

T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

İDARİ YARGI YETKİSİNİN SINIRLARI

Doktora Tezi

Felemez GÜNEŞ

Danışman

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan/2022

TEZ BİLDİRİMİ

“İdari Yargı Yetkisinin Sınırları” isimli “Doktora” tezim tarafımca intihal programı ile incelenmiştir. Buna göre tezimde bilimsel etik ihlali ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim.

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim.

Felemez GÜNEŞ

İDARİ YARGI YETKİSİNİN SINIRLARI

Felemez GÜNEŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu
Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, 2022

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

ÖZET

Yükümlü olduğu görevleri yerine getirebilme açısından idarenin bir ölçüde bir serbestiye sahip olması zaruridir. Ancak bu serbestlik, idareye görevlerini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken keyfilik, sınırsızlık ve hukuk dışılık yetkisi vermez. Bu tespiti yapacak, idareyi hukuk içinde tutacak ve olması gereken hukuku söyleyecek olan idari yargıdır. İdari yargı, yapacağı yargısal denetimde idarenin hareket sınırlarını çizmenin yanında kendi sınırlarını da göstermektedir. Bu bakımdan idari yargı, yapacağı denetimde yargısal denetimin niteliğinden kaynaklı birtakım sınırlara uymak zorundadır. İşte bu tez çalışmamızda, yargısal denetimin özünde var olan bu sınırlamaları, genel hatları ile açıkladıktan sonra doktrin ve içtihadın yaklaşımını ortaya koyacağız. Ayrıca idare hukukunun içtihadı özelliğini, olayların özgün şartlarını ve gelişen güncel durumları dikkate alarak konuya dair düşünce ve eleştirilerimizi arz edeceğiz. Bu bağlamda idari yargının istikrarlı içtihatlar ortaya koyması ne kadar önemli ise hukuk normlarının olayın özelliklerine ve değişen koşullara göre yorumlanması da o derece önemlidir.

Anahtar Kelimeler: İdarenin yargısal denetimi, hukuka uygunluk, hukuka uygunluk denetimi, yerindelik denetimi, takdir yetkisi, bağlı yetki, ölçülülük.

THE LIMITS OF THE ADMINISTRATIVE JUDICIARY REVIEW

Felemez GÜNEŞ

**Erzincan Binali Yıldırım University, Institute of Social Sciences,
Department of Public Law, PhD Thesis, 2022**

Thesis Supervisor: Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

ABSTRACT

It is necessary for the administration to have a certain degree of liberty in terms of performing its tasks. However, this liberty does not give the administration the authority of arbitrariness, unlimitedness and illegality while performing its duties or using its powers. The administrative judiciary will make this determination, keep the administration within the law and tell the law. The administrative judiciary not only draws the boundaries of the administration's action, but also shows its own boundaries in its judicial review. In this respect, the administrative judiciary has to abide by some boundaries arising from the character of judicial review in its review. In this thesis, we will exhibit the approach of doctrine and jurisprudence after explaining these limitations, which are inherent to judicial review, in general terms. Also, we will submit our thoughts and criticisms, considering the jurisprudence characteristic of administrative law, the specific conditions of the facts and the developing current situations. In this context, stable jurisprudence revealed by the administrative judiciary is as important as the interpretation of legal norms according to the characteristics of the fact and changing conditions.

Keywords: Judicial review of administration, legality, review of compliance with law, review of expediency, discretion, binding authority, proportionality.

ÖN SÖZ

Tez yazım süresince; çalışmanın başından beri çok değerli fikir, tavsiye ve desteği ile yola çıktığım ve her türlü yardımı, bilgiyi ve desteğini benden esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Sururi AKTAŞ'a, çalışmama getirdiği fikir ve önerileri ile bana bu yolda ışık tutan değerli hocam Prof. Dr. Ramazan Çağlayan'a, değerli fikir ve katkılarıyla beni yüreklendiren saygıdeğer hocamlarım Prof. Dr. Cem Baygın'a, Doç. Dr. Engin Saygın'a, Dr. Öğr. Üyesi Sencer Abdullah Akkoyunlu'ya, hayatımda her konuda desteği ve katkısı ile beni onurlandıran Dr. Öğr. Üyesi Özgür Temiz'e teşekkürü bir borç bilirim.

Eğitim hayatımda emeği geçen değerli arkadaş ve hocalarıma, hayatımda her türlü desteği ile yanımda olan kıymetli aileme, özellikle tanıdığım günden bu yana hep yanımda olan, her konuda beni destekleyip yüreklendiren, yardımlarını esirgemeyen, anlayış ve sabrı ile bana metanet kaynağı olan sevgili eşime içtenlikle çok teşekkür ederim.

Felemez GÜNEŞ

İÇİNDEKİLER

TEZ BİLDİRİMİ	I
ÖZET	II
ABSTRACT	III
ÖN SÖZ	IV
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN YARGISAL DENETİMİ YETKİSİ İLE BU DENETİMİN SINIRI VE KAPSAMINA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR.....	5
I. İDARENİN YARGISAL DENETİMİ	5
A. Genel Olarak	5
B. İdarenin Yargısal Denetiminin Amacı	8
II. YARGISAL DENETİM YETKİSİ VE SINIRI.....	10
A. Yargısal Denetim Yetkisi Kavramı.....	11
B. Yargısal Denetim Yetkisinin Sınırı	12
III. İDARENİN YARGISAL DENETİMİ DIŞINDA BIRAKILAN İŞLEMLER	17
A. Yasama Kısıntısı	18
1. Tanım ve Tarihçe	18
2. Yasama Kısıntısı Halleri.....	22
a) Anayasa’da Yargısal Denetim Dışında Tutulan İşlemler	23
b) Yasalarda Yargısal Denetim Dışında Tutulan İşlemler.....	34
(1) Anayasa’nın Verdiği İzne Bağlı Olarak Yasalar Gereğince Yargısal Denetim Dışında Tutulan İşlemler	34

(2) Anayasal Dayanağı Olmamakla Beraber Yasalar Gereğince Yargısal Denetim Dışında Tutulan İşlemler	37
B. Yargı Kısıntısı	40
1. Tanım ve Tarihçe	40
2. Uygulamada Yargı Kısıntısı Halleri	44
IV. İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN SINIRLARINA İLİŞKİN MODELLER.....	50
A. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi.....	53
1. Fransa’da.....	53
a) Conseil d’Etat’nın Bir Yargı Mercii Olarak Ortaya Çıkması ve İdari Yargı Yetkisine Etkisi.....	53
b) Fransa’da İdari Yargı Yetkisinin Kapsamı ve Sınırı	56
2. Almanya’da.....	63
a) Almanya’da Yargısal Denetimin Temel Dayanağı.....	63
b) Almanya’da İdari Yargı Yetkisinin Kapsamı ve Sınırı	63
B. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi	70
1. İngiltere’de Yargısal Denetimin Temel Dayanağı	72
2. İngiltere’de İdari Yargı Yetkisinin Kapsamı ve Sınırı.....	77
İKİNCİ BÖLÜM	
HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ VE YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞI...82	
I. HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ.....82	
A. Genel Olarak	82
B. Tanım ve Kavram.....	83
II. YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞI	87
A. Yerindelik ve Yerindelik Alanı.....	88
B. “Yerindelik” Kavramının Hukukumuzda Girişi	95
C. Yerindelik Denetimi.....	100

1. Tanım Olarak Yerindelik Denetimi	100
2. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Bir Gereği Olarak Yerindelik Denetiminin Yasak Olması.....	102
3. Yerindelik Denetimi Yasağının Şartları	105
a) İdarenin Yerindelik Alanı Dâhilinde Tesis Ettiği Bir İşlemin Varlığı	105
b) İdarenin İşleminin Hukuka Uygun Olması.....	107
c) Hukuka Uygunluk Denetimi Sınırının Aşılması.....	109
III. İDARENİN YERİNE GEÇEREK İŞLEM TESİS ETME YASAĞI	111
A. İdari Eylem ve İşlem Niteliğinde Yargı Kararı Verilememesi ve İdarenin Yerine Geçerek İşlem Tesis Etme Yasağı İlişkisi	113
B. İdarenin Yerine Geçerek İşlem Tesis Etme Yasağı ve Yargısal Emir	117
IV. YÜRÜTME GÖREVİNİN KANUNLARDA GÖSTERİLEN ŞEKİL VE ESASLARA UYGUN BİÇİMDE YERİNE GETİRİLMESİNİN KISITLANMASI YASAĞI	122
V. YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞI AÇISINDAN ÖZEL DURUMLAR.....	125
A. Kamulaştırma Hukuku ile İlgili İdari İşlemlerin Yargısal Denetimi	125
B. Kolluk ile İlgili İdari İşlemlerin Yargısal Denetimi.....	131
C. Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi	139
VI. HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ İLE YERİNDELİK DENETİMİNİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	147
VII. YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞINA UYMAMANIN SONUÇLARI.....	150

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN TAKDİR YETKİSİ VE YARGISAL DENETİMİ	154
I. TAKDİR YETKİSİ KAVRAMI	154
A. Bağlı Yetki	154
1. Tanım ve Kavram	154
2. İdari İşlemin Unsurlarındaki Sakatlıkların Bağlı Yetki ile İlişkisi	156

B. Takdir Yetkisi.....	160
1. Tanım ve Kavram	162
2. Takdir Yetkisi ve Bağlı Yetki Etkileşimi	165
3. Takdir Yetkisinin Alanı	169
a) Takdir Yetkisinin Varlığının Tespiti Bakımından	170
b) İdari İşlemin Unsurları Bakımından	173
(1) Yetki	173
(2) Şekil	177
(3) Sebep	180
(a) Sebebin açıkça gösterildiği işlemler	181
(b) Sebep gösterilmesinin öngörülmediği işlemler	182
(c) Sebebi belirsiz kavramlar ile gösterilen işlemler	189
(4) Konu	194
(5) Amaç	195
4. Takdir Yetkisinin Kullanımı	197
a) Seçim Serbestisi	197
b) Bilimsel İmkânlarla Başvurma	199
c) Takdir Sakatlıkları	201
5. Takdir Yetkisini Sınırlama	202
a) Hukuk Normu ile Sınırlama	203
b) İçtihat ile Sınırlama	205
c) Yerindelik Gerekçesi ile Sınırlama	207
d) Takdir Yetkisinin Bağlanması	207
II. TAKDİR YETKİSİNİN YARGISAL DENETİMİ	210
A. İdari İşlemin Unsurları Bakımından Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi....	213
B. Takdir Yetkisinin Yargısal Kararla Kaldırılmaması	215
1. Genel Olarak	215
2. Takdir Yetkisinin Yargısal Kararla Kaldırılması Yasağı Açısından Geçerli Olan Temel Şartlar	217
a) İlgili Mevzuatta İdarenin Takdir Yetkisinin Öngörülmesi Olması	218

b) Takdir Yetkisinin Hukuka Uygun Kullanılması.....	218
c) Hukuka Uygunluk Denetimi Sınırının Aşılarak Farklı Yönde Karar Verilmesi.....	218
C. Takdir Yetkisinin Denetiminde Uygulanan Yöntemler	219
D. Takdir Yetkisinin Denetiminde Esas Alınan Ölçüt ve İlkeler	224
1. Temel Hak, İlke ve Kurallar	227
2. Somut, Geçerli ve Yeterli Sebep.....	230
3. Kamu Yararı ve Hizmetin Gerekleri.....	235
4. Hukuk Kurallarına Uygun Yorum	237
5. Ölçülülük İlkesi.....	242
6. Açık Hata	244
7. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Tavsiye Kararları	247
E. Takdir Yetkisi ve Yerindelik Etkileşimi	249
SONUÇ.....	258
YARARLANILAN KAYNAKLAR	265

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AD	: Adalet Dergisi
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AÜSBFY	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AY.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.T.	: Erişim Tarihi
DD	: Danıştay Dergisi
D...D	: Danıştay ... Hukuk Dairesi
DİBK	: Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DKD	: Danıştay Kararlar Dergisi
DTYBY	: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları
DVDDK	: Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu
E.	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Iss.	: Issue

İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBFD	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KT	: Karar Tarihi
No	: Numara
Rec. Cons. D'Et.	: Recueil Conseil d'Etat
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBBY	: Türkiye Barolar Birliği Yayınları
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİD	: Türk İdare Dergisi
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
vs.	: vesaire
Y.	: Yıl
Y...HD	: Yargıtay ... Hukuk Dairesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Hayatın olağan akışına bağlı olarak idarenin yürüteceği faaliyetlerin sayısında artış, yapılarında ise sürekli değişiklik ve çeşitlilik görülmektedir. İdarenin hareket alanının genişlemesine bağlı olarak artan idari faaliyetlerin zamana göre güncellenerek yargısal denetime tabi tutulması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

İdarenin yargısal denetimi, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşullarından biridir. Zira idarenin yargısal denetimi ile idari yargı mercii, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlar; idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı temel hak ve hürriyetleri güvence altına alır; hukuk düzenini ve istikrarı korur ve içtihatları ile hukuk yaratır. Ancak hukuk devletinde yasama ve yürütme organları gibi yargı organı için de birtakım sınırlamalar söz konusudur. Bu itibarla yargı organı, yargısal denetim yetkisini kullanırken, yargılamanın niteliğinden kaynaklı ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak anayasal ve yasal bazı sınırlamalara tabi tutulmaktadır.

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125. maddesinin 4. fıkrasına göre, *"Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. 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."* 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, *"İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler."* Anılan hükümlerle, ortak bir dil kullanılarak yargısal denetim açısından birbirleriyle bağlantılı sınırlamalar getirilmiştir. Bu hükümlerde yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Ancak kanun koyucu, hukuka uygunluk denetiminin ne olduğunu açık bir şekilde ortaya koymamakla birlikte, ne olmaması gerektiğini kısmen düzenlemeye çalışmıştır. Bu itibarla aynı maddelerde yargısal denetim

yetkisinin sınırlarıyla ilgili olarak “yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı” verilemeyeceğine ve “yerindelik denetimi yasağı”na değinilmiştir¹. Bu nedenle yargısal denetimin sınırları ele alınırken “hukuka uygunluk denetimi”, “yerindelik denetimi yasağı”, “idarenin yerine geçerek işlem tesis etme yasağı”, “yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesinin kısıtlanması yasağı” ve “takdir yetkisinin yargısal kararlarla kaldırılması yasağı” ayrı ayrı incelenip değerlendirilecektir. Bu sınırlamalar, çok eskiden beri tartışılrsa da önem ve anlamları zamana göre değişebilmektedir. Bu bağlamda bu sınırlamaları, geçmişin bilgi ve birikimiyle, ama aynı zamanda toplumsal yaşamın değişen koşullarını da göz önünde bulundurarak yeniden ele alacağız.

“Hukukilik”, “yerindelik” ve “takdir yetkisi”, yargı mercileri ve doktrinin üzerinde tam olarak uzlaşamadıkları kavramlardır. Ayrıca farklı devletlerin ve devlet içindeki idare ile yargı mercilerinin bu kavramlara bakışı farklıdır. Bu farklılık her bir devletin hukuk devleti olma yolunda hangi aşamada olduğunu/olabileceğini göstermesi açısından önemlidir. Ancak çalışmanın hacmini büyütmemek için “hukuka uygunluk denetimi”, “yerindelik denetimi yasağı” ve “takdir yetkisi denetimi”ni sadece idari yargı açısından inceleyeceğiz; hukukun diğer dallarındaki işleyiş ve konumlarına değinmeyeceğiz.

İdari yargıda hukuka uygunluk denetimi yapılır. Hukuka uygunluk denetimi dışında denetim yapılamaz. Yargı mercii tarafından hukuka uygunluk denetimi dışında yapılacak her türlü denetim yerindelik denetimi olur. Bu bağlamda hukuka uygunluk denetimi yargısal denetimin ana içeriğini teşkil etmekle birlikte, aynı zamanda yargısal denetimin sınırını da oluşturmaktadır. Bunun yanında yerindelik denetimi yasağı da yargısal denetimin sınırını oluşturmaktadır.

¹ Hukukumuzda idari yargı denetimine ilişkin sınırlamalar, sadece bu sayılan hususlardan ibaret değildir. Örneğin “yürütmenin durdurulması kararı verilmesini zorlaştıran hüküm” (1982 Anayasası, m. 125), “verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak karar verilememesi” (İYUK, m. 20/3), “ivedi yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler” (İYUK, m. 20/A, 20/B) veya “aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma yasağı” veyahut “yargının kendini sınırlaması” da birer sınırlama olmasına rağmen, bunlar çalışmamız kapsamında ele alınmayacaktır. İleride ayrıntılı olarak değinileceği üzere çalışmamızın ana konusu idari yargılama yetkisinin tekniğinden kaynaklanan sınırlamalardır.

Gerek 1982 Anayasası'nda gerekse kanunlarımızda yargılamanın sınırı, genel olarak belirlenip, ayrıntılı olarak açıklanmamaktadır. Yargının ne yapabileceğini veya ne yapamayacağını, yani yargılamanın alanı ve sınırını, idari yargı mercii, özellikle de Danıştay, her olayın özelliklerini göz önünde tutarak belirlemektedir. Bu bağlamda idari yargı mercii, hukukilik, yerindelik ve takdir yetkisinin alan, kapsam ve sınırını belirlemede önemli görevler üstlenmektedir. Zira hukuka uygunluk denetimi, yerindelik denetimi yasağı ve takdir yetkisinin yargısal denetiminde çizilen sınırlar ve göz önünde bulundurulmuş ilkeler, yargı mercileri tarafından saptanıp uygulanmaktadır. Ancak bu sınırlar, değişken ve esnektir.

Takdir yetkisi ile yerindeliğin iç içe geçtiği bazı uyumsuzluklarda yargı mercisinin kaçınılmaz olarak hukuka uygunluk denetimi yanında yerindelik denetimine yakın kararlar da verdiği görülmektedir. Bu bağlamda dinamik birer konu olan hukukilik, yerindelik ve takdir yetkisi kavramlarının daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle tanımlarının yapılması, tüm unsurları ile birlikte ele alınıp sınırlarının çizilmesi, mevzuattaki gelişme süreçlerinin açıklanması, benzer ve farklı yönlerinin ortaya konulması ve öğretide yer alan görüşlerin aktarılması önem arz etmektedir. Ayrıca yargı mercilerinin bu kavramlara bakış açısı, bunlar hakkında ne ölçüde istikrarla içtihat oluşturdıkları ve çelişkili kararların söz konusu olup olmadığı gibi hususlar konunun anlaşılması için ortaya konulmalıdır.

Zikredilen açıklamalardan hareketle çalışmamızın amacı, idari yargı yetkisi ve sınırı ile ilgili anayasal ve kanuni düzenlemeleri inceleyip izah etmek, doktrindeki görüşlerin, yargısal kararların ve uygulamanın analizini yapmak ve bir bütün olarak yargısal denetimde temel alınan ölçütleri değerlendirmeye tabi tutup ortaya koymaktır. Bu bağlamda birinci bölümde, genel itibarı ile yargısal denetim yetkisi, bu yetkinin nerede başlayıp nerede biteceği, kapsam olarak hangi işlemlerin yargısal denetim dışında tutulduğu gibi konular ve yargısal denetim yetkisi ile ilgili farklı yargı sistemlerinde bulunan düzenleme, uygulama ve tartışmalar ele alınacaktır.

İkinci bölümde, hukuka uygunluk denetimi ile bu denetimin kapsamı, yöntemleri ve sınırları incelenecektir. Bu bağlamda özellikle yargısal denetimin içeriği ve bir sınırı olarak hukuka uygunluk denetimi, geçmişten günümüze özellikle

güncel yargısal kararlar incelenerek hukuka uygunluk denetiminde temel alınan ölçütler ve ilkeler izah edilecektir.

İkinci bölümde, ayrıca yerindelik terimi kavram olarak ele alınacak, bu kavramın hukukumuza girişi hakkında bilgi verilecektir. Bu bağlamda kavramın Anayasa ve 2577 sayılı Kanun'da düzenlenmesi ve tarihsel süreci ele alınacaktır. Bununla birlikte yerindelik denetimi yasağına dâhil olan “idarenin yerine geçerek işlem tesis etme yasağı” ve “yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun uygun şekilde yerine getirilmesinin kısıtlanması yasağı” yargısal içtihatlar ile örneklendirilerek açıklığa kavuşturulacaktır. Devamında yerindelik denetimi kavramı ve bu kavramın hukuka uygunluk denetimi ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile ilişkisi izah edilerek yerindelik denetimi yasağı ve şartları ile bu yasağa uymamanın sonuçları hakkında bilgi verilecek; yerindelik denetimi yasağı açısından önem arz eden özel durumlar açıklanmaya çalışılacaktır. Bütün bunlar yapılırken konu hakkındaki tartışmalara ve yargısal içtihatlarla yer verilecek; yargısal içtihatların istikrar oluşturup oluşturmadığı ve bu konudaki kanaatlerimiz ortaya konulacaktır.

Üçüncü bölümde, bağlı yetki ve takdir yetkisini genel olarak açıklayarak, bu yetkilerin anlam, kapsam ve farkı izah edildikten sonra, takdir yetkisinin gerekliliği ve uygulama alanı, bu yetkinin kullanımında izlenen usul, takdir yetkisinin mevzuatta ne şekilde düzenlendiği, sınırı ve bu yetkinin yargısal denetiminin nasıl yapıldığı, ayrıca takdir yetkisinin denetiminde esas alınan içtihadi ölçütlerin neler olduğu konuları ele alınacaktır. Takdir yetkisinin yargısal kararlarla kaldırılması yasağı açısından geçerli olan temel şartlar, takdir yetkisi ve yerindelik etkileşimi ile takdir yetkisinin denetimi ile yerindelik denetimi ilişkisi hususları izah edilecek, doktrinin konuya yaklaşımı ve bu konudaki yargısal içtihatlar ortaya konulacaktır. Ayrıca bu bölümde takdir yetkisinin diğer hukuk sistemlerinde ele alınma, yorumlanma ve değerlendirme şekli zaman zaman irdelenecek ve bunlara ilişkin değerlendirmelerimiz ortaya konulacaktır.

Sonuç bölümünde vardığımız neticeler ve yaptığımız tespitler ortaya konularak mevzuat ve yargı kararları bağlamında önerilerde bulunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN YARGISAL DENETİMİ YETKİSİ İLE BU DENETİMİN SINIRI VE KAPSAMINA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

I. İDARENİN YARGISAL DENETİMİ

A. Genel Olarak

İdarenin işlemini tesis ettiği sırada birtakım ilkelerle bağlı olması² ne kadar önemli ise, işlemini tesis ettikten sonra bunun hukuka uygunluğunun denetimi de o kadar önemlidir. Zira her ne kadar hukuk kuralları ile idare açısından geçerli olacak birtakım sınırlamalar ve bu sınırlamalara uyulmadığında bazı yaptırımlar öngörülmüşse de, bunlar tek başına yeterli olmadığından ve bireylere gereken güvenceyi veremediğinden dolayı yargısal denetime ihtiyaç duyulmuştur.

1982 Anayasası'nın birinci kısmında yer alan "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin "*demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti*" olduğu belirtilmektedir. Hukuk devleti, en kısa tanımıyla devletin ve idari eylem ve işlemlerin keyfi esaslara değil, hukuk kurallarına bağlı olduğu ve kişilerin hukuki güvenlik içinde oldukları bir sistemdir³.

² Sait Güran, "Yönetimde Açıklık", *İHİD*, Y. 1982, C. 3, S. 1-3, s. 102; İl Han Özay, "Egemenliğin Kaydı ve Şartı", *İHİD*, Y. 2000, C. 13, S. 1, s. 328.

³ İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa, İstanbul 2002, s. 55-57; Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş I*, Türkiye ve Ortadoğu Amme Enstitüsü Yayınları, No. 117, Ankara 1968-1970, s. 61-66; Ragıp Sarıca, *İdarî Kaza*, Kenan Matbaası, İstanbul 1949, s. 5; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 100; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 35; Ramazan Çağlayan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti", *AÜEHFD*, C. II, S. 1, Erzincan 1998, s. 41 vd.; Kemal Gözler, *İdare Hukuku I*, 3. Baskı, Ekin, Bursa 2019, s. 134-144; Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 44; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 35-37, 120-129; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 68 vd.; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 2; Celal Karavelioğlu, *Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 7. Baskı, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara 2009, s. 9-10; Nevin Ünal Özkorkut, "1876 Anayasasının Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler", *AÜHFD*, Y. 2004, C. 53, S. 1, s. 173 vd.; Maksut Mumcuoğlu, "Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye'de Gelişimi", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 46, S. 2, Ankara 1989, s. 263 vd. Ayrıca bkz. D5D, KT, 10.10.2014, E. 2012/4927, K. 2014/6653, DD, S. 137, s. 238.

