

## HUKUK DEVLETİ İLKESİ İŞİĞİNDA İDARENİN DENETİMİ VE KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY<sup>(1)</sup>

*“Toplumun tüm kamu görevlilerinden görevleriyle ilgili olarak hesap sorma hakkı vardır.”*

*1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları*

*Bildirisi, Madde XV*

### GİRİŞ

Devletin temel işlevi egemenliğini kullanan organları aracılığıyla kamu yararının sağlanmasıdır. Bunun sonucu olarak devletin geleneksel işlevleri; kamu düzeninin tesisi ve sürekliliği, adaletin sağlanması, ülkenin savunması, ülkenin yönetimi, diğer ülkelerle ilişkiler kurulması, ekonomik ve sosyal düzenin tesisi, gelişimi ve etkinliklerinin düzene tabi kılınması, eğitim, kültür ve haberleşme gibi görevlerinin örgütlenmesini yapma, ekonomik gelişimin yolunu oluşturup, güvence altına almak gibi görevlerdir. Günümüzde devlet, polis devletinden hukuk devletine, refah devletine doğru bir yönelim gerçekleştirmiştir.

Devlet, toplumdaki meşru zor kullanma tekeli elinde bulunduran en büyük ve üstün güç olma özelliğiyle, insan haklarının teminatı konumunu işgal ettiği kadar, insan haklarının ihlallerinin kaynağı, müsebbibi de olabilmektedir. Bir başka deyişle insan haklarının ve demokrasinin koruyucusu olan çağdaş anlamıyla devlet, kişilerin hak ve özgürlükler karşısında en büyük tehdit ve engel haline de dönüşmesi mümkündür. Bu olumsuz durumun önüne geçilebilmesi, güçler ayrılığı ilkesinin kabulü ve uygulamaya aktarılması ve devlet gücünün çeşitli yollarla sınırlandırılmasıyla mümkündür. Bu yolların başında ise, kamu kurum ve kuruluşlarının farklı şekillerde denetlenmesi gelmektedir.

İdarenin denetlenmesi demokrasinin desteklenmesi, güçlendirilmesi ve sağlıklı işleminin olmazsa olmaz koşulu özelliğiyle bütün modern toplumlarda temel bir ilgi alanı, akılları meşgul eden, çözümü aranan ve çeşitli yol ve yöntemlerin önerildiği ve kullanıldığı bir konudur. Konunun bu evrensel niteliğine rağmen sorunun çözümünde tek ve etkili bir yöntem söz konusu olmayıp birçok yol ve yöntemle

(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi

idarenin denetlenmesi gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.

Bu anlamdaki yol ve yöntemlerin farklılığı ve sayıca çokluğu ilgili ülkenin yöneticilerinin vizyonu, tarihsel geçmişi ve kültürel yapısı ile devlet birey arasındaki ilişkinin devlet ve birey tarafından algılanması hususlarına doğrudan bağlıdır. Devlet yönetiminde kamu kudretinin sınırlılığı ve hukuka uygunluğu gerçek anlamda kabul görmekte, var olan denetim yollarının kullanılması engellenmiyor, denetimin sonuçlarına saygı gösterilip gereği yapılıyor ve denetimdeki yetersizliklerin giderilmesi çaresi samimi bir şekilde aranıyorsa; etkili bir denetimin hayata geçirilmesinde sorun yaşanmaz. Aksi bir durum bahse konuysa denetim yol ve yöntemlerinin artırılması sorunun kâğıt üzerinde çözümlendiği ve fakat uygulamanın tamamıyla tersi yönde olduğu anlamını taşır.

Ülkemizde idarenin denetimini sağlayacak yeterli yol ve yöntemler söz konusudur. Ancak denetimin etkinliği ve denetimin neticelerinin saygıyla karşılandığı ve denetimin gereklerinin hayata aktarıldığını söylemek maalesef mümkün görünmemektedir. Denetimler içinde en etkilisi olması gereken yargısal denetim, kendisinden beklenen etkinliği gerçekleştirilememiştir. Verilen yargı kararlarının niteliği ve uygulanmasındaki idarenin direngenliği, kararların hiçe sayılması en üst kademedeki devlet makamlarından en aşağısında kadar sirayet eden kronik bir hastalığa dönüşmüştür.

İçerden ve dışarıdan idarenin yeterince denetlenemediği, kontrol altında tutulamadığına yönelik yakınma ve eleştirilere bir nebze çare olmak, olumlu bir yanıt verebilmek için başta yasal bir düzenlemenin konusu edilmiş ve fakat Anayasa Mahkemesinin ilgili yasal düzenlemeyi iptali üzerine Anayasada yapılan bir değişiklikle anayasal bir hüviyete büründürülüp yasal düzenleme konusu edilen Kamu Denetçiliği Kurumu bu çerçevede oluşmuştur. Kendisinden beklenen işlev zaman içinde doğrulanacak veya işlevsiz kâğıt üzerindeki bir denetim kurumu nitelendirmesine maruz kalacaktır. Kuruluşundan günümüze kadarki uygulamanın neticesi Kurum kararlarına idarelerin uyması oranının %30 olması gerçeği şimdilik net bir değerlendirmede bulunmaya imkân tanımamaktadır. Ancak demokratik bir hukuk devletinde beklenen oranın bu olmaması gerekliliğine vurgu yapmadan geçilmesi objektif bir yaklaşım olmayacaktır.

## I.HUKUK DEVLETİ, HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE DENETİM

«Nul n'est au-dessus de la loi»

**Hiç kimse kanunun üstünde değildir.**

### A.) HUKUK DEVLETİ (*Etat de Droit*)<sup>(2)</sup>

---

(2) Bkn. **AKYILDIZ Ali**: *Hukuk Devleti Yargı Bağımsızlığı ve Danıştay*, Ankara 2009; **ATAY E. Ethem**: *İdare Hukuku*, 4.Bası, Ankara 2014, sh.101 vd.; **ATAY E. Ethem**: *"İnsan Haklarının Gerçekleştirme Şartı Olarak Hukuk Devleti"*;

Çağdaş devlet anlayışında hukuk devleti ve demokrasi kavramlarının ayrı bir yeri ve önemi söz konusu olup, bu kavramlar devletin vazgeçilmez niteliklerinden- dir ve devlet bu nitelikleriyle anılır ve tanımlanır. Bireylerin temel haklarını tanıma ve güvence altına alma demokratik devletin ayırt edici özelliklerindedir. İdarenin kuruluş ve işleyişinin yasalara dayanması ile idarenin eylem ve işlemlerinin yerin- delik ve hukukilik denetimine tabi olması hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında da yer almaktadır. **Hukuk devleti** en özlü bir ifadeyle, faaliyetlerinde hukuk ku- rallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan bu anlamda kuralları benimsemiş, kurumsal yapıyı oluşturmuş devlettir.

Avrupa geleneğinde idarenin denetiminde içinde yer aldığı denetim kavra- mının sıkı bir şekilde hukuk devleti kavramıyla irtibatlandığı, ona bağlandığı bi- linmektedir. Zira bu kıtadaki anlayışta hukukun kamusal yaşamın düzen içinde cereyan edebilmesinde merkezi bir rol üstlendiği genel bir kabuldür. Bu anlayış hukukla, hukuk için idarenin denetlenmesi ilkesini şiar edinmiştir. Kurullarla kamusal kudretin işlemlerin çerçevesi oluşturulduğu an, normlar hie- rarşisine hayatiyet kazandırılır, hukuk idareye empoze edilir ve sistem hukukun ilke ve kurallarına dayanır iş ve işlemlerinin kaynağı, dayanağı hukuk olur.

**Demokrasi hukuk devleti** kavramı üzerine inşa edilmiş olup, bir diktatör veya tiranın hüküm sürdüğü, keyfiliğin olduğu **otoriter devletin** karşıtıdır. Demokrasi aynı zamanda hukuk kurallarının uygulaması ve göz önünde bulundurulmasına saygı duyulmayan, kanunların bulunmadığı **anarşik ve kaotik devletin** de karşı- tıdır. Günümüzde kabul gören genel anlayışa göre hukuk devleti etkili bir şekilde bireysel ve kolektif hakların mevcudiyetini gerektirir ve aynı şekilde kamusal oto- ritelerin karşısında yargının bağımsızlığı da etkin bir şekilde sağlanmalıdır. Bunlara ilaveten hukuk devletinin, kanunların biliniyor, genel ve kamu otoritesi aracılığıyla uygulanıyor olmaları gerekliliğini de içerdği kabul edilmektedir.

Hukuk devleti ile seçimler sonucu belirlenen temsilciler aracılığıyla halkın ege- menlik yetkisini kullandığı demokrasi arasında bir ilişki olduğu ve bu kavramların bazı noktalarda iç içe girdiği kuşkusuz olmakla beraber; demokrasi her zaman için gerçek anlamda bir hukuk devletinin varlığına işaret etmez. Bir yönetici iktidara seçimler yoluyla demokratik usullere uygun biçimde erişebilir. Daha sonra Alman- ya'da Adolf Hitler örneğinde olduğu gibi hukuk devletini yıkıp, yerle bir edebilir. Aynı şekilde demokrasinin ilkelerine temel sorunlar karşısında şekli anlamda saygı

Polis Dergisi, S.36; **CHEVALLIER Jacques**: *L'Etat de droit*, 3ème édition, Montchrestien, Paris 1999; **CHEVALLIER Jacques**: *Hukuk Devleti*, Çev. Ertuğrul Cenk GÜRCAN, Ankara 2010; **HEUSCHLING Luc**: *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, Paris 2002; *Hukuk Devleti*, Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, Afa, İstanbul 1998; *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, 2.B., Ankara 2008; **KANLIGÖZ Cihan**: "Hukuk Devletinin Maddi (Siyasal ve Toplumsal) Boyutu Üzerine Bir Deneme", Ankara Barosu Dergisi, S.1997/1, Yıl:54, sh.65-70.; **ÖZCAN Mehmet Tevfik**: *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, İstanbul 2008.

gösteren ve fakat diğer sorunlar karşısında özellikle bağımsız ve tarafsız yargı ile yargı kararlarının uygulanmasında hukuk devletinin gereklerini çiğneyen yöneticilerin varlığı da günümüzde gözlemlenen, bilinen bir olgudur.

Hukuk devletinin ortaya çıkmasında ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan **"kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi"** (*nullum crimen nulla poena sine lege / le principe de légalité des délits et des peines*)<sup>(3)</sup> önemli bir yer tutmaktadır. Söz konusu ilke İtalyan ekonomist ve hukukçu Bécçaria tarafından 1764 tarihinde yayınlanan **"Suçlar ve Cezalar"** (*Des délits et des peines*) isimli eserinde dile getirilmiştir. Bu ilke gereğince bir fiil kanunda suç olarak öngörülmemişse, suç sayılamaz. Yargıç ihnetin cezalandırması bahanesiyle dahi bir suç ihdas edemez. Bu ilkenin sevindirici iki neticesi söz konusudur: İlke öncelikle hukuki güvenliğin (*la sécurité juridique*) tesisine imkân tanımaktadır. Fail işlediği fiilin cezalandırma kapsamında olup olmadığını cezaya çarptırılma riski taşıyıp taşımadığını fiili işlemeyen önce kesin bir şekilde bilmektedir. İkinci olarak da kanun aracılığıyla devlet erki sınırlandırarak moral güvenliği (*une sécurité physique en limitant le pouvoir étatique par la loi*) tesis edilir. Yargıç hukuk kurallarını uygulayacak ve hiç kimseye istisna tanımayacaktır.

Hukuk devleti kavramı XIX. Yüzyılda Alman hukuk düşüncesinin bir ürünü olarak ortaya çıkmış; bazen hukuk aracılığıyla davranan devleti, bazen kendini hukuka tabi kılmış devleti, bazen de devletin hukukunun dışarıdan belirlenmiş bazı nitelikleri taşıması gerekliliğini ifade etmek için kullanılmaktadır. Hukuk devletinin şekli anlamı günümüzde ön plana çıkmıştır. Buna göre kural olarak devletin kanunların uygulanması anlamında kişiler gibi aynı potaya konularak hukuki rejime bağmlılaştırıldığı etkinliklerinin tamamıyla hukuk kurallarınca belirlenip yönetildiğinde, hukuk devletinden söz edilir. Devletin farklı organları kendisine hukuki anlamda tanınan yetki alanında hareket edebilir ve hukuken imkân tanındığı ölçüde yetkisini kullanabilir. Hukuk devleti kendini öncelikle normlar hiyerarşisi ile gösterir ve bu ilke sayesinde herkesin hak ve özgürlüklerinin her düzeyde güvencesi, bağımsız ve tarafsız yargıç aracılığıyla sağlanır.

