesi üzerine açılan davada Daniştay, daha öncede bu şekilde tayinler yapılmış olduğundan, bu uygulamayı idari istikrar prensibine ve eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. D.12.D., KT 22.9.1970, E 69/2562, K 70/1739, D.D., sy. 2, s. 322-323. Ayrıca bkz. D.5.D., KT 9.5.1979, E 76/1613, K 79/1146, D.D., sy. 36-37, s. 352-354; D.8.D., KT 17.10.1991, E 91/324, K 91/1653, D.D., sy. 84-85, s. 586-587.

- 87 Bir yükseköğretim kurumuna yerleşmiş olan adayların sınav deneyimleri ve okudukları bölüme göre başarı oranları daha fazla olduğundan bu eşitsizliği gidermek, program tercihlerinin gerçekleşmesi ve programlarda boşluk olmamasını sağlamak amacı ile bir yükseköğretim kurumunda okuyan bir öğrencinin orta öğretim başarı puanının diğer öğrencilere göre eksik hesaplanarak sınav puanına katılmasında hak, nesafet ve eşitlik ilkelerine ve üst hukuk kurallarına aykırılık bulunmamaktadır”. D.8.D., KT 13.5.1986, E 85/633, K 86/246, D.D., sy. 64-65, s. 339.



tülere tabi kamu görevlilerine, farklı uygulama yapılması da eşitlik ilkesinin ihlali anlamını taşımaz<sup>88</sup>

Danıştay, emsal durumları gözeterek, kıyaslama suretiyle benzer durumlarda olanların, aynı hukuki sonuca yönelik işleme tabi tutulmasını, eşitlik ilkesinin gereği olarak görmektedir<sup>89</sup>.

88 Danıştay'a göre, "Dava konusu Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Mahrumiyet Yeri Ödeneği Esaslarının 5. Maddesinde yer alan 1765 sayılı Üniversite Personel Kanununa göre aylık alanlara bu ödeneğin verilmeyeceğine ilişkin hüküm, hangi görevlerde çalışanlara ödenek verileceği yolunda Bakanlar Kuruluna tanınmış takdir hakkının kullanılması anlamında olup, takdir hakkının bu şekilde kullanılmasında, 1765 sayılı Üniversite Personel Kanununa göre aylık alanların, özel çalışma ve yükselme koşullarının bulunması, 657 sayılı Kanuna göre aylık alanlardan farklı mali haklara, ek ve yan ödemelere, ders ücretlerine sahip olmaları karşısında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Öte yandan, davacının görev yaptığı Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsündeki Asayiş Bölüğü ile Jandarma Karakol Personeline mahrumiyet yeri ödeneği veriliyor olması, dava konusu kararnamenin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olanları da kapsamının bir sonucudur. Her yönden farklı hizmet koşullarına sahip ve farklı statülere tabi kamu görevlileri arasında mahrumiyet yeri ödeneği bakımından yaratılmış farklılığın, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği söylenemez". D.İ.D.D.G.K, KT 24.9.1982, E 82/381, K 82/289, D.D., sy. 50-51, s. 164. İşçi ve memurların farklı statüde olmaları nedeniyle farklı uygulamalara tabi tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Danıştay'a göre, "Davacı, 657 ve 506 sayılı kanunlar kapsamındaki işçi ve memur emeklileri ile onların dul ve yetimlerine verilmekte olan yakacak zammı ile Askeri personele verilen yakacak zammının 1750 ile 2000 lira olarak belirlendiği, Bağ-Kur emeklilerine ise 750 lira verildiğini belirterek bu durumun eşitlik ilkesi ve sosyal hak kavramı ile bağdaşmadığını öne sürmekte ise de; ancak aynı statüde olan kişilere eşit uygulama yapılması mümkün olduğundan ve esasen davacı işçi ve memur emeklileri ile aynı statüde olmadığından davacının bu iddiasına itibar etmeye olanak bulunmamaktadır". D.İ.D.D.G.K, KT 5.11.1982, E 82/346, K 82/410, D.D., sy. 50-51, s. 149. Aynı yönde bkz. D.5.D., KT 19.1.1994, E 91/1858, K 94/71, D.D., sy. 90, s. 559. D.İ.D.D.G.K, KT 5.11.1982, E 82/428, K 82/411, D.D., sy. 50-51, s. 167; D.D.D.K, KT 10.7.1981, E 80/455, K 81/823, D.D., sy. 46-47, s. 144; D.İ.D.D.G.K, KT 4.2.1983, E 82/434, K 83/34, D.D., sy. 52-53, s. 130; D.D.D.K, KT 28.11.1975, E 74/741, K 75/888, D.D., sy. 22-23, s. 169; D.İ.D.D.G.K, KT 19.11.1982, E 82/356, K 82/419, D.D., sy. 50-51, s. 169.

89 Davacı kooperatifin ünvanına "Türkiye" kelimesinin eklenmesine izin verilmemesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali talebiyle açılan davada Danıştay, mevcut kanuni düzenlemeden ziyade, uygulamadaki emsallere bakılarak iptal kararı vermiştir. Danıştay'a göre, "...dava konusu işlemin...TTK' nun 48. maddesinde öngörülen takdir yetkisine dayandırıldığı açıktır. Ancak dava dosyasında yer alan ve çalışmalarını Türkiye sathına yayacakları ve sosyal konuta ihtiyacı olan her ilde kurulacak birliklerin de merkez birliklerine ortak olacağı dikkate alınarak adlarının başına Türkiye kelimesinin eklenmesine izin verilmesi istemleri kabul edilen birlik dikkate alındığında çok daha geniş bir alanda çalışmalarını yürüten davacı birliğin adına Türkiye kelimesinin eklenmesine izin verilmemesine eşitlik ilkesine uyarlık bulunmamaktadır". D.10.D., KT 28.3.1991, E 89/374, K 91/1175, D.D., sy. 82-83, s. 971. Ayrıca bkz. D.10.D., KT 18.11.1986, E 85/1885, K 86/2093, D.D., sy. 66-67, s. 428-431; D.8.D., KT 18.10.1988, E 88/668, K 88/714, D.D., sy. 74-75, s. 489-490.

İdare takdir yetkisine dayanarak yaptığı işlemlerin kapsamını serbestçe belirleyemez. Bu anlamda eşitlik ilkesi yaşa<sup>90</sup>, cinsiyete<sup>91</sup> ve özellikle kamu görevine alınmada siyasi düşünceye<sup>92</sup> dayanan bir ayırım yapılmasına da engeldir.

Görüldüğü gibi aynı veya benzer statüde ya da konumda bulunanlara, aynı ya da benzer işlem yapma yükümlülüğü getiren eşitlik ilkesi, adeta idarenin takdir yetkisini bağılı yetki haline dönüştürmektedir.

90 Ankara Belediyesi EGO Otobüsleri ile Seyahat Edecek Öğrenciler için İndirimli Paso Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, "28 yaşından yukarı olan öğrencilere öğrenci pasosu verilmeyeceği" şeklindeki düzenlemenin iptali talebiyle açılan davada Danıştay, "...adı geçen yönetmelik kuralının hiçbir yasal dayanağının bulunmadığı, hernekadar bu kuralın getirilmesine 28 yaşını geçen öğrencilerin, ücretli, maaşlı veya gündelikli olarak çalışmaları gerektiği varsayımına dayanıldığı anlaşılmakta ise de; aynı öğrenim kurumunda öğrenimini sürdüren ve çalışmayan öğrenciler arasında yaş dolayısıyla ayırım yapılması sonucunu doğurduğundan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu..." gerekçesiyle ilgili yönetmelik kuralını iptal eden İdare Mahkemesi kararını onamıştır. D.8.D., KT 19.11.1990, E 89/1379, K 90/1339, D.D., sy. 82-83, s. 613-614.

91 Danıştay, İmam-Hatip Okulları İdare Yönetmeliğinin 117. maddesindeki, "Bu okullara kaydolmak için erkek olmak şarttır" hükmü ile buna dayanılarak tesis edilen işlemi, "1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun...4. maddesinde, eğitim kurumlarının dil, ırk, cinsiyet ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açık bulunduğu, aynı kanunun 8. maddesinde ise, eğitimde, kadın erkek herkese fırsat ve imkan eşitliğinin sağlanacağı hükmüne bağlanmış bulunmaktadır...bu okulların niteliği gözönünde bulundurulmak suretiyle mezun olan kız öğrencilerin ne gibi görevlerde çalışabilecekleri yolundaki...ara kararımıza ise Diyanet İşleri Başkanlığının verdiği...cevabO yazıda...İslam dinine göre kadınların, kendi aralarında kadın cemaatine imamlık yapabilecekleri, İmam-Hatiplik görevine tayin edilemeyecekleri, İmam-Hatip Lisesi mezunu kızların, İmam-Hatiplik dışında vaizelik, Kuran kursu öğreticiliği gibi dini görevlere atanabilecekleri belirtilmiş olup kız öğrencilerin belirli de olsa bazı dini görevlere atanmasının mümkün olduğunun anlaşılması sebebiyle sözü edilen maddedeki bu okullara kaydolunmak için "erkek olmak şarttır" hükmünün kanuni ve hiçbir dayanağı bulunmamaktadır" gerekçesiyle iptal etmiştir. D.11.D., KT 15.12.1976, E 75/24, K 76/4374, D.D., sy. 26-27, s. 479. Buna karşılık Danıştay, Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan eğitimde kadın-erkek herkese fırsat ve imk,n eşitliği, kadına veya erkeğe ayrıcalık sağlanarak değil, bu fırsat ve eşitliğini ortadan kaldıran olumsuz durumların bertaraf edilmesi suretiyle sağlanabilir şeklindeki temel ilkeye rağmen, Bir Kısmın Derslerinin Öğretimini Yabancı Dille Yapan Resmî Okullar Özel Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 10. maddesinde yer alan, "kız öğrenci ise 3 puan eklenir" kuralının iptali talebiyle açılan davayı, "Davacının iptalini istediği bu yönetmelik kuralı Türk toplum yapısı gelenek ve göreneklere gözönünde bulundurulmak adı geçen okullar arasındaki değişikliklerinde kız öğrencilere 3 puan eklenmesine ve erkek öğrencilere göre bir öncelik hakkı sağlanmasına ilişkin olup, bu kuralın Anayasa ve Temel Eğitim Yasasında amaçlanan okuma ve fırsat eşitliği ilkelerini zedelediğinden söz edilemez" gerekçesiyle davayı reddetmiştir. D.8.D., KT 9.1.1985, E 83/826, K 85/4, D.D., sy. 60-61, s. 351.