Yasal düzenlemelerde “hukuk devleti” ibaresinin geçmesi, sistemi tek başına hukuk devleti haline getirmez. Bunun için birtakım unsurların uygulamada görülmesi gerekir⁴. Hukuk devletinin önemli ve etkili unsurlarından biri⁵ olan yargısal denetim ile idarenin hukuka uygun hareket etmesi sağlanır⁶. Bu itibarla idarenin ve idari işlemlerin hukuka bağlılığını sağlamanın en iyi yolu yargısal denetimdir⁷. Bu şekilde kanuni idare ilkesi gerçekleştirilmiş olur⁸.

⁴ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 35.

⁵ Diğer unsurları şu şekilde sıralamak mümkündür: “Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması”, demokratik yönetim”, “kanunların Anayasa’ya uygunluğunun sağlanması”, kanuni idare ilkesi”, “mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi”, “idarenin mali sorumluluğu”, “cezaların şahsiliği”, “erklerin ayrılığı”, “devletin tüm organlarının hukuka bağlı olması”. Ayrıca bkz. İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 69-90; Lütfi Duran, “İdari Yargı Adlileşti”, *İHİD*, Y. 1982, C. 3, S. 1-3, s. 64 vd.; Zehredin Aslan, *İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması*, 2. Bası, Alfa, İstanbul 2001, s. 6; Metin Günday, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları, No: 53, Ankara 1991, s. 139-148. Aktaş, hukuk devleti kavramına, biçimsel (prosedürel) ve kurumsal gereklerin yanı sıra maddi hukuk devletinin gereklerini de dâhil ederek görece olarak daha güçlü bir hukuk devleti anlayışından yana tavır aldığı belirtilmektedir. Sururi Aktaş, “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 1, 2020, s. 25 vd.

⁶ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 355-358; Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2013, s. 116; Füzuan İkinciogulları, “Hukuk Devleti”, *GÜHFD*, C. 1, S. 1, Ankara 1997, s. 29-31; Halil Kalabalık, “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, *GÜHFD*, C. 1, S. 1, 1997, s. 194; Burhan Kuzu, “Hukuk Devleti ve Re’sen Emeklilik”, *İÜHFM*, C. LIV, İstanbul 1994, s. 103.

⁷ İdarenin denetimi için çeşitli denetim yollarına başvurulmaktadır. Bunlar idari denetim, siyasi denetim, kamuoyu denetimi ve yargı denetimidir. İdari denetim, idarenin kendisi tarafından veya başka bir idari makam ve merci tarafından denetlenmesidir. Kamu kuruluşunun kendi kendisini denetlemesine iç denetim (örneğin hiyerarşi denetimi), kamu kuruluşunun başka bir kamu kuruluşu tarafından denetlenmesine ise dış denetim (örneğin vesayet denetimi) denir. Siyasi denetim, Anayasa’nın 98. maddesi ve devamında düzenlenen, yasama organının idareyi dolaylı olarak hükümet veya bakanlar aracılığı ile denetlemesidir. Kamuoyu denetimi ise, kitle haberleşme araçları tarafından yapılan bir denetim yoludur. Yargı denetiminde yalnız hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır. İdari denetim, siyasi denetim ve kamuoyu denetiminde hem hukuka uygunluk denetimi hem de yerindelik denetimi yapılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta, İstanbul 2009, s. 373-430; A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 5-10; Alpertunga Avcı, *Çağdaş Yüksek Denetim ve Etkin Türk Sayıştayını Yetkin Yayınları*, Ankara 2014, s. 25-29; Erol Dündar, “Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Sayıştayları İçtihatlarına Göre)”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I*, Güneş Matbaası, DTYBY, No: 21, Ankara 1976, s. 163-164; Erman Bayraktar, “Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I*, Güneş Matbaası, DTYBY, No: 21, Ankara 1976, s. 258; Güler Mermut, “İptal Dâvalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I*, Güneş Matbaası, DTYBY, No: 21, Ankara 1976, s. 297.

⁸ Kanuni idare ilkesinin idari eylem ve işlemlerin hem kanuna dayanmasını hem de kanuna aykırı olmamasını ifade ettiği hakkında bkz. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 151-165; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 105; Sait Güran, “Yargı Denetiminin Kapsamı”, *İÜHFM*, Y. 1987, C. 52, S. 1-4, s. 36.

İdarenin yargısal denetiminin konusu, 1982 Anayasası'nın 125. maddesinde açıkça belirtilmektedir. Anılan maddede “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, idarenin hem özel hukuk hükümlerine hem de kamu hukuku hükümlerine tabi faaliyetlerinin yargısal denetimine tabi olduğunu öngörmektedir⁹.

Fransa başta olmak üzere Türkiye'nin de dâhil olduğu Kıta (Kara) Avrupası hukuk sisteminde “idari rejim” kabul edilmiştir¹⁰. Bu rejimdeki idari yargı düzeni, kendi kendine yeten ve özel hukuktan ayrı, hatta özel hukuk kurallarını aşan, kendine has ve özerk bir yargı düzenidir¹¹. Türkiye'deki idari yargı düzeni, kendine has yargı mercileri olarak “Danıştay”, “bölge idare mahkemeleri”, “idare mahkemeleri” ve “vergi mahkemeleri”nden oluşmaktadır. Bu düzende, idarenin yargısal denetimi usulü ile ilgili olarak da temelde “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)”¹², “2575 sayılı Danıştay Kanunu”, “2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun” ve “213 sayılı Vergi Usul Kanunu” bulunur. Bundan dolayı idari rejimi kabul eden Türkiye'de yargı denetimi, idari yargı mercileri tarafından görülen idari davalar¹³ yoluyla gerçekleştirilir¹⁴.

Son olarak diyebiliriz ki, idari davalar aracılığı ile gerçekleştirilen idarenin yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olup, yürütme karşısında bireyler açısından en önemli güvencedir. Yargısal denetim yoluyla kamu yararı-özel yarar

⁹ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 49-94; Karavelioğlu, s. 28.

¹⁰ Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 608-631; Sabri Coşkun, “İdari Yargıda Son Gelişmeler”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları, No: 53, Ankara 1991, s. 45-46.

¹¹ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 57-68; Balta, s. 91-92.

¹² Tan, *İdare Hukuku*, s. 633-634; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 69; Yayla, *İdare Hukuku*, s. 441-442.

¹³ İdari davalar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 59; Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 133; Sait Güran, “İdari Yargılama Usulü Üzerine Düşünceler”, *Tahsin Bekir Balta'ya Armağan*, AÜSBFY, Ankara 1974, s. 223; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 247; Balta, s. 93; Sabri Coşkun, Müjgan Karyağdı, *İdari Yargılama Usulü, Örnek İçtihatlar- Yorumlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 87 vd.; Cafer Ergen, *İdari Yargı Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 121 vd.; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 202-216; Karavelioğlu, s. 55-56.

¹⁴ Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 204-221; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 66-68; Balta, s. 93.

arasındaki denge sağlanır, temel hak ve hürriyetler idareye karşı korunur, objektif hukuk düzeni sağlanır.

B. İdarenin Yargısal Denetiminin Amacı

İdarenin yargısal denetimi, hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden biridir¹⁵. Bu bağlamda hukuk devletinde idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargısal denetim yolunun açık tutulması gerekir. Zira yargısal denetim, idari eylem ve işlemler karşısında bireye güvence sağlamaktadır.

Bireyler ile sürekli ilişki içerisinde olan idare, birtakım kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olduğundan bireylere oranla daha fazla etkili ve güçlü bir konumdadır¹⁶. Zira idare, bireylerin rızalarına bağlı olmadan tek taraflı iradesi ile işlem tesis edebilmekte ve aldığı kararların re'sen icrasını sağlayabilmektedir. Ayrıca idari işlemler, hukuka uygunluk karinesinden yararlanabilmektedir¹⁷. Bilindiği üzere idarenin personeli ve malları da özel hukuk kişilerine oranla özel bir koruma altındadır. İdarenin eylem ve işlemlerinden bireyin zarar görmesi de mümkündür¹⁸. Hukuk devletinde idarenin bu üstün ayrıcalığına karşı bireylerin korunması, idarenin yargı organı¹⁹ önünde denetime tabi olması ile mümkün olmaktadır²⁰. Bu itibarla idarenin yargısal denetimi, devlet karşısında bireyin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır²¹.

Hukuk devletinde idare, her ne kadar kendinden üstün olarak hukuk kurallarının var olduğunu kabul etse de yargı, idarenin bu kurallara uyup uymadığını denetlemektedir. Bu bağlamda idari yargı düzeninin bir işlevi de idarenin hukuka

¹⁵ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 36.

¹⁶ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 36. Ayrıca bkz. Ergun Özbudun, "Türkiye Büyük Milleti Hükûmetinin Hukukî Niteliği", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Y. 1985, C. I, S. 2, s. 485; Mehmet Ünlüçay, "İdarî Yargının İşlevi ve Görev Alanı", *"İdari Yargı" Panel*, 11-12 Nisan 2003 Mersin, Şen Matbaa, TBBY, Ankara 2003, s. 36; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 6.

¹⁷ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 36.

¹⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 6.

¹⁹ Yargı organı bağımsız ve tarafsız mahkemelerden oluşur (AY, m. 9). Bağımsız mahkemeler, yargılama faaliyeti yapan, kendilerine emir ve talimat verilemeyen (AY, m. 138/2), kararları bağlayıcı olan (AY, m.138/4) görevlerinde bağımsız (AY, m. 138/1) ve teminatlı hâkimlerden (AY, m. 139) oluşan yargı yerleridir.

²⁰ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 37. Ayrıca bkz. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 6.

²¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 3.

uygun davranmasını sağlayarak hukuk düzenini ve bu düzendeki istikrarı korumaktır. Zira normlar hiyerarşisi içerisinde alttaki bir kuralın üstteki kurallara uygun olması gerekmektedir. İşte idari yargı, yaptığı denetim ile bireysel ve düzenleyici işlemlerin üst kurallara (Anayasa, kanun, cumhurbaşkanlığı kararnameleri) uygunluğunu denetler. Böylece hukuk düzenini oluşturan ancak hukuka aykırı nitelikte bulunan idarenin işlemleri hukuk âleminde kaldırılmış²² ve hukuk düzeninin korunması gerçekleştirilmiş olur²³.

Yürütme ve bir parçası olan idarenin, yargı mercii tarafından denetlenmesi ve dengelenmesi gerekir. Bu noktada yargı mercii, verdiği kararlar ile idareyi hukuka bağlı kılacak kadar etkili ve idarenin yürütmekle yükümlü olduğu hizmetleri yerine getirmesini engellemeyecek şekilde de ayrı bir organ olmalıdır²⁴. Bu bağlamda yargı denetiminin işlevi, yürütme ve idarenin üstün gücünü hukuk ile sınırlamak, hukuka aykırı işlemleri iptal ederek ortadan kaldırmaktır²⁵. Bu itibarla yargının, idarenin hukuk sınırları içerisinde kalmasını sağlama görevi, hukukun üstünlüğü açısından önemli bir husustur. Erkler ayrılığı da yargının, idarenin alanına girmemesini gerektirir. Yargısal denetim, bunlar arasında orta bir yol bulmaya çalışır²⁶.

Sonuç olarak yargı denetimi, hem bireyleri idareye karşı korumakta hem de idare ile bireyler arasında menfaat dengesini gerçekleştirmektedir²⁷. Bu itibarla idari yargı, temel hak ve özgürlüklerin idareye karşı korunmasını sağlamakla kalmaz; aynı zamanda nesnel (objektif) hukuk düzeninin korunmasına da katkı sağlar²⁸. Ayrıca

²² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 6.

²³ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 37. Ayrıca bkz. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 6-7.

²⁴ Benzer yönde bkz. Nuri Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, DTYBY, No: 33, Ankara 1983, s. 37.

²⁵ Güran, “Yargı Denetiminin Kapsamı”, s. 36. Bu konuda detaylı bilgi için ayrıca bkz. Yıldızhan Yayla, “İdari Yargının İç Barışa ve Demokrasiye Katkısı”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları, No: 53, Ankara 1991, s. 15-26.

²⁶ John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, Fourth Edition, Palgrave Macmillan, New York 2002, s. 398-399.

²⁷ Coşkun, “İdari Yargıda Son Gelişmeler”, s. 45.

²⁸ Ali Ülkü Azrak, “Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi”, *İÜHFM*, Y. 1967, C. 33, S. 1-2, s. 68 vd.; Mahmut Şen, “Kanun ile Bir Kurumdaki Kamu Görevinin Sona Erdirilmesine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargısal Denetim ve Adalet Erişim Hakkı”, *TBB*, S. 116, Ankara 2016, s. 192; Tezcan Çakır, “İptal Davalarının Objektifliği”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000-1*, 12-16 Ocak

hukuk kurallarını yorumlama ve uygulama da yargısal denetimden beklenmektedir²⁹. Ancak bunun için yargısal denetim, kolay ulaşılabilir olmanın yanında etkin ve etkili olmalıdır.

II. YARGISAL DENETİM YETKİSİ VE SINIRI

Ülkemizde, idare hukuku alanında idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklardan kaynaklı iptal davaları ve tam yargı davaları, idari yargının görev alanı içerisinde yer almaktadır³⁰. Bu bağlamda idari yargının görev alanı (kapsamı) söz konusu olduğunda, bu yargı kolundan beklenen, iptal davaları ile idarenin tüm işlemlerinin hukuka uygunluk denetiminin yapılması; tam yargı davaları ile de idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararların tazmini taleplerinin görülüp çözüme kavuşturulmasıdır³¹.

Hukuk devletinde idarenin yargısal denetimi³² kaçınılmaz ise de ülkemizde idarenin bazı işlemleri yargı denetimi dışında tutulmuş ve yargı denetimine sınırlamalar getirilmiştir. Başka bir deyişle idarenin yargısal denetiminin kapsam ve sınırı söz konusudur³³. Ancak “yargı denetiminin kapsam ve sınırı”na geçmeden önce konumuz açısından önem arz eden “idarenin yargısal denetim yetkisi” ve “idarenin yargısal denetim yetkisinin sınırı” kavramlarına değinmekte fayda görüyoruz.

2000 Ankara, s. 331 vd., <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/2012yayin/hukukkurultayi/>, <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/untit2007/00-01.pdf>, s. 331 vd. (E.T. 30.08.2020).

²⁹ İl Han Özay, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, DTYBY, No: 33, Ankara 1983, s. 11 vd.

³⁰ Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 95.

³¹ Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 144.

³² Yargısal denetim hakkında bkz. Sıddık Sami Onar, “Türkiye’de İdarenin Kazai Murakabesi”, *İÜHFM*, Y. 1935, C. 1, S. 1, s. 21 vd.

³³ Günday, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 139 vd. Çağlayan’a göre, “İdari yargının görev alanının kapsamı, yargı denetimi dışında bulunan idarî işlem olup olmadığının ifadesidir. İdarî yargının görev alanının sınırından maksat ise yargısal denetim yapılırken, yargı yerinin yetkisinin nereye kadar olduğunun tespit edilmesidir.” Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 195.

A. Yargısal Denetim Yetkisi Kavramı

Yetki sözlükte, “*Bir görevi, bir işi yasaların verdiği imkânlarla göre, belli şartlarla yürütmeyi sağlayan hak, salahiyet, mezuniyet*” olarak ifade edilmektedir³⁴. Hukuk dilinde ise yetki, güç ve iktidarı ifade etmek için kullanılan bir kavramdır³⁵. Bu bağlamda yetki, bir kamu erkini kullanma açısından güç ve ayrıcalık yaratır. Zira yetkili olmak, normal bir kişi ve duruma göre ayrıcalık veya yükümlülük gerektirebilir.

Yetki, yetkili kılınan konu üzerinde konu ile ilgili olarak yapılabilecek hususları ifade eder. Bu bağlamda yetki, hem bir konuda neyin yapılabileceğini ya da yapılamayacağını (içeriği, kapsamı), hem de neyin nasıl yapılabileceğini ya da yapılamayacağını (sınırı) ifade eder.

Yetkiler, kişiye değil de işgal edilen makama verilir ve o makama atanmakla statü gereği kazanılır³⁶. Bu statü, daha çok kamu hukuku ile ilgili olup üstünlük vermektedir. Örneğin yargılama hukuku, kamu hukuku kaynaklı olup kamusal yetkiler kullanabilir. Zira anayasal ve yasal düzenlemeler yargı kararlarına kamusal güç ve ayrıcalık vermektedir. Bu bağlamda idari yargı mercii, yargıya intikal etmiş bir idari uyuşmazlık üzerine re’sen inceleme yapabilir; yargılamanın ilerlemesi için ara kararları ile idareye emir verebilir. Vereceği karar ile idarenin işlemini durdurabilir veya iptal edebilir; idareyi tazminata mahkûm edebilir. Bütün bunlar, yargısal kararlar ile sağlanır ki bu durum, idari yargı yetkisinin doğal gereğidir.

Konumuz bağlamında ele alınan, “idari yargı yetkisi”dir. İdari yargı yetkisinden kasıt, idari yargının görev alanı içerisinde yapabileceği faaliyetlerdir. İdari yargının görev alanı içerisinde yapabileceği faaliyetler ise bir idari uyuşmazlığın idari yargıya intikalinden uyuşmazlık hakkında nihai karar verilinceye kadar yapılabilecek faaliyetleri ifade eder. Bu bağlamda idari yargının neyi çözebileceği ve nasıl çözebileceği ile ilgili hususlar, idari yargı yetkisine dair faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, aynı zamanda yargılamada konu ve usule ilişkin

³⁴ <http://tdk.gov.tr> (E.T. 14.12.2020).

³⁵ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Kitabevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 223.

³⁶ Şükrü Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, *TİD*, Y. 63, S. 392, Eylül 1991, s. 65; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 845-850.

hususlardır. Ancak konumuz açısından sadece “idari yargı yetkisinin niteliği”nden kaynaklı hususlar üzerinde durulacaktır. İdari yargı yetkisinin niteliğinden kaynaklı hususlar ise idari yargının görev alanı ile ilgilidir. Zira idari yargı, hem idarenin yetkilerini denetler hem de idareyi ayrı bir organ olarak tanır.

B. Yargısal Denetim Yetkisinin Sınırı

Hukuk devletinde yasama, yürütme ve yargı organları hukukla bağlıdır. Bu itibarla hukuk devletinde yasama, yürütme ve yargı organları hukuk kuralları yoluyla önceden belirlenmiş sınırlar içerisinde yetkilerini kullanabilir³⁷. İdari yargı yetkisi de birtakım sınırlamalara tabidir. Bu bağlamda idari yargı denetiminin sınırı³⁸ önem arz etmektedir³⁹.

Konumuz açısından “idari yargı yetkisinin sınırları”ndan kastın, bu sınırın mümkün olup olmadığı, mümkün ise bu sınırın ne olduğu ve bu sınırın nasıl tespit edileceğidir. Bu sınırlar, öncelikle Anayasa ve kanun koyucu tarafından hüküm altına alınan sınırlardır.

1982 Anayasası’nın 125. maddesinin 1. fıkrasına göre, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” Bu hüküm, idarenin faaliyetlerine karşı dava yoluna gidilebilmesi ile ilgilidir. Anılan hüküm, yargı mercilerinin neyi denetleyebileceğini, yani yargısal denetimin kapsamını göstermektedir. Bu bağlamda yargı mercii, kural olarak idarenin her türlü⁴⁰ eylem ve işlemlerini denetlemekle yetkilidir. Ancak yargı merciinin neyi denetleyebileceği kadar, neyi nasıl ve ne kadar denetleyebileceği de bir o kadar önemli ve üzerinde durulması gereken bir husustur.

³⁷ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 137-139.

³⁸ Bu konuda bkz. Nuri Alan, “Açılış Konuşması”, “İdari Yargı” Panel, 11-12 Nisan 2003 Mersin, Şen Matbaa, TBBY, Ankara 2003, s. 13.

³⁹ İdari yargıda içtihat önemli bir yer tuttuğundan yargı mercii, bazen kanunda yargı yetkisi için öngörülmuş olan sınırları genişletebilir veya kanunda değinilmeyen yeni sınırlamalar getirebilir. Ayrıca Anayasa’nın 2. maddesindeki “hukuk devleti” ilkesi de yasama, yürütme ve yargı organları için bir sınır oluşturmaktadır. Ancak biz burada, sadece, yargı merciinin yargısal denetim sırasında kullandığı yetkinin sınırları üzerinde duracağız.

⁴⁰ İstisnaları da Anayasa yine kendisi 125. madde ve diğer maddelerde göstermiştir. Günday’a göre, 1982 Anayasası otorite-özgürlük mücadelesini “özgürlük” aleyhine bozmuştur. Zira Anayasa, 125. maddenin 1. fıkrasında koyulan kurala, aynı maddenin 2. fıkrasında ve Anayasa’nın öteki maddelerinde istisnalar getirmiş ve idari yargı denetiminin kapsamını daraltmıştır. Günday, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 139.

Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasına göre, *“Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”* Ayrıca yargısal denetim görevi ancak *“Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak”* (AY, m. 138) kullanılabilir. Aynı şekilde İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.”*⁴¹ Söz konusu düzenlemeler yargı yetkisinin sınırına ilişkindir.

Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası ve İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasından⁴² hareketle, Türk hukukunda idari yargı denetiminin sınırlarını aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

- Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır⁴³ (“hukuka uygunluk denetimi” temel kuralı).

⁴¹ Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası ve İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında, açıkça “yönetime karışma” ve “politikasını saptama” yasağı vurgulanmaktadır. Bu yasak; yönetici yerine geçme, yönetime emir verme, takdir yetkisini kaldırma ve yürütme görevini engelleme konularında ayrı ayrı olarak ifade edilmiştir. Tekin Akıllıoğlu, “Yönetişel Yargı ve Denetimin Etkinliği”, *AİD*, Y. 1990, C. 23, S. 1, s. 8. İdare bu iki maddeye aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle yargı mercilerince verilen yargı kararlarını yerine getirmezlik iddiasında bulunamaz. Benzer yönde bir analiz için bkz. Cem Ayaydın, “İdari Yargı'nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, *İÜHF*, Y. 2011, C. LXIX, S. 1-2, s. 529.

⁴² Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası ve İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında, yargı mercilerine hitaben bazı sınırlamalara ve uyulması gereken hususlara emir kipi ile yer verilmiştir. Diğer bir söylemle bu iki madde, “yargılama sınırları” hakkında yargı mercilerine yönelik emir barındırmaktadır. Anılan maddelerin bir emir olduğunu, ancak bu olmasa da sonucun değişmeyeceğini söyleyebiliriz. Zira bazı istisnalar dışında bu sınırlamalara aykırı hareket edilmesi durumunda geçerli olacak herhangi bir hukuki yaptırım öngörülmemiştir. İstinaf ve temyiz aşamasında bu iki maddedeki sınırlamalara aykırı karar verildiği tespit edilirse, verilen karar bozulacaktır. Ancak bu iki maddedeki sınırlamalara aykırı olduğu halde istinaf ve temyiz yolu kapalı olan kararlar ve Danıştayın nihai kararları için ise yapılacak bir şeyin olmaması kanaatimizce hukuk devleti ile bağdaşmaz.

⁴³ “Bu hükümlere göre, idari yargı yerlerinin denetim yetkisi, kanunların idari makamlara bıraktığı yetkilerin kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılmasını kapsar.” D14D, KT, 30.11.2015, E. 2012/1207, K. 2015/6061, DD, S. 141, s. 440.

- Yargı yetkisi, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz (yerindelik denetimi yasağı).

- Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak biçimde yargı kararı verilemez (yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun şekilde yerine getirilmesinin kısıtlanması yasağı).

- İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez (idarenin yerine geçerek işlem tesis etme yasağı).

- İdarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez (takdir yetkisinin yargısal kararlarla kaldırılması yasağı)⁴⁴.

Yukarıda verilen Anayasa ve İYUK'un ilgili hükümlerinden hareketle hukukumuzda yargısal denetimin kapsam ve sınırının genel hatlarının genel olarak bizzat yasal düzenlemeler ile belirlendiği söylenebilir⁴⁵.

Çağlayan'a göre, idari yargı yetkisinin sınırı, yargısal denetim sırasında yargı merciinin yetkisinin hangi ölçüde kullanılabileceğinin tespit edilmesidir⁴⁶. Bu itibarla idarenin işlemleri açısından yargısal denetimin hangi çerçevede yapılacağı, yani yargısal denetimin nerede başlayıp nerede biteceği hususu, "idari yargı denetiminin sınırı"nı oluşturur.

Karahanoğulları'na göre, idari yargı yetkisine dair sınırlamalar, yargı mercilerinin yargılama faaliyetini hangi derinlikte veya yoğunlukta veyahut da nasıl yürütmeleri gerektiği konularında yargılamanın niteliğinden ve tekniğinden kaynaklı

⁴⁴ Karahanoğulları, idarenin yargısal denetiminin niteliğini düzenleyen Anayasa'nın 125. maddesinin 2010 Anayasa değişikliği ile son halini alan dördüncü fıkrasını şöyle değerlendirmiştir:

"1. Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır (12 Eylül ürünüdür).