Herkesin hukuk kurallarının hükümlerine tabi kılındığı ve hukuk kurallarına saygı gösterilmesi zorunluluğunun herkes tarafından kabul edildiği devlet, hukuk devletidir. Böylelikle hukuk devleti kavramı mutlakiyetçi anlayış ve uygulamalarla taban tabana zıt bir şekilde kendini gösterdiği devlet modelidir. Bu anlayışın kabul

---

(3)Anayasası Mad. 38: "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez". Kanunilik ilkesi, 765 sayılı mülga TCK'nun 1. maddesi ve sonrasında 5237 sayılı TCK'nun 2. maddesinde açık olarak yer almıştır. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne de giren kanunilik ilkesi, Bildirge'nin 11/2. Mad.: "Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." İlke, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin "cezaların yasallığı" başlıklı 7. maddesinde temel bir insan hakkı olarak yer almıştır. İlke hakkında bkn. **ALACAKAPLAN Uğur**: *İngiliz Hukukunda Suç Ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ankara, 1958; **AYGÜN EŞİTLİ Ezgi**: "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", TBB Dergisi 2013 (104).

edildiği ülkelerde bireylerin bir takım temel hak ve özgürlüklerinin devlet tarafından tanınması ve güvence altına alınması bahse konudur. Bu nokta ulusal hukukta anayasa ve anayasal belgelerden, uluslararası hukukta ise bildiri, sözleşme vb. metinlerden kaynaklanmaktadır. Hukuk devletinde devlet, sınırları belirlenmiş çerçeve içinde önceden konulmuş hukuk kurallarının uygulanması ve bunlara saygı gösterilmek suretiyle toplumun genel çıkarını tatmin eden bir tüzel kişi olarak kendisini göstermektedir.

Hukuk devletinde hukuk sistemi hak ve özgürlüklerin objektif ve sübjektif haklar anlamında etkin bir biçimde güvence altına alınmasına olanak tanıyan bir tarzda örgütlenmesi söz konusudur. Katı bir yoruma bağlı kalındığında hukuk devletinin ancak bir ideal olmasından söz edilebilir. Daha az idealist olan anlayış gereğince kamu hukukundan kaynaklanan zorlamaların sınırlandırılması suretiyle hukuk devletinin kamu kudretinin keyfi kullanılmayacağına güvence altına alındığı devlet olarak tanımlamak mümkündür. Bunun için yargıya başvurabilme, uyuşmazlıkların makul bir süre içinde çözüme bağlanması gibi yöntemlerle etkili hukuk yollarının oluşturulması ve hukuk kuralları arasında bir hiyerarşik sıralamanın varlığı öngörülmektedir.<sup>(4)</sup>

### **Devletin hukuka tabi kılınması iki önemli sorun gündeme getirmektedir:**

**İlk olarak** devlet bizzat kendisinin ürettiği hukuka bağlı kılarak kendisini nasıl sınırlandıracaktır? Bu soruya birkaç cevap verilmektedir. Alman teorisyenleri oto-limitasyon (kendi kendini sınırlandırma teorisi) görüşüyle devletin egemen olduğu ve fakat kendisini hukuk kuralına tabi kılma iradesiyle etkinliklerini varlığını sarsmadan hukuk düzeniyle değerlendirme konusu yapmıştır. Fransız Devrimi'nin mirasçısı sıfatıyla Fransız geleneksel anlayışına göre ise, normlar hiyerarşisinin en üst noktasında Anayasa ve 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi bulunmakta ve bu düzenlemelerde kişinin doğuştan dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hakları olduğunu; bu kapsamda kanunun içeriğinin söz konusu düzenlemelerin içeriği ve öngördüğü ilkelere uygunluğu hukuk devletini tanımlar. Bununla birlikte uzun zaman kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek mekanizmanın bulunmaması hukuk devleti ilkesinin tamamlanmamış olması şeklinde değerlendirilmiştir. Bu eksikliğin giderilmesi için başlangıçta kanunların anayasaya uygunluğunun parlamento tarafından denetlenmesi yöntemi bulunmuştur. Daha sonra kanunların anayasaya uygunluğunu sağlamaya yönelik yol ve yöntemler gündeme getirilmiştir.

**İkinci olarak** hukuk devletinin diğer zayıf yönü uygulamadan kaynaklanmaktadır. Kavram durağan bir gerçekliği tanımlamak için kullanılmaktadır. Hukuk devleti dokunulmaz nitelikli bir ilkenin ifadesi veya açıklaması anlamını taşımaz. Tam aksine hukuk devleti dinamik bir kavramdır ve siyasi etkinliklere bağlıdır. Bu ne-

(4) **ROUQUETTE Rémi:** *Dictionnaire du droit administratif*, Le Moniteur, Paris 2002, sh.317.



denle temel ilkeler yorumun ve tartışmanın konusu edilmektedir. Kanunun bizzat kendisi yorumlanmaya elverişlidir ve özellikle de yorum içtihat aracılığıyla gerçekleştirilir ancak bu noktada içtihadın hukuk öğretisinin etkisinde kaldığı gözden irak tutulmamalıdır. Hukukun uygulayıcıları ve özellikle yargıçlar, hukuka uygunluğu sağlamada, katı bir uygulamayı ciddi bir işlevi yerine getirir. Burada yargıçlardan yapacakları yorumlarda siyasal bir neticeyi hedeflememesi beklenilmemektedir. Bu beklentinin hayatiyet kazandığı ve doğrulandığı ve aksi tutum ve davranışların yaptırıma tabi kılınması çok zordur.

## B.) HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ<sup>(5)</sup>

**Hukuk devleti**, insan onuru kavramından hareketle adaletin yani haklı olana hakkının teslim edilmesini sağlayan ve bu amaçla da faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlayan devlettir. Hukuk devletinden söz edilebilmesi bu ilkenin gereklerinden birini oluşturan kanuni idare ilkesi gereğince; kamu kudretini kullanan devlet organlarının yetki alanlarının belirlenmesi ve bu durumun kişilerce önceden bilinmesiyle mümkündür. Bu yolla kişiler için genel bir koruma, geleceğe dönük öngörü yapma, tercihlerini belirleyebilme ve kullanma imkânı sağlanır. Hukuk devleti, kişilerin devletin egemenliğinden kaynaklanan üstünlük ve ayrıcalıklarının doğuracağı olumsuz nitelikteki kötüye kullanmaların, keyfi nitelikteki baskısı karşısında korunmaları gerekliliğinin bir sonucudur. Hukuki güvenlik yasama, yürütme ve yargı organlarının hukuka saygısı ve bağlılığı ile sağlanabilir. Bu anlamda olmak üzere Anayasanın üstünlük ve bağlayıcılığı ilkesinin sonucu olarak kanun koyucunun hukuka bağlılığı onun, Anayasa ve hukukun evrensel ilkeleriyle bağlı olmasını ifade eder. Anayasamıza göre, diğer devlet organları gibi yasama organı da Anayasayla bağlı olup, kanunların Anayasaya aykırılığı söz konusu olamaz. Buna göre yasama organının (TBMM'nin) yaptığı bir kanun, Anayasaya aykırı ise Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilir.

Bir devletin hukuk devleti sayılması için onun yürütme organının da hukuka bağlı kılınması gerekliliği, Türk hukuk düzeninde yargı içtihatları ve öğreti tarafından kabul edilmiş olup, Anayasamıza göre, Anayasa hükümleri, yürütme organını ve idare makamlarını bağlayan temel hukuk kurallarıdır. İdarenin "**kanuna bağlılığı ilkesi / kanuni idare ilkesi**"<sup>(6)</sup> gereği idare, sahip olduğu yetkileri kullanırken veya üstlendiği görevleri yerine getirirken, mevzuatta yer alan ilke ve kurallara uygun davranmak zorundadır. Anayasamız sadece yasama ve yürütme organlarının değil, yargı organının da hukuka bağlılığını açıkça öngörmüştür. Bu gereklilik yar-

---

(5) **AYDIN Mesut**: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Hürriyeti", AÜSBFD, S. 3, C. 61, Y. 2006, [http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/61/3/1\\_mesut\\_aydin.pdf](http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/61/3/1_mesut_aydin.pdf); **KÖKÜSARI İsmail**: "Hak Arama Özgürlüğü Ve 2010 Anayasa Değişiklikleri" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 1, sh.163-208.

(6) Bkn. **AKBULUT Emre** Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, İstanbul, 2013; **ATAY Ender Ethem**: age, sh.171 vd.

gının diğer devlet organlarının görev alanına girmemesi hukukilik denetimi dışına çıkıp, yerindelik denetimi yapamamasını gerektirir.

Hakkın aranması ve alınması usulünün hukuk düzeninin meşru saydığı bir yol ve yöntemle gerçekleşmesi esastır. Nitekim hak arama özgürlüğünün kullanılması aşamasında hiçbir zaman şiddet kullanılamayacağı gibi, meşru sayılmayan yollara başvurulması da söz konusu olamaz.

Topluluk içiminde yaşamanın en önemli sonucu belli haklara sahip olma ve bireyin kendine hukuk düzeni tarafından tanınan hakların ihlal edilmesi durumunda, ihlalin ortadan kaldırılması ve ihlal suretiyle ortaya çıkan olumsuzlukların giderilmesini (eski hale getirme- tazminat) talep etme hakkına sahip olmasıdır. Bireyin hak sahibi olmasının anlamlı hale gelebilmesi, devletin hak ve özgürlükleri güvencesini sağlamaya yönelik koruyucu mekanizmalarına ulaşabilme ve harekete geçirebilmesine bağlıdır. Dolayısıyla hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukun tanıdığı hakların önkoşulu ve usuli güvencesi olmasıdır. Bu özgürlüğü özü; hakları ihlal edilenlerin, ihlalin önlenmesi ve ihlalin olumsuz etki ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını sağlamak için yetkili / etkili mercilere ve yargı makamlarına başvurabilmesi, bu hakkın ve bu hakkın kullanılabilmesi başvuru mekanizmalarının tanınması düşüncesine dayanır. Bağımsız bir hak görünümündeki hak arama özgürlüğü; diğer insan haklarının usuli güvencesini oluşturur konusu ise diğer insan haklarının korumasıdır.

Hak arama özgürlüğü; mutlak olarak mahkemeye başvurabilme hakkı şeklinde anlaşılmamakta gerektiğinde de ihlalin durdurulması ve olumsuz etkilerinin önlenmesi amaçlarını gerçekleştirebilecek idari makamlar da bu özgürlük bağlamında etkili / yetkili bir makam olarak kabul edilir. Bu özgürlük bahsi geçen özelliği dolayısıyla, AİHS'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı ve 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkı ile yakından ilgilidir.

Devletin varlığı kendisinden üstün bir otoriteye tabi olmamayı da beraberinde getirmekte ve buna bağlı olarak hükümler alanı içinde kişilere tanınan hak ve özgürlüklerin çiğnenmesi durumunda hak sahibine bu olumsuzluğun giderilmesi için bir takım hukuki araçlar tanımakta ve fakat hakkı bizzat hak sahibinin kendisinin elde etmesine cevaz verilmemiştir. Bu durum hukuk sistemlerinde "*ihkakı hak yasağı*"<sup>(7)</sup> olarak ifade edilmektedir.

(7) 765 sayılı Türk Ceza Kanunu mad. 308'de düzenlemiş olan "*kendiliğinden hak alma (ihkak-ı hak) suçu*" 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda ayrı ve bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Kanunun bazı maddelerinde belirli suçlarda "*bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacı*" ile hareket edilmiş olunması cezayı azaltan hal olarak düzenlenmiştir. Bunlar, Hırsızlık (mad.144) ve Dolandırıcılık (mad.159) suçlarıdır. Bkn. **KANBUR Mehmet Nihat**: "5237 S. TCK Bakımından İhkak-ı Hak (Kendiliğinden Hak Alma) Niteliğindeki Fiillerinin Değerlendirilmesi", e Akademi, Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Aralık 2007, S.70, [http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=5237%20s\\_.%20TCK\\_%20BAKIMINDAN%20%DDHKAK-I%20HAK%20\(KEND%DDL%DD%D0%DDNDEN%20HAK%20ALMA\)%20N%DDTEL%DD%D0%DDNDEK%DD%20F%DD%DDLLE%DDN%DDN%20DE%D0ERLEND%DDR%DDLME%DD&kimlik=1197408806&url=makaleler/mnkanbur-1.htm](http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=5237%20s_.%20TCK_%20BAKIMINDAN%20%DDHKAK-I%20HAK%20(KEND%DDL%DD%D0%DDNDEN%20HAK%20ALMA)%20N%DDTEL%DD%D0%DDNDEK%DD%20F%DD%DDLLE%DDN%DDN%20DE%D0ERLEND%DDR%DDLME%DD&kimlik=1197408806&url=makaleler/mnkanbur-1.htm)

Bir başka deyişle modern devletlerde bireylerin hak ve özgürlüğünün ihlal edilmesi halinde, bireylere hak arama özgürlüğü tanınarak belirli kurallara göre belirli yollarla ve belirli makamlara başvurularak ihlal ve ihlalin neticeleri ortadan kaldırılabilmesi olanaklı kılınmaktadır.1982 Anayasası'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğünü, "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*<sup>(8)</sup>" hükmüyle düzenlenerek "meşru vasıta ve yollar" ifadesiyle ihkak-ı hak yasağını işaret etmiştir.