92 Bu konuda en fazla sıkıntı, "güvenlik soruşturması" usulü kaldırılmadan önce yaşanmıştır. D.5.D., KT 13.10.1986, E 85/1207, K 86/1018, D.D., sy. 66-67, s. 219-220; D.5.D., KT 20.11.1985, E 81/1966, K 85/2488, D.D., sy. 62-63, s. 202-203; D.5.D., KT 19.3.1986, E 86/60, K 86/334, D.D., sy. 64-65, s. 169-170; D.5.D., KT 27.3.1986, E 85/296, K 86/395, D.D., sy. 64-65, s. 178-180; D.8.D., KT 8.4.1986, E 85/705, K 86/175, D.D., sy. 64-65, s. 335-336; D.8.D., KT 6.3.1986, E 85/486, K 86/107, D.D., sy. 64-65, s. 337-338; D.5.D., KT 4.5.1989, E 88/948, K 89/785, D.D., sy. 76-77, s. 324-326; D.5.D., KT 8.6.1989, E 88/1564, K 89/1307, D.D., sy. 76-77, s. 340-343.

#### 4. Savunma Hakkı İlkesi

Anayasanın, "hak arama hürriyeti" başlığını taşıyan 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" hükmü yer almaktadır. Anayasanın açık hükmü karşısında idarenin, takdir yetkisine dayanarak yapacağı işlem, savunma hakkına aykırı, bu hakkı ortadan kaldırıcı nitelikte olmayacaktır<sup>93</sup>.

Hizmet sözleşmesi ile T.C. Merkez Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğünde elektrik mühendisi olarak çalışan davacının, idareye tanınan takdir yetkisinin kullanılması sonucu sözleşmesinin yenilenmeyerek görevine son verilmesine ilişkin işlemin iptali ile açılan davada Danıştay, "...Olayda davacı hakkındaki işleme dayanak yapılan ve uyumsuzluğun kanıtı olarak değerlendirilen "raporlar" daki suçlamalar idarece, işlemin tesisinden önce davacıya bildirilmediği gibi Mahkemenin de söz konusu belgeleri davacıya tebliğ etmeden karar verdiği anlaşılmaktadır. Oysa savunma hakkı 1982 Anayasasının 36/1. maddesiyle güvenceye bağlanmış olduğu gibi temel hak ve hürriyetlerle ilgili uluslararası sözleşmelerle de, bu hakkın tanınması ve kullanım yollarının açık tutulması güvenceye alınmıştır. Görülmeyene, bilinmeyene karşı iddia ve savunmada bulunmanın güçlüğü hatta imkansızlığı açıktır. Hakkında, kimi suçlamalar nedeniyle ve bu suçlamalara dayanılarak özlük haklarını ihlal edecek biçimde işlem tesis edilecek ilgiliye, idarenin işlemini gerekli kılan suçlama konularını önceden açıkça bildirerek savunmasını almasının idari işlemlere güveni ve hukuka uygunluk yönünden isabet oranını artıracak kuşkusuzdur. İdarenin bu yola gitmeden işlem tesis etmesi halinde ise mahkemenin, yasaların özel düzenleme hali hariç, ilgili belgeleri davacıya tebliğ edip savunmasını aldıktan sonra tesis etmesi 'adil' ve 'hakça' bir yargılamanın temel koşuludur...Olayda, davacının bilgisi dışında ve savunma imkanı kısıtlanıp idarece tek taraflı olarak saptanan nedenlere dayanılarak hizmet sözleşmesinin feshinde belirtilen nedenlerle Anayasanın 36. ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 21. maddesine uyarlık bulunmamaktadır" gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur<sup>94</sup>.

93 İlke ile ilgili olarak bkz. AKILLIOĞLU Tekin, Yönetim Önünde Savunma Hakları, Ankara 1983, s. 59 vd.

94 D.5.D., KT 6.6.1991, E 90/4297, K 91/1099, D.D., sy. 84-85, s. 345.

## 5. Düşünce ve Kanaat Hürriyeti

Anayasanın 25. maddesi, “düşünce ve kanaat hürriyeti” başlığını taşır. Maddeye göre, “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebeple olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”. Anayasanın 26. maddesi ise, “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” ni düzenlemektedir. Madde herkese, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkı getirmiştir. İdarenin takdir yetkisine dayanarak tesis edeceği işlemler, çok önemli bu ilkeye aykırı olmamalıdır. Danıştay da bir kararında, “olayda davacının Yozgat İli Hukuk İşleri Müdürlüğü görevinden alınmasına neden olarak gösterilen yılbaşı tebrik kartında yer alan görüşler...davacının kimi konularda dilek ve temenni niteliğinde düşüncelerini belirtmekten ibarettir. Açık ve somut bir ‘kışkırtma’ ya da ‘suça iteleme’ niteliğinde olmadıkça herkesin düşüncelerini serbestçe açıklaması, demokratik toplum olmanın başta gelen temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Davacının yukarıda özetlenen görüş ve düşüncelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/2. maddesinde yer verilen sınırlamaları aşan, başka bir anlamıyla, ülkenin milli güvenliğini, toprak bütünlüğünü, kamu düzenini, genel sağlığı veya genel ahlakı, başkalarının şöhret ve haklarını ihlal eden ya da gizli bilgileri açığa vuran bir yönü bulunmadığı cihetle, adı geçen bahsi geçen tebrik kartıyla demokratik bir toplumun bireyi olarak uluslararası sözleşmelerle kendisine tanınan hakkı kullandığı, dolayısıyla bu eylemin dava konusu işleme hukuki sebep oluşturamayacağı açıktır. İşlemin, Anayasa açısından da hukuki temelden yoksun olduğunu vurgulamak gerekir. Anayasanın ‘Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti’ başlığını taşıyan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/1. maddesine koşut düzenleme getiren 26. maddenin birinci fıkrasının birinci ve ikinci tümceleri...hükmünü taşımakta(dır)...Dava konusu işleme neden yapılan ve içeriği yukarıda belirtilen yılbaşı tebrik kartında yer alan ifadeler davacının kimi konulardaki düşünce ve kanaatlerini dilek ve özlem biçiminde açıklamaktan ibaret olup; bu haliyle sözü geçen eylemin Anayasanın 26/1. maddesi kapsamında düşünülmesi gerektiğinden tesis edilen işlemde bu yönden de hukuka uyarlık görülmemiştir”<sup>95</sup> diyerek, idarenin takdir yetkisini, anayasa ile güvence altına alınan düşünce hürriyetine aykırı kullandığından bahisle işlemi iptal etmiştir.

95 Yozgat Hukuk İşleri Müdürlüğü görevinden müşterek kararname ile alınarak DSİ Genel Müdürlüğü APK Daire Başkanlığı emrine uzman olarak atanan kişinin açmış olduğu davada, “Yozgat Hukuk İşleri Müdürü olan davacının bu görevden alınmasının asıl nedenini oluşturan, yılbaşı kartında yer alan ‘Yeni Yılımızı insan haklarının çiğnenmediği, düşünce suçunun olmadığı; demokrasinin tüm kurumlarıyla işler hale geldiği, emekçi sınıfların da kapitalist sınıflar

## B. KAMU YARARI

Takdir yetkisi, kamu yararını sağlama amacına ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılmalıdır<sup>96</sup>. Bu durum Danıştay kararlarında şu şekilde belirtilmektedir: "...idareye tanınan takdir yetkisi mutlak olmayıp hukuki esaslar içerisinde kamu yararı ve kamu görevlerinin gerekliliği ile sınırlandırılmış bulunmaktadır"<sup>97</sup>. "...idarenin takdirine ilişkin işlemlerin, yukarıdaki ilkelere [kamu yararı ve kamu görevinin gerekliliği] uygun düşüp düşmediğinin araştırılması ve işlemin hukuk ve kanuna uygunluğunun denetlenmesi zorunludur"<sup>98</sup>.