2. Yargı yetkisi, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz (12 Eylül Bis ürünüdür).

3. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesinin kısıtlayacak yargı kararı verilemez (12 Mart ürünüdür).

4. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez (12 Mart ürünüdür).

5. Takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez (12 Eylül ürünüdür)." Onur Karahanoğulları, "İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", *Mülkiye Dergisi*, Y. 2011, C. 35, S. 270, s. 56.

⁴⁵ Sait Güran, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2008, Ankara 2008, s. 58.

⁴⁶ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 195.

birtakım sınırlardır⁴⁷. Yayla'ya göre bu sınırlamalar, denetlenen işlem üzerindeki yetkilere ilişkin olup idari yargı hâkimine kendi kendini frenlemeyi, bakılmakta olan uyuşmazlıkta yargılamayı ancak belli bir yere kadar yapabilmeyi sağlayan sınırlamalardır⁴⁸. Bu bakımdan bu sınırlamalar, özelde idari yargıç, genelde ise idari yargı mercileri için geçerli ve bağlayıcı olan sınırlamalardır.

Ancak yargısal denetimin sınırı, aynı zamanda yargısal denetimin kapsamı (hangi işlemlerin yargısal denetim dışında tutulacağı) ile ilgilidir. Zira İYUK'un 2. maddesinin başlığı "*İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı*"⁴⁹ şeklinde olup, 703 sayılı KHK ile yapılan değişiklikten önce bu başlık altında "*Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemlerin idari yargı denetimi dışında*" olduğu belirtilmişti⁵⁰. Bu bağlamda bu ibare ile yargı yetkisinin sınırının yargısal denetimin kapsamını da ihtiva ettiğini söyleyebiliriz⁵¹. Bu durumda yargısal denetimin sınırını, yargısal denetime tabi olan işlemlerin denetim çerçevesinin çizgileri şeklinde ifade etmemiz mümkündür.

Yargısal denetimin sınırını hukuka uygunluk denetimi belirler. İdari yargı yetkisinin ne olduğu ve nasıl kullanılacağı hukuka uygunluk denetimi ile ilgilidir. Yargısal denetim yetkisinin ne olmadığı ve nasıl olamayacağı ise hukuka uygunluk

⁴⁷ Karahanoğulları, "İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", s. 54.

⁴⁸ Yıldızhan Yayla, "Tartışmalar", *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, DTYBY, No: 33, Ankara 1983, s. 80.

⁴⁹ Böyle bir başlığın seçilmesi hakkında bkz. Alan, "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", s. 31.

⁵⁰ Aynı düzenleme Anayasa'da da vardı. Zira 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle Anayasa'nın 105. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.*" hükmü, 16. maddesiyle de Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler... yargı denetimi dışındadır.*" hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵¹ Kaplan, yargı denetimi dışında tutulan işlemler olarak yasama kısıntısı ve yargı kısıntısını "yatay kısıtlamalar", yargı yetkisinin kullanılmasına getirilen sınırlamaları ise "dikey kısıtlamalar" başlığı altında ele almaktadır. Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 5. Baskı, Ekin, Bursa 2019, s. 46-56. Işıklar, yargı denetimi dışında tutulan işlemleri "özel sınırlar", yargı yetkisinin kullanılmasına getirilen sınırlamaları ise "genel sınırlar" olarak ikiye ayırmaktadır. Celal Işıklar, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Sonrası Yasama Kısıntıları", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 17, Ocak 2019, s. 74.

denetimi dışındaki hususlar ile ilgilidir⁵². Bu itibarla idari yargı yetkisi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olup, bu amaç dışında kullanılamaz.

Hukuk devleti ilkesinin yargısal denetimi gerekli kılması⁵³ ve yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olması bir zorunluluktur. Bu bakımdan yargısal denetim açısından yerindelik denetimi yasağı gibi diğer sınırlamaların ayrıca düzenlenmesine gerek yoktur. Zira yukarıda bahsedilen ve yargı yetkisini sınırlayan hükümlerin tümü, öteden beri bilinen ve mahkemelerce gözetilen idare hukukunun genel ilkelerinden başka bir şey değildir⁵⁴. Bu ilkeler, yargı mercilerinin geçmişten bu yana kendilerini bağlı hissettikleri, kendiliğinden oluşan temel ilkelerdir⁵⁵. Bu ilkeler kanunlarda düzenlenmekle tartışma konusu olmaktan çıkmaz. Önemli olan bu ilkelerin yargı mercileri tarafından istikrarlı bir şekilde, doğru ve gerektiği gibi uygulanmasıdır. Ancak bu konuda kesin çizgiler çizmenin zorluğu⁵⁶ ve tanımların muğlaklığı eleştirilerin devam etmesine sebep olmakta ve içtihat birliğinin oluşmasına engel olmaktadır.

Mevzuatımızda, yargılama faaliyetlerine ilişkin sınırlamalar ile ilgili detaylı hükümler bulunmadığından, bu konudaki esaslar yargı mercilerince oluşturulmaktadır. Bunun sonucu olarak konulan esaslar istikrar göstermemektedir. Zira yargılama yetkisinin sınırlarının, uygulamada matematiksel bir kesinlikte belirlenmesi çok da kolay değildir. Bu itibarla hukuka uygunluk denetimi yapılırken bazen yerindelik denetimi yapılmakta, bazen de takdir yetkisinin kullanılmasına müdahale edilmektedir. Burada mazur görülebilecek husus, zaman zaman hukuka

⁵² Tekin Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İHİD*, Y. 1988, C. 9, S. 1-3, s. 21.

⁵³ “...hukuk devleti ilkesi karşısında idarenin, yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak ya da bu denetimin yapılmasını imkansız kılacak işlem ve eylemlerde bulunması mümkün değildir.” D2D, KT, 25.04.2017, E. 2017/105, K. 2017/3381, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.10.2019). Ayrıca bkz. D2D, KT, 31.05.2016, E. 2016/359, K. 2016/2723; D2D, KT, 02.03.2016, E. 2016/309, K. 2016/997; D2D, KT, 16.02.2016, E. 2016/144, K. 2016/709; D2D, KT, 19.02.2015, E. 2014/8821, K. 2015/1537; D12D, KT, 29.12.2008, E. 2006/6124, K. 2008/7315, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.10.2019).

⁵⁴ Lütfi Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, *AİD*, Y. 1987, C. 20, S. 4, s. 5. Ayrıca bkz. Ali Ülkü Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, *İHİD*, Y. 1985, C. 6, S. 1-3, Aralık 1985, s. 21.

⁵⁵ Muammer Oytan, “Türkiye’de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniği Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Bildiri Özetleri*, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s. 37.

⁵⁶ Ramazan Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *AÜEHFD*, Y. 2003, C. VII, S. 3-4, s. 171.

uygunluk denetiminin geniş yorumlanmasıdır. Ancak hukuka uygunluk denetimi aşularak tamamen yerindelik denetimi yapılamaz. Ayrıca yerindelik alanına girilme endişesi ile hukuka uygunluk denetiminin gereğı gibi yapılmaması veya geçiştirilmesi de hukuk devleti mantığı ile bağdaşmaz.

İdari yargı yetkisine ilişkin sınırların hukuk devleti ilkesiyle belirlenmesi gerektiğı ifade edilmektedir⁵⁷. Fakat hukuk devletinin içeriğı mutlak anlamda belirli ve sabit olmadığından idarenin de etkin bir şekilde çalışması gerekir. Bu itibarla hukuk ve adaleti gerçekleştirecek, ama idarenin etkinliğini de engellemeyecek şekilde yargılama yetkisine sınırlamalar getirilebilir.

Netice olarak idari yargı yetkisi, doğası gereğı belirsiz birtakım sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalar, anayasa koyucu ve kanun koyucu tarafından genel hatları ile belirlenmektedir. Yargı organı da içtihatları ile bu sınırlamaları, olaya özgü olarak yorumlayıp uygulamaktadır. Ancak yargı pratiğimizde yargı organının zaman zaman hukuk kuralları ile kendisine çizilen sınırları aştığı görölmektedir. Yargı organının hukuk kuralları ile kendisine çizilen sınırları aşmaması için yargısal denetimde doğal olarak var olması gereken sınırlamaların anayasal (AY, m. 125/4) ve yasal düzeyde (İYUK, m. 2/2) güvence altına alındığı görölmektedir⁵⁸.

III. İDARENİN YARGISAL DENETİMİ DIŞINDA BIRAKILAN İŞLEMLER

İdari yargı denetiminin kapsamı, bazı idari eylem ve işlemlerin yargı denetimi dışında tutulup tutulamayacağı ile ilgilidir⁵⁹. Başka bir deyişle hangi idari işlem ve eylemlerin idari yargı denetimine dâhil edileceğı idari yargı denetiminin kapsamını oluşturur ki biz bunu “idari yargının denetim alanının sınırlandırılması” olarak da ifade edebiliriz⁶⁰. Bu durum üç şekilde söz konusu olmaktadır. Birincisi, bir hukuk normu ile hem idari hem de adli yargı denetimi dışında bırakılan konular. İkincisi, yargı kararı ile yargısal denetim dışında tutulan konular. Üçüncüsü, niteliğı gereğı

⁵⁷ Nuri Alan, “(Demokratik) Hukuk Devleti ve Anayasa”, *AÜSBFD*, C. 58, S. 1, 2003, s. 4.

⁵⁸ Bu konuda bkz. Yunus Emre Yılmazoğlu, İsmail Emrah Perdecioğlu, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Mart 2019, s. 761.

⁵⁹ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 195.

⁶⁰ Ayrıca bkz. Alan, “Açılış Konuşması”, s. 15.

idari yargıda görülmesi gerekirken adli yargının görev alanına dâhil edilen konular ki çalışmamız özelinde bu konular ele alınmayacaktır⁶¹. Ancak idarenin bazı işlemlerinin yargısal denetim dışında tutulması, yani yargısal denetimin kapsamı yukarıda değindiğimiz üzere aynı zamanda idari yargı yetkisinin sınırını oluşturmaktadır. Bu bağlamda idari yargı yetkisinin kapsamı ve sınırı bir bütünlük oluşturmaktadır.

İdarenin işlemlerinin yargısal denetime tabi olması, denetimin keyfi ve sınırsız olduğu anlamına gelmez. İdarenin bazı işlemlerinin yargısal denetime tabi olmaması ise, istenilen her işlemin yargısal denetim dışında tutulabileceği veya bu yönde bir beklenti içine girilebileceği anlamına gelmez.

Uygulamada idarenin bazı işlemlerinin yasama organı veya yargı organı tarafından yargısal denetim dışında tutulduğu görülmektedir. İdarenin işlemleri yasama organı tarafından yargısal denetim dışında tutulmuş ise “yasama kısıntısı”, yargı organı tarafından yargısal denetim dışında tutulmuş ise “yargı kısıntısı” olarak ifade edilir⁶². Bu itibarla idari yargı, yasal düzenlemeler ve içtihatlar gereği bazı işlemleri hiç denetleyemez. Biz, bunları ifade edecek şekilde “yargı denetimi bağışıklığı” tabirini kullanabiliriz.

Aşağıda hukukumuzda zaman zaman tartışmalara sebep olan yasama kısıntısı ve yargı kısıntısına sırasıyla ayrı başlıklar halinde değinilecektir.

A. Yasama Kısıntısı

1. Tanım ve Tarihçe

Kanun koyucu tarafından bazı idari işlemlerin yasal düzenlemeler ile adli ve idari yargı denetimi dışında tutulduğu görülmektedir. İşte buna “yasama kısıntısı” denir⁶³. Buna göre, “*idari yargı yoluna başvurulamaz.*”, “*başka bir mercie başvurulamaz.*”, “*hiçbir yere başvurulamaz.*”, “*aleyhine dava açılmaz.*” ve “*kazai*

⁶¹ Duran, “İdari Yargı Adlileşti”, s. 53-83.

⁶² Balta, s. 230-239; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 145; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 195; Kaplan, s. 46-56.

⁶³ Balta, s. 230-239; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 145; Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 153; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 37; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 195; Kaplan, s. 46-56.

murakabeye tabi değildir.” gibi bir ibarenin Anayasa veya kanunlarda öngörülmesi yasama kısıntısıdır⁶⁴. Doktrinde bunlara, “kanuni kısıntı”, “yasama sınırlaması”, “yargı yolunu kapayan kanunlar”, “yasalarla denetim dışı bırakılan işlemler”, “yargı bağışıklığı” denildiği de görülmektedir⁶⁵. Ancak doktrinde genel kabul “yasama kısıntısı” tabiridir⁶⁶. Hukukumuzda “yasama kısıntısı” tabiri yerleştiği için biz de bunu kullanacağız.

Yasama kısıntısının kapsamı, zamana göre genişlemiş veya daralmıştır. Zira 1924 Anayasası’nda idari eylem ve işlemlerin yargı denetimi dışında tutulup tutulamayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte kamulaştırma, disiplin cezası, göreve son verme gibi son derecede önemli bazı idari işlemler kanunlarla⁶⁷ yargı denetimi dışında tutulmuştur.

1924 Anayasası’ndan farklı olarak 1961 Anayasası’nın 114. maddesi ile, “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.” kuralı getirilmiştir⁶⁸. Bu hüküm ile, anayasal düzeyde idari eylem ve işlemlerin yargı denetimi dışında tutulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Bu

⁶⁴ AYM, KT, 30.05.1963, E. 1963/75, K. 1963/129, RG, 29.07.1963-11466; AYM, KT, 19.07.1963, E. 1963/12, K. 1963/196, RG, 19.10.1963-11535; AYM, KT, 12.01.1965, E. 1964/44, K. 1965/2, RG, 28.04.1965-11985.

⁶⁵ Balta, s. 230-239; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 145; Kaplan, s. 46-56; Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 153; İl Han Özay, “İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* 2000-1, 12-16 Ocak 2000 Ankara, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/2012yayin/hukukkurultayi/>, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/untit2007/00-01.pdf>, s. 308; Bayraktar, s. 258.

⁶⁶ Balta, s. 230-239; Özay, “İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, s. 308; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 145; Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 153; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 37; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 195; Kaplan, s. 46-56.

⁶⁷ Bu kanunlardan bazıları şunlardır: 07.07.1939 tarihli ve 3710 sayılı Kanun (m. 7); 17.05.7.1939 tarihli ve 3664 sayılı Kanun (m. 4); 11.08.1941 tarihli ve 4109 sayılı Kanun (m. 7); 19.06.1942 tarihli ve 4274 sayılı Kanun (m. 16); 08.01.1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanun (m. 15). Bu konuda bkz. Muammer Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, *TİD*, Y. 57, S. 366, Mart 1985, s. 25-27. Ayrıca bkz. Günday, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 139; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 148.

⁶⁸ Maddenin gerekçesinde şu hususlar belirtilmektedir: “Birçok kanunlarımızda o kanunlara ilişkin idari kararlara karşı kazaî müracaat yollarının kapatılmış bulunduğu bilinen bir vakiadır. Bu gibi hükümlerin hukuk devleti anlayışına aykırılığı aşikâr olmakla beraber mahkemeler, bâzı tereddütlerden sonra, açılan dâvaların reddi yolunu tutmuşlardır. Bundan böyle geçmiş tatbikata, hiçbir veçhile yer ve imkân vermemek maksadiyle yeni Anayasada bu maddenin şevki zaruri görülmüştür... Bundan başka madde metninde «herhangi bir halde» deyiminin kullanılmasındaki maksat, yargı denetiminin, sıkıyönetim olağanüstü hallerde de ortadan kalkmayacağını belirtmektir.” https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm__00002034ss0035.pdf (E.T. 20.10.2019).

bağlamda idarenin yargısal denetiminin kısıtlanması yasağının anayasal temeli olan bu hüküm ile, idarenin yargısal denetiminin önündeki tüm engeller kaldırılmak istenmiştir⁶⁹. Bu hüküm ile yargı yolunu kapayan kanunların çıkarılmasına engel olunmaya çalışılmış⁷⁰ ise de kanun koyucu tarafından idari yargı yolunu kapatan bazı kanunlar çıkartılmıştır. Ancak bu kanunların bir kısmı, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁷¹. Bunun üzerine kanun koyucu tarafından idari yargı denetimini kısıtlayan kanun hükümleri ya değiştirilmiş ya da yürürlükten kaldırılmıştır⁷². Zira 1961 Anayasası ile “sınırsız yargı denetimi” ve dolayısıyla “etkin yargısal korunma” sağlanmak istenmiştir⁷³. Bu bakımdan olması gereken bir kural, Anayasa ile güvence altına alınmak istenmiştir⁷⁴.

İdareyi gereğinden fazla sınırladığı varsayımından hareketle 1971 yılındaki Anayasa değişikliği ile “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.” ifadesi bilinçli bir şekilde vurgusu hafifletilerek 1982 Anayasası’nın 125. maddesinde yer alan “İdarenin her türlü

⁶⁹ 1961 Anayasası döneminde takdir yetkisi ile yerindelik kavramları ayrı ayrı kullanılmış, ancak içerik yönünden bir farklılık gözetilmemiş, denetim konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Sevtap Yokuş, “Yönetmelik Yargısının Takdir Yetkisi Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *İBD*, C. 72, S. 4-5-6, Haziran 1998, s. 310.

⁷⁰ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 154-155.

⁷¹ “Kanunun, inceleme konusu olan 3 üncü maddesi hükmünün, bugünkü hukukî nizamımıza aykırı bulunduğu tereddüt edilemez. Zira, Anayasa,- Yalnız idarenin değil- bütün Devlet faaliyetlerinin kazai denetim altında cereyanını emretmekte, yasama organının faaliyetlerini dahi bu denetime tabi tutmaktadır... Anayasanın “İdarenin hiçbir eylem ve işleminin, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamayacağı” esasını taşıyan 114 üncü maddesinin açık hükmü karşısında, 6435 sayılı kanunun 3 üncü maddesinin Anayasanın sözüne ve özüne aykırı bulunduğu ve iptali gerektiği kanısına varılmıştır.” AYM, KT, 14.11.1962, E. 1962/221, K. 1962/86, RG, 08.12.1962-11277. “...4081 sayılı kanunun 10 uncu maddesinde yer alan ve Murakabe Heyetlerince itiraz üzerine verilen kararlar aleyhine yargı mercilerine baş vurmaya önleyen hükmün, Anayasanın 114 üncü maddesinin birinci fıkrasına aykırı olduğundan iptaline ... karar verildi.” AYM, KT, 15.11.1963, E. 1963/97, K. 1963/272, RG, 10.12.1963-11575. Ayrıca bkz. AYM, KT, 30.05.1963, E. 1963/75, K. 1963/129, RG, 29.07.1963-11466; AYM, KT, 19.07.1963, E. 1963/12, K. 1963/196, RG, 19.10.1963-11535; AYM, KT, 12.01.1965, E. 1964/44, K. 1965/2, RG, 28.04.1965-11985.

⁷² Örneğin 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 13. maddesinin, “Bunlar aleyhine idari ve adli kazaya müracaat olunamaz.” ibaresi 12.05.1964 tarihli ve 469 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca bkz. Günday, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 139; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 39.

⁷³ Özay, “İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, s. 308.

⁷⁴ Karatepe, 1961 Anayasası’nın yürütme organını ve idareyi yargı karşısında güçsüz bir konuma getirdiğini, yargı denetiminin idarenin fonksiyonlarını gereği gibi yerine getiremeyeceği boyutlara ulaştırdığını ve hukuk devletinin yargıç devletine dönüşmesi gibi uygulamaların söz konusu olduğunu belirtmektedir. Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 64.

eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” hükmüne dönüştürülmüştür⁷⁵. Aslında söz konusu değişiklikle, “istisna bir hükme yol açma” dışında içerik olarak pek de farklı bir uygulama getirilmemiştir⁷⁶. Zira Anayasa’da açıkça öngörülmedikçe bir idari eylem veya işleme karşı yargı yolunu kapayan bir kanun, her hâlükârda Anayasa’ya aykırı olacaktır. Fakat Anayasa, anılan maddede yer alan bu genel ilkeye kendisi istisnalar getirmiştir. Buna göre Anayasa, bir idarenin işlemlerini tamamen veya kısmen açıkça yargısal denetim dışında tutabilir. Ancak idarenin bazı eylem ve işlemlerinin yargısal denetim dışında tutulması ve buna yönelik yasal düzenlemelerin varlığının çağdaş hukuk devleti ile bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir⁷⁷. Zira bu tür işlemlerden hakkı veya menfaati ihlal edilenler, korumasız kalmış olacaktır. Bu da, bireye karşı güçlü konumda olan idareyi daha da güçlendirmektedir. Bu itibarla yargı yolunu kapatan düzenlemelerin mevzuatımızda asgari düzeyde tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

1982 yılında yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 125. maddesinin 2. fıkrasının ilk halinde, “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler” ile “Yüksek Askeri Şura kararları”, 129. maddesinin 3. fıkrasında, “uyarma ve kınama cezaları”, 159. maddesinde “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları” yargı denetimi dışında tutulmuştu⁷⁸. Buradan hareketle, haliyle konu yeterince açıklığa kavuşmadığından veya istenen netice alınamadığından olsa gerek ki 1982 Anayasası, 1971 Anayasa değişikliğinin getirdiği sınırlamaları kabul etmenin

⁷⁵ Maddenin değişiklik gerekçesinde, “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı, ‘bu eylem ve işlemlerden halkları zıya uğrıyan kimselerin yargı yoluna başvurmaları, yani yargı yolunun açık oluşu hiçbir sebep ve suretle kısıtlanması düşünülemediği bir haktır. Anayasamızın 31 nci maddesi, bu hususu hiçbir tereddüde mahal bırakmayacak şekilde hüküm altına almış bulunmaktadır. Ancak uygulamada, «Yargı denetimi» deyimini bazı hallerde yanlış anlamalara yol açmış, yargının re’sen murakabede bulunmasına ve idarenin yerine geçerek idari eylem ve işlemler tesis etmesine imkân verici bir yetki gibi anlaşılmak istenmiştir. Kavram karışıklığından doğan bu duruma vuzuh vermek maksadiyle madde yeniden kaleme alınmıştır.” belirtilmiştir. Millet Meclisi, Dönem: 3, Toplantı: 2, S. Sayısı: 419, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d03/c017/mm__03017156ss0419.pdf, s. 12 (E.T. 28.06.2020).

⁷⁶ Benzer yönde bir açıklama için bkz. AYM, KT, 25.03.1975, E. 1974/42, K. 1975/62, RG, 03.06.1975-15254.

⁷⁷ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 140; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 41; Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 101.

⁷⁸ Muammer Oytan, “1982 Anayasası’nda Yasama ve Yargı Erkleri Karşısında Güçlendirilmiş Yürütme Organı ve Güçlendirilme Nedenleri”, *TİD*, Y. 56, S. 364, Mayıs 1984, s. 22-23.

yanında bunlara yeni bazı eklemeler yapmıştı. Bu bakımdan yürütmeyi güçlendiren 1982 Anayasası, idari yargı denetimini kapsam olarak sınırlamıştır⁷⁹.

1961 Anayasası'nda, ilkin istisna olmaksızın idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu öngörülmüşken, 1982 Anayasası ile idarenin bazı eylem ve işlemlerinin yargısal denetim dışında tutulabilmesinin yolu açılmıştır. Bu bağlamda Anayasa koyucu, idarenin bazı eylem ve işlemlerini yargısal denetim dışında tutabilir. Yargısal denetim dışında tutulan işlemlerle ilgili konularda idareye geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır⁸⁰.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile birlikte sistemin mahiyeti, yasama kısıntısı alanının daralmasını sağlamıştır. Örneğin Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, daha önce yargısal denetimden bağışık tutulurken, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile yargısal denetime açık hale getirilmiştir.

2. Yasama Kısıntısı Halleri

Anayasa'nın 125. maddesi gereği, yasama kısıntısı, ancak Anayasa hükmü veya Anayasa'da öngörülmesi üzerine kanun hükmü ile yasama organı tarafından getirilebilir. Zira yasama kısıntısı, anayasa koyucunun bu yöndeki tercihini göstermektedir⁸¹. Bu bağlamda yasama kısıntısı doğrudan Anayasa'da öngörülebilir veya Anayasa'nın verdiği izne bağlı olarak kanun ile öngörülebilir. Ancak uygulamada kaynağını Anayasa'dan almamakla birlikte kanun ile de yasama kısıntısı getirildiği görülmektedir.

⁷⁹ Anayasa'nın 125. maddesinin Milli Güvenlik Konseyi tarafından değiştirilmesinin gerekçesi şu şekildedir: “Yüksek Askerî Şûra'nın, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli personelin terfi ve emeklilikleriyle ilgili kararlarının özellik ve önemi dikkate alınarak, bunların idarî yargı denetimi dışında kalmasını,

İdarî yargı yetkisinin hududuna açıklık getirilmesini,

Hangi hallerde ve şartlarda yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceğinin belirtilmesini,

Sağlamak amacıyla madde metni yeniden düzenlenmiştir.” Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 7, 118. Birleşim, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118.pdf, s. 83 (E.T. 20.10.2019). Soysal'a göre, 1982 Anayasası, devleti ve kamunun genel çıkarını ön plana almakta, kişinin haklarını ve özgürlüklerini bu önceliğe göre, ama bu önceliğin bir işlevi olarak düzenlemeyi amaçlamaktadır. Mümtaz Soysal, “Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasalar (Karşılaştırmalı)”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1984, C. 1, s. 18. Ayrıca bkz. Turgut Tan, “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1984, C. 1, s. 46.