Anayasal, bütün hakları kapsayan, bağımsız bir hak olma özelliği taşıyan hak arama özgürlüğü aynı zamanda diğer hakların korunmasının da bir aracıdır. Bu özgürlük hukuki korunma talebinin pozitif hukukça tanınması ve etkin kullanılabilmesini gerektirir. Bir başka deyişle hak arama özgürlüğü, uygulamada etkili hak arama yolları ile hayata geçirildiği ölçüde diğer hak ve özgürlüklerin güvencesi ve koruyucusu olabilir. Nitekim bu hak AİHS'nde "**Etkili başvuru hakkı**" (*Droit à un recours effectif*) başlığıyla 13. maddesinde; "*Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Etkili başvuru hakkı, içerik bakımından hukuk düzenince tanınan, güvenceli kılınan bütün hakları içerdiği gibi; başvurulacak makam bakımından da yargısal ve idari mercileri kapsar. Bu hak, hak arama özgürlüğünün uygulamaya aktarılmış hali olup, söz konusu özgürlük ve kişi özgürlüğü güvencesi ile yakından ilgilidir. Bu nedenle Anayasanın 36. maddesinde öngörülen düzenlemenin hak arama özgürlüğü anlamında idari makamları da kapsadığı değerlendirilmesinin yapılması yerinde olacaktır. AİHS uygulaması anlamında etkili başvuru yolları ile ilgili usul ve merci düzenlemeleri devletlerin ihtiyarına bırakılmış olmakla birlikte, önemli olan başvuru hakkının etkin, neticeyi doğuracak nitelik taşımasıdır. İç hukukta etkili başvuru hakkı zorunluluğu insan hakları alanındaki uluslararası korumanın ikincilliği ile birlikte ihlallerin daha AİHM gelmeden iç hukuktaki mekanizmalar ile telafi yahut tazminidir. Dolayısıyla bu sonucu sağlayacak makamın adli veya idari olması anlamında tercih akid devlete aittir. Önemli olan ulaşılmak istenilen sonuçtur. Etkinlikten kasıt, başvuru makamının iddiayı (esas) inceleme, ihlal iddiasının doğruluğunun tespiti halinde ise ihlale ilişkin düzeltici, uygulama imkânı taşıyan bir karar verebilme yetkisine sahip olmasıdır.

---

(8) Bu düzenleme ile Anayasa hak arama özgürlüğünü yargısal başvuru olarak sınırlamış ve fakat siyasal ve idari başvurular Anayasanın diğer maddelerinde düzenlenmiştir. İdarenin eylem ve işlemleri ile ilgili olarak, Anayasa'nın 125. maddesinde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Siyasal başvuru yolu ise, Anayasa'nın 74. maddesinde "*dilekçe hakkı*" başlığı altında düzenlenmiştir.

1876 tarihli Kanuni Esasi'nin 83. maddesi: "*Herkes huzur-u mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vesait i meşruayı istimal edebilir.*" hükmünü içermekte olup bu düzenleme 1924 Anayasasında da aynen korunmuştur. 1961 Anayasası ise, "*Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.*" ifadesine yer vermiştir.



Anayasa Mahkemesi'ne göre: "...hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir. ... insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir."<sup>(9)</sup>

Kuşkusuz hak arama özgürlüğü bunu sağlayacak yol ve yöntemlerin kullanılması sonucunda netice alınabilir olduğu ölçüde bir anlam kazanır. Bu nokta hak arama özgürlüğünün etkililiği şeklinde tanımlanır ve bu özellik sonucunda kullanılan yol ve yöntemin hukuka aykırılıkların giderilmesi ve doğurduğu zararları tazmin edici olmasını gerektirir.

Hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilmesinde; denetimin bağımsız birimlerce, düzenli bir şekilde ve gerektiği zaman artırılarak yapılması ile hak arama yollarına erişimi basitleştirmek, kolaylaştırmak, ekonomikleştirmek, etkinleştirmek ve nihayet başvuru sonrası süreci hızlandırmak ve kısaltmak gereklilikleri de söz konusudur.

Hukuk devleti ve demokrasinin hayatiyet kazanmasında hak arama özgürlüğünün yeri ve önemi tartışılmaz olup bu özgürlüğün, bütün özgürlüklerin güvencesi ve yaptırımı olma gibi bir özellik taşıdığı ifade edilmektedir. En demokratik olanı, en antidemokratik olana kadar her devlet düzeninde bu özgürlüğü tanıdığı bilinmektedir. Bu tanınmanın günlük hayata aktarılması gerekliliği bu özgürlüğün ulusal ve uluslararası hukuk anlamında düzenlemeye konu edilmesiyle sonuçlanmış, devletler hak arama özgürlüğüne anayasalarında düzenleme konusu etmişlerdir.

"Bu derece önemli bir özgürlüğün tanınmasından çok kullanılması için gereken önlemlerin alınması, düzenlemelerin yapılması, insanların ümitsizliğe kapılmadan özgürlüğün tadına varmasının sağlanması önem taşır. Hak arama, adalet duygusu ile bütünleştiği ölçüde değer kazanır, güçlenir ve güzelleşir. Adaletin gerçekleşmediği yerde, özgürlüğün gölgeleneceği, hak ve hukukun değerini yitireceği, insanların yaşama şevk ve sevincinden kopacağı, tartışmasız kabullenilen bir olgu. Bireyleri arasındaki bağlar, kopan, gevşeyen topluluklar, ayrıcalıksız çöküş sürecine girer. İşte bunun için adalet toplumun sağlam yapısını oluşturan son derece önemli bir etkidir. İnsan yüreğinde vatan sevgisi bile adaletle güçlenir, adaletsizlikle söner. Haksızlığa isyan duygusu insan karakterinin en yüce asaletidir. Toplum yapısında adaleti yerine getirebilmeyi düşünmüş olmak insan aklının büyük zaferidir. Hak arama özgürlüğünü halkın gönlünde mücadele azmini geliştiren ve gönül ferah-

(9) 19.09.1991, E. 1991/2, K. 1991/30, **RG**, 16.09.1992, S. 21347, sh. 29-30.

lığı yaratan, bir ışık olarak daima canlı ve aydınlık bulundurmak Devletin üzerine özenle eğileceği bir görevdir.”<sup>(10)</sup>

Genel bir kabul olan hak ve özgürlüklerin insan haklarına ilişkin temel sözleşmelerde ve anayasalarda düzenlemek, tek başına yeterince güvence sağlamadığı, uygulamada da bunların gerçekleştirilmesi gerektiği gerçeğinin bir sonucu olarak; bu eksikliğin giderilmesine ilişkin yolların biri de, hak arama yollarının sayısını artırmak, ulaşılmasını kolaylaştırmak ve etkinleştirmektir.

## DENETİM<sup>(11)</sup>

Yaptırımı içermeyen, hukuk kurallarının uygulanmasının denetiminin öngörülmediği durumlarda, hukuk devleti kavramının içi boş, kağıt üzerine kalan bir ifade, temenniye ifade eden bir kavram, uygun neticeleri doğurmayan bir fenomen olacağı noktasının üzerine vurgu yapıp, ısrar edilmesi gerekir. Denetim bütün işlem ve eylemlerin önce (*a priori*) veya sonrasında (*a posteriori*) bir tekniğe veya hukuk kuralına bazı noktalardan uygunluğunun teyit edilmesi amaçlar. Bu kavram özel hukukta, kamu hukukunda ve hukukun dışında öylesine belirsiz bir anlam içerikli, ancak sıfatlar veya isim tamlamasıyla anlamı biraz netleşebilmektedir.<sup>(12)</sup>

Denetim kavramı günlük dilde çok geniş anlamlarda kullanılmakta olup, teori ve uygulamasıyla ayrı bir disiplin olarak kabul edilir. Bu anlamda olmak üzere denetim, uzmanlaşmış kişi ve organlar eliyle yürütülen kural olarak kamusal yanı ağır basan bir bağımsız ve sistemli işlevdir. Söz konusu işlev bilimsel temellere dayalı belirli periyotlarda (dönemlerde) düzenli ve gerektiğinde de arazi programlar, planlar aracılığıyla resen veya talep ya da talimat üzerine yürütülür. Uygulama sürecinde bazen, uluslararası kabul görmüş ilke ve standartlardan yararlanılır.

Genel bir ifadeyle denetim<sup>(13)</sup> (*contrôle*) kavramı olaya göre bir makam, yargı yeri veya bilirkişinin bir vakianın varlığını, alınan bir kararın yerindeliği, kararın yetkili hukuk süjesince tesis edildiği veya bir durumun bir hukuk kuralına uygunluğunun değerlendirilmesi işlemidir. Bir başka deyişle “denetim, kamusal ya da özel hukuka tabi bir kurum veya kuruluşun ya da belirli bir plan, program veya projenin yapısı, işleyişi ve çıktılarının önceden belirlenmiş standartlara uygunluk derecesinin araştırma, gözlemlenme, sorgulama gibi yöntemlerle tespit edilmesi ve elde edilen bulguların ob-

---

(10) **EVREN Teoman**: “Hak Arama Özgürlüğü Ve Savunma”, sh.5, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-1078>.

(11) **ATAY Cevdet**: *Devlet Yönetimi ve Denetimi*, İstanbul 1999, sh.17 vd.

(12) **GOFFAUX Patrick**: *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruylant, Bruxelles, 2006, sh.202.

(13) Kavramın hukuki anlamdaki Türkçe karşılığı için “Bir görevin yolunda yürütülüp yürütülmediğini anlamak için yapılan araştırma, bakı, teftiş, murakabe, kontrol.” denilmektedir.

*jektif ve sistematik bir biçimde değerlendirilerek ilgili taraf veya taraflara iletilmesi süreci” olarak tanımlanabilir. Denetimin temel amacı, var olanın ortaya konularak, olması gerekenle karşılaştırmasıdır. Bu niteliğiyle **denetim**, “**standartlara uygunluk arayışı**”olaraktanımlanabilir.<sup>(14)</sup>*

Türkçede “*murakabe*”, “*teftiş*” ve “*kontrol*” kelimelerinin eş anlamlısı olarak tanımlanan **denetim** kavramı, bir kamu kurum ya da kuruluşuna ait hukuki işlem ve faaliyetlerin, önceden belirlenmiş ve bilinen yöntemlere, kurallara veya mevzuata uygun olup olmadığını belirlemek amacıyla bağımsız birimlerce incelenmesi ve bu incelemeye incelemeyi yapan makamın özelliği ve ilgili mevzuatın gereğince bir sonuç bağlanmasıdır.

Siyasal anlamda tarihsel süreçte Parlatentonun kurulmasıyla başlayan demokratik yönetim anlayışı, büyük ölçüde “**yönetenlerin her türlü eylem ve işlemlerinin halkın denetimine açık olması ilkesine**” dayanmaktadır. Bu ilke siyasal boyutun yanında idari ve hukuki anlamda da uygulanması gerekliliğini gündeme getirmiştir. Üç boyutlu yönetenlerin denetlenmesi işlevi meşruluğunu halk adına denetim yapılmasıyla sağlar. Bununla birlikte genel kabule göre denetimin uzmanlık ve deneyim gerektirmesi, bu alanda uzmanlaşmayı gerektirmektedir. “Denetim işlevi, çağdaş yapısıyla kalkınmanın, sosyal refaha ulaşmanın, hesap verme (*accountability*) ve sorumluluk (*responsibility*) ilkelerine dayalı çağdaş demokratik yönetim yapısına kavuşmanın etkili bir aracı konumundadır.”<sup>(15)</sup>

Denetim öncelikle idarenin etkinliklerinin durumunun değerlendirilmesi, aksayan yönlerini saptanması için başvurulmuş bir yöntemdir. Kamu yönetiminde denetim, kamu adına yetki ve güç kullanan, eylem gerçekleştiren, işlem tesis eden, kamu görevi yapan ve kamu hizmeti sunan idarelerin ve kişilerin kendi bünyesinden veya dışarıdan bağımsızlığı öngörülen bir güç tarafından değerlendirmeye tabi tutularak işlemlerin yerindeliği ve hukuka uygunluğu yönünde karar verilmesidir.

Denetimin; idarenin etkinliklerinin sürekliliği ve düzenliliğini sağlamaya yönelik eksikliklerinin, hatalarının ve yetersizliklerin ve hukuka aykırılıklarının kısacası kusurlarını tespit edip yaptırım uygulayarak **düzeltilici**, üzerlerinde denetimin yapıldığı birimlerin kusurları işlemekten sakınmayı sevk ettiği için **önleyici** ve nihayet hataların nedenlerini belirleyip onları ortadan kaldırmaya yöneldiği için **yapıcı** bir yönü söz konusudur.

(14) **KÖSE Ömer**: *Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Denetim*, 2.Bası, Ankara 2007, sh.5.

(15) **KÖSE Ömer**: *age*, sh.iii.

### **İdarenin denetlenmesinin sebepleri ve bu denetimin işlevleri aşağıda belirtilmiştir.**

1. Kanuni idare ilkesi idarenin faaliyetlerinin kanunla belirlenmesini zorunlu kıldığı için idarenin iş ve işlemlerinin kanuni düzenlemeyle ulaşmak istediği amaca uygun yerine getirilmesi gerekir. Bu gerekliliğin gerçekleştirilmesine denetim yardımcı olur.

2. Denetim, anayasal ve evrensel niteliği haiz hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idare edenlerin, kendilerine tanınan üstünlük ve ayrıcalıklarını keyfi bir şekilde kullanmalarının önüne geçilmesini ve bu yolla bireyin hak ve özgürlüklerinin çiğnenmesi ve risk altında bırakılmasını engeller; bu anlamdaki ihtimali asgari seviyeye indirir.