- gibi örgütlenip devlet yönetiminde söz sahibi oldukları, milli gelirin adil dağıtıldığı, sosyal adaletin gerçekleştiği; ekonomimizin IMF'nin, holdinglerin, para babalarının çıkarlarına göre değil, çalışan geniş halk kitlelerinin çıkarlarına göre yönetildiği; kalkınmış, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmış, tam bağımsızlığı, özgürlüğün, barışın, kardeşliğin, dostluğun, sevginin ege- men olduğu yepyeni bir Türkiye'nin özlemiyle kutlar(ım)...' biçimindeki ifadeler" in 675 sayılı Kanun'un 7/1 maddesinde öngörülen, "siyasi ve ideolojik amaçla beyanda bulunmamak" yasağına aykırı olmadığını, belirttikten sonra, konunun düşüncelyi açıklama özgürlüğünü ilgilendiren boyutuna şu şekilde değinmiştir: D.5.D., KT 22.5.1991, E 86/1723, K 91/933, D.D., sy. 84-85, s. 321-328.
- 96 D.12.D., E 72/1685, K 74/2578, KT 20.11.1974, D.D., sy. 18-19, s. 627-628; D.12.D., E 71/2784, K 74/76, KT 21.1.1974, D.D., sy. 16-17, s. 405; D.D.D.K, E 73/135, K 74/456, KT 19.4.1974, D.D., sy. 16-17, s. 133; BİLGİN, s. 290; AZRAK Ali Ülkü, İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi, İHİD., y. 6, sy. 1-3, 1985, s. 20.
- 97 D.5.D., E 74/5839, K 74/6813, KT 24.9.1974, D.D., sy. 18-19, s. 387; D.D.D.K, E 76/164, K 77/30, KT 14.1.1977, D.D., sy. 28-29, s. 218; D.5.D., E 88/3400, K 91/178, KT 12.2.1991, D.D., sy. 82-83, s. 384; D.5.D., E 76/3106, K 80/499, KT 18.2.1980, D.D., sy. 40-41, s. 166; D.5.D., E 92/765, K 92/1263, KT 28.4.1992, D.D., sy. 86, s. 235; D.D.D.K, E 78/1071, K 81/72, KT 6.2.1981, D.D., sy. 44-45, s. 135; D.5.D., E 76/3974, K 78/3459, KT 6.12.1978, D.D., sy. 34-35, s. 293; D.5.D., E 88/1600, K 91/2176, KT 20.11.1991, D.D., sy. 84-85, s. 374; D.İ.D.D.G.K, E 93/297, K 93/231, KT 9.7.1993, D.D., sy. 89, s. 101; D.5.D., E 82/3227, K 86/993, KT 8.10.1986, D.D., sy. 66-67, s. 218; D.5.D., E 74/5147, K 77/2873, KT 30.5.1977, D.D., sy. 28-29, s. 374; D.5.D., E 75/3756, K 75/8053, KT 8.12.1975, D.D., sy. 22-23, s. 247; D.D.D.K, E 78/1346, K 79/580, KT 21.12.1979, D.D., sy. 38-39, s. 101; D.5.D., E 75/3941, K 76/2013, KT 14.4.1976, D.D., sy. 24-25, s. 221; D.5.D., E 76/5059, K 79/1022, KT 25.4.1979, D.D., sy. 36-37, s. 360-361; D.5.D., E 76/8085; K 79/3431, KT 25.10.1979, D.D., sy. 38-39, s. 193; D.5.D., E 76/6987, K 80/1210, KT 24.3.1980, D.D., sy. 40-41, s. 150; D.D.D.K, E 78/808, K 81/71, KT 6.2.1981, D.D., sy. 44-45, s. 138; D.5.D., E 78/1137, K 80/2532, KT 1.10.1980, D.D., sy. 42-43, s. 135; D.5.D., E 74/3888, K 77/4161, KT 27.9.1977, D.D., sy. 30-31, s. 184; D.D.D.K, E 80/802, K 81/989, KT 13.11.1981, D.D., sy. 46-47, s. 139; D.D.D.K, E 79/717, K 81/835, KT 18.9.1981, D.D., sy. 46-47, s. 122; D.8.D., E 94/5965, K 95/1797, KT 31.5.1995, D.D., sy. 91, s. 860-861; D.5.D., E 91/4248, K 95/586, KT 7.2.1995, D.D., sy. 91, s. 434; D.5.D., E 78/2766, K 80/2236, KT 18.6.1980, D.D., sy. 40-41, s. 170; D.D.D.K, E 78/1258, K 80/194, KT 11.4.1980, D.D., sy. 40-41, s. 120; D.D.D.K, E 77/408, K 79/18, KT 2.2.1979, D.D., sy. 36-37, s. 319; D.5.D., E 79/6154, K 81/1794, KT 9.12.1981, D.D., sy. 46-47, s. 164; D.5.D., E 92/5775, K 93/3756, KT 13.10.1993, D.D., sy. 89, s. 243; D.D.D.K, E 78/987, K 79/581, KT 21.12.1979, D.D., sy. 38-39, s. 112; D.D.D.K, E 78/927, K 79/400, KT 9.11.1979, D.D., sy. 38-39, s. 123.
- 98 D.5.D., E 74/3888, K 77/4161, KT 27.9.1977, D.D., sy. 30-31, s. 184. Sebep unsuru ile kamu yararı ve hizmet gerekleri arasında yakın bir ilişki vardır. Danıştay, idarenin takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği işlemi, kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden haklı gösterecek bir sebep bulunup bulunmadığı bakımından denetlemektedir. D.5.D., E 93/4085, K 93/4138, KT 4.11.1993, D.D., sy. 89, s. 265-266. Danıştay'a göre, "...bir kamu hizmetinin en iyi şekilde yürütülmesi ile yükümlü bulunan bir idarenin, bu hizmetin yürütülmesi amacıyla konuyu ihaleye çıkarıp bu işi en yüksek fiyatla yerine getirmeyi teklif eden bir kişi yerine diğer bir teklif

Kamu yararı kavramı, kapsam bakımından hizmet gereği kavramından daha geniş bir kavramdır. Hizmet gereği, bir teşkilat içinde söz konusu olmasına karşılık, kamu yararı, bütün Devlet ve ülke yararı için geçerlidir<sup>99</sup>.

Kamu yararı, kişisel çıkarların toplamı olmamakla beraber, bundan tamamen bağımsız da değildir. Aslında, çeşitli kişi ve grupların yararları arasında bir dengeden ibarettir<sup>100</sup>. Kamu yararı aynı zamanda, idarenin faaliyetlerinin hukuka uygun olmasının bir ön şartıdır. Çünkü idare, özel kişilerin aksine ancak kamu yararı amacıyla hareket edebilir. Bu nedenle idare, belli bir kamu yararı amacını sağlamak için kendisine tanınmış olan bir yetkiyi bu amaca aykırı olarak kullanamayacağı gibi, bir başka kamu yararı amacıyla da kullanamaz<sup>101</sup>.

Kamu yararı, idari yargı mercileri tarafından, idarenin takdir yetkisini kısıtlayan bir kavram olarak da kullanılmaktadır<sup>102</sup>. Danıştay'a göre, "idari işlemlerin kamu yararını gerçekleştirmek amacına yönelik olması ve bu amaçla tesis edilmesi zorunludur"<sup>103</sup>. Dolayısıyla, "...idari işlemlerin amacını oluşturan kamu

sahibinin seçimindeki takdir hakkı kamu yararı ile sınırlıdır. Bu nedenle idarece, ihale gerçekleştirilip, tayin edilen bedelin üzerinde bir fiyat elde ettikten sonra geçerli bir sebep göstermeden ihalenin gerçekleştirilmesine engel olunması idare hukukunun prensipleri ile bağdaştırılmaz". D.12.D., E 76/1622, K 77/1566, KT 20.6.1977, D.D., sy. 28-29, s. 623. Danıştay'ın Benzer kararlarına da rastlanmaktadır: "...davacının hizmet gerekleri ve kamu yararı yönünden yeterli görülecek bir nedene ve somut olaylara dayanmadan görev yerinin değiştirilmesinde kanunun amacına uyarlık görülmediğinden dava konusu işlemin iptalinE.oybirliği ile karar verildi". D.5.D., E 75/3941, K 76/2013, KT 14.4.1976, D.D., sy. 24-25, s. 221; "...yapmakta olduğu görevde başarısızlığı ve herhangi bir kusuru saptanmamış olan davacının, kamu yararı yönünden haklı ve yeterli görülecek bir neden ve somut delil olmadan ve keza kamu hizmetinin daha iyi yürütülmesini sağlayacak bir neden bulunmadan sadece kazanılmış hak aylığı derecesinin korunduğundan bahisle müsteşarlık görevinden alınarak Araştırma kurulu üyeliğine ve yerine de bir başka şahsın atanmasına ilişkin işlemlerde kanun maksadına, kamu yararına ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığından iptalinE.oybirliğiyle karar verildi". D.5.D., E 75/3756, K 75/8053, KT 8.12.1975, D.D., sy. 22-23, s. 247; "...mahkeme kararıyla da suç unsuru bulunmadığı saptanan ve ifa ettiği kamu hizmeti ile hiçbir şekilde ilgisi bulunmayan bir bildiriyi imzalaması ile hiçbir şekilde ilgisi bulunmayan bir bildiriyi imzalaması ile davacının görevini aksattığını ve bu nedenle görevi başında kalmasında sakınca olduğuna kabul etmek olanaksızdır. Bu durumda dava konusu görevden uzaklaştırma işleminin kanunun amaçladığı şekilde kamu yararına ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olmaksızın tesis edildiği anlaşılmaktadır". D.5.D., E 76/5059, K 79/1022, KT 25.4.1979, D.D., sy. 36-37, s. 360-361; "...davalı idarenin tek sebep olarak gösterdiği ve İstanbul Hakimliğine duyulan ihtiyaç olarak belirlediği hizmet gereğinin, idare hukuku ilkelerinin öngördüğü biçimde ve yeter derecede oluşmadığı ve bunun da maksat unsuru yönünden sakatlık yarattığı sonucuna varılmıştır". D.D.D.K, E 78/1346, K 79/580, KT 21.12.1979, D.D., sy. 38-39, s. 101.