⁸⁰ AYM, KT, 12.03.2015, Başvuru Numarası: 2012/584, RG, 16.05.2015–29357.

⁸¹ AYM, KT, 27.11.2007, E. 2002/169, K. 2007/88, <http://www.hukukturk.com>, 05.02.2020.

a) Anayasa’da Yargısal Denetim Dışında Tutulan İşlemler

Anayasa’da açıkça öngörülme kaydıyla bazı işlemler yargı denetimi dışında tutulabilir. Aslında idari eylem ve işlemlere karşı yargı yolu, ancak Anayasa ile kapatılabilir⁸². Anayasa’nın yargı denetimi dışında tuttuğu bir işleme karşı yargı yoluna başvurulması üzerine idari yargıda “görevsizlik” kararı verilir. Yani dava ilk inceleme aşamasında görevsizlik gerekçesiyle reddedilir; bireysel başvuru bağlamında ise başvurunun, “konu bakımından yetkisizlik”⁸³ sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilir⁸⁴.

Anayasa’dan kaynaklanan kısıntılar, “Anayasa koyucunun kısıntısı” veya “Anayasa kısıntısı” olarak ifade edilmektedir⁸⁵. Anayasa’da “yetkili makam” açısından ve “konu” olarak yargı denetimi dışında tutulan işlemler Anayasa hükümleri ile açıkça belirtilmiştir. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

(1) Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararları ve bu kararlara karşı başvuru üzerine Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlar (AY, m. 59/3)⁸⁶: Anayasa’nın 59. maddesine göre, “*Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim Kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.*” Spor federasyonlarının bu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması durumunda davanın “incelenmeksizin reddine” karar verilir. Spor federasyonlarının bahsedilen bu kararları dışındaki işlemlerine karşı ise yargı yolu açıktır.

Türkiye Karate Federasyonu nezdinde lisanslı olarak spor faaliyetinde bulunan ilgili kişi tarafından, spor müsabakalarında elde ettiği başarılar gözetilerek “Spor

⁸² Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 684.

⁸³ Konu bakımından yetkisizlik hakkında bkz. Seyithan Kaya, *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 220-221.

⁸⁴ AYM, KT, 08.05.2014, Başvuru Numarası: 2013/3240, anayasa.gov.tr (E.T. 03.03.2020).

⁸⁵ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 140. Ayrıca bkz. Tan, *İdare Hukuku*, s. 622-632.

⁸⁶ Anayasa’nın 59/3 düzenlemesi, Anayasa’ya 6214 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile 17.03.2011 tarihinde ek fıkra olarak eklenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 05.05.2009 günlü ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 6. maddesinin 4. fıkrasının “... ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz.” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Buradan hareketle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir kanun hükmü, daha sonra anayasal hüküm haline getirilmiştir. AYM, KT, 06.01.2011, E. 2010/61, K. 2011/7, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 01.01.2020).

Hizmet ve Faaliyetlerinde Üstün Başarı Gösterenlerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik” gereğince ödüllendirilmesi istemiyle Türkiye Karate Federasyonuna yapılan başvurunun reddine ilişkin Yönetim Kurulu kararına yapılan itirazın reddine dair Tahkim Kurulu kararının iptali istemiyle dava açılmıştır. Danıştay 10. Dairesi, açılan davada, İdare Mahkemesinin “*Tahkim Kurulu tarafından verilen kararların kesin olduğu, Tahkim Kurulu kararının esasının incelenmesine hukuken olanak bulunmadığı*” gerekçesiyle Tahkim Kurulu kararının incelenmeksizin reddine dair kararını usul ve hukuka uygun bulup onamıştır⁸⁷.

Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulunun bir spor kulübüne hak mahrumiyeti cezası verilmesi konusundaki kararının iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, “*spor federasyonlarının organ ve kurullarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin olarak verdiği kararlara karşı sadece tahkim yoluna başvurulması imkânı bulunmakta olup söz konusu başvuru neticesinde Tahkim Kurulunun verdiği karara karşı herhangi bir yargı merciine başvurulması mümkün değildir.*” belirtmiştir⁸⁸. Bu itibarla, anılan uyuşmazlığı çözme yetkisi sadece Tahkim Kuruluna ait olup bu uyuşmazlıklar, mahkemelerin görev alanına girmemektedir.

(2) Yüksek Seçim Kurulunun seçim hukuku kapsamında almış olduğu kararlar (AY, m. 79/1): Anayasa’nın 79. maddesien göre, “*Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulundur*”⁸⁹. 298 sayılı

⁸⁷ D10D, KT, 10.12.2015, E. 2014/4690, K. 2015/5750, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 02.01.2020).

⁸⁸ AYM, KT, 16.01.2014, E. 2013/87, K. 2014/5, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 03.01.2020).

⁸⁹ Yüksek Seçim Kurulunun seçimi yönetmek dolayısıyla idari nitelikte görevleri (seçim öncesi düzenleyici ve bireysel idari işlemler yapması), tüm üyelerinin hâkimlerden oluşması ve seçim uyuşmazlıklarını kesin olarak karara bağlama bakımından ise yargısal nitelikte görevleri bulunmaktadır. Bu bakımdan Yüksek Seçim Kurulu, idari ve yargısal nitelikte yetkileri bulunan çifte kimliğe sahip bir anayasal kurumdur. Bu konuda bkz. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun. Ayrıca bkz. Gürbüz Özdemir, “Yüksek Seçim Kurulunun Niteliği”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2010, C. XIV, S. 1-2, s. 114-115. Yüksek Seçim Kurulunun idari bir kurul olduğu hakkında bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin, Bursa 2018, s. 180 vd. Yüksek Seçim Kurulunun yargı organı olduğu hakkında bkz. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 84; Günday, *İdare Hukuku*, s. 6.

Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un 111, 131 ve 132. maddeleri uyarınca Yüksek Seçim Kurulunun kendiliğinden veya itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir ve bu kararlara karşı hiçbir mercie ya da yargı yoluna başvurulamaz. Bu bakımdan Yüksek Seçim Kurulunun seçim hukuku kapsamında almış olduğu kararları, idari dava dâhil, herhangi bir davaya konu olamaz. Zira bu kararlar, Yüksek Seçim Kurulunun adeta yargı mercii niteliğinde ve yargılama benzeri bir faaliyet neticesinde aldığı kararlardır⁹⁰.

Yüksek Seçim Kurulunun seçim hukuku ile ilgili işlemleri, yargısal denetim dışında olup, bu işlemlere karşı yargı yoluna başvurulması durumunda “davanın incelenmeksizin reddine” karar verilir. Yüksek Seçim Kurulunun 16.04.2017 günlü, 560 sayılı “*mühürlenmeyen oy zarfı ve oy pusulası ile kullandırılan oyların geçerli kabul edilmesine*” dair kararının iptali ile 16.04.2017 gününde gerçekleştirilen halk oylaması sonuçlarının, bu dava sonuçlanıncaya kadar açıklanmaması yönünde yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada Danıştay, 16.04.2017 günlü, 560 sayılı işlemin “*genel ve düzenleyici nitelikteki idari işlem*” olduğuna, “*Anayasa’nın 79. maddesinin 2. fıkrası hükmü karşısında davanın incelenmeksizin reddine hükmedilmesi*” gerektiğine karar vermiştir⁹¹.

Anayasa’nın 79. maddesinde sadece Yüksek Seçim Kurulu kararları dışında, diğer seçim kurulu kararları için başka bir mercie başvurulamayacağı belirtilmemiştir. Bu durumda İlçe Seçim Kurulu kararlarının idare mahkemesince yargısal denetiminin yapılması gerektiği düşüncesindeyiz⁹².

⁹⁰ Ancak mevzuatımızda Kurulun mahkeme olduğuna dair bir ibare geçmemektedir. Anayasa Mahkemesi, 06.03.1973 tarihli ve E. 1972/56, K. 1973/11 sayılı kararında Kurulun yargı organı olduğunu belirtirken, 18.02.1992 tarihli ve E. 1992/12, K. 1992/7 sayılı kararında ise Yüksek Seçim Kurulunun yargı organı olmadığını belirtmiştir. Yüksek Seçim Kurulu ise kendini, “*seçimlerin genel yönetim ve denetimini yürüten bir kurul*” olmanın yanında “*Yargıtay ve Danıştayın kendi içlerinden çıkardıkları üyelerden oluşan seçimlerin yargısal denetimini de sağlayan karma egemen üst yargı merci*” olarak görmektedir. Bu konuda bkz. www.ysk.gov.tr (E.T. 05.02.2020).

⁹¹ DİDDK, KT, 15.05.2017, E. 2017/739, K. 2017/2110, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.02.2020).

⁹² Benzer yönde bkz. D8D, KT, 18.06.2013, E. 2010/2770, K. 2013/5122, <http://www.hukukturk.com>, 05.02.2020.

(3) Sayıştayın hesap hukuku ile ilgili kararları (AY, m. 160/1): Sayıştayın⁹³ hesap hukuku ile ilgili kararlarına (AY, m. 160/1)⁹⁴ karşı ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlara karşı idari yargıya başvurulamaz. Bu itibarla Sayıştayın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama işlemleri idari yargıda denetlenemez. Fakat Sayıştayın bu kararlarına karşı bireysel başvuru yoluna gidilebileceği düşünülmektedir⁹⁵.

(4) Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri (AY, m. 125/2): Daha önce Yüksek Askerî Şûranın tüm kararları yargı denetimine kapalıydı. 13.05.2010 Anayasa değişikliği ile, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç diğer işlemlerine⁹⁶ karşı yargı yolu açılmıştır. Buna göre artık sadece Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemlerine karşı yargı yolu kapalıdır.

(5) Hakimler ve Savcılar Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları (AY, m. 159/10, 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu, m. 33/5): Daha önce Hakimler ve Savcılar Kurulunun tüm kararlarına karşı

⁹³ Bu konuda bkz. 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, m. 2, 5, 6, 50, 54-57. Ayrıca bkz. D8D, KT, 30.05.1995, E. 1995/1345, K. 1995/1735; D8D, KT, 19.10.1990, E. 1989/1187, K. 1990/1159; D8D, KT, 09.10.1989, E. 1989/807, K. 1989/750; D10D, KT, 28.03.1985, E. 1985/531, K. 1985/644, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 03.01.2020).

⁹⁴ Sayıştay hakkında bilgi veren bir çalışma için bkz. Ahmet Taşır, “Sayıştay’ın Anayasal Konumu Üzerinde Tartışmalar”, *TBBT*, Y. 2017, C. 30, S. 133, s. 81-96. Sayıştayın yargısal nitelikte kararları bulunduğu hakkında bkz. D8D, KT, 13.03.2002, E. 2001/2261, K. 2002/1442; D1D, KT, 08.01.1998, E. 1997/201, K. 1998/1; D5D, KT, 31.05.1985, E. 1985/539, K. 1985/1646; D5D, KT, 30.05.1997, E. 1997/785, K. 1997/1185, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 03.01.2020). Lutfi Duran, “Sayıştay Yüksek Mahkeme Değil, Ama İdari Yargı Mercidir”, *AİD*, Y. 1974, C. 7, S. 1, s. 6; Pertev Bilgen, “Sayıştay’ın Yargı Düzeni İçindeki Yeri”, *İstanbul Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Y. 1994, S. 7, s. 54; Recep Başpınar, “Sayıştay Kararlarının Yargısal Denetimi”, *DD*, Y. 4, S. 12-13, s. 18-29. Sayıştayın bir “özel idari yargı” kuruluşu olduğu ve kararlarının yargısal nitelikte olduğu hakkında bkz. Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 8. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2015, s. 71-79. Sayıştayın, sözleşme ve bağtın tescili aşamasında verdiği kararların idari nitelikte olduğu, idari yargıda dava konusu edilebileceği hakkında bkz. D10D, KT, 13.03.1997, E. 1996/10055, K. 1997/903, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 03.01.2020). Ayrıca bkz. D10D, KT, 08.12.1997, E. 1997/362, K. 1997/1308, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 03.01.2020).

⁹⁵ Emin Görgün, Yakup Aydın, “Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu”, *Sayıştay Dergisi*, S. 84, Ocak-Mart 2012, s. 63 vd.

⁹⁶ Şûranın görevleri ve işlemleri hakkında bkz. 3 ve 8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu.

yargı yolu kapalıyken, yapılan 13.05.2010 Anayasa değişikliği ile Kurulun meslekten çıkarma kararlarına ilişkin yasama kısıntısı kaldırılarak yargı yolu açılmıştır. Buna göre Hakimler ve Savcılar Kurulunun⁹⁷ kararları birer idari işlem⁹⁸ olmasına rağmen, Kurulun hâkim ve savcılara yönelik sadece meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabilir. Kurulun meslekten çıkarma dışındaki kararlarına⁹⁹ karşı yargı yoluna başvurulamaz¹⁰⁰. Örneğin Danıştaya'a göre, Anayasa'nın 159. maddesinin 4. fıkrasında, "*kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz*" hükmüne yer verildiğinden birinci sınıf hâkimliğe terfinin bir yükselme çeşidi olması ve bu konuda değerlendirme ve karar alma görev ve yetkisinin de Hakimler ve Savcılar Kuruluna ait bulunması karşısında Kurulun görev ve yetkisi dahilindeki bir konuda aldığı ilke kararının iptali istemiyle açılan davanın esası incelenemez¹⁰¹.

Mahkemelerde hâkimler hakkında verilen kararlara karşı dava açma yolu açık iken, Hakimler ve Savcılar Kurulunun benzer nitelikteki kararlarına karşı dava yolunun kapalı olmasının bir açıklamasının olmadığı düşüncesindeyiz¹⁰².

⁹⁷ Kurulun adı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu iken 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle "Yüksek" ibaresi çıkarılarak Hakimler ve Savcılar Kuruluna dönüştürülmüştür.

⁹⁸ AYM, KT, 21.09.1995, E. 1995/46, K. 1995/49, RG, 27.12.1996-22860. Ayrıca bkz. AYM, KT, 27.01.1977, E. 1976/43, K. 1977/4; AYM, KT, 27.09.1977, E. 1977/82, K. 1977/117, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.01.2020).

⁹⁹ Kurulun görevi ve yetkisi dışında tesis ettiği kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Örneğin Kurulun yetkili olmadığı ve Adalet Bakanlığınca karar verilmesi gerekli olan harcırarla ilgili konularda, Kurul tarafından verilen kararın esasının incelenmesi gerektiği hakkında bkz. D5D, KT, 28.05.1986, E. 1986/512, K. 1986/757, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020).

¹⁰⁰ 09.07.1961 günlü ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20.09.1971 günlü ve 1488 sayılı Kanun ile değişik 144. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Yüksek Hakimler Kurulu, adliye mahkemeleri hakimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz.*" yolundaki kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmiştir. Bu kural devamda anılan gerekçe ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. "*İtiraz konusu kural, hertürlü denetimi ve özellikle yargı denetimini ortadan kaldırmakta, hakimleri hukuksal güvenceden yoksun bırakmaktadır. Hakimi yargı yoluna başvurma hakkından yoksun olan bir devlette, bireylerin hukuksal güvenceye sahip olduğu savunulamaz. Şikayete uğrayan veya denetim nedeniyle hakkında soruşturma açılan hakim, Yüksek Hakimler Kurulu kararıyla meslekten çıkarılabilecek, fakat hakim, bu karara karşı yargı yerine başvuramayacaktır. Bunun hukukla bağdaşır bir yönü yoktur. Bu nedenlerle Yüksek Hakimler Kurulunun kararlarına karşı yargı yerine başvurulamaz. Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ters düşer.*" AYM, KT, 27.01.1977, E. 1976/43, K. 1977/4, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.01.2020). Ayrıca bkz. AYM, KT, 27.09.1977, E. 1977/82, K. 1977/117, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.01.2020).

¹⁰¹ D11D, KT, 17.02.2004, E. 2003/916, K. 2004/728, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.01.2020).

¹⁰² Nitekim vatandaşlar için var olan yargı yerlerine başvurarak hak arama özgürlüğünün hâkim ve savcılardan esirgenmesinin mantıklı bir nedeninin olmadığı belirtilen Gültekin, yargı mensuplarına yükselme süresinin yanlış hesaplanması gibi basit bir işleme karşı bile dava açma hakkının tanınmadığını belirtmiştir. Hasan Basri Gültekin, "İdari Yargıdaki Son Gelişmeler Yönetim-

Anayasa gereğince yargısal denetim dışında tutulan işlemler hakkında ayrıca birkaç hususu ifade etmekte fayda vardır:

(a) Öncelikle bazı işlemlerin yargısal denetim dışında tutulmasının mantıklı bir gerekçesinin olmadığı kanaatindeyiz ve bu konuda zaten makul bir gerekçe de ileri sürülememiştir. Bu işlemlerin yargısal denetim dışında tutulmasının gerekçesi olarak, “bu kararları verenlerin yüksek yargıçlardan oluşma veya uzman kurullar olma” hususu da ileri sürülebilir. Ancak bu gerekçenin makul olmadığını söyleyebiliriz. Çünkü bir kurumun yüksek yargıçlardan oluşması, hukuka aykırı kararlar vermeyeceği anlamına gelmez. Zira idare büyesinde uzman birim veya komisyonlar bulunduğu halde idarenin işlemleri yargısal denetime tabi tutulmaktadır.

Günümüzde çoğu idari işleme karşı, ilk derece mahkemelerinde dava açmak, akabinde istinaf ve temyize başvurmak, sonrasında Anayasa Mahkemesi ve en son olarak da AİHM’ye gitme yolu açıktır. Ancak neredeyse aynı mahiyetteki bazı işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olması, kanaatimizce izahı mümkün olmayan bir durumdur. Bu işlemlere karşı yargı yolu açılırsa, yapılacak yargılamalar neticesinde hak ve menfaat ihlallerinin olabileceği görülecektir. Ancak buna rağmen böyle bir kısıtlama müessesesini sürdürmenin makul bir açıklama ve gerekçesinin olmadığı kanaatindeyiz.

(b) 1982 Anayasası, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları (AY, m. 53/6)¹⁰³ ve Yüksek Hakem Kurulu kararları (AY, m. 54/5)¹⁰⁴ için “kesin” ifadesi

Örgütlenme-İşlerlik”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, DTYBY, No: 33, Ankara 1983, s. 150. AİHM, Sacit Kayasu/Türkiye kararında oluşumu itibariyle Hakimler ve Savcılar Kurulunun tarafsızlığının tartışmaya açık olduğuna ve Kurulun kararlarına karşı başvuru yolunun olmamasının AİHS’nin “etkili başvuru hakkı” öngören 13. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. AİHM, KT, 13.11. 2008, Kayasu-Türkiye Davası, Başvuru No: 64119/00 ve 76292/01, file:///C:/Users/user/ Downloads/001-121588.pdf, s. 18 (E.T. 30.06.2020). Ayrıca bkz. Yener Ünver, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, *İÜHF*, Y. 1990, C. 53, S. 1-4, s. 186-187; Murat Yanık, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK’nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2010, C. 27, s. 206-207.

¹⁰³ “Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir.”

¹⁰⁴ “Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.”

kullanmaktadır. Bu işlemler için kullanılan “kesinlik” ifadesi ile “yargı yolu”nun değil, “idari başvuru yolu”nun kapalı olduğu, yani “idari kesinlik” kastedildiği kanaatindeyiz¹⁰⁵. Zira bu işlemler için “başka bir idari makama başvurulamayacağı” belirtilmiş, ancak bu işlemler için Anayasa’da açıkça yargı yolunun kapalı olduğu belirtilmemiştir. Bu bağlamda bu iki düzenlemeyi, “anayasa kısıntısı” olarak kabul etmemenin daha isabetli olacağını ifade etmeliyiz.

1982 Anayasası’nın 125. maddesinin 1. fıkrasında; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülebileceği belirtilmektedir. Bu fıkra, “idari” sözleşme olmalarına rağmen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle tahkim yoluna gidilebileceği ve böylece bu uyuşmazlıkların idari yargının görev alanı dışında tutulabileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan tarafların kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesini kararlaştırmaları halinde çıkacak uyuşmazlıklar için herhangi bir yargı yoluna değil de tahkim yoluna başvurulmaktadır. Bu durum klasik anlamda bir “anayasa kısıntısı” değildir. Zira anayasa kısıntısında uyuşmazlığa karşı hiçbir yere başvurmama durumu söz konusudur. Ancak kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülmüştür¹⁰⁶.

1982 Anayasası’nda bazı hallerde yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlanabileceğine yer verilmiş ise de (AY, m. 125/6), bu husus klasik anlamda bir “anayasa kısıntısı” değildir. Zira Anayasa’ya göre kanun, olağanüstü hallerde, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın da görüşü bu yöndedir. AYM, KT, 21.02.1963, E. 1962/274, K. 1963/40; D8D, KT, 25.01.1995, E. 1994/1223, K. 1995/174, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020). Ayrıca bkz. Alder, s. 414-415; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 37-38.

¹⁰⁶ Ayrıca 14.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanunla Anayasa’nın 47. maddesine eklenen hükümle “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetler”in özel hukuk sözleşmesi ile yaptırılabilmesi olanağı sağlanmıştır.

nedenleri ile olağan durumlarda¹⁰⁷ yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir. Ancak bu durum, ilgili işlemlere karşı yargı yoluna gidilemeyeceği anlamına gelmez.

Anayasa'nın 125. maddesinin 6. fıkrası, olağan dönem veya olağanüstü dönemlerde yürütmenin durdurulması kararı verilmesi yönünden kanun koyucuya kısıtlama yetkisi vermektedir. Ancak burada kanun koyucuya bazı işlemlere karşı yargı yolunu kapatma imkânı tanınmamıştır. İlgili düzenleme, yargı merciinin idarenin işlemlerini denetleyebileceğini ancak yürütmenin durdurulması kararı veremeyeceğini ifade etmektedir.

(c) Yasama kısıntısı, adli ve idari yargı denetimini tümünden engeller. Bu bağlamda mevzuatta yasama kısıntısı öngörülmüşse, bu durumda idari yargıda “iptal davası” veya “tam yargı davası” açılamaz. Zira Anayasa ve kanunlarda yer alan “*idari yargı yoluna başvurulamaz.*”, “*başka bir mercie başvurulamaz.*”, “*hiçbir yere başvurulamaz.*”, “*aleyhine dava açılamaz.*” gibi ibareler yargı yoluna başvuruyu tümünden yasaklayan hükümlerdir. Başka bir söylemle bu ibareler, özel olarak “iptal davası” veya “tam yargı davası”nın açılmayacağını değil, “hiçbir davanın açılmayacağını” ve yargı yoluna “hiçbir başvurunun yapılamayacağını” ifade etmektedir. Ancak Anayasa'nın 159. maddesinde yer alan “yargı mercilerine başvurulamaz” hükmünün tazminat davasını kapsamadığı yönünde Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 1995 tarihli bir kararı bulunmaktadır. Karara konu olayda bir savcı, naklen tayin talebi ile Adalet Bakanlığına mektup yazmıştır. Mektupta kullanılan ifadelerin hakaret oluşturduğu gerekçesi ile Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından savcıya kınama cezası verilmiştir. Daha sonra ilgili savcı, ceza davasından beraat etmesini gerekçe göstererek tazminat davası açmıştır. Mahkeme ise açılan davanın kınama cezasının iptaline yönelik değil de, işlem sonucu zararın giderilmesine yönelik olduğunu, Yargıtay tarafından verilen beraat hükmüne rağmen

¹⁰⁷ Olağan dönemlerde yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği ile ilgili hukukumuzda düzenlemeler mevcuttur. Örneğin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinin 6. fıkrasına göre, “*Mahkemelerce ... yürütmenin durdurulması kararları verilemez.*” Anayasa Mahkemesi, anılan fıkradaki “*yürütmenin durdurulması kararları verilemez.*” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. AYM, KT, 20.12.2018, E. 2016/181, K. 2018/111, RG, 05.04.2019–30736. Ayrıca İYUK madde 20/A-1, e ve 20/B-1, f maddelerine tabi konulara ilişkin açılan davalarda yürütmenin durdurulması talepleri hakkında verilen kararlara karşı itiraz yolunun kapalı olduğu belirtilmiştir.

Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun idari nitelikteki kararı sebebiyle uğranılan zararın tazmininden kaçınmanın hukuk devleti ile bağdaşmadığını, aksi bir durumun üstünlüğün idareye tercihini sağladığını belirtmiştir¹⁰⁸. Bu kararın yerinde olmadığını söyleyebiliriz. Zira yasama kısıntısı olarak gösterilen işlemler, doğrudan yasal düzenlemelerden kaynaklanan ve hem iptal davası hem de tam yargı davasını açmayı tümünden engelleyen işlemlerdir. Ayrıca eğer yasama kısıntısı işlemlerine karşı tazminat davası açılabilirse, alınan karar üzerine bireysel başvuru yoluna da gidilebilmesi gerekir. Ancak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasına göre, Anayasa'nın açıkça yargı denetimi dışında tuttuğu işlemlere karşı bireysel başvuru yoluna gidilemez¹⁰⁹.

Yasama kısıntılarına karşı iptal davası açılmasa da "işlemin varlığının tespiti" açısından denetlenebileceği ifade edilmiştir. Bu itibarla "yokluğun tespiti" bakımından burada şu hususa değinmekte fayda görüyoruz: Anayasa'nın açıkça yargısal denetim dışında tuttuğu işlemler, "ilgili makamlar"ın yetkileri dâhilinde tesis ettikleri işlemlerdir. Başka bir deyişle ilgili makamların yetkisi dışında tesis ettikleri işlemler yargısal denetime tabi olup¹¹⁰, bunlar, "anayasa kısıntısı" kapsamında

¹⁰⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, KT, 14.03.1995, E. 1995/747, K. 1995/1242 naklen Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 200-201.

¹⁰⁹ Bkz. Kaya, s. 164-167.

¹¹⁰ Örneğin Yüksek Seçim Kurulunun seçim ve Sayıştayın hesap hukuku dışındaki, yani idare hukuku kapsamına giren ve idare işlevine ilişkin olan iş, işlem ve kararlarının idari yargının denetimine tabi olduğu hususunda bir duraksama bulunmamaktadır. D10D, KT, 24.04.2017, E. 2017/954, K. 2017/2222, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.02.2020). Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Bilal Can, "Yüksek Askerî Şûra Kararlarının Yargısal Denetimi", *TAAD*, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, s. 683-710. Ayrıca Anayasa'nın 159. maddesi ile Hakimler ve Savcılar Kurulunun "meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları"na karşı yargı yolu kapatılmıştır. Bu itibarla Kurulun görev alanı ile ilgili işlemlerinin anılan istisnalar dışında yargı yerleri tarafından incelenmesi mümkün değildir. Buna göre Hakimler ve Savcılar Kurulunca alınan bir karar dava konusu yapıldığında, "öncelikle davaya konu olan kararının Kurulun görev ve yetkisi dahilinde alınıp alınmadığının tespiti gerekmektedir. Eğer Kurul görev ve yetkisinde olmayan bir konuda karar almış ise ancak bu halde söz konusu davanın esasının idari yargıda incelenmesi mümkün bulunmakta aksi halde, Kurulun yetkili ve görevli olduğu konularda aldığı kararlara karşı Anayasa hükmü ile yargı yolu kapatılmış olduğundan, bu kararlara karşı açılan davalarda idari yargı yerince davanın esasının incelenmesi olanağı bulunmamaktadır." D11D, KT, 17.02.2004, E. 2003/916, K. 2004/728, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 14.03.2020).

değerlendirilmez. Aynı durum aşağıda değinilecek “yasalar gereğince yargısal denetim dışında tutulan işlem ve eylemler” için de geçerlidir¹¹¹.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Yüksek Askeri Şûra’nın görevli ve yetkili olmadığı bir alanda verilmiş kararlarını, “işlemin varlığının tespiti” açısından denetlenebileceğini belirtmiştir. Örnek karara konu olayda akıl hastası davacının, asker kişi statüsü, yetkili kurulca verilen rapor üzerine sağlık nedeniyle sona ermiştir. Ancak Yüksek Askerî Şûra, çok daha sonraki bir tarihte davacının “*Türk Silahlı Kuvvetleri’nde kalması uygun değildir*” sicili düzenlenerek disiplinsizlik ve ahlaki nedene dayalı olmak üzere ayırma işlemi tesis etmiştir. Mahkeme ise davalı idarenin bu yönde Anayasal ve yasal görev yetkisinin bulunmadığına, ayırma işleminin ağır yetki saptırması nedeniyle sakat ve yok hükmünde olduğunun tespitine ve bu aşamada bir karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir¹¹².

(d) Yargı yolu kapatılmış işlemten önce yapılan işlemler veya yargı yolu kapatılmış işlemin sebebi olan işlemlere karşı ayrıca dava açmak mümkündür. Zira ayrılabilir işlem kuralı¹¹³ gereği “yargı yolu kapalı” olan işlemten önce yapılan işlemlerin dava konusu edilmesi mümkündür. Örneğin hâkim ve Cumhuriyet savcılarının kademe ilerlemeleri, derece yükselmeleri, birinci sınıfa ayrılma ve birinci sınıf olmaya ilişkin işlemleri, atama ve yer değiştirme işlemlerinde hal kâğıtları dikkate alınmak suretiyle yapıldığından Adalet Başmüfettişince düzenlenen hâl kâğıdının idari davaya konu olabileceğinin kabulü gerekir. Danıştay da söz konusu işlemlerden önce yapılan müfettiş hal kâğıtlarının dava konusu olabileceğine karar vermiştir. Bu konuda önemine binaen Danıştayın bir kararının ilgili kısmını aynı şekilde aktarmayı uygun görüyoruz: “*Gerek öğretilde gerekse yargısal kararlarda, idari karar alma süreci içinde gerçekleştirilen işlemler arasında ancak*

¹¹¹ Bu konuda bkz. D5D, KT, 12.09.1995, E. 1995/1349, K. 1995/2483; D5D, KT, 06.05.1999, E. 1996/1123, K. 1999/1430, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 14.03.2020).

¹¹² Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, KT, 22.01. 1998, E.1997/147, K.1998/200. Benzer yönde bkz. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, KT, 22.01. 1998, E.1997/169, K.1998/436; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, KT, 24.02. 1998, E.1997/630, K.1998/558; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, KT, 20.10.1998, E.1997/694, K.1998/856. Ayrıca bkz. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 199.

¹¹³ Ayrılabilir işlem kuramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

nihai işlemin iptal davasına konu olabileceği görüşü yerine hukuksal prosedür içinde yer alan işlemlerin de iptal davasına konu oluşturabileceği kabul edilmektedir. “Ayrılabilir işlemler” kuramının ana amacı, bir idari süreç içinde yer alan işlemlerin hukuki sonuçlar yaratmaları halinde bu süreçten bağımsız olarak dava edilebilmelerinin sağlanmasıdır. ... Bu nedenle, yer aldıkları idari süreç ve statülerden, yani nihai işlemde bağımsız olarak ilgili hakim ve Cumhuriyet savcısının meslek yaşamını etkileyecek hukuki sonuçlar yaratabilen bir işlem niteliğinde olduğunda kuşku bulunmayan müfettiş hal kağıtlarının, söz konusu süreç ve statüden ayrılarak iptal davasına konu oluşturabilecekleri sonucuna varılmıştır. Kaldı ki, ... Anayasanın 159. maddesi gereğince Hakimler ve Savcılar ... Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaması nedeniyle de müfettiş hal kağıtlarının idari davaya konu olabileceğinin kabulü zorunlu bulunmaktadır.”¹¹⁴ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de, ayrılabilir işlem gereği, yasama kısıntısı olan işlemlerden önceki işlemlerin ayrı olarak iptal davasına konu edilebileceğini belirtmektedir¹¹⁵.

Ayrılabilir işlemler için kanun yoluna gidilebilmesi için bu işlemlerin kesin, yürütülebilir ve etkili birer işlem olmaları gerekir. Ayrıca bu türden işlemler için de yargı yolunun kapatılmamış olması gerektiği kanaatindeyiz. Açılacak dava sonucunda iptal kararı verilmesi halinde, “yargı kararlarının uygulanması zorunluluğu”ndan hareketle “yargı yolu kapalı” olan işlemi tesis eden ilgili idarenin hukuka aykırı hale gelen işlemini geri alması gerekir.

Son olarak diyebiliriz ki anayasa kısıntısı, Anayasa’nın açık lafzından kaynaklanan, idarenin görev ve yetkileri kapsamında tesis ettikleri bazı işlemlerin yargı denetimi dışında tutulmasıdır. Bu kategorideki işlemlerin idarenin diğer işlemlerinden bir farkı bulunmamakla birlikte, kanun koyucunun bu yöndeki tercihi gereği bu işlemler, yargısal denetim dışında tutulmaktadır. Anayasa kısıntısı

¹¹⁴ DİDDK, KT, 12.11.2009, E. 2008/1357, K. 2009/2191, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 14.03.2020). Ayrıca bkz. D2D, KT, 16.10.2006, E. 2006/1198, K. 2006/2813; D5D, KT, 26.08.2004, E. 2003/6399, K. 2004/3046; D5D, KT, 16.09.1993, E. 1992/4035, K. 1993/3177, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 14.03.2020).

¹¹⁵ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu, KT, 24.12.2010, E. 2010/47, K. 2010/56. Ayrıca bkz. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 199.

kategorisi adı altında yargısal denetimden bağışık tutulacak işlemlerin istisnai ve asgari düzeyde tutulması ve böyle işlemler Anayasa’da düzenlenecekse de bu yönde makul ve mantıklı gerekçenin ortaya konulması gerektiğini düşünmekteyiz.

b) Yasalarda Yargısal Denetim Dışında Tutulan İşlemler

(1) Anayasa’nın Verdiği İzne Bağlı Olarak Yasalar Gereğince Yargısal Denetim Dışında Tutulan İşlemler

Anayasa, bazen kanuni düzenleme yoluyla bazı idari işlemlerin yargısal denetim dışında tutulabileceğini öngörebilir. Örneğin Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına verilen bazı cezalar (uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam, izinsizlik, hizmetten men, ilave hizmet yükleme), bu kategoriyi oluşturur. Bu bağlamda Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına verilen bazı cezalar, Anayasa tarafından doğrudan yargısal denetim dışında tutulmamakla beraber Anayasa’nın verdiği izne istinaden kanun koyucu tarafından yargısal denetim dışında tutulmuştur. Zira Anayasa’nın 129. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz*”, 4. fıkrasına göre ise, “*Silahlı Kuvvetler mensupları ile hakimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.*” 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’na göre, “*yüksek disiplin kurulları tarafından verilen Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezaları ile subay, astsubay, uzman erbaş ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından barış zamanında verilmiş olan aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme ve oda hapsi cezalarına karşı*” iptal davası açılabilir (6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, m. 43/1). Bunun dışındaki disiplin cezalarına (AY, m. 129/4, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, m. 11, 22, 25) karşı yargı yolu kapalıdır¹¹⁶.

¹¹⁶ 6413 sayılı Kanun’un 43. maddesine ilişkin gerekçesinin ilgili kısmı “*Anayasanın 129 uncu maddesi uyarınca, Silahlı Kuvvetler mensupları hakkındaki disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması mümkündür. Bu doğrultuda bugüne kadar Silahlı Kuvvetler mensupları hakkındaki disiplin cezaları yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Kanunla kısmen, ağır nitelikteki disiplin cezalarının yargı denetimine açılmasına imkân sağlanmıştır. Türk Silahlı Kuvvetlerinin mevcudu, disiplin tesisinin önemi, disiplinsizliklerin ve disiplin cezalarının mahiyeti gibi hususlar gözönüne alınarak tüm disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açık olması sistemi tercih edilmemiştir. Zira bu tür bir sistemin, disipline ciddi zararlar verebileceği değerlendirilmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, yargı denetimine açık olan disiplin cezaları belirlenmiştir. Bu fıkra da belirlenen disiplin cezalarına karşı ... İdare Mahkemesinde iptal davası açılabilmesi hususu, tereddütlerin önlenmesi bakımından açık olarak yazılmıştır.*” şeklindedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi,

Burada ağır nitelikteki disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açık, hafif nitelikteki aşağıdaki disiplin cezalarına karşı ise yargı yolunun kapalı olması tercih edilmiştir. Bu bakımdan; subay, astsubay ve uzman erbaşlar ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında verilebilecek uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezaları, askeri öğrencilere verilebilecek kınama ve izinsizlik cezaları ve erbaş ve erlere disiplin amirleri tarafından verilebilecek izinsizlik, ilave hizmet yükleme ve hizmetten men cezaları yargı denetimi dışında tutulmuştur. Ancak bu cezalara karşı yargı yolunun kapalı olduğuna dair açık bir düzenleme 6413 sayılı Kanunda¹¹⁷ yoktur. Bu sonuç, düzenlemenin mefhumu muhalifinden çıkarılmaktadır¹¹⁸. Ayrıca daha önce Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına verilen bazı cezaları yargı denetimi dışında tutan 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu¹¹⁹ da ilga edilmiştir. Fakat bu cezalara karşı dava açılması halinde idari yargı mercii, “*davanın incelenmeksizin reddine*”¹²⁰, bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi ise “*başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna*” karar vermektedir¹²¹.

Oda hapsi cezası ile hizmet yerini terk etmeme cezası arasındaki bir ayrıma değinmekte fayda mülhaza ediyoryz. Oda hapsi cezaları ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5/1 hükmüne¹²² ilişkin ihlal kararları verilmiştir¹²³. Zira oda hapsi

Dönem: 24, C. 41, Yasama Yılı: 3, 59. Birleşim, 30.01.2013, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d24/c041/tbmm24041059.pdf>, s. 31 (E.T. 14.03.2020).

¹¹⁷ 6413 sayılı Kanun’un 21. maddesine göre, “*Disiplin ceza puanına bağlı olarak ayırma cezası verilmesi istemiyle gelen dosyaların incelenmesi sonucunda yüksek disiplin kurulunca, cezaların usulüne uygun verilmediğine veya ceza tayininde objektiflikten uzaklaşıldığına kanaat getirilirse verilen cezaların tamamının veya bir kısmının kaldırılmasına yahut personelin görev yerinin değiştirilmesine ve durumunun bir yıllık deneme süresi sonunda yeniden incelenmesine karar verilir.*” Buradan hareketle yargı denetimi dışında tutulan disiplin cezalarının yargı yerinde iptali mümkün değilken, disiplin kurulunca kaldırılması mümkündür.

¹¹⁸ Çağlayan’a göre, kanunda bu disiplin cezalarına karşı yargı yolu kapatılmadığından, bu işlemlerin yargı denetimine tabi tutulması gerekir. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 204.

¹¹⁹ İlga 1602 sayılı Kanun’un 21. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şuranın kararları ile disiplinsizlik nedeniyle verilen disiplin cezaları ve diğer idari yaptırımlar yargı denetimi dışındadır.*”

¹²⁰ DİDDK, KT, 25.10.2021, E. 2021/49, K. 2021/34, <https://www.danistay.gov.tr> (E.T. 03.12.2021).

¹²¹ Bu yönde bir karar için bkz. AYM, KT, 09.06.2020, Başvuru Numarası: 2015/13800, RG, 03.07.2020-31174. Ayrıca benzer yönde bir açıklama için bkz. Kaya, s. 220-221.

¹²² Sözleşme’nin, “*Özgürlük ve güvenlik hakkı*” kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

cezası, disiplin amiri tarafından verilir ve bu amaçla tahsis edilecek hapis odasında yerine getirilir¹²⁴. Bu itibarla oda hapsi cezası, kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir disiplin cezasıdır. Anayasa'nın 19. maddesine göre ise, mahkemelerce verilmiş bir karar olmadıkça kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Anayasa'nın 38. maddesinin 10. fıkrasında ise idarenin kişi hürriyetini kısıtlayacak biçimde bir yaptırım uygulayamayacağı belirtildikten sonra Silahlı Kuvvetlerin "iç düzeni" bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebileceği hususu düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, Silahlı Kuvvetlerin "iç düzeni" bakımından gerekli olması halinde idare tarafından kişi hürriyetini bağlayıcı bazı yaptırımların uygulanabilmesine izin verildiğini, bu istisnanın, sadece disiplini koruma ve bozulan disiplini sağlama niteliğindeki yaptırımlar bakımından söz konusu olabileceğini, bunun ötesinde mevzuatta disiplin cezası olarak vasıflandırılmış olsa bile ceza hukuku alanına girecek nitelikteki hürriyeti bağlayıcı yaptırımların idare tarafından verilmeyeceğini belirtmiştir¹²⁵. Mahkeme, bu noktada herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın yetkili idare kararıyla verilen oda hapsi cezasının hak ihlali olduğuna karar vermiştir¹²⁶. Kışlada tahsis edilen bir odada infaz edilen oda hapsi cezası kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı bir ceza iken hizmet yerini terk etmeme disiplini cezasının ise

"Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması..."

¹²³ AİHM, KT, 26.04.2011, Pulatlı/Türkiye Davası, Başvuru Numarası: 38665/07. Ayrıca bkz. AİHM, KT, 22.12.2005, A.D.-Türkiye Davası, Başvuru Numarası: 29986/96.

¹²⁴ 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun "Disiplin cezalarının yerine getirilme şekilleri" kenar başlıklı 12. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

"... Oda hapsi cezası; bu amaçla tahsis edilecek hapis odasında yerine getirilir. Hapis odalarının kapısında nöbetçi bulundurulur. Oda hapsi cezası alan personel, cezanın yerine getirilmesi süresince emir veremez ve genel hizmet yapamaz. Ceza;

a) Seferberlik ve savaş zamanında;

1) Bu Kanunda belirlenmiş tüm disiplinsizlik hâllerinde disiplin amirleri tarafından ekli (1) sayılı çizelgeye göre verilebilir.

2) Bu Kanuna göre hizmet yerini terk etmeme cezası ile cezalandırılmayı gerektiren disiplinsizlik hâllerinde, disiplin kurulları tarafından on günden otuz güne kadar verilebilir.

b) Barış zamanında; Türk karasuları dışında bulunan gemilerde görev yapan personele, sadece buralarda bulunduğu süre içinde işledikleri ve hizmet yerini terk etmeme cezası ile cezalandırılmayı gerektiren disiplinsizlikler için gemi komutanı tarafından, 14 üncü maddede belirlenmiş esaslar çerçevesinde verilebilir."

¹²⁵ AYM, KT, 15.04.2015, F.H.H. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/1419, RG, 20.06.2015 - 29392.

¹²⁶ AYM, KT, 12.03.2015, Hasan Baki Gülcan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/760, RG, 16.05.2015 - 29357

bu niteliği yoktur. Anayasa Mahkemesi de hizmet yerini terk etmeme disiplin cezasını¹²⁷ hürriyeti bağlayıcı yaptırım olarak değerlendirmemiştir¹²⁸. Zira hizmet yerini terk etmeme disiplin cezası, asker kişinin mesai bitiminden sonra görev yaptığı yerden ayrılmayarak resmî daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetine devam etmesi suretiyle yerine getirilir, tatil günlerinde cezanın yerine getirilmesine ara verilir. Ceza verilen asker kişinin görev yaptığı birim içerisinde hareket serbestisi bulunur. Bu bağlamda bu ceza ile özgürlüğü kısıtlanacak şekilde kişi bir yere kapatılmaz, kişi askerlik görevinin öngörülen sistemi içinde kalır. Zaten asker kişi, askerlik görevini yerine getirirken az-çok bu koşullara tabidir.

(2) Anayasal Dayanağı Olmamakla Beraber Yasalar Gereğince Yargısal Denetim Dışında Tutulan İşlemler

1982 Anayasası'nın 125. maddesine göre, *“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”* Bu bakımdan Anayasa'nın 125. maddesi gereği, Anayasa'da açıkça aksi öngörülmedikçe, idari eylem ve işlemlerden kaynaklı uyuşmazlıklar kanun ile veya idarenin bireysel ve düzenleyici işlemleri ile yargı denetimi dışında bırakılamaz.

Ayrıca Anayasa'nın 36. maddesine göre, *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* Bu bakımdan kanuni veya idari bir düzenleme, adil yargılanma hakkına engel oluşturursa, bu düzenleme Anayasa'nın 36. maddesine ve ayrıca AİHS'nin 6. maddesine de aykırı olur. Dolayısıyla anayasal bir dayanağa sahip olmaksızın kanunlarla getirilmiş yargı yolunu kapatan kısıtlamalar, hukuk devleti ilkesi ve Anayasa'nın 36. ve 125. maddeleri ile

¹²⁷ 31/1/2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 12. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

“Hizmet yerini terk etmeme cezası; personelin mesai bitiminden sonra görev yaptığı yerden ayrılmayıp resmî daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetine devam etmesidir. Bu ceza disiplin amirleri tarafından ekli sayılı çizelgeye göre; disiplin kurulları tarafından dört ila on güne kadar verilebilir. Ceza verilen personel için uygun bir yatma yeri tahsis edilir. Tatil günlerinde cezanın yerine getirilmesine ara verilir. Cezanın yerine getirilmesi sırasında, hizmete ilişkin hâller hariç, günde toplam bir saati geçmemek üzere ziyaretçi kabul edilebilir.”

¹²⁸ AYM, KT, 06.12.2018, E. 2018/67, K. 2018/110, RG, 08.01.2019 – 30649.

bağdaşmaz. Ayrıca kısıtlama öngören bu düzenlemelerin dava konusu edilmeleri durumunda, iptal edilmeleri gerekir¹²⁹.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Uzlaşma komisyonu muamelelerinin kesinliği" başlıklı Ek 6. maddesinde¹³⁰, 659 sayılı KHK'nın 12. maddesinin 7. ve 9. fıkralarında¹³¹ ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesinde¹³², idari uzlaşma, idari sulh veya anlaşma benzeri yöntemlerde kişinin kabulü üzerine yargı yoluna gidilemeyeceği düzenlenmiştir¹³³. Ancak uzlaşılan veya anlaşılan parasal

¹²⁹ Örneğin 12.03.1982 tarih ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının (3) numaralı bendinin ikinci cümlesine göre "Uyuşmazlıklarda dava ve takipler kamulaştırma kararına değil, bedeline ilişkin olarak yürütülür ve sonuçlandırılır." Kamulaştırma işleminin iptali davasına karşı yargı yolunu kapatan bu cümle, izleyen gerekçe ile Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. "...Kanun gereğince yapılacak kamulaştırmalarda kamulaştırma kararına karşı yargı yolunu kapatan itiraz konusu kural, mülkiyet hakkının korunmasına yönelik iptal davası açma imkânını ortadan kaldırarak bu hakkı güvencesiz hâle getirmektedir. Bu niteliği ile itiraz konusu kural, kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozmak suretiyle, hak arama özgürlüğünün ve mülkiyet hakkının ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına neden olmakta ve hakkın özünü zedelemektedir. Diğer taraftan, Anayasanın 125. maddesinde belirtilen idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması ilkesine göre, idari işlemlere karşı yargı yolu, Anayasada belirtilen kimi ayrık durumlar dışında kanunlarla sınırlandırılmaz. Anayasada kamulaştırma kararına karşı yargı yolunun kapalı olduğuna yönelik bir hüküm bulunmamasına karşın itiraz konusu kuralla, Kanun gereğince yapılacak kamulaştırmalarda, kamulaştırma kararının yargı denetimi dışında bırakılması, Anayasanın 125. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasanın 13., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." AYM, KT, 29.1.2014, E. 2013/108, K. 2014/15, RG, 09.05.2014-28995. Ayrıca 18.03.1924 günlü, 442 sayılı Köy Kanunu'na göre, köy ihtiyar meclisi kararlarına karşı 15 gün içinde vali veya kaymakama başvurulabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi, aynı Kanun'un Ek 3. maddesinin 2. fıkrasının, "Bunların verecekleri kararlar kat'i olup aleyhine Devlet Şûrasına müracaat edilemez." biçimindeki son cümlesini Anayasa'ya aykırı bularak iptaline karar vermiştir. AYM, KT, 04.02.2010, E. 2008/112, K. 2010/31, RG, 28.04.2010-27565.

¹³⁰ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Ek 6. maddesi: "Uzlaşma komisyonlarının tutacakları uzlaşma tutanakları kesin olup gereği vergi dairelerince derhal yerine getirilir. Mükellef veya adına ceza kesilen; üzerinde uzlaşılan ve tutanakla tespit olunan hususlar hakkında dava açılmaz ve hiçbir mercie şikayette bulunamaz."

¹³¹ 659 sayılı KHK'nın 12. maddesinin 7. fıkrası: "Tazminat miktarı ve ödeme şekli üzerinde idare ve istemde bulunanın sulh olmaları halinde buna ilişkin bir tutanak düzenlenir ve taraflarca imzalanır. Bu tutanak ilam hükmündedir. ..."

659 sayılı KHK'nın 12. maddesinin 9. fıkrası: "Sulh olunan konu ya da miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamaz."

¹³² 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesi: "... Bu madde uyarınca satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmaz."