3. Denetim, idare edilenlerin istek, düşünce, yakınma ve eleştirilerinin yönetim katında göz önünde bulundurulması ve bu yolla karar alınmasında, alınan kararların hukuka uygunlukla birlikte yerindeliliği de gerçekleştirilir. İdarenin etkinliklerinin yerindeliliği hususunun ilgililer nezdinde bir meşruiyet zemini bulmasına imkân tanır.

4. Denetimin sürekli ve etkili yapılması sonucunda kamu görevlilerine tanınan yetki ve emirlerine tahsis edilen materyal ve mali kaynakların, siyasi amaçlarla, kişisel ve üçüncü kişilerin çıkarları için yani kamu yararı amacı dışında kullanılması yani keyfiliği engellenir. Yetki ve kaynaklar toplumun ortak çıkarı ve bunu sağlayacak olan idari teşkilatın varlık sebebi ve yükümlülüklerine sıhhatli ve hukuka uygun bir şekilde kullanılır. Dolayısıyla zaman ve kaynak israfının önüne geçilmiş olunur.

5. Denetim, yetki kullanacak idari makamları işgal edenlerin yetkilerinin kanuni dayanağı ve içeriğini bilmeleri ve özümsemesine yardımcı olur. Bu da yetkilerin varlık sebebi, içerik ve kapsam dışı kullanılmasını önler. Denetim eğitici, yön gösterici özelliğiyle de yapılmasında sakınca görülen iş ve işlerin yapılmaması ve tekrarlanmaması sağlar. Dolayısıyla denetim kamu hizmetlerinin yürütülmesinde sürecinde karşılaşılan aksaklıkların belirlenip, giderilmesine yönelik önlemlerin alınmasına imkân tanır.

6. Denetim, üzerinde gerçekleştirildiği birimlerin hukuka olan saygısı ve performansının ortaya konmasına imkân sağladığı için iyi işleyen idare ve idareciler için bir moral ve motivasyon kaynağıdır. Kamu görevlileri ve memurların tayin ve terfileri ile taltif ve cezalandırılmasında yerinde, sıhhatli karar alınmasına yardımcı olur.

İdarelerin özelde iş ve işlemlerinden etkilenenlerin, genelde ise halkın idareden hukuka uygun davranmanın yanında istek ve beklentileri ile şikâyetleri doğrultu-



sunda hareket etmesini sağlamaya yönelik denetimler, başlangıçta idarelerce tamamen kendi içinde ve olanaklarıyla yürütülmeye çalışılmıştır. Hatta bu husus idari rejimde Danıştay'ın oluşumunda kendini daha somut göstermekte ve günümüzde Danıştay üyelerinin bir kısmının aktif idare içinde görev yapmış idarecilerin Danıştay'a üye olarak atanması yönteminin de kaynağını oluşturduğu bilinmektedir. Ancak zamanla idarelerin işlevlerinin genişlemesi ve her alan da olduğu gibi denetim alanında da uzmanlaşmış kurumlara gereksinim duyulması üzerine idarenin dışındaki idarelerin, diğer devlet organları ve özellikle de yargının denetimine tabi kılınması hemen her ülkede devlet yapısının vazgeçilmez unsurları arasında görülmeye başlamıştır.

Kökenleri toplumun oluşma anına kadar götürülebilmesi mümkün olmakla beraber günümüzdeki anlamıyla siyasi ve hukuki boyutları olan idarenin denetiminin temellerinin, demokrasinin doğuşu ile eşzamanlı olarak atıldığından söz edilebilir. Zira demokratik gelişmenin nüvesinde, mutlak iktidarların sınırlandırılması ve idarelerin eylem ve işlemleri üzerinde ilgililerin ve halk adına denetim ve gözetim düşüncesi, arayışı ve savaşı yatmaktadır.

## II. HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ VE YERİNDELİK DENETİMİ

**“Il y a pouvoir discrétionnaire tout les fois qu’une administration agit librement sans que sa conduite à tenir lui soit totalement dictée à l’avance par une règle de droit.”**

*(Bir hukuk kuralının önceden tamamıyla davranışı anlamında dikte ettiği durumların dışında idarenin bağımsız bir surette davrandığı her seferinde, takdir yetkisi vardır.)*  
Michou

En genel hatlarıyla denetimi yapan organa göre yönetimin denetlenmesi yargı yoluyla denetim ve yargı dışı denetim olmak üzere iki grupta toplanmakta ve yargı yoluyla yapılan denetime **“hukuka uygunluk denetimi”**, diğerlerine ise **“yerindelik denetimi”** denilmektedir. Kural olarak yargı yerleri hukuka uygunluk denetimi, diğer denetim organları ise; hem hukuka uygunluk, hem de yerindelik denetimi yaptığı bilinmektedir. İdarenin davranışlarının yalnız hukuka uygunluğu yetmez, bunların yerindeliği, başka bir deyişle kamu hizmetlerinin iyi biçimde kamuya yararlı olarak yürütülmesi de gerekir. Yargı dışı denetim alanı bir öndenetim işlevi görür. Yargı ise çekişmeli yöntemle sorunu giderir.

En genel anlamıyla idarenin etkinliklerinde kullanılan asli araç olan **idari işlem**<sup>(16)</sup>, kamusal usullerden hareketle onlara uygun bir tarzda kamu gücünün yani kamusal üstünlük ve ayrıcalıklarının kullanımı sonucunda şekillenen, gerçek veya tüzel kişilerin iç hukuk ve/veya uluslararası hukukun düzenlemeleri ya da evrensel

(16) Bkn. ATAY Ender Ethem: age, sh.419 vd.

ilkelerle ortaya konulmuş, kabul gören haklarını, özgürlüklerini ve menfaatlerini doğrudan etkileyen bireysel önlem veya karar, bazen de düzenleyici mahiyetteki tasarruflardır. **İdari işlem** idari etkinliklerin yürütülmesinde yazılı olarak yetkili makamca yasal koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak tek taraflı, resen tesis edilen, icrailik vasfı bulunan, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan ve hukukilik ve yerindelik anlamında denetimin konusunu oluşturan idarenin irade açıklamasıdır.

İdarenin kendisine tanınan yetkinin amacının gerçekleştirilmesine engel olmadan gerçek veya tüzel kişilerin hakları, özgürlükleri ve menfaatlerini keyflik veya takdir yetkisinin diğer kötüye kullanımlarına karşı koruması medeni ülkelerde kabul edilmiş ve bu anlamdaki uluslararası düzenlemelerde de dile getirilmiştir.

Genel kabule ve başta Anayasa olmak üzere yasal düzenlemelerde ifade edildiği üzere; mahkemeler, dava konusu uyuşmazlıkları “yerindelik” açısından değil, “hukukilik” açısından değerlendirme yaparak karara bağlarlar. **Hukuka uygunluk denetiminde** idarenin iş ve işlemlerinin yürürlükteki mevzuata uygun biçimde yapılıp yapılmadığının incelenmesi yapılmaktadır. Bir başka ifadeyle hukuka uygunluk, söz konusu tasarrufun geçerliliğinin kanunun öngördüğü hususlara, koşullara uygun olmasına bağlı bir niteliktir. Mahkemelerin baktıkları davalarda siyasal ve idari yerindelik anlamında karar vermeleri durumunda, kuvvetler ayrılığı ilkesi zedelenir, anlamını yitirir ve hukuk devleti ilkesi çiğnenmiş olur. Ancak, yargının yasamay ve yürütmeyi denetleyen bunların hukuka uygunluğunu temin eden bir erk olması, bu fonksiyonun yerine getirmesinin temel şartı olarak yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile sağlanabilir. Yargının yerindelik denetimine girişmesi uyuşmazlıklarda taraf olması, aktif yasama veya idare etme işlevini yüklenmesi anlamını taşır.

Yargı, önüne gelen bir davada uyuşmazlık konusu işlem açısından kamu yararı güdülüp güdülmediğine bakar, fakat uyuşmazlık anlamında kamu yararı nedir, nerededir, nasıl olmalıdır diye uyuşmazlığı sorgulayamaz, değerlendirmeye tabi tutamaz. Kamu yararının nerede, nasıl olduğuna işin doğası gereğince idare karar verir. Bu kapsamda olmak üzere örneğin kamulaştırılacak taşınmazın iyi seçilip seçilmediği, başka taşınmazın seçilmesi gerektiği yönünde bir değerlendirme yapılmaması “yerindelik denetimi” anlamını taşır.

Mahkemenin işlevi kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğal bir sonucu olarak, idarenin yerine geçerek yani aktif idare işlev ve yetkisini yüklenmek, yerindelik denetimi yapmak değildir. Mahkemelerin özellikle idari yargıda yetkisi ve işlevi, çözüme bağlamak durumunda olduğu idari uyuşmazlık açısından karar verme süreçlerinde bireylere mevzuatın hükümlerine uygun, eşit ve adil muamele sağlanıp sağlanmadığının denetimiyle sınırlıdır. Dolayısıyla yargısal denetimin amacı, idarenin tercihinin isabetli olup olmadığını değerlendirerek bu tercihi gerektiğinde hâkimin kendi tercihi ile değiştirmek değil, karar verme sürecinin pozitif hukuk kuralları çerçevesinde özellikle kanun önünde eşitlik ilkesi, adalet ve hakkaniyete uygunluğunun varlığının değerlendirilmesi ve karar altına alınmasıyla sınırlıdır. Yargının denetimi

yerindelik denetim boyutuna ulaştığı durumlarda idarenin kilitlenmesi, hareketsiz bırakılması sorunu gündeme gelir. Böyle bir denetim idareleri karar alma ve uygulamada sürekli olarak çekimsizliğe, atalete sürükler.

Yerindelik (*opportunit *)<sup>(17)</sup> kavramını en genel ifadeyle bir olay veya olguya uygun olan nitelik, özellik, uygun şart (*condition favorable*), elverişlilik (*convenance, commodit , avantage*) şeklinde tanımlanmaktadır. Burada uygunluktan kastedilen somut olayın mevcudiyetine, şartlarına en elverişli tercihin kullanılmasıdır. Yerindelik denetimi, en basit ifadesiyle, üst birimin (hiyerarşik amirin), alt birimin eylem ve işlemlerinin kanuni idare ilkesi anlamında şekli hukuka uygunluğun ötesine geçerek eylem ve işlemin gerçekleştirilmesine yönelik kamu yararının ya da işlem ve eylemin yürütülen kamusal etkinliğin gereklerine uygun düşüp düşmediğinin değerlendirilmesidir. Bu değerlendirmede uygun olmadığına karar verilmesi halinde, işlem veya eylemi değiştirilmesi, durdurulması veya varlığına son verilmesi gündeme gelir.

Yerindelik kanunların soyut düzenleme öngörmesi zorunluluğunun bir uzantısı olarak kuralı uygulayacak iyi işleyen, etkin idarenin takdir yetkisinin en yoğunlaştığı noktadır. Kanuna aykırılık veya keyfilikliğin, yerindelik kavramıyla bağdaştırılması ve bu kavramla karıştırılması hiçbir şekilde kabul edilemez. İdarenin nesnelliği (objektifliği) ve/veya tarafsızlığını bozan iş ve işlemlerde yerindelik kavramının kullanımı bahse konu olamaz. Aynı şekillerde kavramın öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerinin göz ardı edilmesine yardımcı olma yönünde bir işlevi ve uygulaması da kabul edilemez. Yerindelik mevzuatın soyut kuralının makul, mantık kurallarıyla bağdaşan, hakkaniyete uygun bir temele dayandırılarak tercihin kullanılması, iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesidir. İdarenin i düzen, işleyiş ve örgütlenmesine ilişkin konulardaki tercihi, yerindelik kavramının tartışma götürmeyen ilk somutlaşmış halidir. Bir başka deyişle kamu görevlileri ve hizmetten yararlananlar arasında kanun önünde eşitlik ilkesini bozacak nitelikte sonuç doğurmadığı durumlarda; kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere kamu hizmetlerinde iş bölümü ve koordinasyonun sağlanması yerindelik kavramı içinde değerlendirilir.

Mevzuatın idarenin faaliyetlerinin tamamını bütün ayrıntılarıyla d zenleyememesi, kamu hizmetlerinin sahip olduğu farklı teknik özellikler, idarenin y r tt ğu etkinliklerde karış karışya kaldığı sorunların çeşitliliği ve karmaşıklığı gibi nedenlere dayandırılan idarenin takdir yetkisinin varlığı noktasında idare hukuku öğretisi ve idari yargı organları düzeyinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Takdir yetkisinin varlığı devlet hayatının ve idare etmenin temel şartlarındanr. Ancak devletin ve bünyesindeki otoritenin yoğun bir biçimde kullanıldığı, kişilerin günlük yaşamlarının her kesitinde belirginliği ve etkisi olan idare edenlerin keyfilik

(17) Latince *opportunitas* kelimesinden türetilmiştir.

ve despotluğunun önünde geçilmesi ancak denetimle ve denetimin de yargı eliyle yapılabileceği ve bu durumda hukuk devletinin doğal bir sonucu olduğu, genel kabul gören bir vakiadır.