99 SÜRBEHAN, s. 89.

100 BİLGEN, s. 239.

101 BİLGEN, s. 241.

102 BİLGEN, s. 246.

103 D6D., E 77/2352, K 78/1975, KT 2.5.1978, D.D., sy. 32-33, s. 507. Aynı yönde bkz. D.12.D., E 70/1863, K 71/2831, KT 4.12.1971, D.D., sy. 6-7, s. 397; D.5.D., E 93/4248, K 93/3874, D.D., sy. 89, s. 272.

yararı, ancak, işlemin kanunların koyduğu kurallara uygunluğu ile sağlanabilir”<sup>104</sup>.

Özay, İtalyan Hukuku’nda da, takdir yetkisinin keyfiliği içermediğini, bu yetkinin kamu yararına kullanılması gereken, kamu yararına kullanılmaması gerekirse, kullanılmayacak olan bir görev-yetki (potere-dovere) olduğunu belirtmektedir<sup>105</sup>.

Danıştay, 2886 sayılı Kanun’un 31. maddesiyle, ita amirine tanınan ihaleyi onaylayıp onaylamama konusundaki takdir yetkisinin kamu yararı ve hukuki eksikliklerin bulunması halinde kullanılabileceğine karar vermiştir<sup>106</sup>. İdareye, 2577 sayılı Kanun’un 60/b maddesi kapsamındaki her kişiyi tekrar göreve alma zorunluluğunun yüklenmesini kamu yararına aykırı bulmuştur<sup>107</sup>. İlişği kesildikten sonra ÖYS sınavlarıyla ilgisi bulunmayan ve Af kanunu ile kaydını yenileten öğrenciye öğrenim bursu verilmemesini kamu yararı amacına uygun bulmuştur<sup>108</sup>.

Danıştay, kamu yararına işletilmediği tespit olunan balıkçı barınağının, idarece, takdir yetkisine dayanılarak, daha verimli işletilmesini sağlamak amacıyla Belediyenin işletmesinden geri alınmasını hukuka uygun bulmuştur<sup>109</sup>.

İdare, takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanmalıdır<sup>110</sup>. Danıştay birçok kararında, takdir yetkisi konusunda kanunda açıklık bulunmayan durumlarda, takdir yetkisi kullanılarak yapılan işlemleri, maksat unsuru yönünden, kamu yararına uygun olup olmadığını denetlemektedir<sup>111</sup>.

İdarelerin takdir haklarından doğan yetkilerini kullanarak işlem yapmaları halinde, bu işlemin iptali istemiyle açılmış davalarda yargısal denetimin, kamu yararının gözetilip gözetilmediği, kamu görevinin gerekleriyle sınırlı kalıp kalınmadığı konularında yoğunlaşacaktır. Esasen istikrar kazanmış Danıştay içti-

104 D.8.D., E 79/1978, K 79/3979, KT 28.12.1979, D.D., sy. 38-39, s. 265; D.5.D., E 92/133, K 92/1625; KT 26.5.1992, D.D., sy. 86, s. 261.

105 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, (Kuramsal Bir Deneme), İstanbul 1985, s. 117-118.

106 D.10.D., E 94/420, K 94/2038, KT 9.5.1994, D.D., sy. 90, s. 1073.

107 D.5.D., E 92/133, K 92/1625; KT 26.5.1992, D.D., sy. 86, s. 288-291.

108 D.8.D., E 94/6052, K 95/3749, KT 16.11.1995, D.D., sy. 91, s. 843-846.

109 D.10.D., E 89/1067, K 91/3890, KT 23.12.1991, D.D., sy. 84-85, s. 706-708.

110 GÖZÜBÜYÜK-DİNÇER, s. 159; BİLGİN, s. 290; AZRAK, Anayasaya Uygunluk, s. 330; SÜRBEHAN, s. 89.

111 GÜVEN H. Sami, Yönetim Üzerinde “Hukuka Uygunluğun” ve “Yerindeliğin” Denetimi, Uludağ Üniversitesi İİBFD., c. VI, sy. 1, Nisan 1985, s. 150.

hatları da, İdarenin takdir yetkisinin bu sınırlamalar içinde kullanılabilmesine işaret etmektedir<sup>112</sup>.

### C. KAMU HİZMETİNİN GEREKLERİ

İdare, takdir yetkisini kullanırken, “kamu görevinin gerekleri” kavramıyla da ifade edilen<sup>113</sup> “hizmet gerekleri” ne uyulup uyulmadığını da denetleyebilecektir. Bu amaçla idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini idarenin bütünlüğü ilkesi, idareye takdir yetkisi tanınan durumlarda göz önünde bulundurulmalı, kamu hizmetinde uyum ve hizmetin gereklerine aykırı yetki kullanımından kaçınılmalıdır<sup>114</sup>.

Kamu hizmeti gereklerinin, kamu yararı ile yakın ilgisi sebebiyle pek çok kararda bu iki kavram birarada kullanılmıştır. Örneğin; davacı hakkında ceza yargılaması ve sonuçta beraat kararı verilmesinin öğretmenliğe atanmasına engel kabul edilmesini<sup>115</sup>; sadece hizmetin yürütülmesinde görülen olumsuz göstergelerin dikkate alınması suretiyle yapılan görevden alma işlemini<sup>116</sup>; salt prensip kararı nedeniyle talebin reddini<sup>117</sup>; kurucu rektörün, hakkında ileri sürülen iddiaların gerçek olmadığı kanıtlandığından, iki yıllık görev süresi dolmadan

112 D.D.D.K, E 79/32, K 81/465, KT 1.5.1981, D.D., sy. 44-45, s. 168; D.5.D., E 78/2766, K 80/2236, KT 18.6.1980, D.D., sy. 40-41, s. 170; D.D.D.K, E 79/16, K 79/441, KT 30.11.1979, D.D., sy. 38-39, s. 83.

113 Bkz. D.D.D.K, E 80/802, K 81/989, KT 13.11.1981, D.D., sy. 46-47, s. 139; D.5.D., E 74/3888, K 77/4161, KT 27.9.1977, D.D., sy. 30-31, s. 184; D.5.D., E 76/6987, K 80/1210, KT 24.3.1980, D.D., sy. 40-41, s. 150; D.5.D., E 77/10508, K 79/4284, KT 26.11.1979, D.D., sy. 38-39, s. 185; D.5.D., E 75/3941, K 76/2013, KT 14.4.1976, D.D., sy. 24-25, s. 221; D.5.D., E 76/3974, K 78/3459, KT 6.12.1978, D.D., sy. 34-35, s. 293; D.5.D., E 74/5839, K 74/6813, KT 24.9.1974, D.D., sy. 18-19, s. 387; D.D.D.K, E 79/32, K 81/465, KT 1.5.1981, D.D., sy. 44-45, s. 168; D.D.D.K, E 78/927, K 79/400, KT 9.11.1979, D.D., sy. 38-39, s. 123.

114 Bir Danıştay kararında bu ilke şu şekilde vurgulanmaktadır: “Öğrenim amacıyla yurtdışına gidebilmek için bu konuda açılan sınavı kazanmak yeterli olmayıp bu kanun ve yönetmeliğin öngördüğü koşul ve niteliklere sahip ve yasakladığı tutum ve davranışlarda da bulunmamış olmak gerektiğinden ilgili kişinin durumunun bu bakımlardan yapılacak değerlendirilmesinde hem sebep hem de amaç yönünden idarenin takdir yetkisi olduğu kuşkusuzdur. Takdir yetkisine istinaden ilgililerin yasalardan doğan haklarının kanaat verici belgelere dayanmaksızın ortadan kaldırılmasına başka bir deyişle kullanılmasına engel olunmasına olanak bulunmadığı gibi aynı zamanda bu yetkinin kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekliliği ile de sınırlı olduğu idare hukuku ilkelerindedir...bir kamu görevlisi olup, hakkında herhangi bir adli ya da idari kovuşturma dahi açılmamış bulunduğu anlaşılan davacının, belgelerle kesin olarak saptanmayan birtakım tutum ve davranışları öne sürülerek yurt dışına gönderilmesinin siyasi emniyet bakımından sakıncalı olduğu gerekçeleriyle yasal haklarının gerekliliği ile de kaldırılması Anayasanın idarenin bütünlüğü kuralına da ters düşen bir sonuç yarattığı gibi dava konusu işlemden kamu yararı ve hizmetin gerekliliğine de uyarlık yoktur”. D.8.D., E 74/1870, K 74/3850, KT 5.11.1974, D.D., sy. 18-19, s. 519-520.