¹³³ Yargı yerleri de bu yönde kararlar vermiştir. "Bu durumda, yatırım indirimi ihtilafından tamamen ayrı ve ondan farklı bir vergi inceleme raporuna dayanılarak yapılan re'sen tarhiyat üzerinde tarhiyat öncesi uzlaşmaya gidilip, tarhiyat öncesi uzlaşma tutanağı düzenlenerek uzlaşmaya varıldığından, anılan ek 6 ve 7 nci maddeler karşısında davacı şirketin anılan re'sen tarhiyatla ilgili olarak dava açma ve şikayette bulunma hakkı olmadığından..." D4D, KT, 28.02.2001, E. 1999/5699, K. 2001/666, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.02.2020). "Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2.7.1985 günlü ve E: 1985/5, K: 1985/4 sayılı kararı ile de takdir komisyonları tarafından takdir

miktar dışında sonradan fark edilen veya yeni ortaya çıkan zararlar ya da daha sonra yapılan idari işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı gerekçesi ile dava yoluna gidilebilmesi mümkündür.

Yargıtay Büyük Genel Kurulunun kararları (2797 sayılı Yargıtay Kanunu, m. 16) ve Yargıtay Başkanlar Kurullarının “itiraz üzerine veya doğrudan doğruya verdikleri bütün kararlar” (2797 sayılı Yargıtay Kanunu, m. 17) aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz¹³⁴. Aynı şekilde Danıştay Başkanlar Kurulu kararları kesin olup (2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 52/3), bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz¹³⁵.

Yargıtay Büyük Genel Kurulunun kararları, idari kararlar ve yargısal kararlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Yargıtay Büyük Genel Kurulunun verdiği yargısal kararlar, “içtihadı birleştirme kararları”dır. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu, herhangi bir ayrıma gitmeden Yargıtay Büyük Genel Kurulunun tüm kararlarının kesin olduğunu, bunlar aleyhine başka yargı mercilerine başvurulamayacağını düzenlemiştir (2797 sayılı Yargıtay Kanunu, m. 16).

Yargıtay Başkanlar Kurulunca verilen kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulamaması hükmünün iptali istemiyle yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi,

olunan matrah üzerinden tahakkuk ettirilen vergi ve kesilen ceza hakkında uzlaşma sağlanması halinde takdir olunan matrahın azlığından sözedilerek artırılması dileğiyle vergi dairesi tarafından açılan davanın incelenmesine olanak bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu kararın gerekçesinde; “... kanunun amacı gözönünde tutulduğunda, takdir komisyonlarınca takdir olunan bir matrah üzerinden tahakkuk ettirilen vergi ve buna ilişkin olarak kesilen ceza üzerinden yapılan uzlaşmanın söz konusu matrahla ilgili anlaşmazlığı tümüyle kesin olarak ortadan kaldıracığı kabul edilmelidir.” görüşüne yer verilmiştir.” D7D, KT, 10.06.1993, E. 1992/1507, K. 1993/2522, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.02.2020). “Somut olayda ise ... taşınmazın maliklerince kamulaştırılan kesiminin satış yoluyla devredildiği ... anlaşılmıştır. Bu sebeple; mahkemece yukarıda sözü edilen yasa hükmü dikkate alınarak, sonuçlanmış olan bir kamulaştırma işlemine karşı kamulaştırmayı yapan idare tarafından bedel ve tescile yönelik böyle bir dava açılmayacağı ...” Y18HD, KT, 04.04.2011, E. 2011/2111, E. 2011/4527, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.02.2020).

¹³⁴ Danıştay, davacının dairesinin değiştirilmesi yolundaki Yargıtay Başkanlık Kurulu kararının adı geçen kurulun idari işlevi nedeniyle tesis edilen idari bir işlem olduğunu belirtmiş, ancak şu yönde karar vermiştir: “Her ne kadar, Yargıtay’da bulunan Kurulların idari işlem niteliğindeki kararlarına karşı yargı yolunu kapatan hüküm Anayasanın yukarıda belirtilen 125. maddesine açıkça aykırı ise de, anılan Kanunun Milli Güvenlik Konseyi döneminde yürürlüğe konulmuş olması nedeniyle yukarıda da belirtildiği gibi Anayasanın Geçici 15. maddesi hükmü karşısında Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile başvurulması mümkün değildir.” D5D, KT, 17.05.1996, E. 1995/4416, K. 1996/1911, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.02.2020).

¹³⁵ Danıştay Başkanlık Kurulu kararlarının kesin olduğunu öngören hüküm (2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 52/A-2), 2016 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bunun için bkz. AYM, KT, 10.02.2016, E. 2015/18, K. 2016/12, RG, 17.05.2016-29715.

anılan kararların yargısal ağırlıklı bir faaliyet olduğu, kanun koyucunun Yargıtay Başkanlar Kurulunu işlevsel olarak “idare” kabul etmediğini, Kurulun verdiği kararları da idari tasarruf saymadığını belirterek talebin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve reddine karar vermiştir¹³⁶. Ancak Danıştay Başkanlık Kurulunun kararları aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaması hükmünün iptali istemiyle yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi, başka bir kararında Başkanlık Kurulunun “görev ve yetkilerinin bir kısmı akademik faaliyetlere izin verme ve disiplin soruşturması başlatma gibi idari faaliyetlere ilişkin olup bu kapsamdaki işlem ve kararların idari nitelikte olduğunu” belirtip iptaline karar vermiştir¹³⁷. Yargıtay Başkanlar Kurulu ve Danıştay Başkanlık Kurulunun kararları arasında idari işlem olma bakımından benzerlik olsa da Anayasa Mahkemesi bu yönde farklı kararlar vermiştir. Bu bakımdan anayasal bir dayanağa sahip olmadığı halde kanun koyucu tarafından yargısal denetim dışında tutulan yukarıda bahsedilen işlem kategorisinin Anayasa’ya aykırılık oluşturduğunu, dolayısıyla bu kategorinin kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

B. Yargı Kısıntısı

1. Tanım ve Tarihçe

Açık bir yasal düzenleme ile yargı denetimi dışında tutulmamasına rağmen, yargı mercileri, niteliği gereği bazı işlemlerin hukuka ve mevzuata uygunluklarını denetlemekten kaçınmışlardır. Bu işlemlerin iptalinin ve bu işlemlerden kaynaklanan zararın tazmininin talep edilemeyeceği kabul edilmektedir¹³⁸. Yargı mercilerinin denetlemekten kaçındıkları bu işlem kategorisine “yargı kısıntısı” denir¹³⁹.

Hükümet tasarrufları olarak da adlandırılan yargı kısıntıları, hükümetin tüm tasarruflarını değil de, bazı “üst siyasal yönetim” tasarruflarını ifade eder¹⁴⁰.

¹³⁶ AYM, KT, 21.01.2010, E. 2008/74, K. 2010/15, RG, 28.04.2010-27565.

¹³⁷ AYM, KT, 10.02.2016, E. 2015/18, K. 2016/12, RG, 17.05.2016-29715.

¹³⁸ Milan Petrović, “The “Acts of Government” and The Legal Notion of Politics”, *Facta Universitatis Series: Law and Politics*, Vol. 9, No 2, 2011, s. 85.

¹³⁹ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 35-41; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 142; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 140; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 145; Kaplan, s. 47 vd.

¹⁴⁰ Ragıp Sarıca, “Türk Devlet Şurası Kararlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, *İÜHF*, Y. 1942, C. 8, S. 3-4, s. 458; Ergun Özbudun, “İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1961, C. 18, S. 1, s. 333-372; Hamza Eroğlu, *İdare Hukuku (Genel*

Doktrinde bunların “prensip kısıntısı”, “yargı sınırlaması”, “yargı kararları ile yargı yolunun kısıtlanması”, “devlet tasarrufu”, “devletin yüksek siyaseti”, “devletin siyasi icraatı”, “hükümet etme işlevi”, “hükümet işlemleri”, “politik işlev”, “siyasi işlev”, “yüksek yönetim işlemleri”, “siyasi meseleler (tasarruflar)”, “siyasal içerikli işler”, “bazı üst siyasal faaliyetler” olarak ifade edildiği de görülmektedir¹⁴¹. Türkiye’de zaman zaman “hikmet-i hükümet” de denilen hükümet tasarruflarına, Fransa’da “*actes de gouvernement*”, Anglo-Amerikan ülkelerinde, “Devletin Tasarrufu (*Act of State*)” ya da “Siyasi Sorunlar/Meseleler (*Political Questions*)” denilmektedir¹⁴². Hukukumuzda bu tür işlemler için “hükümet tasarrufları” tabiri yerleştiği için biz de bu tabiri kullanacağız.

Hükümet tasarrufları tabirindeki “hükümet” kelimesi geniş anlamda kullanılmıştır. Zira “hükümet” kelimesi, Cumnhurbaşkanı (hükümet) yanında idareyi de kapsayabilmektedir. Örneğin İçişleri veya Dışişleri bakanlıklarınca başka ülkelerle veya siyasi örgütlerle siyasi ve ekonomik ilişkiler kapsamında alınan işlemler de hükümet tasarrufları olarak kabul edilebilir. Bu itibarla hükümet tasarrufları, ilişkin olunan konudan kaynaklı kararlardır¹⁴³. Zira hükümet tasarrufları, mahiyet ve bünyeleri gereği veya siyasi yönleri dolayısıyla salt idari işlemlerden ayrılmaktadır.

Hükümet tasarrufları teorisinin mahiyetini açıklayacak hukuki bir kriter, bunları tanımlayacak genel geçer bir ilke bulunamamıştır. Zira hükümet tasarrufları açısından geçerli olacak bir takım kurallar ortaya koymak imkânsızdır. Hükümet tasarruflarının niçin yargısal denetim dışında tutulduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, bu işlemler idarenin işlemleri değildir. Bu

Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi), 5. Bası, Olgaç Matbaası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1985, s. 53-55; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 142; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 47-64; Cemil Kaya, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümlerlik / Egemenlik Hakkı Teorisine”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 2016, S. 7, s. 637-663.

¹⁴¹ Balta, s. 230-239; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 145; Kaplan, s. 46-56; Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 341-344; Özay, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, s. 23; Yayla, *İdare Hukuku*, s. 19-20; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 35-41; Atay, *İdare Hukuku*, s. 26-27; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 142-143; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 749; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, s. 98-101.

¹⁴² Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 147.

¹⁴³ Kaplan, s. 50.

işlemler hükümetin yasama organı ve uluslararası kuruluşlar ile ilişkileri çerçevesinde tesis edilen işlemler olduğundan yargısal denetim dışında kalmaları normal ve eşyanın tabiatı gereğidir¹⁴⁴. Çoğunluk görüşüne göre ise hükümet tasarrufları siyasi nitelikte işlemler olduklarından yargısal denetim dışında tutulmuştur¹⁴⁵.

Fransa’da Napolyon sonrası dönemlerde yürütmenin işine fazla karışıldığı gerekçesi ile Conseil d’État’ın kaldırılması gündeme gelmiş, Conseil d’État, bunun üzerine varlığını koruyabilmek amacıyla bazı konuları denetleyemeyeceğini belirtmiş ve kendi denetim yetkisini bizzat sınırlama yoluna gitmiştir ki, bu durumdan “hükümet tasarrufları” teorisi ortaya çıkmıştır¹⁴⁶. Bu teori ortaya çıktığı günden beri sürekli eleştiri konusu olmuştur¹⁴⁷.

Özyörük, Conseil d’État’ın, henüz güçlü olmadığı ilk zamanlarında, kuvvetli hükümetlerle çatışmaya girmekten kaçındığı için “*siyasi saik*” ile bazı kararlar aleyhine dava yoluna başvurulamayacağı ilkesini benimsediğini belirtmektedir. Ancak yazar, zamanla yargısal denetim alanının genişlediğini ve eskiden denetim alanı dışında bırakılan hükümet tasarruflarının yavaş yavaş denetime tabi tutulduğunu ifade etmektedir¹⁴⁸.

Hükümet tasarrufları, Türkiye’de 1924 Anayasası döneminde¹⁴⁹ Conseil d’État’ın etkisi ile kabul edilmiştir. Danıştay, 1924 Anayasası döneminde, ilk başta yasama kısıntısını dar yorumlama eğiliminde bulunmuş ise de gerek yasama organının yorumu gerekse yürütme organının ısrarı, yasama kısıntısı kategorisi yanında yargı kısıntısı kategorisinin kabulünü de netice vermiştir¹⁵⁰. Bu dönemde bu tasarrufların

¹⁴⁴ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 749 vd.

¹⁴⁵ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 148; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 35; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 143; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 47.

¹⁴⁶ İsmet Giritli, *Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No. 770, İstanbul 1958, s. 15-16.

¹⁴⁷ Kaplan, s. 50.

¹⁴⁸ Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1972-1973, s. 144. Ayrıca bkz. Gözübüyük, s. 21; Bayraktar, s. 272; Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 148.

¹⁴⁹ 1924 Anayasası döneminde Danıştay, hükümet tasarruflarını yargılama dışı tutmuştur. Detaylı bilgi için bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 441-477; Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 146-153.

¹⁵⁰ “Türkiye Büyük Millet Meclisinin 1928 tarih ve 457 sayılı ve 1935 tarih ve 921 sayılı kararlarıyla ve 2515 sayılı Kanunla İdarenin bazı işlem ve kararları, idari işlem ve karar mahiyetinde görülmeyerek yargı denetiminin dışında bırakılmış ve böylece ülkemizde de hükümet tasarrufları

ampirik yöntemle bir listesi oluşturulmuştur¹⁵¹. Örneğin 1924 Anayasası döneminde “mukabele-i bilmişil kararları”, “bazı iskân işleri”, “vatandaşlık ile ilgili işlemler”, “yabancıların sınırdışı edilme işlemleri” açısından “hükümet tasarrufları” uygulaması söz konusu olmuştur¹⁵². Danıştay, bu kararlara karşı açılan davaları ilk inceleme aşamasında reddederek denetlemekten kaçınmıştır¹⁵³.

1961 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği ilk yıllarda hükümet tasarrufları, uygulama alanı bulmamıştır. Zira 1961 Anayasası’nın 114. maddesinin ilk haline göre, “*İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*”¹⁵⁴. Kanun koyucu, “hiçbir halde” ifadesiyle kesin ve vurgulu bir şekilde, istisna olmaksızın ve olağanüstü hallerde dahi idari eylem ve işlemlerin hiçbirinin yargı denetimi dışına çıkarılamayacağını hükme bağlamıştır¹⁵⁵. Ancak 1961 Anayasası’nın 114. maddesi, 1971 yılında yapılan değişiklikle, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.*” şeklini almıştır. Anılan hüküm, 1982 Anayasası’nın 125. maddesinde de, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” şeklinde aynen muhafaza edilmiştir.

Hükümet tasarruflarının Türkiye’de 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde genel olarak benimsenmediği ifade edilmektedir¹⁵⁶. Ayrıca bir görüşe göre,

ortaya çıkmıştır.” Mermut, s. 299. Ayrıca bkz. Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 27; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 39.

¹⁵¹ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 751.

¹⁵² Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 446; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 143; Kaya, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık / Egemenlik Hakkı Teorisine”, s. 639 vd.; Kaplan, s. 49-50. Danıştayın ilgili kararları için bkz. Ali Sıtkı Gökalep, “İptal Davaları”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968, s. 477-479.

¹⁵³ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 36; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 52.

¹⁵⁴ Bu maddenin “yargı kısıntılarını” önlediği hakkında bkz. Temsilciler Meclisi, S. Sayısı: 35, Anayasa Komisyonu Raporu, 09.03.1961, s. 41, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm_00002034ss0035.pdf; Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, Birleşim 49, 20.04.1961, s. 570, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c003/tm_00003049.pdf (E.T. 30.06.2020).

¹⁵⁵ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 468 vd.

¹⁵⁶ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 152; Gözübüyük, s. 25; Kazım Yenice, “Hak Arama Özgürlüğü ve Danıştay”, *DD*, Y. 10, S. 38-39, 1980, s. 9-10; Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 104. Bunun için ayrıca bkz. D10D, KT, 13.10.1992, K. 1990/4944, E. 1992/3569, <http://www.hukuk.turk.com> (E.T. 27.11.2019).

günümüzde “artık “hükümet tasarrufu” anlayışının uygulanabileceğini savunmak olanaksızdır”¹⁵⁷.

2. Uygulamada Yargı Kısıntısı Halleri

Cumhurbaşkanı, 6771 sayılı Anayasa değişikliği ile birlikte yürütme ile ilgili konularda genel görevli ve yetkili tek makam haline getirilmiştir. Bu durumda Cumhurbaşkanı yürütme ile ilgili birçok konuda tek başına karar alabilmektedir. 6771 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin sonucunda Cumhurbaşkanının birçok işlemi yargısal denetime açık hale getirilmiştir. Zira Cumhurbaşkanının, tek başına yapacağı işlemlere karşı yargı yolunu kapatan Anayasa hükmü ilga edildiğinden, idari işlem niteliğindeki işlemleri yargısal denetime tabi hale gelmiştir¹⁵⁸. Ancak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının yasama ve yargı organları ya da ülkenin iç ve dış güvenliği ile ilgili işlemleri veya diplomatik işlemleri açısından hükümet tasarrufu teorisi tekrar gündeme gelebilir. Bu işlemler, çoğunlukla siyasi işler olup takdir yetkisi ile alakalıdır. Ancak kanaatimizce hukuk sistemimizde Cumhurbaşkanının hangi işlemlerinin idari işlem olduğu, hangi işlemlerinin ise fonksiyonel anlamda idari nitelikte işlem olmadığı (hükümet işlemleri) yönünde kesin bir belirleme ve ayırım söz konusu değildir.

Hükümet tasarrufları, idari işlev içinde değil de, hükümet işlevi içinde kabul edilmektedir. Bu işlemler, yürütme tarafından takdir yetkisi kapsamında tesis edilen işlemlerdir. Doktrinde hükümet işlemlerinin yani hükümet tasarruflarının dava konusu olamayacağı kabul edilmektedir¹⁵⁹. Bu işlemlerin mahiyet ve bünyeleri gereği veya siyasi yönleri dolayısıyla yargısal denetim dışında tutulması gerektiği

¹⁵⁷ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 41. Bu teorinin ülkemizde bütünüyle terk edildiği de ifade edilmektedir. Kaplan, s. 50.

¹⁵⁸ 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 9. maddesiyle Anayasa’nın 105. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.” hükmü, 16. maddesiyle de Anayasa’nın 125. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler... yargı denetimi dışındadır.” hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. 703 sayılı KHK’nın 185. maddesi ile de İYUK’un 2. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, “Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetimi dışındadır.” hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁵⁹ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 148; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 143.

ifade edilmektedir¹⁶⁰. Örneğin Cumhurbaşkanının istifası, olağanüstü hal ilanına ilişkin kararları¹⁶¹, seçimlerin yenilenmesine karar vermesi, silahlı kuvvetlerin kullanılmasına karar vermesi, uluslararası sözleşmeleri akdetmesi, af ilanı, bazı üst düzey yöneticileri ataması, yüksek yargı organlarına üye seçmesi, kanunları bir kez daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri göndermesi, Anayasa değişikliklerine ilişkin Kanunları gerekli gördüğünde halkoyuna sunması, yabancı devletlere Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin temsilcilerini göndermesi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmesi, Anayasa Mahkemesi'ne kanunların iptali için dava açması ile ilgili faaliyetleri ve diplomatik faaliyetlerin kuramsal olarak idari yargının görev alanı dışında olduğu düşünülmektedir¹⁶².

Doktrinde bir görüş, hükümet tasarruflarının tabi olacağı hukuk kurallarının mevcut olmadığını, bunlara hukuk kurallarının uygulanamayacağını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, örneğin devletlerarası siyasi ilişkilerinin hangi esaslar dâhilinde cereyan edeceği önceden tahmin ve takdir edilerek birtakım kurallara bağlanamaz. Devletler, bir antlaşma yaparken, ülkeyi savunurken, bir devletle siyasetine yön verirken hiçbir kaideye bağlı değildir. Bu itibarla bu işler dolayısı ile yapılan faaliyetlerin hukuk kurallarına uymadığından bahsedilerek yargı mercilerine

¹⁶⁰ Bayraktar, s. 272.

¹⁶¹ Olağanüstü hal ilanı kararı, Cumhurbaşkanının bir işlemidir. Ancak Anayasa'nın 119. maddesine göre, Cumhurbaşkanının olağanüstü hal ilan kararı, *"verildiği gün Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur."* Ardından olağanüstü hal ilan kararı kısa bir süre içerisinde yasama işlemine dönüşmektedir. Bu süreçte dava açabilmek mümkün değildir. TBMM'nin olağanüstü hal ilan işlemine ilişkin onay veya ret kararı bir parlamento kararıdır. Parlamento kararları ise mevzuatta öngörülen istisnalar dışında yargı denetimi dışındadır. Danıştay, bir kararında sıkıyönetim ilanı kararının bir idari işlem olmasına rağmen, TBMM tarafından onaylandıktan sonra bir yasama işlemi haline dönüştüğünü belirtmiştir. Kararın devamında Danıştay, görevine giren bir kararın söz konusu olmadığı gerekçesi ile "görevsizlik" kararı vermiştir. DİDDK, KT, 03.07.1970, E. 1970/839, 1970/442, DD, S. 2, s. 19. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, *"Sıkıyönetim ilanı kararlarının TBMM Birleşik Toplantısında onama tasarrufunu maddi bakımdan kanun addetmeye veya bu nitelikte bir işlem saymaya yahut İçtüzük hükmü gibi telakki etmeye imkân görülmemiştir... Anayasa 147. maddesinin birinci fıkrası ile... TBMM'nin kanun veya İçtüzük niteliğinde olmayan kararlarını - Anayasanın ayırık olarak düzenlediği hükümler saklı kalmak üzere bu denetimin dışında bırakmıştır."* gerekçesi ile kararın denetlenmeyeceğini belirtmiştir. AYM, KT, 17.11.1970, 1970/44, 1970/42, RG, 30.03.1971-13794. Muratoğlu, yargısal denetime elverişli olmak kaydıyla tüm parlamento kararlarının yargısal denetime tabi olması gerektiğini belirtmektedir. Tahir Muratoğlu, *Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku*, Seçkin, Ankara 2019, s. 156.

¹⁶² Yayla, *İdare Hukuku*, s. 21; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 147; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 142-143. İngiliz hukukunda buna örnek olarak Parlamantonun feshi, bakanların atanması, onur verilmesi, bir anlaşma yapılması ve diğer hükümetlerle ilişkili hususlar sayılabilir. Ancak bunun hukukun üstünlüğü ilkesini ihlal ettiği savunulmaktadır. Alder, s. 364.

başvurulamaz. Bu faaliyetler, hukuk kurallarına tabi olma prensibine istisna teşkil edip yargısal denetim dışında kalır ki bu faaliyetlerden dolayı açılacak bir davayı hâkim başta reddeder¹⁶³.

Çağlayan’a göre, Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları ve genelkurmay başkanını ataması, olağanüstü hal ilan etmesi, milletlerarası antlaşmaları onaylama ve yayımlaması, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Hakimler ve Savcılar Kuruluna üye seçmesi gibi işlemler siyasi nitelikte işlemler olup idari yargı denetimi dışındadır¹⁶⁴.

Gözler’e göre, Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları ataması, olağanüstü hal ilan etmesi, milletlerarası antlaşmaları onaylama ve yayımlaması gibi işlemler, idari işlem değil de hükümet tasarrufudur. Dolayısıyla bu işlemlere karşı dava açılamaz¹⁶⁵. Ayrıca yazara göre, doğrudan doğruya vatandaşların hak ve ödevlerini etkilemeyen bu işlemlerin yargı denetimi dışında tutulmasının hukuk devleti ve vatandaşların temel hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından doğuracağı bir sakınca da genellikle yoktur¹⁶⁶.

Ulusoy’a göre, yürütmenin işlevsel anlamda yasama fonksiyonuna giren Cumhurbaşkanının bir kanunu veto etmesi veya TBMM Başkanının Meclisi olağanüstü toplantıya çağırması gibi işlemler, idari fonksiyona girmediğinden, bunlar teknik anlamda hükümet tasarrufu niteliğinde değildir. Bu işlemler idari fonksiyona girmediğinden “*ortada denetime konu olabilecek bir idari işlem bulunmaması*” gerekçesi ile bunların idari yargıda denetlenmemesi gerekir¹⁶⁷. Yazara göre, hükümet tasarrufları olarak kabul edilen işlemler ise teknik olarak idari fonksiyona giren tipik idari işlemlerdir. Örneğin hükümetin bir elçiyi istenmeyen adam ilan etmesi veya Türk vatandaşlarına yapılan muamalenin “misilleme” olarak yabancı ülkenin

¹⁶³ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 441-442. Ayrıca bkz. Atay, *İdare Hukuku*, s. 499.

¹⁶⁴ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 133-135. Ayrıca bkz. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 143.

¹⁶⁵ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 757-759.

¹⁶⁶ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 141.

¹⁶⁷ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 686-687.

vatandaşlarına yapılacağına dair alınan işlem, idari işlem olup hükümet tasarrufudur¹⁶⁸.