İdarenin kamu hizmetini yerine getirme işlevi varlığını koruduğu durumlarda bu işleve ilişkin idarenin davranış modelinin önceden belirlenmediği, idarenin harekete geçmede serbestîye sahip olduğu, idarenin hareket ve seçimine ilişkin düzenlemelerin yetersizliğinden bahsedilebildiği, kısacası idarenin etkinliklerinin ayrıntılı düzenlenememesine bağlı olarak yürüteceği hizmetin doğasına uygun düşen tasarruflarda bulunabilme yeteneği **takdir yetkisi**<sup>(18)</sup> (*le pouvoir discrétionnaire*) olarak tanımlanır. Hukuk kurallarından doğan, hukuka aykırı bir amacın gerçekleştirilmesinin aracı olmayan bu yetkinin bulunduğu hallerde bir keyfilik, başıbozukluktan söz edilemez ve özetle takdir yetkisi hukuk kurallarının hukuka uygun olarak kullanılmak üzere idareye tanıdığı hareket serbestisidir. İdarenin alaçağı kararda kararın kamu yararıyla uyum sağlaması ve yerindeliği anlamındaki değerlendirme yetkisi takdir yetkisidir.

Takdir yetkisi, Fransız İdare Hukukunda olduğu gibi Türk İdare Hukukunda da bağlı yetkinin (*compétence liée*) karşıtı olarak kullanılmakta ve idarenin hareket etme veya etmeme ya da karar alma yetkisinin az çok yerindelik değerlendirmesi gereğince kullanabilme özgürlüğüne ilişkin bir serbestîyi ifade etmektedir. Vurgulamak gerekirse takdir yetkisi kesinlikle keyfi bir yetki olarak anlaşılabilir ve uygulamaya konulamaz, bu yetkinin kullanılmasında idarenin hukuka bağımlı kılındığı ilkesi hiçbir şekilde unutulmamalıdır. İdarenin bu yetki uyarınca sahip olduğu hareket serbestîsi kanunun öngördüğü önlemler veya davranış tarzları arasında bir tercihte bulunmayı içerir. Takdir yetkisi, tanıdığı kişi veya makama değerlendirme serbestîsi tanıyarak öngörülen önlem ve tercihlerin somut olayın bünyesine, mahiyetine en uygun düşeni belirleyebilme yetkisidir. Takdir yetkisinin İdare Hukukundaki anlamı, idarenin alınacak kararın yerindelik değerlendirmesinden hareketle belirli bir serbesti içinde gerçekleştirilmesine ilişkin idarenin yararlandığı hukuki bir imkân olmasıdır.

Bu yetkinin yani **değerlendirmede bulunma yetkisinin** (*pouvoir d'appréciation*) kullanımında iki farklı durumdan söz edilebilir. Birçok olayda idarenin kararı maddi vakıanın unsurlarına bağımlı olup, idarenin bir değerlendirme bulunma-

(18) Bkn. **ATAY Ender Ethem**: *age*, sh.507 vd.; **ALAN Nuri**: "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisi", İdari Yargıda Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi" in İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982, sh.31-61; **ALPAR Erol**: *Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları*, Ankara 1990; **BAYRAKTAR Erman**: "Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi", *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*, Ankara 1976; **KALABALIK Halil**: "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi", GÜHFD, C.1, S.1; **KARATEPE Şükrü**: "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, Yıl:63, S.392; **KAYA Cemil**: *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, XII Levha, İstanbul 2011; **SAĞLAM Mehmet**: *Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, Ankara 1999, sh.1-17; **TAN Turgut**: "Sınava ve Jüri Değerlendirmesinin Yargısal Denetimi", AÜSBFD, C.51, S.1-4; **TUNCAY Aydın H.**: *İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları*, Ankara 1972, sh.130 vd.; **VENEZIA Jean-Claude**: *Le pouvoir discrétionnaire*, LGDJ, Paris 1959.



sı zorunluluğu ile karşı karşıya kalınır. Örneğin vatandaşlığa kabul kararında ilgili yabancının Türk toplumuna iyi bir şekilde uyum sağlaması (entegre olabilmesi), ayak uydurması, hususunda bu ihtimal rahatlıkla gözlemlenmektedir. Buna karşılık diğer durumda idari karar maddi vakianın unsurlarından tamamıyla bağımsızdır. Burada takdir yetkisi olarak adlandırılan idarenin sahip olduğu yetkiden söz edilir ve bu kapsamda alınan kararlar hukuki olup, seçenekler arasında bir tercihin yapılması bahse konudur. İdarenin aldığı kararın teknik alana kaydığı ölçüde idari yargıcın eğilimi, idarenin takdir yetkisinin kullanımı söz konusu olacağından; denetimin içerik ve kapsamında bir daralma olması yönündedir. İdarenin bu iki farklı boyuttaki yetkisine dayanarak tesis ettiği işlemleri üzerindeki yargıcın denetimi kesin bir şekilde ayrıştırılıp, dondurulmamıştır. Böylece bazı alanların idarenin takdir yetkisine bağımlı kılındığı, başlangıçta yargısal denetimin yokluğu söz konusu iken; açık değerlendirme hatasıyla asgari bir denetimin varlığı kabul edilmeye başlamış ve nihayet ölçülülük (*proportionnalité*) ilkesi uygulanmak suretiyle güçlü bir yargısal denetim gerçekleştirilmektedir. Özetle idarenin takdir yetkisine dayalı almış olduğu kararları hukukun kapsamı dışında değildir ve kesinlik ve zorunluluk noktasına ulaşmış etkili bir yargıç denetimine de konu edilememektedir.<sup>(19)</sup> Takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda yargıç bu yetkinin varlığından söz ederek derinlemesine bir denetimde bulunmayı reddedecektir. Günümüzde kabul gören anlayış ve uygulama gereğince takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda; hukuka kısmi tabi olma ve derinlemesine yargısal denetim yapılabilmesi olgularını ortadankalkmıştır.<sup>(20)</sup>

Serbestçe hareket etme ve seçme anlamına gelen, idarenin başarıya ulaşması için gerekli, idare etme işlevinin özünde mevcut olan takdir yetkisi ile yerindelik kesişen, örtüşen yani iç içe girmiş kavramlardır. Hukuka uygunluğun aksine bir tercihin hukuk kuralının mekanik uygulanmasından kaynaklanmayan doğrulayıcı sebeplerin tamamı yerindeliği oluşturur. Bu kavram takdir yetkisi ile aynı anlamı taşımaktadır.<sup>(21)</sup> Örneğin Türk vatandaşlığa alınmanın şartları Türk Vatandaşlık Kanununda öngörülmüştür. Kanunda belirtilen genel şartları taşıyan bir yabancının vatandaşlığa alınıp alınmama konusunda karar verme yetkisi Bakanlar Kuruluna tanınmıştır. Benzer durum viza uygulamalarında da gözlemlenmektedir. Bu örneklerdeki yetki hem bir takdir yetkisi anlamına, hem de yerindelik uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira burada kanun koyucu genel şartları taşımayı vatandaşlığa alınmanın olması gerekeni gibi öngörmüş ve fakat vatandaşlığa alınmada sakınca taşıyan kişilerin bu haktan yararlandırılmaması için Bakanlar Kuruluna bir

(19) <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/action/action-encadree/administration-est-elle-libre-agir.html>

(20) [http://fr.jurispedia.org/index.php/Pouvoir\\_discr%C3%A9tionnaire\\_en\\_droit\\_administratif\\_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Pouvoir_discr%C3%A9tionnaire_en_droit_administratif_(fr))

(21) **ROUQUETTE Rémi**: *age*, sh.552.

takdir serbestisi, yetkinin verilisindeki gerekliliğe uygunluğu şartını da aramaktadır.

İdare Hukukunun kodifiye edilmemiş bir hukuk dalı olması, idarenin etkinliklerinin her birinin ayrıntılı bir biçimde tanımlanamaması gerçeği takdir yetkisinin varlığını da izah etmektedir. Ayrıca mevzuat hükümlerinin ne kadar ayrıntılı düzenlemeler getirirse getirsin, uygulamada ortaya çıkabilecek bütün sorunları öngörmesi ve çözüme bağlaması maddeten mümkün değildir. Genel bir tanımlamayla idarenin faaliyetin yer ve zamanını, uygun araç-gereç ve yöntemi belirleme konusunda tercihi, **yerindeliği** ifade eder. Bu tanımlama aynı zamanda takdir yetkisinden başka bir şey değildir. Bilindiği üzere yerindelik alanı, takdir yetkisinin içinde yer alır ve takdir yetkisini veren mevzuatın kapsamına göre de takdir yetkisinin içindeki yeri genişler ya da daralır. Özellikle işlemin sebep unsurunun denetiminde takdir yetkisinin yargısal denetimi artmakta, idarenin işlemin konu unsurunu, birçok seçenek arasından seçmek durumunda olduğu durumlarda ise yerindelik alanı genişlemektedir. Takdir yetkisi, yapılan idari işlemlerden bağımsız olup, işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez kullanılmakla tükenen bir yetkidir. Oysa yerindelik, yapılan idari işlemin ortaya çıkardığı, az çok süreklilik arz eden bir durumu belirtir. Bu durum, idari işlemin yarattığı sonucun, kamu hizmetinin gereklerine uygun düşmesinden ibarettir. Takdir yetkisi uygulanacak hukuk normunun çerçevesi içinde idarenin serbest karar verme alanıdır. Buna karşılık yerindelik, bu serbest karar verme alanı içerisinde kalınarak verilen kararın konusunu oluşturur. Bu açıdan yargı denetiminin dışında kalan, gerçekte takdir yetkisinin ilişkin olduğu normalandır.<sup>(22)</sup>

Bu sebeple bir görüşe göre takdir yetkisinin yargısal denetimi yapılamaz. Takdir yetkisinin söz konusu edildiği kullanıldığı alan, yerindelik alanıdır. Yerindelik öncelikle maddi olayların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi ikinci olarak da belli bir yönde hareket edip etmeme olanağı ve nihayet harekete geçme zamanının saptanmasında söz konusu edilmektedir. Dolayısıyla yerindelik bahse konu ihtimallerin tamamında ya da bu alanların sadece birinde söz konusu olabilir. İdari yargıç idari etkinliğin toplumsal veya bireysel anlamda tatmini gereken ihtiyaca uygunluğunu kısacası yerindeliğini değil, hukuk kurallarına uygunluğunu denetleyecektir. Yargı yetkisi idari işlemin veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ile sınırlıdır.<sup>(23)</sup> İdarenin takdir yetkisi amaç açısından denetlenebilir ve bir idari işlemin

---

(22) **DİNÇKOL Hulusi Alphan:** "İdari Yargı'da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, sh.1575.

(23) "(...) İdari işlemler üzerindeki yargısal denetim, bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıyla sınırlıdır. İdarenin takdir yetkisinin denetimine yargı organları yönünden getirilen ve idari işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk açısından denetlenebilecekleri biçiminde ifade edilen kural, aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında uyması gereken sınırları da koymuş bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, idarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının daha somut bir biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisiyle donatıldıkları durumlarda idari yargı organlarıncı yapılacak denetim idarenin tercih

tesisinde idare takdir yetkisini kamu yararına aykırı veya üçüncü kişi yararına ya da kişisel çıkar, kin, garez ve zarar verme amacıyla kullanırsa, işlem amaç unsuru açısından sakat hale gelir. İdare takdir yetkisiyle işlemin hukukiliği şartlarına uygun hareket etme önkoşulunun yanında; yerindeliğine ilişkin hareket marjında kalarak seçimini, tercihini kullanır. Hukuka uygun olan bir işlem takdir yetkisi ile yapıldı diye hukuka aykırı hale gelmeyeceği gibi hukuka aykırı bir işlem takdir yetkisi kullanıldı gerekçesinin arkasına sığınarak hukuka uygun hale gelmez. İdari yargı mercileri idarenin takdir yetkisini denetleyemezler ancak işlemde apaçık takdir hatası (*erreure manifeste d'appréciation*)<sup>(24)</sup> mevcutsa ya da idare takdir yetkisini ölçülülük/orantılılık ilkesine uygun kullanmamışsa denetimin yapılabilmesi mümkündür.<sup>(25)</sup> Burada hukuki anlamda yorum devreye girecektir.

İdarenin takdir yetkisinin mutlak, sınırsız ve keyfi olmayıp, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun kullanılır. Yerindelik denetimi, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde, idari yargı hâkiminin yetkisinin sınırıdır. Yerindelik, takdir yetkisinin denetiminde kullanılan hizmet gerekleri ve kamu yararı ölçütlerine uygun bir işlemin, isabetli veya yararlı olup olmadığına karar verilmesidir. Hukukilik denetimini yapacak makamın böyle bir değerlendirmeye girişmesi halinde, idareye tanınan yetkiyi kullandığı için, hukukilik denetiminin dışına çıkmış olur. Çünkü hukuka uygunluk denetimi yapacak merciye verilen yetki, idari etkinliğin hukuka uygun olup olmadığını belirleme yetkisidir. İdarenin yerine geçerek bir işlemin, isabetli, yararlı olup olmadığına karar verilmesi halinde hukuka uygunluk denetimi kullanan mercinin mevzuatın kendisine tanıdığı yetkiyi aşarak, idare içinde bir üst amir konumuna gelir.