115 D.5.D., E 8273227, K 86/993, KT 8.10.1986, D.D., sy. 66-67, s. 217-218.

116 D.D.D.K, E 80/802, K 81/989, KT 13.11.1981, D.D., sy. 46-47, s. 135-142.

117 D.5.D., E 91/3107, K 91/2241, KT 28.11.1991, D.D., sy. 84-85, s. 292-293; D.5.D., E 91/4248, K 95/586, KT 7.2.1995, D.D., sy. 91, s. 432-435.



görevinden alınmasını<sup>118</sup>; müfettişliğe atanmasına engel olmayan ve idarece bu esnada bilinen bir sebep nedeniyle bu görevden alınmayı<sup>119</sup>; hariciye müte-hassıslığı yanında iyi bir operatör olan ve kendisine Zonguldak bölgesinde ihtiyaç bulunduğu müfettiş raporuyla da sabit bulunan doktorun ameliyat yapamayacağı bir dispansere nakledilmesini<sup>120</sup>; açılması mülki idare amirinin iznine bağlı olan bilgisayar oyun salonuna, 18 yaşından küçüklerin, yanlarında velisi olsa dahi giremeyecekleri yönündeki bir işlemini<sup>121</sup>; köyde görevli öğretmenlerin köyün karar organı olan ihtiyar meclisinin doğal üyesi olduğu hususunun dikkate alınmaksızın, yapılan nakil işlemini<sup>122</sup>; serbestçe ücret belirleme yetkisine sahip motorlu taşıt sürücü kursunun, ücretini düşük ilan etmesinin, zarar eden bir kurumun eğitim kalitesini düşüreceği, dolayısıyla trafik kazalarının artacağı gerekçesiyle faaliyetinin durdurulması işlemini<sup>123</sup>, Danıştay, kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı bulmuştur.

Danıştay, idarece takdir yetkisi kullanılarak, kurul üyeleriyle uyumlu bir faaliyet içinde olmayan kurul üyesinin görevine son verilmesi işlemini<sup>125</sup>; bir öğretmenin okutması gerekli ders olmaması nedeniyle ihtiyaç olan bir başka okula tayin işlemini<sup>126</sup>; atamaya esas alınması gerekli unsurlar bakımından eşdeğer durumda olan kişiler arasından tercih sebebini de açıklayarak idarece içlerinden birisinin atanması işlemini<sup>127</sup>; yabancı diller okuluna alınacak okutmanların üniversitelerin filoloji bölümlerinden mezun kişiler arasından atanacağı nedeniyle, eğitim enstitüsü mezunu olan davacının atanmaması işlemini , görevden uzaklaştırmakla görevi ile ilişkisi fiilen sona eren ancak hukuki bağı devam eden memurun, görevden uzaklaştırma önleminin kaldırılmasıyla birlikte, eski görevinden farklı bir yere atanmasını<sup>128</sup>, hizmet gereklerine uygun bulmuştur. Buna karşılık, en çok puan alan üç aday arasından ilköğretim müdür yardımcılığı görevine atama konusunda takdir yetkisi bulunan idarenin, bu göreve yüksek

118 D.8.D., E 94/5965, K 95/1797, KT 31.5.1995, D.D., sy. 91, s. 857-861.

119 D.5.D., E 85/484, K 86/354, KT 24.3.1986, D.D., sy. 64-65, s. 185-186.

120 D.5.D., E 78/2766, K 80/2236, KT 18.6.1980, D.D., sy. 40-41, s. 169-170.

121 D.10.D., E 93/278, K 94/4838, KT 13.10.1994, D.D., sy. 90, s. 1066-1069.

122 D.5.D., E 89/232, K 90/1734, KT 10.10.1990, D.D., sy. 82-83, s. 423-425.

123 D.8.D., E 92/3042, K 93/3670, KT 19.10.1993, D.D., sy. 89, s. 478-480.

124 D.12.D., E 72/1685, K 74/2578, KT 20.11.1974, D.D., sy. 18-19, s. 626-628; "Hizmet gerekleri", Uluslararası Memurların memurluk statüsünden "çıkartılış" sebeplerinden birisidir. ODYAKMAZ Zehra, Uluslararası Memur, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1983, s. 423-424.

125 D.5.D., E 76/3106, K 80/499, KT 18.2.1980, D.D., sy. 40-41, s. 165-166.

126 D.5.D., E 87/2389, K 87/1620, KT 23.11.1987, D.D., sy. 70-71, s. 255-258.

127 D.5.D., E 78/1137, K 80/2532, KT 1.10.1980, D.D., sy. 42-43, s. 134-135.

128 D.5.D., E 92/5699, K 93/609, KT 15.2.1993, D.D., sy. 88, s. 233.

puan alanı atamama nedenlerini yeterince açıklamaksızın daha düşük puan alanı ataması işlemini<sup>129</sup>; en çok puan alan iki aday arasından ilkökul müdürlüğüne atama konusunda takdir yetkisi bulunan idarenin, beş yıldan beri aynı okulda müdür vekilliği yaptığı, meslekteki kıdem ve başarısı yüksek olduğu halde daha düşük puan alanın ilkökul müdürlüğüne atanması işlemini<sup>130</sup>, ise doğrudan, hizmet gereklerine aykırı bulmuştur.

Buna karşılık Danıştay'a göre, 233 sayılı KHK' nin 8. maddesiyle teşebbüs yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerinin üç yıl olarak belirlenmiş olmasına rağmen bu süre dolmadan kamu hizmetinin daha iyi yürütülmesini sağlamak için görevden alınması<sup>131</sup>; 2547 sayılı Kanun'un 31. maddesinde idareye öğretim görevlilerinin en çok iki yıl süreyle atamalarının yapılabileceği konusunda takdir yetkisi tanınmasına karşılık mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesinden idarenin görev süresini 6 ay uzatması<sup>132</sup>; idarenin savunma dilekçesinde belirttiği disiplin cezalarının niteliği gözönünde alındığında memurun tekrar göreve alınmaması<sup>133</sup>; başka bir göreve atanmış olması ve hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeniyle yeniden göreve atanma talebinin reddi<sup>134</sup>; hakkında açılan soruşturma sonucunda bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilen ve mesleğinin ve sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarstığı nedeniyle görevden alınarak başka bir göreve yapılan atama işlemi<sup>135</sup>; yeteri kadar kadrolu öğretim elemanının mevcut olması, davacının verdiği ders için öğretim görevlisi gereksiniminin kalmaması, idarenin dava konusu işlemlerle okulun öğretim seviyesinin yükseltilmesini amaçladığı dikkate alındığında sözleşme süresinin bitiminde sözleşmenin yenilenmemesi<sup>136</sup>; atama ve nakil işlemine dayanak olan yönetmeliğin resmi gazetede yayımlanması gerekirken yayımlanmamış olması durumunda, nakil için yeterli sebeplerin bulunması halinde yapılan nakil işlemi<sup>137</sup>, siyasi faaliyette bulunduğu yolunda somut kanıtlar olmamakla birlikte, soruşturma sırasında ifadelerine başvuru kişilerin, siyasi çalışmalar yaptığı yolunda duyuları olduğunun belirtildiği, halk arasında siyaset yaptığı şuy

129 D.5.D., E 77/10508, K 79/4284, KT 26.11.1979, D.D., sy. 38-39, s. 184-185.

130 D.5.D., E 76/6987, K 80/1210, KT 24.3.1980, D.D., sy. 40-41, s. 149-151.

131 D.5.D., E 92/1026, K 93/3754, KT 13.10.1993, D.D., sy. 89, s. 246-251; D.12.D., E 95/773, K 95/1523, KT 19.6.1995, D.D., sy. 90, s. 1222-1225.

132 D.İ.D.D.G.K, E 93/65, K 93/208, KT 11.6.1993, D.D., sy. 89, s. 111-114.

133 D.D.D.K, E 79/717, K 81/835, KT 18.9.1981, D.D., sy. 46-47, s. 122.

134 D.5.D., E 75/3779, K 80/2885, KT 2.12.1980, D.D., sy. 42-43, s. 130-131.

135 D.5.D., E 91/3960, K 92/2707, KT 21.10.1992, D.D., sy. 87, s. 314-317.

136 D.5.D., E 92/3846, K 94/115, KT 20.1.1994, D.D., sy. 90, s. 579-581.

137 D.5.D., E 89/950, K 90/1536, KT 24.9.1990, D.D., sy. 82-83, s. 420-421.

bulunduğu dikkate alınarak yapılan nakil işlemi<sup>138</sup>, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygundur.

#### D. KANUNA UYGUNLUK

İdare, takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanmalıdır<sup>139</sup>. Çünkü, "hukuka bağlı devlet yönetiminde idareye tanınan takdir yetkisi, kendisinin üstün hukuk kurallarına uymak zorunluluğundan ayrılmasına vesile teşkil edemez"<sup>141</sup>. İdarenin takdir yetkisini, kanuna uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını ise yargı yeri belirleyecektir .