Doktrinde bazı yazarlar, günümüzde hukuk devleti ilkesinin gereği olarak “hükümet tasarrufları” kapsamı altında ayrı bir idari işlem kategorisinin olmaması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁶⁹. Ayrıca bu yönde hükümet tasarruflarının bir taraftan mutlaka hukuka dayanması, esasa ilişkin olmanın yanında yetki ve şekil unsurları bakımından da yargısal denetime tabi tutulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁰. Başka bir deyişle hükümet tasarrufları, bazı yönleriyle hukuku ilgilendirdiği için bu yönleri bakımından yargısal denetime tabi tutulmalıdır. Burada bu işlemlerin, siyasi bakımdan isabetli veya yerinde olup olmadıkları değil, hukuka uygun olup olmadıkları denetlenmelidir¹⁷¹. Ayrıca doktrine göre, başlangıçta bir işlemin hükümet tasarrufu kategorisinde kaldığından bahisle yargı denetimi dışında tutulması mümkün değildir. Bu işlemlerin takdir yetkisi içinde kabul edilmesi ve “*takdir yetkisinin denetimine ilişkin ilkeler çerçevesinde*” denetlenmesi gerekir¹⁷².

Danıştay, hükümet tasarrufu niteliğindeki bazı işlemleri, yürütmenin mevzuattan kaynaklı yetkisi kapsamında görerek denetlemekten kaçınmıştır. Örneğin Danıştay, Irak’ın Kuveyt’i işgali üzerine ortaya çıkan savaş sırasında, Türkiye’de konuşlandırılmak amacıyla NATO’dan askeri kuvvet istenilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının, “*Anayasasının ve 2941 sayılı Yasanın verdiği yetkiye dayanarak, güvenliği yeniden sağlamak ve fiili tecavüzü gidermek amacıyla*” kullanıldığına, dolayısıyla yasal hükümlere uygun olduğuna karar vermiştir¹⁷³. Aynı şekilde Danıştay, daha önce hükümet tasarrufu kuramına dayanarak denetlemediği işlemleri denetime tabi tutmuş, bunlara karşı açılan davaları ilk inceleme aşamasında değil, esas bakımından reddetmiştir. Örneğin “mütekabiliyet (karşılıklılık) ilkesi

¹⁶⁸ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 686.

¹⁶⁹ Kazım Yenice, Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, Ankara 1983, s. 40; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 41; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 101; Kaplan, 50.

¹⁷⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 475 vd.

¹⁷¹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 475 vd.

¹⁷² Sadrettin Sürbehan, “İdarede Takdir Hakkı”, *TİD*, Y. 41, S. 325, Temmuz-Ağustos 1970, s. 100-101.

¹⁷³ D10D, KT, 13.10.1992, E. 1990/4944, K. 1992/3569, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020).

çerçevesinde alınan kararlara”¹⁷⁴, “yabancıların Türk vatandaşlığına alınmaması kararlarına”¹⁷⁵, “yabancılar ikamet izni verilmemesi kararlarına”¹⁷⁶, “yabancıların Türkiye’ye giriş yasağına ilişkin kararlara”¹⁷⁷ ve “yabancıların sınır dışı edilmesi kararlarına”¹⁷⁸ karşı açılan bazı davaları “idarenin takdir yetkisi”ne dayanarak esas bakımından reddetmiştir¹⁷⁹.

Hukuk devleti ve idari yargının gelişimine bağlı olarak “hükümet tasarrufu” nitelendirilmesi tamamen terkedilememiştir. Sınırları tam çizilmemekle birlikte böyle bir kategorinin varlığı açıktır. Bu kategorinin yargı denetimine tabi olup olmadığı konusunda ise yukarıda zikredildiği üzere doktrinde bir görüş birliği söz değildir.

Hükümet tasarrufları, çoğunlukla yüksek siyasi nitelikli işlemlerdir. Hükümet, bu işlemlerin sebep ve konu unsurlarında geniş takdir yetkisine sahiptir¹⁸⁰. Örneğin 1982 Anayasası’nın 104. maddesine göre Cumhurbaşkanı, “*Milletlerarası andlaşmaları onaylar ve yayımlar.*” 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 3. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, Cumhurbaşkanı milletlerarası andlaşmaların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye yetkisine sahiptir. Bu itibarla Cumhurbaşkanı, bir milletlerarası andlaşmayı onaylama, yayımlama ve sona erdirmeye konusunda takdir yetkisine sahiptir. Danıştay, 20.03.2021 tarih ve 31429 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve “İstanbul Sözleşmesi” olarak bilinen “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye

¹⁷⁴ D10D, KT, 07.06.2013, E. 2012/4392, K. 2013/6228; D11D, KT, 12.10.2009, E. 2007/11080, K. 2009/8256, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020).

¹⁷⁵ D10D, KT, 17.09.2019, E. 2014/2599, K. 2019/5773; D10D, KT, 25.02.2019, E. 2014/2922, K. 2019/1443; DİDDK, KT, 17.01.2018, E. 2015/4972, K. 2018/23; D10D, 26.05.2010, E. 2009/1286, K. 2012/4744, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020).

¹⁷⁶ D10D, KT, 21.03.2016, E. 2013/3032, K. 2016/1568, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020).

¹⁷⁷ D10D, KT, 25.10.2015, E. 2012/8512, K. 2015/4481; D10D, KT, 13.10.2015, E. 2012/5665, K. 2015/4303; D10D, KT, 26.05.2014, E. 2010/9929, K. 2014/3373, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020).

¹⁷⁸ D10D, KT, 26.06.2019, E. 2014/1895, K. 2019/5088, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020).

¹⁷⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 55 v.; Kaya, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümlerlik / Egemenlik Hakkı Teorisine”, s. 637 vd.

¹⁸⁰ Hükümet tasarruflarını sebep unsuru bakımından idareye takdir yetkisi tanıyan işlemler olarak kabul etmek idari yargı mercileri için en doğru çözüm olacaktır. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 465; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 41. Ayrıca bkz. Özay, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, s. 26.

İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından feshedilmesine ilişkin 19.03.2021 tarih ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanı Kararının iptali ve yürütülmesinin durdurulması talebiyle açılan davada Cumhurbaşkanın Sözleşmeyi “fesih yetkisi”ni takdir yetkisi dâhilinde kabul etmiş ve yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar vermiştir¹⁸¹. Daha önce de Danıştay, ehliyet gibi önkoşullar yönünden yaptığı denetimde bir hukuka aykırılık görmediğinden davanın reddine karar vermiştir¹⁸². Buradan hareketle Danıştay, bazı kararlarında dava konusu uyuşmazlığın hukuki niteliğini (hükümet tasarrufu mu idari işlem mi) ortaya koyup bir analiz yapmadan, takdir yetkisi veya önkoşullar yönünden davanın reddine karar verebilmektedir. Aslında Danıştayın, bu kararlarında açıkça “hükümet tasarrufu” kavramına yer vermese de, dolaylı ve örtülü olarak “hükümet tasarrufu” uygulamasını devam ettirdiğini söyleyebiliriz¹⁸³.

Kanaatimizce Cumhurbaşkanının üst düzey kamu yöneticilerini ataması¹⁸⁴, yasama organı ile olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler¹⁸⁵, anayasa değişikliği sürecinde yaptığı işlemler¹⁸⁶, Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açması işlemi¹⁸⁷, yürütme organının başka devletlerle olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler¹⁸⁸ hükümet tasarrufu kategorisine giren işlemlerdir. Aynı şekilde Cumhurbaşkanının yasama organı ile olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler ile Anayasa

¹⁸¹ Danıştay 10. Dairesinin 28.06.2021 tarihli ve E. 2021/1747 sayılı yürütmenin durdurulması kararı.

¹⁸² Bu konuda Cumhurbaşkanına onursal doktora ünvanının verilmesi istemine karşı, ünvanı veren üniversiteyi bitiren kişinin dava açmasında kişisel yarar ilişkisi bulunmadığı hakkında bkz. D8D, KT, 25.03.1992, E. 1991/2225, K. 1992/525, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020).

¹⁸³ Ayrıca bkz. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 686.

¹⁸⁴ Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları atama ve görevlerine son verme (Any, m. 104), Genelkurmay Başkanını atama (Any, m. 117/3), Devlet Denetleme Kurulunun Başkan ve üyelerini atama (Any, m. 108) gibi.

¹⁸⁵ Kanunları yayımlama, kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderme (Any, m. 104), TBMM’yi ara verme veya tatil sırasında toplantıya çağırma (Any, m. 93/2), Seçimlerin yenilenmesine karar verme (Any, m. 116) gibi.

¹⁸⁶ Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunma (Any, m. 104) gibi.

¹⁸⁷ Kanunların, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma (Any, m. 104) gibi.

¹⁸⁸ Yabancı devletlere Türkiye Cumhuriyetinin temsilcilerini gönderme, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etme (Any, m. 104), milletlerarası andlaşmaları onaylama ve yayımlama (Any, m. 104), Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verme (Any, m. 104) gibi.

Mahkemesi'nde iptal davası açması gibi işlemleri hükümet fonksiyonu kapsamında kalan işlemlerdir.

Cumhurbaşkanının bazı üst düzey kamu yöneticilerini ataması, yürütme organının başka devletlerle olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı bir takım işlemler ise kısmen hükümet fonksiyonu kısmen de idari fonksiyon kapsamında kalan kendine özgü işlemlerdir. Zira bu işlemler birer idari işlem olmakla birlikte siyasi yönü de bulunan işlemlerdir. Hükümet tasarrufu kategorisi kapsamında kalan bu işlemlerin denetlenmemesi genel kural olmalıdır. Yargı mercii'nin bu işlemleri, sebep ve konu unsurları bakımından esas denetime tabi tutması mümkün değildir. Hükümet tasarruflarının yetki ve şekil unsurları bakımından denetime tabi tutulabileceği düşünülse bile, bunun pratikte bir fayda vermeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü bu durumda yargı mercii tarafından verilecek iptal kararı üzerine aynı işlem hukuka uygun olarak tekrar tesis edilebilecektir. Yine hükümet tasarruflarına karşı açılan bir davanın önkoşullar yönünden yapılacak denetimde bir hukuka aykırılık görülmediği sürece reddedilmesi durumunun da hukuk düzenine bir katkı sağlamayacağı kanaatindeyiz. Zira bu durumun yargı mercilerini meşgul etmekten, zaman ve emek masrafına sebep vermekten öteye geçmeyeceği kanaatindeyiz.

IV. İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN SINIRLARINA İLİŞKİN MODELLER

İdarenin yargısal denetiminin yoğunluğu ve derinliği ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. Ayrıca hukuk kurallarıyla yargısal denetim kabul edildiği halde, bu denetimin sınırı ve kapsamı, yasama organı yanında ülkelerin yargı mercileri tarafından da belirlenebilmektedir.

İdarenin yargısal denetimi konusunda yargı birliği sistemi (adli rejim) ve yargı ayrılığı sistemi¹⁸⁹ (idari rejim) olmak üzere başlıca iki ana sistem (model) bulunmaktadır¹⁹⁰. ABD, Avustralya ve Kanada gibi Anglo-Amerikan ülkelerinde

¹⁸⁹ Yargı ayrılığına ilişkin olumlu ve olumsuz bazı argümanlar hakkında bkz. Ulrich Maidowski, "Yargı Ayrılığının Düşündürdükleri", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu*, 10 Mayıs 2013 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 84, s. 21-27.

¹⁹⁰ Kaplan, s. 45; Murat Yanık, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Yargı Ayrılığı Sistemi", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu*, 10 Mayıs 2013 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 84, s. 29-53;

yargı birliği sistemi¹⁹¹; Fransa, Almanya, Belçika, İtalya, İsveç, Yunanistan, İspanya gibi pek çok Kıta Avrupası (Kara Avrupası) ülkesi başta olmak üzere Çin, Polonya, Avustralya, İsrail, Mısır, Tunus, Cezayir, Lübnan, Kıbrıs ve ülkemizde idari rejim sistemi uygulanmaktadır. Her ülke, kendi hukuk sistemine uygun olarak bu iki sistemden birini veya ikisinin karışımı olan bir sistemi benimseyerek uygulayabilmektedir¹⁹². Bu iki sistemden birinin, diğerine oranla daha hukuki olduğu söylenemez. Bu bakımdan idarenin yargısal denetimi için adli yargıdan ayrı bir idari yargının varlığı şart değildir¹⁹³. Fakat idari rejim veya adli rejimde hukuki işleyişi engelleyecek düzenlemelerin bulunması hukuk devleti ilkesini zedeler¹⁹⁴.

*Common Law*¹⁹⁵ (Ortak Hukuk) veya adli sistem denilen yargı birliği sisteminde, idarenin yargısal denetimini genel mahkemeler (adalet mahkemeleri) yapmaktadır¹⁹⁶. Adli sistemde tek hukuk düzeni ve tek yargı sistemi bulunur. Bu yargı sisteminin başında bir yüksek mahkeme yer alır¹⁹⁷. Hem kişiler arasındaki uyuşmazlıklar hem de idari uyuşmazlıklar, aynı yargı düzeni içerisinde yer alan mahkemelerce çözümlenir. Bu bakımdan bu sistemde idare ile kişiler aynı yargı

Hulusi Alphan Dinçkol, “İdari Yargı’da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Sayısı, C. 19, S. 2, İstanbul 2013, s. 1568. Zabunoğlu, idarenin yargısal denetiminde sistemleri, yargı birliği sistemi ve yargı çokluğu sistemi olarak ayırmakta, yargı çokluğu sistemini “belli başlı olarak sivil yargı (adalet yargısı) ve idare yargısı olmak üzere iki yargının varlığına dayanan ve sivil mahkemelerin yanında idare mahkemelerinin de bulunduğu” sistem olarak belirtmektedir. Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 87.

¹⁹¹ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 114; Balta, s. 223; Kaplan, s. 45. Günümüzde İngiltere’de artık yargı birliği sisteminden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Coşkun, s. 46-47.

¹⁹² Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 41. İngiltere ve ABD’de yargı birliğine başvurulmasının tarihsel nedenleri hakkında bkz. Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 88.

¹⁹³ İdari yargının gerekliliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Nuri Yaşar, *İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 40 vd.; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 43-45; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 23-24.

¹⁹⁴ “İdari yargıyı ayrı bir yargı kolu olarak düzenleyen Kıta Avrupası ülkelerinin bu özelliklerinden dolayı hukuk devleti olamayacaklarını baştan söylemek doğru görünmüyor. Ancak, idarenin işleyişi ve sorumluluğunun temel adalet ilkeleriyle veya evrensel hukukla çelişecek şekilde düzenlenmesi hukuk devletiyle bağdaşmaz. Burada yapılması gereken idarenin etkililiği ile temel adalet ilkeleri arasında bir denge kurmaktır. Daha etkili bir idari işleyiş için temel adalet ilkelerini zedelemek hukuk devletiyle bağdaşmaz.” Aktaş, s. 12-13.

¹⁹⁵ Common Law sisteminin üç temel özelliği vardır. Bunlar, mahkeme içtihatlarından meydana gelme, bir idari yargı sisteminin bulunmaması ve büyük bir kısmı itibariyle yazılı olmaması. Şebnem Sayhan, “İdari Yargı Sistemlerinin Karşılaştırmalı Analizi”, *İÜSBFD*, İstanbul 1996, s. 71.

¹⁹⁶ Edward King, Joseph Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, Çev. İlhan Lüttem, *AÜHFD*, Y. 1959, C. 16, S. 1, s. 216.

¹⁹⁷ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 24-26; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 87; Kaplan, s. 45.

düzenine tabi olup her ikisine de aynı hukuk kuralları uygulanır¹⁹⁸. Ayrıca bu sistemde, adli ve idari yargı tek elden, yani adli yargı tarafından yürütülmektedir. Bu itibarla bu sistemde idari uyuşmazlıklar, adli mahkemeler dışında kalan kendine has özelliklere sahip mahkemelerce çözümlenmez. Ancak adli sistem içerisinde idari uyuşmazlıkları çözmek amacıyla ihtisas mahkemeleri olabilir¹⁹⁹. Örneğin yargı birliği sisteminde idare mahkemelerinin varlığını anımsatacak şekilde kimi Komite, Board, Ajans vb. adlar taşıyan kuruluşlar bulunabilir²⁰⁰. Ancak bunlar, uzman birimler olarak çalışan adli yargının birer parçasıdır. Çünkü bu birimlerin kararları da, tek yargı düzeni içerisinde yer alan, yargı birliğini sağlayan ve diğer mahkemelerin kararlarının da temyiz edildiği yüksek mahkemede denetlenir²⁰¹.

İdari yargı sisteminde (yargı ayrılığı sisteminde) ise idari uyuşmazlıklar, idari mahkemeler tarafından çözülmektedir²⁰². Bu sistemde “idare”, “idare hukuku” ve idare hukukunun uygulandığı “idare mahkemeleri” bulunmaktadır²⁰³. Buradan hareketle, “bir idarenin”, “bu idareye özgü idare hukukunun” ve “adli yargıdan ayrı bir idari yargı düzeni esaslarının” birlikte bulunması ile “idari rejim”in varlığı söz konusu olur²⁰⁴.

Adli ve idari rejim, başta her ne kadar birbirinden ayrı ve farklı özelliklere sahip olmuş ise de günümüzde bu iki sisteminin birbirinden etkilendiği ve yararlandığı söylenebilir. Ayrıca ilk başta her ne kadar adli rejim sistemi hâkim olmuş ise de zamanla bazı ülkelerin hukuk sisteminde idari rejime doğru bir yönelme söz konusu olmuştur. Bu bağlamda örneğin Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde, Fransa ve Almanya’da, açıkça idari rejim görülürken Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde yer

¹⁹⁸ Yayla, *İdare Hukuku*, s. 106; Tan, *İdare Hukuku*, s. 609-610; Kaplan, s. 45.

¹⁹⁹ Kaplan, s. 45.

²⁰⁰ Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 88.

²⁰¹ Kaplan, s. 45.

²⁰² Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 57-58; Kaplan, s. 46.

²⁰³ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 18; Zabunoğlu, *İdare Hukuku II*, s. 87.

²⁰⁴ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 42-43.

alan İngiltere’de aşağıda değinileceği üzere artık katı anlamda bir yargı birliğinden bahsedilemeyeceğini söyleyebiliriz²⁰⁵.

Konumuz bağlamında adli sistem ve idari sistemde yargısal denetim yetkisinin sınırları ele alınacaktır. Zira idarenin yargısal denetimi ve buna ilişkin sınırlar hem Anglo-Sakson Hukuk Sistemi, hem Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ve hem de Avrupa Birliği yargı düzeninde, yani, hemen hemen bütün ülkelerde tartışılmaya devam edilmektedir. Burada öneminden dolayı Fransa, Almanya ve İngiltere’deki yargısal denetim yetkisinin sınırları üzerinde durulacaktır.

A. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi

1. Fransa’da

a) Conseil d’Etat’nın Bir Yargı Mercii Olarak Ortaya Çıkması ve İdari Yargı Yetkisine Etkisi

İdari yargı sistemi, ilkin Fransa’da doğmuştur. Ardından bu sistem gelişerek İspanya, Türkiye, Portekiz, Çin, Belçika, İtalya, Mısır, Almanya ve Lübnan gibi pek çok ülkeyi etkilemiştir.

Fransızların “*eski düzen (ancien régime)*” deyimi ile ifade ettikleri Ortaçağ sonrası ile 1789 Fransız Devrimi öncesi dönemde Kralın yanındaki Kral konseyinin (Curia regis’in) bölünmesi ile ortaya çıkan Parlamento Divanı (Parlöman, Parlement veya Cour de Parlement) ve kurullar (Cours souveraines) gibi organlar mevcuttu²⁰⁶. Ayrıca zamanla Sayıştay (Cour des comptes), Vergi Divanı (Cour des aides) gibi kurumlar da ortaya çıkmıştır. Parlöman, üyeler (conseillers), savcı ve yardımcıları (gens du roi), başyazman ve yazmanlar, saymanlar, hademeler ve benzeri görevlilerden oluşurdu. Hükümet etmeyi daha düzenli ve adaletli kılmakla görevli ve Krala bağlı yargıçlardan oluşan Parlöman, kendi adına kararnameler ve ilamlar

²⁰⁵ Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde yer alan İtalya’da ve Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde yer alan bazı ülkelerde de idari rejim görülmekle birlikte, burada bu ülkelere ve bunların hukuk sistemine değinilmeyecektir.

²⁰⁶ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 18-20; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 45; Kaplan, s. 111.

yayınlamak, adalet dağıtmak gibi ayrıcalıkları olan, bağımsız bir yargı mercii konumundaydı²⁰⁷.

Kral, buyruklarını yayınlamak ve yürütülmek üzere Parlömana gönderirdi. Zira Kralın emirleri memurlar için bağlayıcı olsa da Parlöman tarafından tescil edilmedikçe, Parlöman nazarında yürütülmesi ve uyulması zorunlu bir hukuk kuralı olarak kabul edilmiyordu. Bu itibarla Parlömanın yasa niteliğindeki krallık buyruklarının varlığını saptama ve onları tutanağa geçirme gibi bir işlevi vardı²⁰⁸.

Zamanla gelişen Parlömanlar, Kralın işlemlerini eleştirmeye başlayınca bu durum, Kral ile Parlömanlar arasında gerilime yol açtı ve akabinde Parlömanlar kapatıldı²⁰⁹. Parlömanların kapatılması üzerine Kral konseyinin yetkileri genişlemiş ve önemi artmıştır²¹⁰. Daha sonra Kral konseyinin dönüşümü ile 13 Aralık 1799 (22 Frimaire Yıl VIII) Anayasası'nda (m. 52) merkezde Conseil d'État (Konsey Deta, Devlet Şurası, Danıştay) kurulmuştur. İllerde ise 18 Şubat 1800 (28 Pluviôse Yıl VIII) tarihli Kanun ile idare kurulları ya da vilayet meclisleri (conseils de préfecture) kurulmuştur. Bu sırada il idare kurullarına sınırlı olarak idari yargı görevleri verilmiştir²¹¹. İl idare kurullarının görevleri dışında kalan uyuşmazlıklar bakan-yargıç (ministre juge) yöntemi ile gideriliyordu.

Conseil d'État kurulsa da daha önce yürürlüğe giren 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun'un 13. maddesine göre, "*Adli görevler, idari görevlerden ayırdır ve her zaman ayrı kalacaklardır. Hâkimler, hangi şekilde olursa olsun idari makamların işlerine karışamazlar, görevleri dolayısıyla idarecileri mahkemelere çağıramazlar;*

²⁰⁷ İl Han Özay, "XVI. Yüzyıl ve Sonrası Batı Avrupa Ülkeleri Kamu Yönetimine İlişkin Notlar-Çağrışımlar I", *İHİD*, Y. 1980, C. 1, S. 2, s. 75 vd.; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 45-46.

²⁰⁸ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 64-65; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 19; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 46.

²⁰⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 65-66; Özay, "XVI. Yüzyıl ve Sonrası Batı Avrupa Ülkeleri Kamu Yönetimine İlişkin Notlar-Çağrışımlar I", s. 88; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 46.

²¹⁰ Onur Karahanoğulları, *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 25.

²¹¹ 1953 yılında il idare kurulları, idari yargıda genel görevli olan idare mahkemelerine dönüştürülmüştür.

aksi takdirde görev suçu işlemiş olurlar”²¹². Aynı şekilde 2 Eylül 1795 (16 Fructidor Yıl III) tarihli Kararname, “*her ne türde olursa olsun mahkemelerde idarî işlemler hakkında dava açılmayacağını*” hüküm altına almıştır²¹³. Bu hükümler ile adli yargının idareyi denetlemesi engellenmek istenmiştir.

Fransa’da idarenin faaliyetlerinden zarar gören kişiler mahkemelerde dava açamayınca, idareye başvurdular. Kişiler, kararı veren idari makama ya da üst idari makama başvuruyorlardı ki buna idareci-yargıç ya da bakan-yargıç deniliyordu²¹⁴.

İl idare kurullarının ve bakan-yargıçların kararlarına karşı ilgililer devlet başkanına başvurabiliyorlardı. Devlet başkanı da bunların incelenmesi ve gereğinin yapılması konusunda Conseil d’État’dan kendisine yardımcı olmasını istiyordu. Ancak daha sonra ilgililerin doğrudan Conseil d’État’ya başvurması üzerine Conseil d’État, görüşünü devlet başkanına sunuyor, devlet başkanının onayından sonra kararları uygulanıyordu²¹⁵. Konu hakkındaki nihai kararı Conseil d’État değil de, kral veriyordu²¹⁶ ki, buna, “tutuk adalet” (*justice retenue*) deniliyordu²¹⁷.

Conseil d’État, ilk başta idari uyuşmazlıkları denetlemek için değil, idari faaliyet üzerinde hiçbir yargısal denetim yapılmasını diye kurulmuştur²¹⁸. Zira Conseil d’État, aslında Fransız idaresini, yani Kralı meşrulaştırmak, Kralın danışmanı olarak idareye yardımcı olmak ve idarenin davranışlarını savunmak üzere

²¹² Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 59. Ayrıca bkz. Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 20; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 47; Serge Velley, “Bir Efsanenin Anayasallaşması Kuvvetler Ayrılığı ve İdari Yargı”, Çev. Selçuk Soybay, *İHİD*, Y. 1989, C. 10, S. 1-3, s. 174.