Yerindelik denetimi ile hukuka uygunluk denetimi birbirinden farklıdır. Hukuka uygunluk denetiminde yürürlükteki mevzuata, yargı içtihatlarına ve süreklilik ka-

---

*ettiği seçeneğin ve bunun uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve saptanmasıyla sınırlı olup, idari yargı organlarının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da muayyen bir yönde işlem veya eylem tesisine zorunlu kılacak bir biçimde yargı kararı vermeleri ve böylece idari işlemlerin denetiminde, hukuka uygunluk sınırını aşarak, yerindelik denetimine girmeleri, Anayasa ve yasa kurallarıyla ve idare hukuku ilkeleriyle bağdaştırılamaz. (...)* (Dan.5.D., 23.11.1987, E.1987/2389, K.1987/1620, Dan. Der., S.70-71, s.255.)

(24) Açık hata, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerde idarenin yaptığı açık, belirgin, hemen ilk bakışta fark edilebilen, getirdiği çözüm adalet ve hakkaniyet duygularına açıkça ters düşen, bir değerlendirme veya tercih hatasıdır. Kavramı kesin bir yanılıgyı (*erreur évidente*), taraflarca dile getirilip yargıç tarafından kabullenilmeyi normal, makul, orta zekâlı, dürüst bir insanın salim kafayla ilk bakışta tereddüde düşmeden belirleyebildiği bir hata olarak tanımlayabiliriz. "... İl Müdürlüğü görevini daha önce yürüten ...`nın görevden alınması işleminin yargı yerinde iptali nedeniyle bu göreve iadesini sağlamak üzere davacının görevden alınmasından sonra davacının hizmet süresi, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihe kadar bulunduğu görevler, alındığı ve atandığı görevlerin unvan ve nitelikleri, bu iki görev arasındaki hiyerarşik kademeler ve değişik hizmet kadroları dikkate alınmadan, davacının mühendis kadrosuna atanması işleminde "İdarenin açık takdir hatası" bulunmakta olup, davanın bu kısmının reddinde hukuki isabet görülmemiştir." (Dan. İDDGK, 22.03.1999, E.1997/134, K. 1999/407)

(25) **TORUN Yalçın:** "İnsan Hakları Ve İdarenin Takdir Yetkisi", AYİMD, N0:28, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=96](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=96).

zanmış olan idari uygulamalara aykırılık olup olmadığı araştırılır. **Yerindelik denetimi** ise, hukuk kurallarına uygun bir işlemin veya eylemin yapılıp yapılmamasına veya ne şekilde yapılması gerektiğine karar vermektir. İdarenin tercihte bulunmak hak ve yetkisine sahip olduğu hallerde, bu yetkinin belirli bir kişi lehine kullanmaya zorlanması yerindeliktir. Onun içindir ki, yargı kararlarında idareye kadro ihdası anlamında bir zorlama yapılması kabul edilmemektedir. İdarenin yürütmesi gereken bir faaliyet hakkında, talimat niteliğinde hüküm kurulması da yerindelik denetimi olarak kabul edilmektedir. Zira bu tür bir ihtimal halinde yargı hiyerarşik idari birim rolüne soyunmuş olur. Kısacası hukuka uygunluk yapmakla yetkilendirilen merciin, idareye ne tür işlem tesis etmesini, ne yönde davranması gerektiğini söylediğinde hiyerarşik üst konumuna geçeceği için, artık yapılan denetim hukuka uygunluk sınırı dışına taşarak idari yerindelik denetim haline dönüşmektedir.

### **Yerindelik kavramı İdare Hukukunda takdir yetkisinin kullanımında bahse konu edilmektedir.**

Zira bağlı yetkinin var olduğu durumda kural koyucu, kuralı ve kuralın uygulanmasında uygulayıcıya hareket serbestisi tanımamış, verilen emrin nitelik ve içeriğine katkıda bulunmadan soyutluktan somutluğa dönüştürülmesini istemiştir. Bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda idare mekanik bir tarzda hareket eder. Bağlı yetkiye dayalı kararın alınmasında idare inisiyatif kullanan değil, emre itaat eden emri harfiyen yerine getiren bir aygittir. Bu nedenle yerindelik kavramının tanımını Avrupa Konseyi'nin **İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı**<sup>(26)</sup>ndan hareketle yapmak mümkün gibi görülmektedir. Buna göre **yerindelik**; Kamusal yetkinin verilmiş amacından başka amaç güdülmeden, yalnızca somut olaya ilişkin öğeleri dikkate alarak nesnel ve tarafsız, hakkaniyeti esas alan, kanun önünde eşitlik ilkesini gözetilen, işlemin amacıyla, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge kurma olarak tanımlanabilir. Doğal olarak bir işlemin yerindeliliğinde bu anlamda söz konusu işlemin, her somut olaya göre belirlenen makul bir süre içinde yapılması ve genel idari direktifleri her olayın özelliklerini göz önünde tutarak istikrarlı bir şekilde uygulanması da gerekir.

Yerindelik denetiminde ilgili idarenin kanunen yürütmek zorunda olduğu hizmetlerinin arasında sıralamada önceliklerini nesnel olarak belirleyip belirlemediklerinin; mevcut mali, teknik ve beşeri kaynak ve kapasitelerini öncelikli görevlerin gereklerine uygun biçimde kullanıp kullanmadıklarının incelenmesi söz konusudur. Gelişmiş demokrasilerde, yerindelik denetimini idari makamlar yapar. Çünkü bir işlem veya eylemin, kamu yararı açısından yerinde olup olmayacağına dair kararı, ancak idari makamlar verebilir. Yargı makamları ise, idarenin işlem ve eylemle-

---

(26) "İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin, Avrupa Konseyi Bakanlar Konseyi'nin R(80) 2 sayılı Tavsiye Kararı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 45, sayı 1-4, (1996), sayfa 323-341, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/takdiryetkisi.htm>



rinin “hukukî denetimini” yapar.

Yargı makamları, idarenin işlem ve eylemlerinde, yerindelik denetimi yaparak, iptal veya değiştirme kararı alamaz. Dolayısıyla yargı kendini yasama veya yürütme organı yerine koyması halinde “kuvvetler ayrılığı ilkesiyle” zıt bir durumun oluşumuna sebebiyet vermiş olur. İdarenin aldığı kararlar, yargıçların hiçbir hukukî dayanak göstermeksizin, sadece “kamu yararına uygun” olmadığı kanaatine binaen iptali halinde hukuk devletini, “**yargıçlar - hukukçular devleti / juristokrasi**” haline gelir.

Hukuk devleti anlayışının geçerli olduğu ülkelerde, bireyler gibi idarenin de hukuk kurallarına bağlılığının gerçekleştirilmesi ve kişilerin hak ve özgürlüklerinin idareye karşı korunması için, başta yargısal denetim olmak üzere, idare üzerinde birçok denetim yolu oluşturulmuştur. Bu denetim yolları, hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli işlevler görmekle birlikte; XX. yüzyılda, özellikle de II. Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde, dünyada meydana gelen değişme ve gelişmeler sonucunda artan; devlet hizmetlerine, kamu hizmeti anlayışındaki değişikliklere, birey-devlet ilişkilerinde meydana gelen artışa, bürokrasinin artmasına ve idari işlemlerin karmaşıklaşmasına karşı yetersiz kalmıştır. Bu durum, birçok demokratik ülkeyi, kişileri idareye karşı koruyabilmek amacıyla doğrudan, esnek, hızlı ve maliyetsiz bir kuruma sahip olmaya yöneltmiştir. İşte bu aşamada XVIII. yüzyılın başından beri özgün bir kurum olarak İsveç'te uygulanan ombudsman kurumu, hukuk devletinin güçlendirilmesi ve demokratikleşmenin bir elamanı olarak görülmeye başlanmıştır. İnsan haklarının korunması, vatandaşların kamu kurumlarınca haksız uygulamalara maruz kalmasının önlenmesi, vatandaş şikâyetlerinin en kısa zamanda çözüme kavuşturulması gibi amaçlarla oluşturulan ombudsman denetimi; yönetsel ve yargısal denetim yollarının dışında bir denetim yolu olmakla beraber, bu denetim yollarına alternatif olarak değil, bu kurumların eksikliklerini tamamlamaya yardımcı bir kurum olarak kabul edilmektedir.<sup>(27)</sup>

(27) Aksi bir görüş olarak aşağıdaki düşüncelerde dile getirilmektedir: “AKP iktidarının hazırladığı anayasa değişiklik paketiyle idari yargının, idari işlem ve kararlar üzerindeki hukuki denetim yetkisi sınırlandırılıp, zayıfı atılmak istenmektedir. Diğer yandan Kamu Denetçiliği Kurumu ile idarenin işleyişine ilişkin vatandaşların şikâyetlerine çözüm merci oluşturulduğu görüntüsü yaratılmaktadır. Bu modelle iktidarın idari uygulamalarını denetlemeye yönelik olarak iktidarın egemenliğinde belirlenecek bir yapı öngörülmektedir. Yargısal denetime alternatif gibi böyle bir ombudsmanlık makamının kurulması güçler ayrılığı sistemini ve Türkiye'deki idari yargı mekanizmasını bozacak bir adımdır. ...AKP iktidarı döneminde 2006 yılında çıkarılan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nu iptal eden Anayasa Mahkemesi, yasama organına bağlı olarak böyle bir teşkilat kurulamayacağına hükmetmiştir. Yani AKP Hükümeti, yargı kararlarını uygulamak yerine hukuksuz işlemlerine uygun günü birlik yasa çıkarma politikasını, yasalarının iptali karşısında Anayasa değişikliğiyle çözmeye çalışmaktadır.”([http://www.emo.org.tr/ekler/b344a958119d699\\_ek.pdf?tipi=4&turu=H&sube=0](http://www.emo.org.tr/ekler/b344a958119d699_ek.pdf?tipi=4&turu=H&sube=0))

#### **IV. İDARİ DENETİM TÜRLERİ FAYDA VE SAKINICALARI (AVANTAJ VE DEZAVANTAJLARI)**

Denetimi, uygulama alanlarına, denetimi yapan kuruma, denetlenen kurumlara, uygulanan denetim tekniklerine, denetimin zamanlamasına, amacına, kapsamına, konusuna, denetim yaklaşımlarına vb. göre çok çeşitli şekillerde sınıflandırmak mümkündür.

Kuvvetler ayrılığı ilkesiyle paralellik gösteren idarenin kamusal denetimin de, denetimi yapan organın niteliğine göre yasama denetimi, yargı denetimi, yönetsel (idari) denetim gibi bir sınıflandırma yapılabilir. Denetimin kurumsal yapısı açısından iç denetim, dış denetim ve yüksek denetim şeklinde bir ayırım yapılabilir. İç ve dış denetim ayrımı hem kamu ve hem de özel sektör açısından geçerlidir. Yüksek denetim ise, başta Sayıştay ve ombudsmanlık olmak üzere hemen her ülkede bağımsız ve uzman kuruluşlarca genellikle Parlamento adına yapılan denetimler için kullanılmaktadır. Yapılan denetimin niteliği açısından da yukarıda açıklanan başlıca düzenlilik denetimi (hukuka uygunluk) ve yerindelik denetiminden söz edilebilir.

Denetim olgusunu örgütlülüğü açısından doğal ve biçimsel denetim; denetimin konusu açısından işlemlerin ve eylemlerin denetimi; uygulandığı alan açısından gelir, gider ve varlıkların denetimi; sürekliliği yönünden sürekli ve süreksiz denetim; uygulandığı zaman açısından uygulama öncesinde (ön denetim), uygulama sırasında ve uygulama sonrasında denetim; amaçları açısından önleyici ve düzeltici denetim olarak ve daha birçok açıdan alt sınıflara tabi tutulması söz konusudur.

Yargı dışı denetim yolları ile idari bir işlem ve eylemin hem hukuka uygunluğu, hem de yerindeliği denetlenir. Oysa yargı denetimi ile idari eylem ve işlemin sadece hukuksal denetimi yapılır. Yargı denetiminin işlemesi için başvuru zorunluysen, yargı dışı denetim için çoğu kez başvuru gerekmez. Yukarıda da ifade edildiği üzere hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden biri de, idarenin yaptığı işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluk yönünden yargı denetimine tabi olmasıdır. Bununla beraber, yargı denetimi idarenin işlem ve eylemleri üzerinde yapılan tek denetim değildir. Yargı denetimi dışında, idari, siyasal ve kamuoyu denetimi ile de idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu denetlenir. Hatta yargı dışı denetim yolları, yargı denetimi ile karşılaştırıldıklarında, daha geniş kapsamlıdır. Şöyle ki; yargı denetimi ile idari işlem ve eylemlerin sadece hukuka uygunluğu (hukukiliği) denetlenirken, yargı dışı denetim yolları ile idari işlem ve eylemlerin hem hukuka uygunluğu ve hem de yerindeliği denetlenir. Ayrıca yargı denetimi, çok daha sıkı koşul ve usullere bağlanmıştır. Bir defa yargı denetimi kendiliğinden işlemez. Bu denetimin yapılabilmesi için mutlaka bir başvurunun olması; yani bir davanın açılmış olması gerekir. Öte yandan, yargı denetimi belli usul kurallarına bağlanmıştır. Oysa yargı dışı denetim yolları çoğu kez bir başvuruya gerek olmaksızın, kendili-

ğinden harekete geçerler ve de daha basit usullere tabi tutulmuşlardır.