Devlet Memurları Kanunu'nun 71. maddesinin 2. fıkrasında, "Kurumlar, memurlarını meslekleri ile ilgili sınıftan genel idare hizmetleri sınıfına veya genel idare hizmetleri sınıfından meslekleri ile ilgili sınıfa, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle atayabilirler" hükmü yer almaktadır. Maddede idareye, memurların isteği dışında sınıflarının değiştirilmesi konusunda takdir yetkisinin tanındığı açıktır. Ancak idareye tanınan bu takdir yetkisi, memurların meslekleri ile ilgili sınıftan genel idare hizmetleri sınıfına veya genel idare hizmetleri sınıfından meslekleri ile ilgili sınıfa atama ile sınırlıdır. Danıştay, bu madde hükmüne dayanarak, eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfında yer alan öğretmeni, sağlık hizmetleri sınıfına sağlık istatistikçisi olarak naklen atayan idarenin işlemini<sup>142</sup>, genel idare hizmetleri sınıfında yer alan belediye tahsildarını, yardımcı hizmetler sınıfına belediye odacısı olarak naklen atayan idarenin işlemini<sup>143</sup> ve genel idare hizmetleri sınıfında yer alan şoförü,

138 D.İ.D.D.G.K, E 92/391, K 92/168, KT 23.10.1992, D.D., sy. 87, s. 99-102. Ancak bu şekilde subuta ermeden, duyumlar olduğu yolunda ifadelere dayanılarak yapılan nakil işlemini haklı ve hukuken geçerli bir sebep olarak kabul etmek mümkün değildir.

139 GÖZÜBÜYÜK-DİNÇER, s. 159; GÜNDAY, Ders Notları, s. 256; AZRAK, Anayasaya Uygunluk, s. 330; AZRAK, Yargı Denetiminin Sınırı, s. 20; SÜRBEHAN, s. 91.

140 D.12.D., E 70/5609, K 71/1312, KT 24.5.1971, D.D., sy. 5, s. 320.

141 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 13/b-4'te, "gerekli gördüğü hallerde üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerde görevli öğretim elemanlarının ve diğer personelin görev yerlerini değiştirmek veya bunlara yeni görevler vermek", üniversite rektörlerinin yetkileri arasında sayılmıştır. Bu maddenin verdiği yetkiye dayanarak Karadeniz Üniversitesi Rektörü, kendi öğretim üyesini, "Gümüşhane Meslek Yüksekokulu asıl görev yeriniz olmuştur" gerekçesi ile bu Yüksekokulda sürekli olarak görevlendirmiştir. Danıştay'a göre: "...rektöre bunlara yetkiyi "sürekli olarak görev yerini değiştirme" veya "sürekli olarak yeni görevler verme" kapsamında kabul etmek, belli usullerle bir kadroya atanmış öğretim elemanının yasada öngörülen usule ve yetki kurallarına uyulmadan kadrosu ile hukuki ve fiili iribatının kesilmesi, yine ancak belli us'le ve yetki kurallarına uyularak atanabilecek bir kadroya, bunlara uyulmadan atanması sonucunu doğurur. O halde adı geçen maddede öngörülen yetkinin yukarıda belirtilen amaçlarla ve hizmetin gerektirdiği süre ile sınırlı olduğunu, bu nedenle de sürekli olarak görev yerini değiştirme veya yeni görevler verme şeklinde kullanılamayacağını kabul etmek gerekir". D.5.D., E 85/729, K 86/1234, KT 5.11.1986, D.D., sy. 66-67, s. 243.

142 D.5.D., E 86/620, K 87/1318, KT 22.10.1987, D.D., sy. 70-71, s. 250-252.

143 D.5.D., E 76/432, K 77/5482, KT 15.11.1977, D.D., sy. 30-31, s. 181-182.

yardımcı hizmetler sınıfına hizmetli olarak naklen atayan idarenin işlemini iptal etmiştir<sup>144</sup>.

İl İdaresi Kanunu'nun 31. maddesinin G fıkrasında, "Kaymakam, ilçedeki idare, daire ve müesseselerde çalışan uzman veya fen kollarına dahil memur ve müstahdemlerden ilçenin genel ve mahalli hizmetlerine ilişkin işlerin görülmesini asli vazifelerine hanel getirmemek şartıyla valiliğe teklif suretiyle isteyebilir. Valilikten alınacak emir üzerine bu memurlar verilen işleri yapmakla ödevlidirler" hükmü yer almaktadır. Bu madde ile kaymakamlara, ilçedeki kamu görevlilerinden sadece uzman veya fen kollarına dahil memur ve müstahdemlerin görevlendirilmesi konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Bu yetkinin kullanılması, valiliğe teklifte bulunulması suretiyle mümkündür ve bu şekilde yapılacak bir görevlendirme işlemi dahi, maddede öngörülen memur ve müstahdemlerin asli görevlerine hanel getirilmemesi şartına bağlıdır. Danıştay, anılan maddedeki memurlar arasında yer almayan öğretmenin, kaymakam tarafından yapılan geçici görevlendirilme işlemini, "aynı Kanun'un 8. maddesinin b fıkrası uyarınca valinin yapabileceği" gerekçesiyle iptal etmiştir<sup>145</sup>.

Naklen atamalarda takdir yetkisi bulunan idare, bu yetkisini Kanuna uygun olarak kullanmalıdır. Buna göre idare, memurunu, kazanılmış hak aylık derecesinin altında bir kadro derecesine atayamaz<sup>146</sup> (DMK. m. 45/1). Aynı şekilde idarenin, DMK., m. 74'e göre yapacağı naklen atamalar, bu kanuna tabi kurumlar arasında olabilir<sup>147</sup>.

144 D.5.D., E 93/2288, K 95/3951, KT 6.12.1995, D.D., sy. 91, s. 451-454.

145 D.5.D., E 91/3136, K 95/454, KT 26.1.1995, D.D., sy. 90, s. 529-532; Aynı yönde bkz. "Kamu görevlilerinin nakilleri yolunda alınacak kararların, tayinlerindeki usule göre yapılması gereği idare hukukunun ilkelerindedir...Bu maddelerin incelenmesinden [1580 sayılı Belediye Kanunu m. 83/10, 96-B/2, 94/B-C] anlaşılacağı gibi, belediye memurlarının tayini, belediye encümeninden karar almak ve ilk toplantısında belediye meclisince onaylanmak koşulu ile belediye başkanı tarafından yapılacaktır. Tayin işleminde kanunen uyulması gereken usulün nakil işleminde de aynen cereyan edeceği, diğer bir deyişle, nakil işleminin, tayin işlemindeki usule tabi olacağı ilkesi karşısında davacının naklinde encümen kararının var olması zorunludur. Dava dosyasının incelenmesinden belediye encümeninden karar alınmadan davacının nakledildiği anlaşıldığından şekil yönünden yasalara aykırı olarak yapılan dava konusu işlemin iptalinin E.oybirliği ile karar verildi". D.5.D., E 76/8503, K 79/3418, KT 25.10.1979, D.D., sy. 38-39, s. 191.

146 Danıştay, 6. Derece kazanılmış hak aylığı ile 6. Derece defterdarlık gelir şefliği kadrosundan, 7. Derece mal müdürlüğü gelir şefliğe kadrosuna yapılan naklen atama işlemini kanuna aykırı bulmuştur. D.5.D., E 92/1792, K 95/1181, KT 28.3.1995, D.D., sy. 91, s. 536-538.

147 Danıştay'a göre, "Dosya münderecatından, 657 sayılı Kanuna tabi bir kurum olan Çalışma Bakanlığında İşçi Sağlığı Genel Müdürü olan davacının bu kanun dışında kalan ve 3659 sayılı Kanuna tabi bulunan İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü Müşavirliğine atandığı anlaşılmıştır. 657 sayılı Kanunun...74 üncü maddesi bu kanuna tabi kurumlardan birinden diğerine naklen atanmayı dahi memurun kendi isteğine bağlı tutmuş olduğuna göre bu kanuna tabi bir kurumdan bu kanunun kapsamı dışında bulunan ve 3659 sayılı Kanuna tabi olan

DMK. m. 137'de memurların görevden uzaklaştırılmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Memur, ceza kovuşturması nedeniyle görevden uzaklaştırılmışsa ilgilinin durumunun her iki ayda bir incelenmesi ve bir karar verilmesi gerekir (m. 145/2). İdarenin, iki ayda bir yapacağı incelemeyi yapmayıp yargılamanın sonucunu beklemesi, takdir yetkisini kanuna aykırı kullanması anlamına gelir<sup>148</sup>.

İdarenin takdir yetkisinin kanuna uygun olması gerektiği gibi, iki düzenleyici işlem arasında takdir yetkisinin kullanılması bakımından bir fark doğacak ise, normlar hiyerarşisi de dikkate alınarak, takdir yetkisi mevzuatın amir hükümlerine uygun kullanılmalıdır<sup>149</sup>.

### E. GEREKÇE İLKESİ

İdari işlemin sebebi, bir bakıma işlemin gerekçesidir. İdare genellikle, işlemi yapmak için sahip olduğu yetkinin dayanağını gerekçe olarak gösterir. Ama bu tek başına yeterli değildir. Dolayısıyla, işlemin dayanağı olan sebebi de göstermelidir. Ancak, işlemin sebebi ile gerekçesi arasında bir fark da söz konusudur. Bir başka ifade ile, sebep ile gerekçe farklı işlemlere sahiptir<sup>150</sup>. Sebep unsuru yargıca, gerekçe ilkesi ise daha çok ilgiliye yönelik bir işleve sahiptir. Ayrıca, gerekçesiz işlem olabileceği halde, sebepsiz işlem olamaz<sup>151</sup>. Genel idari usulün de en önemli ilkelerinden olan gerekçe ilkesi, sadece idari usul

bir kuruma naklen atamaya kanunun bu sarih hükümleriyle cevaz verilmediği gibi esasen her iki kanunun memur teminatı bakımından koyduğu hükümlerin farklı oluşu ve davacının her iki memuriyet ünvanının değişik bulunuşu dolayısıyla da bu atama" hukuka aykırıdır. D.5.D., E 71/19177, K 73/304, KT 8.2.1973, D.D., sy. 12-13, s. 251.

148 D.5.D., E 93/422, K 95/1015, KT 16.3.1995, D.D., sy. 91, s. 454-456.

149 Bu konuda bir uyuşmazlıkta Danıştay, "...Devlet memurlarının tedavi yardımı ve ceza giderleri yönetmeliğinin işitme cihazı ile düzeltilmesi kabil olduğu resmi hastanelerin uzman tabipleri tarafından verilecek raporla sabit olanların aldıkları işitme cihazlarının bedelleri kurumlarınca ödenir" hükmü yer almıştır...bütçe uygulama talimatının 5. maddesinde "tedavi yönetmeliğinin 34. maddesi hükmüne göre ödenecek bir işitme cihazı bedeli en fazla 10.000 TL' sı olacak bu miktarı aşan kısım ilgili tarafından karşılanacaktır" denilmiştir...Kanunun bu hükmünün, kullanılmasında idarelere takdir yetkisi tanınan masraflar için getirilmiş bir tahdit hükmü olarak nazara alınması gerekmektedir. Mevzuat hükümlerinin zorunlu olarak yapılmasını öngördüğü masrafların bu talimat hükmü gereğince kısıtlanması ve böylece mevzuatın amir hükümlerinin uygulanma zorunluluğunun ortadan kaldırılması düşünülemez" şeklinde karar vermiştir.D.5.D., E 81/504, K 83/2317, KT 14.4.1983, D.D., sy. 52-53, s. 215. Aynı yönde bkz. D.5.D., E. 75/7224, K 78/1284, KT 17.4.1978, D.D., sy. 32-33, s. 455.

150 KIRATLI Metin, Danıştay'ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması, MBD., sy. 6, 1967, s. 33.

151 AKILLIOĞLU Tekin, Yönetmelilerde Gerekçe İlkesi, AİD., c. 15, sy. 2, Haziran 1982, s. 7.

kanunlarında yer almakla kalmamış, genel idari usul kanununa sahip olmayan ülkelerde de özel düzenlemelere konu olmuştur<sup>152</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28.9.1977 tarihinde kabul ettiği 77 sayılı, "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar" ın IV. İlkesi, "Haklarını, özgürlüklerini veya çıkarlarını ihlal edici nitelikte bir idari işlem söz konusu olduğunda, ilgili bu işlemin dayanağı olan nedenlerden haberdar edilir. Bu bilgi, ya idari işlemin metninde nedenlerin belirtilmesi şeklinde, veya, ilgilinin isteği üzerine, makul bir süre içinde, yazılı olarak ayrıca kendisine verilir" şeklindedir<sup>153</sup>.

152 Fransa'da 11 Temmuz 1979 tarih ve 79-587 no'lu İdari İşlemlerin Gerekçelerine ve İdare İle Kamu Arasındaki İlişkilerin Düzeltilmesine Dair Kanun'un 1. maddesi gerekçelendirilmesi gereken kararları, Kamu hürriyetlerinin kullanımını sınırlayan, bir polis tedbiri ortaya koyan, inşa eden, bir ceza (müeyyide) uygulayan, bir yükümlülük yükleyen ya da sınırlarıncı şartlarla bir izin veren, hakları veren bir kararı geri alan ya da yürürlükten kaldıran bir zamanasını, dava hakkının düşmesi, ya da çıkarma, iskat ortaya koyan, bir avantajı elde etmek için kanuni şartları yerine getirmiş bulunan kişiler için bir hak teşkil eden bu avantajı reddeden kararlar olarak saymıştır. İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usul Hakkında Kanun da Fransa gibi 54. maddesinde gerekçelendirilecek kararları tek tek saymıştır. Benzer durum Kosta Rika Genel Kamu İdaresi Hakkında Kanun m. 136 ve Venezuela İdari Usul Kanunu m. 9 da da bulunmaktadır. Buna karşılık Amerika Birleşik Devletleri Federal İdari Usul Kanunu'nun İdareye İlişkin Bilgi Edinilmesi, İdari İşlemler, Gerekçeler, Kararlar, Zabıtlar ve Muameleler başlıklı 552. maddede gerekçe ilkesinin istisnaları belirtilmektedir. Alman İdari Usul Kanunu'nun 39. maddesi de gerekçe göstermeye gerek olmayan halleri 5 bent halinde saymıştır. Avusturya İdari Usul Kanunu m. 58, İtalya İdari Usuller ve Belgelere Ulaşma Hakkı Kanunu m. 3, İsviçre Federal İdari Usul Kanunu m. 35 de ise daha genel düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca bkz. KABOŞLU İbrahim Ö., Avrupa Topuluğu ve İdari Yargı, Avrupa Topuluğu Adalet Divanı Jürisprüdansı ve İdari Kararların Gerekçeli Olma Zorunluğu, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), I. Kitap, İdari Yargı, Ankara 1991, s. 309 vd.

153 Karar hakkında geniş bilgi için bkz. "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar", çev. KUNTBAY İhsan, AİD, c. 11, sy. 4, 1978, s.3-11; AKILLIOŞLU Tekin, "Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", AİD, c. 14, sy. 3, 1981, s.37-56. Bu komite kararı bir Danıştay kararına da konu olmuştur. Şöyleki, Basın Kartı Komisyonu, Cuma dergisi adıyla haftalık bir derginin sahibi ve mesul müdürünün Sarı Basın Kartı talebini, Basın Kartı Yönetmeliğinin 46. maddesi uyarınca gerekçesiz olarak reddetmiştir. Danıştay da, "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkındaki Avrupa Bakanlar Komitesinin 77 sayılı kararında, ilgilinin hak ve özgürlüklerine veya çıkarlarına değinen bir idari işlem sözkonusu olursa, olabilecek itiraza olanak vermek için gerekçeli olması öngörülmüştür. İdari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi, işlemi yapan idareyi yönetsel işlemin dayandığı maddi ve hukuksal nedenleri açıklamaya, uyguladığı yasayı kavramaya, doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşlemden, gösterilen gerekçe işlemin yasaya uygunluğunu değerlendirme, itiraz edip etmeme ve yargı yoluna gidip gitmeme konusunda işlemin ilgisine yardımcı olur...Bütün bu düzenlemeler de idari işlemin gerekçeli olmasını bir şekil şartı olarak öngörmektedir. Davacının Sarı Basın Kartı talebinin reddine ilişkin dava konusu işlem "idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi"ne aykırı bulunmaktadır" şeklinde karar vermiştir. D.10.D., E 93/1403, K 94/5633, KT 10.11.1994, D.D., sy. 90, s. 1047.

İdare, diğer işlemlerinde olduğu gibi takdir yetkisine dayanarak tesis edeceği işlemlerinde de gerekçe göstermek zorundadır<sup>154</sup>. Çünkü, karşılaştığı idari işlemin maddi, hukuki ve kanuni dayanaklarını bilmek, her vatandaşın kanuni hakkıdır. Ayrıca, bu tür bir idari işleme karşı itirazda bulunmak veya dava açmak, işlemin dayanaklarını bilmekle mümkündür. Sadece sonucu bilip, onun nedenlerini bilmeksizin idarenin işlemini çürütmek ve kendi savını kurup geliştirmek imkanı yoktur<sup>155</sup>.

Gösterilen gerekçenin, hukuken kabul edilebilir olmaması, idari işlemin iptal sebebidir<sup>156</sup>. Uygulamada, çoğu kez ilgiliye bildirilen idari işlemler kanuni dayanaktan yoksun olmakta, herhangi bir gerekçe içermemektedir. İdari işlemin muhatabı, çoğu kez sonucu ifade eden birkaç satırlık yazıyla yetinmek zorunda kalmaktadır<sup>157</sup>. Gerçi, Türkiye idaresini, gerekçe yükümlülüğünü düzenleyen ülkelerde olduğu gibi, işlemin gerekçesini ilgiliye bildirmeye zorlayacak genel bir kural bulunmamaktadır. Ancak, mevzuatın sebep göstermediği durumlarda tesis edilen işleme karşı açılan davada idari mahkemeler, idareden, idari işlemin gerekçesini İYUK' nun 20. maddesi çerçevesinde bildirmesini isteyecektir<sup>158</sup>.