İdarenin gerçekleştirdiği işlem ve eylemler üzerindeki denetim yollarından biri de kamuoyu denetimidir. Ancak kamuoyu denetiminin etkinliği için, kamuoyunun serbestçe ulaşılabilir koşullarının varlığı gerekir. Bunun için, her şeyden önce düşünceyi açıklama özgürlüğünün bağlantılı hak ve özgürlüklerle birlikte tanınması ve anayasal düzenlemeler ve evrensel ilkelerin izin vermediği durumlarda sınırlandırılmaması gerekir. Dolayısıyla, bağımsız basın ve kitle haberleşme araçları bulunmalı ve başta meslek kuruluşları olmak üzere sivil toplum örgütlerinin serbestçe faaliyet gösterebilmelidir. Bu koşulların yokluğu ya da eksikliği, kamuoyu denetimini ya imkânsız kılar ya da etkisizleştirir.

Siyasal denetim, esas itibariyle yasama organının hükümeti denetlemesidir. Aslında her parlamentolu siyasal rejimde görülen siyasal denetim, parlamenter sistemi benimsemiş bulunan ülkelerde çok daha sıkı ve etkilidir. Ancak bu denetim yönteminin etkinliği ülkenin siyasal ve demokrasi kültürüyle doğru orantılıdır ve her zaman kendisinden beklenen neticeleri doğurmaz. Ülkemiz bu anlamda siyasal denetimin gerektiği gibi yapılamadığı ülkeler kategorisindedir. Siyasal denetim olarak bilinen yasama denetiminde parlamento idareyi doğrudan doğruya değil ve fakat hükümet aracılığı ile denetler.

Gerçekten Anayasa'nın 112. maddesinin birinci fıkrasında, Bakanlar Kurulu'nun hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden dolayı TBMM'ne karşı siyasal sorumluluğu belirtildikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında da her bir bakanın kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin işlemlerinden de TBMM'ne karşı münferiden sorumlu olacakları belirtilmiştir. İşte TBMM bu Anayasa kuralları uyarınca hem Bakanlar Kurulu'nu ve hem de tek tek bakanları denetlemek suretiyle idareyi de denetlemiş olmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, TBMM'nin denetiminin asıl muhatabı idare değil ve fakat idarenin başında bulunan hükümet ya da münferit bakanlardır.

Meclis denetimi yöntemiyle, Bakanlar Kurulu ve münferit bakanlar aracılığı ile özü itibariyle merkezi idarenin denetlenmesine ilişkindir. Ancak idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca devlet tüzel kişiliği dışındaki kamu tüzelkişileri de vesayet bağı ile merkezi idare makamlarına bağlandıklarından, meclis denetim ile yerel yönetimlerin ve öteki yerinden yönetim kuruluşlarının da vesayet bağı ile bağlı buldukları merkezi idare makamının başındaki bakan ya da Başbakan aracılığı ile denetlenebilmektedir. Meclis denetim yollarının belli başlıları; soru, gensoru, meclis araştırması ve meclis soruşturması olup, bu denetim yolları sadece milletvekillerinin başvurusu ile işlemektedir.

Günümüzde yasama organının elindeki denetim mekanizmalarını etkin bir şekilde işletebildiğini ve bürokrasi üzerinde yeterli bir denetim kurduğunu ileri sür-

mek güçtür. Son yıllarda kamusal faaliyetlerin nicelik ve nitelik açısından büyük artış göstermesi, Parlamentoların iş hacimlerini genişletmiş ve dolayısıyla verimlerini de düşmüştür. Bu da hükümetlerin faaliyetlerini yasama denetimi dışına çıkarma olanaklarını artırmıştır. Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi, hükümetlerin bu amaçla kullandıkları araçların başında gelmektedir. Bu da, yasama denetimi dışında kalan diğer denetim yollarının önemini artırmıştır. Bu durum, yasama denetimi dışındaki denetim yollarının, yasama denetimini tamamlayıcı niteliğinin önemini artırmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere idarenin denetlenmesi birçok kurum tarafından heterojen bir yapı içinde sağlanılmaya çalışılmaktadır. Bu kapsamda olmak üzere **idari denetim**, idarenin gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerin idari kuruluşlar tarafından denetlenmesidir. Bu denetim, aynı kamu tüzel kişiliği içinde yer alan iki merciden birinin diğerinin işlem ya da eylemini denetlemesi biçiminde olabileceği gibi, bir kamu tüzel kişisi ya da organının yaptığı bir işlem ya da eylemin bir başka kamu tüzel kişisi ya da organı tarafından denetlenmesi biçiminde de olabilir. İdari denetimin birinci biçimi, iç denetim olarak da adlandırılan hiyerarşik denetimdir. İdari denetimin ikinci biçimi ise, dış denetim olarak da adlandırılan vesayet denetimidir.

Dolayısıyla denetim bazen hiyerarşik yapıya bağlı kılınan idare içindeki ajanlar tarafından bazen de idarenin dışında bağımsızlığı göreceli olarak değişkenlik gösteren otoriteler tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda kanun tasarıları, tüzükler ve imtiyaz şartlaşmaları ve sözleşmeleri üzerinde öndenetimin Danıştay tarafından yapıldığı bilinmektedir. Yargısal denetimin takdire şayanlığı ve etkinliği ve önemi hususunda kuşku yoktur. Ancak uygulamada bazı sorunlar yaşandığı da bilinen bir gerçektir.

İdarenin hiyerarşik anlamda, bağımsızlığı çok zayıf niteliği haiz iç denetiminin yargısal denetimin aksine bir şikâyet ve davaya bağlı olmaksızın hatta birçok durumda kendiliğinden harekete geçmektedir. Bu denetimin kapsam ve içeriği oldukça geniş olup, hukuka uygunluğun yanında yerindelik denetimi ve değerlendirmesi de yapılabilmektedir. Bu kapsamda hukuka uygunluğa ve yerindeliğe yönelik öneriler ve emirlerde bulunulabilmektedir. Nihayet düzeltici bir işlevi de yerine getirebilmektedir. Bu yöntemin avantajları ve etkinliği tartışma konusudur. Öncelikle sistemin etkinliği hiyerarşik bakış açısına bağımlılığı denetimi yapacakların hiyerarşik amirlerce belirlenmesi ve onun emrine tabiliği sistemin işlerliği, yerliliği ve etkinliğini sürekli etki altında tutmaktadır. Bu yolla başlangıçta kamusal kaynakların kullanılmasında hukuka uyarlık denetlenirken zaman içinde bu idarenin bütün iş ve işlemleri üzerinde hukuka uygunluk ve nihayet yerindelik anlamında yaygınlaştırılmıştır.

Hiyerarşik denetim her tür idari yapılanmada mevcut olup, yürürlükteki mev-



zuat ve üstlerin emirlerine uygun davranmayı ve üstlere bağımlılığı ifade eder. Hiyerarşik denetim kamu görevlilerinin ve memurlarının yükümlülük, yetki ve görevlerinin ifası sırasındaki eksiklikleri ve işledikleri hataları cezalandırmaya imkân tanıyan disiplin yetkisine vücut vermektedir. Hiyerarşik denetimin bir türü olan genel teftiş ilgili idarelerin en azından belirli zamanlarda kendilerine çeki düzen vermeleri, iş ve işlemlerini yeniden gözden geçirerek eksikliklerini belirleme ve gidermelerine imkân tanır. Ancak bu yöntemin başarısı bu yetkiyi kullanacak ve yetkinin kullanılması için emir verecek makamın inisiyatifine bağımlılığı, başarısı ile doğru orantılı bir şekilde gerçekleşecektir. Teftişin yol ve yöntemlerinin güncellenmesi, birimlerinin yenilenmesi, gelişmelere duyarlı kılınması başarısı üzerinde doğrudan etki yapacaktır.

Yargı dışı denetim yolları, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, ne denli iyi işlerlerse işlesinler, İdarenin yaptığı işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde yetersiz kalmaktadır. Gerçekten, idari denetim ister hiyerarşik denetim, ister vesayet denetimi şeklinde yapılsın, netice itibariyle idarenin kendi kendini denetlemesidir. İdari denetimde, denetimi yapan organ yine yetkiyi kullanan organın bir parçasıdır. Örneğin kurumların teftiş kurulları, o kurumda idareyle ilgili suçları araştırmakla görevli olup, denetledikleri organın bir parçasıdır. Bu sebeple, gerçek anlamda idari denetimin, yine idare tarafından yerine getirilmesi işin doğasına uygun düşmemektedir. Siyasal denetim, idarenin doğrudan doğruya değil ve fakat hükümet aracılığı ile denetlenmesidir ki, parlamentonun çoğunluğuna dayanan bir hükümetin ve de hükümet aracılığı ile idarenin etkili bir biçimde denetlenmesi genellikle mümkün olmaz. Kamuoyu denetimi ise, ancak belli koşulların varlığı halinde etkili olabilecek bir denetim özelliği taşımasının yanı sıra, çoğu kez nesnel ve hukuki ölçütlere dayanmayan, daha ziyade öznel düşünce ve kanaatlerin, tek yanlılığın etkisi altında kalan bir denetim türüdür. Buna karşılık yargı denetimi, idare üzerinde uygulanan en etkili ve nesnel denetim yoludur. Yargı denetimi, idareden bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından ve salt hukuki ölçütlere dayalı olarak yapılan nesnel bir denetim olmakla ve de güçlü yaptırımlarla donatılmakla, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayan en etkili denetim yolu gibi görünmektedir.

Ancak Ülkemizde yargısal denetim, resen harekete geçen mekanizmalarla donatılmamış olup, işlem ve eylemlerine karşı açılan davalarda kendini gösteren edilgen bir denetim şeklidir. Yazılı yargılama usulüne tabi olduğundan, sonuca da, idarenin gösterdiği bilgi ve belgelerle ulaşabilmekte, yerine göre 2577 sayılı İYUK'nun 20.maddesi uyarınca Başbakan veya ilgili Bakan bilgi ve belge vermeme hakkını da kullanabilmektedir. Buna, idari yargı yolunun kapatıldığı Anayasal sınırları da eklersek idari yargının mevcut durumunun, hukuk devleti yolunda, özlenen denetimi yapmada yetersiz kalmaktadır. Ayrıca idari yargı mensuplarının mesleğe alınma-

ları, tayin ve terfleri ile kararlarında, hukukun esas alındığı gerçekten “bağımsız, siyasi konjonktürden etkilenmeyen hâkim” imajının yaratılamaması, yargıya olan güvenin azalması yargı denetiminin etkinliğini olumsuz yönde etkilemektedir. Sonuncu olarak da idari yargı kararlarının infazı sorunu yargısal denetimin varlığı ve etkinliğinin sorgulanması ve eleştirilmesine sebebiyet vermektedir.

## V. İDARENİN DENETLENMESİNDE KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU<sup>(28)</sup>'NUN YERİ VE ÖNEMİ

Bireyin idare karşısında korunmasını amaçlayan denetim türlerinden birisi olan ombudsmanlık, genellikle idareye karşı kişilerin şikâyetlerini inceleyerek, idarenin aksayan ve kusurlu yanlarını ortaya çıkarmakta; vardığı sonuçları parlamentoya ve kamuoyunun bilgisine sunmakta, onlarla paylaşmakta, konu hakkında kamuoyunun dikkatini çekmekte ve kamuoyunun sorunlara yönelik hassasiyetini tahrik ve teşvik etmektedir.

Çağımız devletinin artan görevleri ve karmaşıklaşan yapısı bireyleri idare karşısında zayıflatmakta ve korunmaya muhtaç duruma getirmektedir. İşte bu nedenlerle, idarenin yapısına daha kolaylıkla girip nüfuz edebilen, daha hızlı, daha basit, daha etkili bir kuruma duyulan ihtiyaç, ombudsmanlık kurumuna olan ilgiyi ve ilginin yoğunluğunu artırmıştır.

Temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunmasının da her türlü hukuki yol ve mekanizmalarla güvence altına alınması ve idarenin hukuka bağlılığının sağlanması, hukuk devletinin gerekleri arasında önemli bir yer işgal etmektedir. Ombudsmana hukuk sistemlerinde yer veren ülkelerdeki uygulamalara bakarak, bu gereklerin sağlanması bakımından bu kurumun, başarılı bir uygulama örneği sergilediği rahatlıkla söylenebilir. XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, gelişmiş demokrasilerde olduğu kadar, gelişmekte olan ülkelerde de, hukuk devleti ilkesinin pekiştirilmesi ve demokratikleşmenin bir aracı olarak görülen ombudsmanlığın büyük bir hızla yayıldığı görülmektedir.