154 SCHOLZ Georg Allgemeines Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. München 1985, s.53; GÖZÜ-BÜYÜK-DİNÇER, s. 159; GÜNDAY, Ders Notları, s. 257; SÜRBEHAN, s. 92; LAUBADERE Andre De-LAMOTHE Dutheillet De, (Çev. Visalettin PEKİNER, T. AKKUTAY), Fransa' da İdari Kaza ve İdari Tasarruflar, Ankara 1962, s. 57.

155 GÜRAN Sait, İdari Yargıdan Birkaç Sorun, Günümüzde Yargı, sy. 37, Mayıs 1979, s. 44; "Fransız İdare Hukukunda, özellikle son yıllarda idarenin' daha etkin bir biçimde denetlenmesi yönünde gelişen içtihatlar, idarenin takdir yetkisi içinde vermiş olduğu kararların hukukun genel prensipleri ışığında değerlendirilmesi sonucunda, ard arda "idari işlemin gerekçesinin yargıca bildirilmesi zorunluluğu"

156 "Anlaşmazlık konusu [Polis Enstitüsü Giriş] sınavda davacı hakkında "giremez" kaydı konulmasının gerekçesi davalıdan sorulmuş, ara kararımıza karşılık olarak fiziki görünüş, ifade yeteneği durumlarının incelenmesi sonucunda yetersiz görüldüğü için davacının Polis Enstitüsüne girmeye hak kazanmadığı bildirilmiş, ancak davacıdan ifade yeteneğinin neden yetersiz olduğu belirtilmemiştir. Bu duruma göre, objektif değerlendirmeye dayalı olmadığı anlaşılan dava konusu işlemin iptalinin E.oybirliğiyle karar verildi". D.8.D., E 80/3358, K 81/2915, KT 5.10.1981, D.D., sy. 46-47, s. 275.

157 GÜRAN, s. 44.

158 İdarenin işlemleri üzerinde yargı denetiminin yapılabilmesi için mahkeme; dava konusu işleme esas olan nedenin hukuken ve fiilen doğru olup olmadığını araştırmak, davanın tarafları da gerekli tüm belgelerini mahkemeye sunmak durumundadır". D13D., E 77/3789, K 80/299, KT 19.2.1980, D.D., sy. 40-41, s. 414; "idari işlemlerin belli bir sebebe dayalı olması gerektiği idare hukukunun temel bir kuralıdır. Ayrıca işlemde sebep gösterilmesinde yasal bir zorunluluk bulunmasa dahi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesine göre, ihtilaf konusunun çözümlenebilmesi ve sağlıklı bir karar verilebilmesi için idare gerekli bilgileri ve işlemin dayanağını mahkemeye bildirmekle mükelleftir". D.5.D., E 81/2387, K 83/3963, KT 11.5.1983, DBM; İdari işlemlerin, sebep unsuru yönünden yargısal denetime tabi tutulabilmesi, bu unsurun işlem metninde yer alması veya hiç değil ise idarece yargı organı önünde açıklanması hallerinde mümkün olabilir". D.12.D., E 69/3963, K 70/1457, KT 30.6.1970, D.D., sy. 2, s. 311.

Hatta bu sebebin somut bilgi ve belgelere dayanması gerektiği<sup>159</sup> ve işlemi tesise yetecek güçte olması gerektiği gibi, 4001 sayılı Kanunla<sup>160</sup> İYUK' nun 20. maddesine getirilen ek cümleye göre<sup>161</sup>, her ne gerekçe ile olursa olsun, verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre mahkemeler bir karar veremeyecektir.

İdarenin, Kanundaki belirsiz kavramlara dayanarak idari işlem tesis ettiğinde, bu belirsiz kavramı gerekçe göstermesi, soyut iddiaları gerekçe göstermesi, şüpheye dayanarak işlemler tesis ettiğinde bunları gerekçe göstermesi<sup>162</sup>, istihbari nitelikteki bilgileri gerekçe göstermesi<sup>163</sup> ve açık ve kesin bilgi ve belgeler olmaksızın kanaate dayalı gerekçe göstermesi<sup>164</sup>, hiç gerekçe göstermediği anlamına gelir.

Gerekçe yükümlülüğü olmamasına rağmen Danıştay, özellikle takdir yetkisine dayanan idari işlemlerde, takdir yetkisinin kullanım gerekçesini aramaktadır. Örneğin idare, alt ve üst sınırı kanunda belirtilen bir para cezasını tatbik ederken, takdir yetkisini neye göre kullanarak alt veya üst ceza uyguladığını gerekçeli olarak belirtmek zorundadır. Danıştay'a göre, "6785 sayılı Kanunun 1605 sayılı Kanun ile değişik 18 inci maddesinde ruhsatsız isk,n halinde 500 liradan 5.000 liraya kadar para cezasının verilebileceği belirtilmiş olup dava

159 "İdare hukuku esaslarına göre idare, işlemine dayanak olarak gösterdiği sebebin varlığını inandırıcı bir biçimde ortaya koymak zorundadır. Bu sebebin varlığının ortaya konulmaması halinde işlem sebep unsuru bakımından sakat olur". D.12.D., E 77/2838, K 79/2443, KT 6.6.1979, D.D., sy. 36-37, s. 591.

160 RG., 18.6.1994, sy. 21964.

161 Bu düzenleme getirilmeden önce, 20. maddenin 3. fıkrasında sadece şu ibare vardı: "Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı Devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini göstermek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir". Bu hükmü, Giritli-Bilgen şu şekilde yorumlamıştır: "Bu hükmün idareye dolaylı bir şekilde, mutlak bir takdir yetkisi tanıdığı, hatta daha ileri giderek fiilen işlemin bütünü'nün yargı denetimi dışında kalmasına müncer olacağı (çünkü, işlemin yetki ve şekil unsurlarında bir sakatlık yoksa, sebebin bilinmemesi çoğu zaman konu ve maksat unsurları üzerindeki denetimi de önleyecektir) haklı olarak düşünülebilir". GİRİTLİ-BİLGEN, s. 97.

162 "...hukuk devletinde idarenin ve kişilerin hak ve yükümlülükleri, demokratik esaslara uygun olarak, objektif kriterler halinde ayrı ayrı belirlenmiş olup idarenin kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen konularda "şüphe"ye dayanarak işlemler tesis etmesi uygun ve doğru görülemez". D.5.D., E 87/406, K 88/704, KT 10.3.1988, D.D., sy. 72-73, s. 287.

163 D.5.D., E 87/199, K 88/2806, KT 30.11.1988, D.D., sy. 74-75, s. 284.

164 D.5.D., E 73/5314, K 74/5436, KT 22.6.1974, D.D., sy. 16-17, s. 203; Grevs yönde bkz. "...özel hareket birimi tarafından ifa edilen görevin özelliği ile bu birimde görev yapan personelin silahlı çatışmalara katılmaları dolayısıyla gerekli nitelikleri yitirip yitirmediklerinin sürekli denetlenmesi gereği gözönünde tutulduğunda ve bu belirlemenin, ancak, davacı ile birlikte görev yapan "yakın" amiri tarafından yapılabileceği dikkate alındığında; davacının bu birimden çıkarılıp genel hizmet kadrosunda istihdam edilmesi yolundaki...Emniyet Müdürlüğü teklifinin, dava konusu işlemin tesis edilebilmesi için yeterli ve somut neden oluşturduğu açıktır". D.5.D., E 95/2042, K 95/3914, KT 6.12.1995, D.D., sy. 91, s. 533.



konusu belediye encümeni kararında ise hiçbir gerekçe gösterilmeden cezanın azami miktarının tatbik edilmek istenmesinde isabet görülmemiştir”<sup>165</sup>.

“Gizlilik yerini aleniyete, meçhullerden yola çıkmak bilmeye terkettikçe, bu gelişme, idarenin yargısal denetimini de olumlu yönde etkileyecektir”<sup>166</sup>. Kısacası, idare takdir yetkisine sahip olsun olmasın bütün idari işlemler mutlaka gerekçeli olmak zorundadır. Bu amaçla, mevzuatın da bu ilkeye uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

## **SONSÖZ**

Takdir yetkisi, idare hukukunun hemen hemen her konusu ile yakından ilgili bir kurumdur. Bu konularla olan yakın ilişkisi, konunun sınırlanması bakımından oldukça güç olmuştur. Konuyla ilgili üzerinde en çok tartışılan husus, yargısal denetimde hukuka uygunluk ve yerindeliğin tam olarak ayrılamamasıdır.

İdarenin her işleminde olduğu gibi takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği işlemlerin de denetimi çağdaş hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu anlamda takdir yetkisi, kanun yolları da dahil olmak üzere her aşamada yargısal denetime konu olur.

Yargı kararları takdir yetkisinin denetiminde birtakım önemli ilkeler ortaya koymuştur. Takdir yetkisinin denetiminde kullanılan bu ölçü normların önemi büyüktür. Ancak, pozitif hukuktaki düzenlemeleri ve yargı yerlerinin koymuş olduğu bu ilkeleri esas almak suretiyle takdir yetkisinin denetimini en üst düzeyde gerçekleştiren Danıştay kararları arasında maalesef birlik bulunmamaktadır. Bu durum ise, yargısal istikrarsızlığa yol açtığı gibi yargıya olan güvenin azalmasına da neden olmaktadır.

165 D6D., E 73/2270, K 73/5052, KT 19.12.1973, D.D., sy. 14-15, s. 295.

166 GÜRAN, s. 45.