(28) Bkn. **ACKA Félix Sohaily**: “Un Médiateur Dans Les Institutions Publiques Ivoiriennes : L’organe Présidentiel De Médiation”, Afrilex Revue d’étude et de recherche sur le droit et l’administration dans les pays d’Afrique, Numéro 1, Novembre 2000; **AKINCI Müslüm**: *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, İstanbul 1999; **AKTAŞ Kadir**: “Kamu Denetçiliği Kurumunun Anayasal Sistemdeki Yeri ve Etkinliği Sorunu”, TBB Dergisi, 2011 (94); **AKTEL Mehmet**, **KERMAN Uysal**, **ALTAN Yakup**, **LAMBA Mustafa**, **BURHAN Orhan**: “Türkiye İçin Yeni Bir Denetim Modeli: Kamu Denetçiliği (Ombudsman)”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi SBD, C.V, S.9, 2013 Güz; **AVŞAR B. Zakir**: *Ombudsman İyi Yönetilen Türkiye İçin Kamu Hakem*, İstanbul 2012; **EFE Haydar**, **DEMİRCİ Murat**: “Ombudsmanlık Kavramı Ve Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumundan Beklentiler”, Sayıştay Dergisi, S. 90/ Temmuz-Eylül 2013; **FENDOĞLU Hasan Tahsin**: *Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)*, SDE ANALİZ, Aralık 2010; **IŞIKAY Mahir**: “Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birliği Ve Türkiye’deki Konumu”, <http://www.jura.unisb.de/turkish/MSikay.html>; **KERBER Nathalie Marguerite**: *L’Ombudsman israélien*, Paris 1975; **LEGRAND André**: *L’Ombudsman scandinave, Etudes comparées sur le contrôle de l’administration*, Paris 1970; **ÖZDEN Kenan**: *Ombudsman, Türkiye’deki Tartışmalar*, Ankara 2010; **TUTAL Erhan**: *Dünyada ve Türkiye’de Ombudsmanlık*, Ankara 2014.

Kamu Denetçiliği Kurumu (ombudsman) mukayeseli hukukta özellikle İskandinav ülkelerinde başarılı örnekleri olan ve kaynağı Ülkemiz<sup>(29)</sup> olmasına karşılık Ülkemizde yıllardır oluşturulması anlamında tartışmaların yapıldığı hak arama yollarından birisi ve idarenin denetlenmesinde diğer denetim yollarının eksiklikleri ve dezavantajlarının sonuçlarının gidereceği düşünülen bir kurumdur. Fakat hak arama özgürlüğü açısından bakıldığında, en azından yargı yolu kadar etkin bir yol olduğunu söylemek güç görünmektedir.

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu'nun 1. maddesine göre; *"Bu Kanunun amacı; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunu oluşturmaktır."* Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere Kamu Denetçiliği Kurumu'nun getirdiği başvuru imkânı, hak arama özgürlüğüne dolaylı olarak katkısı olabilecek bir hak arama yoludur.

Kamu denetçisine başvurma hakkının kullanılması ve sonuçlandırılması uygulamada iyi bir şekilde gerçekleştirilebilirse, idari denetime veya yargısal davalara yansımamakla birlikte, hizmet görenlerin işlemlerinin uzamasına, bürokratik hantallığa ve kırtasiyeciliğe sebep olan ve bireyleri psikolojik olarak yıpratıcı uygulamaları önleyebilir veya en azından azaltabilir.

Kamu denetçiliği kurumunu doğuran başlıca sebepler, klasik denetim yollarının yetersizliği, etkinliğinin istenilen dereceye ulaşamaması ve çağdaş devletin idari yapısının git gide karmaşık bir hal almasıdır. Çağdaş devletlerin yetki ve yükümlülükleri günden güne artmaktadır ve karmaşık bürokratik bir yapıya sahip olan idari yapısı, üst düzey yöneticilerine verilen takdir yetkilerindeki artış, idari işlemlerde meydana gelen haksızlıklara karşı bireylerin korunması ihtiyacı, yeni denetim araçları arayışlarına yol açmıştır.

Parlamento denetiminin, parti disiplini ve yasama-yürütme ilişkileri sebebiyle işlevsiz kalması; idarenin iç denetiminin hiyerarşik yapı ve dayanışma duyguları gibi sebeplerle vatandaş için bir güvence olmaktan uzaklaşması; yargı denetiminin yavaş işlemesi, pahalı niteliği ve bu denetimin sadece dava açılmasına bağlı olarak hukuka uygunlukla sınırlı kalması gibi sebepler, bu arayışı haklı kılmaktadır.

Bugün dünyanın birçok devleti tarafından ombudsmanlık kurumunun hukuk sistemlerine dâhil edildiği görülmektedir. Bu kurumunun görevi genel olarak, kamu otoriteleri ile bireyler arasındaki ilişkilerin neden olduğu sorunlarla ilgilen-

(29) Bkn. **KUŞÇU Ayşe D.**: "Eyyûbiler'de Mezâlim Mahkemeleri ve Dârü'l-Adl", Türkiyat Araştırmaları Dergisi, <http://www.turkiyat.selcuk.edu.tr/pdfdergi/s26/207-229.pdf>.

mek ve kamu yönetimine karşı bireylerin yakınma ve taleplerini kabul etmek ve ortaya çıkan sorunları çözüme bağlamaktır. Pozitif hukukça tanınan hak ve özgürlüklerin koruyuculuğu görevini üstlenen ombudsman, kendisine aracısız olarak ulaşan şikâyetler üzerine ya da kendiliğinden harekete geçerek soruşturma görevini yerine getirmektedir. Ombudsman, diğer hukuki mekanizmaların yanında hak ve özgürlüklerin savunucusu olarak görüldüğü ülkelerde, sadece kötü yönetim olarak adlandırılacak konularla kendilerini sınırlandırmamakta, yapılan haksızlıkların nedenlerini bulmak için sistematik araştırmalara girişmekte ve böylece idareyi iyileştirmek amacıyla önerilerde de bulunmaktadır.

Ombudsmanlığın önemli rol oynadığı alanları aşağıdaki başlıklar altında toplamak mümkündür:

*a) Bireyleri korumak:* Ombudsmanın varlık sebebi ve temel rolü, meşru hak, özgürlük ve menfaatleri idare tarafından çiğnenen, kullanılması engellenen veya kısıtlanan bireylere hukuksal bir koruma sunmaktır. Kurum, idarenin hukuka aykırılığın ötesinde adil ve hakkaniyete uygun hareket etmediği, bir talep veya sorunu yanlış değerlendirdiği, yorumladığı veya bireylerin haklarını, özgürlüklerini veya menfaatlerini çiğnediği, hiçe saydığı durumlarda, bu konudaki yakınmaların dile getirilmesi ve sorunların tespit ve çözümlenebilmesi için düşünülp oluşturulan bir kamusal başvuru merciidir. Bu nedenle ombudsmanlık kurumu, bağımsızlık, esneklik ve idare kuruluşlarıyla bireyler arasındaki ilişkilerde uzlaştırıcı yaklaşımı ile bireysel hakların korunmasında önemli bir rol üstlenmiştir.

*b) İyi yönetimi sağlama ve kötü yönetimi önleme:* İyi yönetim işleyişinden ilgililerinin pek haberdar olmadıkları yönetim olup, bu yönetim anlayış ve uygulaması ile demokrasi arasında karşılıklı ve zorunlu bir ilişki ve etkileşim söz konusudur. Demokratik idare, iyi yönetim için gerekli ve yeterli bir şart niteliği taşımaktadır. İç hukukta kabul gören ve uluslar arası arenada da dillendirilip, ülkelerin uygulamaya aktarılması için yüreklendirildiği, teşvik edildiği, bazen de alınan kararlarla dolaylı olarak zorlandığı iyi yönetim anlayış ve uygulaması ile insan haklarının arasında bir ilişki bulunmaktadır. İyi yönetim insan haklarının gereklerinden biridir ve insan haklarının idare alanında olması gereken veçhesidir. Bu sebeple ombudsmanlığın, iyi yönetimin tesis edilmesi için gerekli araçlardan biri olduğu söylenebilir. Ombudsmanlık günümüz kamu yönetimi ve idare hukukunda kabul gören ve yasal düzenlemelerde açıkça zikredilmeye başlayan ve hatta idari usul kanunu oluşturulması ve içeriğinde de öngörülmesi vurgulanan, yönetime katılım, idarenin şeffaflığı, kamu otoritelerinin yönetilenlere hesap verebilirliği ve yönetimde adalet gibi kavramların uygulanmasına katkıda bulunabilmektedir.

*c) İdari reformları hızlandırma:* Kurum, yukarıda belirtilen işlevleri yerine getirirken idari sistemdeki yapısal zayıflıkları tespit eder, bunlar üzerinde ilgili idarelerin,



kamuoyunun ve hatta parlamentonun dikkati çekebilir ve bunun sonucunda da istekli bir hükümetin işbaşında bulunduğu durumlarda da idari reformların hızlandırılmasını sağlayabilir, var olanların hızlandırılmasına katkıda bulunabilir.

d) *Parlamentonun gözetim fonksiyonunu destekleme ve tamamlama:* Kurumun, yürütme organı karşısında bağımsızlığı için doğası gereğince öngörülmeyle beraber, parlamentoya rapor verme yetkisi ve görevi söz konusudur. Bu görev ve yetkileri, ombudsmana aynı zamanda parlamentonun gözetim işlevinin yerine getirilmesinde parlamentoya yol gösterici ve yardımcı olabilir.

e) *Toplumu ve kamu görevlilerini eğitme:* Ombudsmanlık, görev ve yetkilerinin doğal bir sonucu olarak toplumu, siyasileri, memur ve kamu görevlilerini insan haklarının bilinmesi, tanınması, içeriği ve niteliği hakkında bilgilendirilmesi, bunların korunması ve geliştirilmesi, demokrasinin temel esprisi ve ilkeleri, hukukun üstünlüğü ve demokratik bir toplumda idarenin üstlenmesi gereken rolü hakkında eğitir.

f) *Yürütme ile bireyler arasında köprü rolü üstlenme:*<sup>(30)</sup> Kurum, toplum ile idari makamlar arasında yeni iletişim kanalları tesis etmek ve hükümeti daha fazla birey odaklı ve insana duyarlı yaklaşımlara teşvik etmek suretiyle, idare ile vatandaşları birbirine yakınlaştırır. İdarenin şeffaflaşması yönündeki olumlu adımlarıyla bireyin devlete olan güvenini artırır ve tazeler. İdareye de yapılan denetimlerde ortaya konulan iyi tespit ve uygulamaların devamı ve mükemmelleştirilmesi anlamında özgüven sağlar.

## SONUÇ

Hukuk devleti soyut kavramının hak ve özgürlükler anlamında somutlaşması, bunların korunması ve bunlara ilişkin ihlal iddialarının hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek hızlı ve etkili bir şekilde çözüme bağlanabileceği denetim yol ve yöntemlerine ihtiyaç vardır. Söz konusu ihtiyaç idare anlamında idarenin iş ve işlemlerinin öncelikle hukuka uygunluğunun ve sonrasında da yerindeliğinin denetimiyle mümkün olacaktır. Kökleri geçmişte olan katı uygulaması zamanla yumuşatılan ve fakat geçerliliğini halen koruyan anlayış ve ilkeye göre; yargı idareyi ancak hukuka uygunluk açısından denetleyebilir. Bu anlamdaki yetkisini takdir yetkisini ortadan kaldıracak ve yerindelik anlamında bir denetim yapma noktasına ulaştıramayacaktır. Bu sebeple demokratik hukuk devleti kavramının gereği ve so-

(30) Kamu Denetçiliği Kurumu idari teşkilatlanmada düzenleyici ve denetleyici kurumlar (Bağımsız İdari Otoriteler) kategorisine dâhildir. Bu kategorinin faaliyet alanlarından biri de; "... idare edilenlerle idare arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi, sorun yaşanmaması, var olan sorunların asgari seviyeye indirilmesini sağlamak amacıyla bazı güvenceler sunarlar. Bir başka deyişle, BİO'lar yönetilenlerin haklarının güçlendirilmesine yardımcı olurlar ve idarenin keyfilikliğini önlerler. Bu anlamda Ombudsman ... ve idari dokümanlara erişim hakkının kullanılmasını sağlayan kuruluşlar ... örnek olarak gösterilmektedir." (ATAY Ender Ethem: age, sh.383)

nucu olarak hukukiliğin yanında yerindeliğinde denetlenebileceğini ve bu hususunda yargı dışı denetim araçları vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.

Günümüzde idarenin denetimine ilişkin yol ve yöntemler sayıca artmıştır. Ancak sayısal anlamda artış denetimin olması gerektiği, istenildiği ölçüye ulaşmadığı gerçekliği karşısında yeni yöntem ve kurumların oluşturulması arayışı içine girilmiştir. İşte bu arayışın ve uluslararası arenadaki telkin, tavsiye ve yönlendirmelerin de etkisiyle Ülkemizde Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturulmuştur. Kuruluşunun 2. Yılına tamamlayan Kurum, idarenin denetimi anlamında oldukça olumlu sayılabilecek adımlar atmış, uygulamaların altına mührünü vurmuştur. Ancak bu tür kurumlardan beklenen, ulaşması istenilen noktaya vardığını en azından şimdiden söylemek fazla bir iyimserlik olarak değerlendirilmektedir.