²¹³ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 59; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 47.

²¹⁴ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 20; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 47; Kaplan, s. 111. Ayrıca bkz. Bernard Pacteau, “Fransız Danıştayı”, Çev. Durmuş Tezcan, *AÜSBFD*, Y. 1997, C. 52, S. 1, s. 599.

²¹⁵ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 20.

²¹⁶ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 60.

²¹⁷ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 60; Kaplan, s. 111. Fransız hukukunda tutuk adalet kavramı, hukuku sağlama işlevinden yoksun adalet anlayışını simgeleştirmek amacıyla öğreti tarafından yaratılmıştır. Celal Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004, s. 26. Ayrıca bkz. Pacteau, s. 599; Ali Akyıldız, “İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 151. Yıl Sempozyumu*, 10 Mayıs 2019 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 106, s. 65.

²¹⁸ Pacteau, s. 598-599.

oluşturulmuştur. Bundan dolayı aslında, Conseil d'État'nın ilk başta bir mahkeme olmadığını, idarenin bir parçası olduğunu söylenebiliriz²¹⁹.

Hukuki uyuşmazlıklarda Conseil d'État'nın görüşlerine sürekli uyulması üzerine²²⁰, 24 Mayıs 1872 tarihli Kanunla²²¹, Conseil d'État, “ulus adına kesin karar veren” bağımsız bir yüksek mahkeme olarak görev yapmaya başlamıştır (m. 9). Böylece Fransa’da “tutuk adalet” sisteminden “devredilmiş (yetkili) adalet” (*justice déléguée*) sistemine geçilmiştir²²².

Ayrıca zaman içinde Conseil d'État'nın işlevi değişmiştir. Conseil d'État, etkin bir şekilde çalışmış ve günümüz idare hukukunun gelişiminde çok önemli rol almıştır²²³. Bu bağlamda Conseil d'État, idareyi yargısal denetimden kurtaran değil, idarenin daha etkili denetimini yapmaya çalışan bir yargı merciine dönüşmüştür²²⁴.

b) Fransa’da İdari Yargı Yetkisinin Kapsamı ve Sınırı

Fransa’da idarenin yargısal denetimi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır. Zira Fransa’da 16–24 Ağustos 1790 tarihli Kanun’un 13. maddesinde, yargı fonksiyonunun idari fonksiyondan farklı ve her zaman ayrı olduğu, hâkimlerin idarenin işleyişini hiçbir şekilde bozamayacağı ve idarecileri, görevlerinden ötürü mahkemeye çağıramayacağı ifade edilmiştir. Bu itibarla bu Kanun ile, yargıcın idarenin yerine geçerek idari işlem tesis etmesi yasaklanmıştır²²⁵.

Conseil d'Etat, idarenin tercihinin öteden beri “hukukilik”e değil de, “yerindelik”e dâhil olduğunu belirtmiştir²²⁶. Bu bakımdan idari yargının, takdir yetkisi kapsamında idarenin birbirine eş, doğru ve haklı tercihlerine müdahalesi, “yerindelik denetimi” olarak kabul edilir.

²¹⁹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Vigouroux, s. 10.

²²⁰ Pacteau, s. 600.

²²¹ Kanun metni için bkz. https://fr.wikisource.org/wiki/Loi_du_24_mai_1872_sur_la_r%C3%A9organisation_du_Conseil_d%27%C3%89tat (E.T. 01.01.2021).

²²² Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 48; Kaplan, s. 112; Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, s. 30.

²²³ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 21; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 60.

²²⁴ Pacteau, s. 597-600.

²²⁵ Ayrıca bkz. Ender Ethem Atay, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2008, Danıştay Matbaası, DTYBY, No: 77, Ankara 2009, s. 140-141.

²²⁶ George A. Bermann, “Scope of Judicial Review in French Administrative Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 16, No. 2, 1977, s. 225.

Conseil d'Etat, 1974 tarihli bir kararında²²⁷, yeni bir otoban için alternatif rotalar arasından idarenin daha büyük bir tarım alanı kaybına rağmen daha ucuza mal olan yol güzergahını seçmesini hukuka uygun bulmuştur. Zira hükümet komiserine göre, mahkemenin tercihinin eşdeğer diğer rotaya yönelik olması, idari işlemin hukukiliğine değil de yerindeliğine müdahale anlamına gelir²²⁸. Ancak 8 Şubat 1995 tarihli ve 95-125 sayılı Kanunla²²⁹ Fransa'da bazı durumlarda yargısal emir (*injonction*)²³⁰ müessesesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda verilmiş yargısal kararın gereği olarak idarenin bir önlem alması gerekiyorsa yargı mercii, bu önlemin alınmasını ve süresini kararında idareye emredebilir²³¹. Bu önlemler, zaten yargısal karar gereği idarece alınması gereken önlemlerdir. Bazen de yargı yeri, kararının uygulanmasının gereği olarak somut belli belirli bir işlemin yapılmasını değil de, belirli bir süre içerisinde idarenin takdir yetkisi içerisinde yeni bir işlemin yapılmasını idareye emredebilir²³². Örneğin araştırma görevlisi alım sınavının iptali üzerine yargı mercii, başka bir kişinin sınavda başarılı bulunmasını değil de, belirli bir süre içerisinde yeniden sınavın yapılmasını ve bu sınav sonucunda başarılı gelen adayın alınmasını idareye emredebilir. Yargı mercii, bu kararlarına uyulmaması halinde ise geçerli olacak maddi yaptırım (*astreinte*) cezasına karar verebilir²³³.

Yargısal emir, yargı yetkisinin etkinliğini artırmaya yönelik bir müessese olsa da Fransa'da yargısal denetim dışında tutulan işlemler de bulunmaktadır. Zira

²²⁷ Adam, [1974] Rec. Cons. D'Et. 145, [1974] A.J.D.A. 212.

²²⁸ Bermann, s. 225.

²²⁹ Bu konuda bkz. Code de Justice Administrative, Articles L911-1 à Articles L911-10.

²³⁰ Fransa'da idari yargıcın re'sen araştırma yetkisi gereği idareden gerekli bilgi ve belgeleri istemesi, usuli işlemlerle ilgili yargısal emir olarak kabul edilmektedir. Bu husus çok önceden içtihat yoluyla kabul edilmiştir. Bu konudaki ilk karar, 1 Mayıs 1936 tarihli *Couespel du Mensil Kararı*'dır. CE, 1 Mai 1936, *Couespel du Mensil*.

²³¹ Code de Justice Administrative, Articles L911-1. Ayrıca bkz. Franck Moderne, "İdari Yargıcın Yeni Emir Verme (Injonction) Yetkisi Üzerine", Çev. Ramazan Çağlayan, *AÜEHFD*, Y. 2004, C. VIII, S. 1-2, s. 651 vd.; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2001, s. 257; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 537.

²³² Code de Justice Administrative, Articles L911-2. Ayrıca bkz. Moderne, s. 651 vd.; Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, s. 258; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 537.

²³³ Bu konuda ayrıca detaylı bilgi için bkz. Moderne, s. 651 vd.; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 537. Ayrıca bkz. Serkan Seyhan, "Yargı Kararlarının İdarece Uygulanmaması Durumuna Fransız Hukukunda Getirilen Çözüm: Yargısal Emir", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 15, S. 2, s. 573 vd.; M Patrick Frydman, "Administrative Justice in France", *11th Annual AIJA Tribunals Conference in association with the Council of Australasian Tribunals*, 5-6 June 2008, <https://aija.org.au/wp-content/uploads/2017/11/Frydman.pdf>, s. 10 (E.T. 06.01.2021).

Fransa’da yargı bağımsızlığından yararlanan kararların, yani hükümet tasarruflarının (*actes de gouvernement*) varlığı kabul edilmektedir. Hükümetin parlamento ile ilişkilerinin veya dış politika ile ilgili işlemlerinin hükümet tasarrufu kategorisini oluşturan işlemlerden olduğu kabul edilmektedir. Devletin en yüksek makamları tarafından alınan bu kararlara karşı dava açılması durumunda, bunlar hakkında hukuka uygunluk denetimi yapılmaz; dava incelenmeksizin reddedilir. Örneğin Conseil d’Etat, Yugoslavya’ya askeri güç gönderme²³⁴, Amerikan askeri uçaklarının Fransız hava sahasını kullanmalarına izin verme²³⁵ ve Başbakanın parlamentoyu toplamayı reddetme²³⁶ gibi birtakım işlemlerini hükümet tasarrufu olarak kabul edip denetlemekten kaçınmıştır. Ancak Conseil d’Etat, son yıllarda hükümet tasarrufu kategorisini daraltma eğilimindedir. Conseil d’Etat bunu, hükümet tasarrufundan ayrılabilen işlemleri yargısal denetime tabi tutarak yapmaktadır²³⁷.

Hükümet tasarrufu kategorisi içerisinde olmamakla birlikte, idareye geniş takdir yetkisi veren durumlar da söz konusu olabilmektedir. Örneğin Başkanın bir vatandaşa şeref nişanı vermesi, takdir yetkisi dâhilinde olup yargısal denetime tabi değildir. Ancak birçok durumda idarenin takdir yetkisi sınırlıdır. Bu durumlarda mahkemeler, Conseil d’Etat tarafından belirlenen kriterlere uygun olarak denetim yapmaktadır²³⁸.

Fransız yargısı, ilkin sadece hukuka uygunluk denetimi yapmış²³⁹; yerindelik denetimi olacağı gerekçesi ile takdir yetkisi kapsamında kalan bazı konuları yalnızca sınırlı bir şekilde denetlemiştir. Nitekim Conseil d’Etat, ulusal güvenlik konularında, yabancılarla ilgili meselelerden kaynaklı olarak bazı konularda minimum denetimle

²³⁴ CE, 5 juillet 2000, Mégret et Mekhantar.

²³⁵ CE, 30 décembre 2003, Comité contre la guerre en Irak.

²³⁶ CE, 16 septembre 2005, Hoffer.

²³⁷ CE, 23 septembre 1992, Gisti et MRAP. Ayrıca bkz. Kaplan, s. 48.

²³⁸ Frydman, s. 13-14.

²³⁹ Fransa’da bu durum, hâkimin sadece kanuna bağlı olması (Le juge n’est subordonné qu’à la loi) olarak ifade edilir. Fransa’da yargı mercii, idari işlemi şekli ve esas yönünden denetime tabi tutar. Bir işlemin şekli yönünden geçerli olabilmesi için yetkili bir idare tarafından şekil/usul kurallarına uyularak tesis edilmelidir. Esas yönünden yapılan denetimde ise idari işlemin kanuna uygun olması aranır. Kanuna uygunluk ise idari işlemde hukuki hata, maddi hata, maddi vakıanın değerlendirilmesinde hatanın olmamasını kapsar. Ayrıca idari işlem, Anayasa’ya, uluslararası sözleşmelere, kanuna, idarenin düzenleyici işlemleri ile hukukun genel ilkelerine uygun olmalıdır. Frydman, s. 11-13.

yetinmiştir²⁴⁰. B   t  r konularda, idarenin geniş takdir yetkisine sahip oldu   kabul edilmiştir.

Barel Davası’nda²⁴¹ hükümet komiseri, minimum denetimin kapsamının, idari işlemin kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığını ve gerçek olgulara dayanıp dayanmadığını incelemekle sınırlı oldu  ğunu belirtmi  tir²⁴². Bu itibarla minimum denetimde idari hâkim, genellikle yetkiye ilişkin kurallara ve usul kurallarına aykırılıkları dikkate alır. Bunun yanında yargıç, kararda maddi hata, hukuki hata ve yetki saptırması hallerinin olup olmadığını denetler²⁴³.

Conseil d’Etat, ilk başta yukarıda belirtilen bazı konulara ek olarak göçmenlik, sansür gibi konularda minimum denetim yapmış olsa da, sonraları denetim yetkisini geni  letmi  tir²⁴⁴. Bu bağlamda Fransız idari yargısı, geleneksel hukukilik denetimi anlayışını, “*açık hata (erreur de manifestation)*” yakla  ışımı ile a  mı  , bu konuda denetim alanını geni  letmi  ²⁴⁵ ve denetlemekten kaçındığı konuları denetlemeye ba  lamı  tır²⁴⁶.

1962’de Conseil d’Etat, ilk kez, iptal kararı üzerine bir memura idarenin bo  ş ve eşdeğer bir görev vermemesi durumunda “açık hata” ile ilgili bir karar vermi  tir²⁴⁷. Bundan kısa süre sonra Conseil d’Etat, açık hata doktrinini başka konulara da te  şmil

²⁴⁰ Bermann, s. 228-236.

²⁴¹ [1954] Rec. Cons. D’Et. 308, [1954] D. Jur. 594, [1954] S. Jur. III 97, [1954] R.D.P. 509, [1954] A.J.D.A. 396.

²⁴² Bermann, s. 210, 228-236. Ayrıca bkz. Dündar, s. 180-181; Nuri Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I*, Güneş Matbaası, DTYBY, No: 21, Ankara 1976, s. 347, 356-357.

²⁴³ Bermann, s. 213. Bermann, takdir yetkisi alanının artması ve teknik kararların artan sayısının öneminin mahkemeleri her zamankinden daha fazla normal denetim yerine minimum denetim kullanımına yönlendirdiğini, bu bağlamda Conseil d’Etat’nın bu ortamda açık hata teorisini geliştirdiğini söyler. Bermann, s. 237.

²⁴⁴ Jean Kahn, “Discretionary Power And The Administrative Judge”,   ev. Carol Harlow, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, No. 2/3, April-July 1980, s. 526. Ayrıca bkz. Bermann, s. 228-236.

²⁴⁵ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1084.

²⁴⁶ Hükümet Komiseri Braibant’a göre açık hata, hâkimin anlayabildiği, tarafların fark edebildiği ve aydın bir kimsenin varlığı konusunda tereddüt edemeyeceği belli bir hatadır. Bermann, s. 244. Ancak bir hatanın açık hataya d  n    m  nde gözetilecek kriterin ne olması gerektiği yargı kararlarında açık değildir. Bu konu idari yargı merciinin değerlendirmesine bırakılmıştır. Ayrıca açık hatanın her ne kadar “açık ve barız” bir hata olduğu ifade edilse de, bu hatayı anlayabilen veya fark edebilen, “sıradan bir kişi” değil, mesleki bilgi ve tecrübeye sahip “idari yargıç”tır. Çünkü sıradan bir ki  şinin hatayı hangi ilke, kural ve ölçüye göre belirleyeceği belli değildir.

²⁴⁷ Commune de Montfermeil v. Foittier, [1962] Rec. Cons. D’Et. 304, [1962] A.J.D.A. 571 naklen Bermann, s. 238.

etmiştir²⁴⁸. 1968 *Plage de Pampelonne Davası*’nda²⁴⁹, St. Tropez yakınlarındaki bir plajın güzelliğini yok edeceğinden hareketle ilgililer tarafından büyük bir apartman kompleksinin yapımına dair verilen izne itiraz edilmiştir. İtirazın reddi üzerine Conseil d’Etat, izin verilen yapı ile ortaya çıkacak manzara arasındaki uyumsuzluk göz önüne alındığında, iznin verilmesinin açıkça hatalı olduğuna ve üst makamın bunu iptal etmekten başka seçeneğinin olmadığına karar vermiştir. 1970 tarihli bir kararda Conseil d’Etat, yasadan kaynaklı olarak ülkelere geri gönderilecekler arasında “en dezavantajlı” olanlara yardım etme yönündeki takdir yetkisinin, “*kimsesi olmayan ve onarıma ihtiyaç duyan bir apartman dairesinde yaşayan fakir, hasta, altmış dokuz yaşında bir dul başvuranın mali yardım talebinin reddi*” yönünde kullanılmasını, açık hata olarak nitelemiştir²⁵⁰.

Sonuç olarak minimum denetim ile, sadece idareye bırakılan esaslara ilişkin karardaki hukuki hataya (*erreur de droit*) yönelik bir denetim yapılması kastedilse de bunun yüzeysel ve etkisiz olduğu ifade edilmiştir. Ancak Conseil d’Etat, açık hata ile yargı denetiminin alanını genişletmiş, idarenin yorum ve değerlendirmesinin “açık hata” olarak ortaya çıktığı her yerde, takdir yetkisinin denetimine olanak vermiştir. Bu bağlamda açık hata prensibi ile yargısal denetim, hukuki hatanın ötesine genişletilmiştir²⁵¹. Ancak açık hata denetimi ile tüm idari uyuşmalıkların çözümünün mümkün olmadığını ifade edebiliriz.

²⁴⁸ Bermann, s. 238, 246.

²⁴⁹ Société du Lotissement de la Plage de Pampelonne, [1968] Rec. Cons. D’Et. 211, [1968] A.J.D.A. 341, [1969] R.D.P. 320, 330 naklen Bermann, s. 241.

²⁵⁰ Dame Veuve Camilleri, [1970] Rec. Cons. D’Et. 190 naklen Bermann, s. 241. Başka bir davada davacı, komşusuna, silo ile özel konutlar arasında minimum bir mesafe bırakmadan bir “silo inşa etme hakkı” veren yapı iznine itiraz etmiştir. Davacı, ilgili kanunda iznin ancak “*büyüklüğü veya konumu nedeniyle önerilen yapı halk sağlığını veya güvenliğini tehlikeye atacaksa, yalnızca reddedilebileceği veya özel koşullara tabi olarak verilebileceği*”ni belirtmiş ve verilen iznin bu kanuna aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemeler böyle bir iznin verilmesinin incelemesinde sadece minimum denetim yapmaktadır. Zira kamu sağlığı veya güvenliği tehlikede olduğu zaman kanundan kaynaklı olarak idare, bir izni reddetme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu davada Conseil d’Etat, açık hata meselesi değil, iznin verilmesinin takdir yetkisinin kötüye kullanımı olduğunu tespit etmiştir. Lambert, [1970] Rec. Cons. D’Et. 665, [1971] A.J.D.A. 53. naklen Bermann, s. 247.

²⁵¹ Kahn, s. 521. Açık hatanın, İngiliz hukukunda “makul olmama, gayri makul, matıklı olmama” kavramına geniş çapta karşılık geldiği de ifade edilmektedir. Bermann, s. 239. Hükümet Komiseri Braibant, Conseil d’Etat’ya mahkemelerin açık hata gerekçesiyle idari işlemleri iptal etmeleri halinde “*İngiliz mahkemelerinin, makul bulmadıkları idarelerin takdir yetkisi dolayısı ile yapılan işlemlerini iptal ettiklerindeki*” yapabileceklerini önerir. Bermann, s. 245.

Fransız yargısında açık hata denetimi ile giderilemeyen eksiklikler, ölçülülük ilkesi²⁵² ve İngiliz hukukundaki bilanço ilkesi ile giderilmeye çalışılmıştır²⁵³. Bilanço prensibi, işlemde kar-zarar oranı veya avantajlar ve dezavantajlar arasında bir dengenin olmasını gözetmektedir²⁵⁴. Bu teoride idari işlemin amacı olan kamu yararı ile işlemin muhatap aldığı kişi açısından oluşabilecek tehlike ve sakıncalar bir arada karşılaştırılarak değerlendirilmektedir. Bunun yanında bilanço ölçütünde davanın tarafları dışında genel olarak fayda zarar analizi bağlamında karşılaştırma yapıldığı da görülmektedir. Bu itibarla bilanço teorisinin, ölçülülük ilkesinden daha geniş bir karşılaştırma alanı sunduğu söylenebilir.

1971’de Conseil d’Etat, İngiliz hukukundaki bilanço ilkesinden hareketle dönüm noktası niteliğindeki *Ville Nouvelle Est kararı*²⁵⁵ ile bir dengeleme testi (yarar-zarar bilançosu)²⁵⁶ geliştirerek, dar metin okuma geleneğinden açıkça ayrılmış ve yeni bir yaklaşım ortaya koymuştur. Bu kararı ile birlikte Conseil d’Etat’nın kamulaştırma yetkisinin kullanımı ile ilgili uygulamaları, değişiklik göstermiştir²⁵⁷. Anılan karara konu olayda Lille Üniversitesi için bir kompleks ve

²⁵² Bir idari faaliyet bazı temel özgürlükleri kısıtladığında, durumun ciddiyetine bağlı olarak kısıtlamanın gerçekten gerekli (ölçülü) olup olmadığı denetlenmelidir. Conseil d’Etat, ölçülülük ilkesini ilk kez 19.05.1933 tarihli *Benjamin Kararı*’nda kullanmış ve kamu düzenine yönelik tehditlerle başa çıkmak için daha az kısıtlayıcı araçların mevcut olması halinde, idarenin siyasi toplantıyı hukuken yasaklayamayacağına karar vermiştir. Bu bağlamda idare, ölçülülük ilkesi gereği amaca ulaşmak için “en az kısıtlayıcı araca” başvurmalıdır. Celal Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, Kavram Yayınları, İstanbul 1996, s. 106. Ayrıca bkz. Bermann, s. 245.

²⁵³ Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, s. 103. Oğurlu’ya göre, bilanço prensibi, ölçülülük ilkesine benzerlik gösteren ve hatta ölçülülük ilkesinin yerine kullanılan bir teoridir. Yücel Oğurlu, “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu*, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, DTYBY, No: 68, Ankara 2004, s. 135. Ayrıca ölçülülük ilkesi hakkında bkz. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1087-1093; Kemal Gözler, *İdare Hukuku II*, 3. Baskı, Ekin, Bursa 2019, s. 592-594.

²⁵⁴ Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, s. 103-111.

²⁵⁵ *Ville Nouvelle Est*, [1971] Rec. Cons. D’Et. 409, [1972] D. Jur. 194, [1971] J.C.P. II 16873, [1971] A.J.D.A. 421 naklen Bermann, s. 223-224. Bu karar hakkında ayrıca bkz. Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, s. 111.

²⁵⁶ Bermann, *Ville Nouvelle Est* kararının Conseil d’Etat’nın dar bir özgürlük kategorisi dışında kendi yapımı orantılılık testini uyguladığı ilk durum olduğunu ve dengeleme testinden daha fazlasını vermediğini belirtir. Bermann, s. 224.

²⁵⁷ Bermann, s. 222-223. Fransa’da idarenin kamulaştırmayı öngördüğü her proje kamu yararına hizmet ettiğinden bu konuda verilen idari kararlar kapsamlı olarak yargısal denetime tabi tutulmazdı. Zira kamulaştırma işlemleri açısından yapılacak denetimin yerindelik denetimi olabileceği korkusuyla bu alanda sınırlı bir denetim yapılmıştır. Özellikle bu konudaki idari işlemlerde yetki saptırması (détournement de pouvoir), yani idarenin kamu amacından başka bir amaçla hareket ettiği tespit edilememişse, idari yargı mercii, kararın esası hakkında bir şey söylemezdi. Yetki saptırması, Fransız

planlı bir şehir oluşturulması amacıyla bir kısmı yeni tamamlanmış bir apartmanın yıkılması anlamına gelecek bir kamulaştırma kararı alınmıştır. Buna karşı açılan davanın temyiz aşamasında hükümet komiseri, yargının araştırmasını bir projenin kamusal bir yarara hizmet edip etmeyeceği ile sınırlayamayacağını, bunun yanında avantajlarını ve dezavantajlarını, kar ve zararını, fayda verip vermediğini de tartmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Bu yaklaşımı benimseyen Conseil d'Etat, bir projenin özel mülkiyet hakkını ihlali ile ekonomik maliyetleri ve bir sosyal düzene vereceği zararlar bir bütün olarak ele alındığında, kamu yararını temin ettiği görülüyorsa, yani projenin faydalarının zararlarından daha ağır basması söz konusu ise, bu projenin kamu yararına (*utilité publique*) hizmet edeceğini belirtmiştir²⁵⁸. Böylece Conseil d'Etat'nın yaklaşımına göre bir idari işlemin olumsuz etkilerinin, sağlayacağı yararları aşırı bir şekilde aşması halinde, yargı merciinin müdahalesinin devreye girmesi gerektiği kabul edilmiştir. Zira bu vesile ile makul olmayan, iyice düşünülmeyen ve ciddi gerekçelere dayanılmadan tesis edilecek idari işlemlerin önü alınmış olur ve idarenin ihtiyatlı davranması sağlanmış olur²⁵⁹.

Sonuç olarak Conseil d'Etat, her olayı kendi özellikleri ve koşulları içinde değerlendirerek idareye verilen yetkinin kullanımını düzenleme ve kötüye kullanımı engelleme konusunda içtihat oluşturmuştur²⁶⁰. Conseil d'Etat, önce denetimden kaçındığı alanlarda açık hata ölçütü ile denetim yapmıştır. Ancak açık hata ölçütünün yargısal denetimde gidermediği eksikleri ölçülülük ilkesi ve bilanço teorisi ile gidermeye çalışmıştır. Bu itibarla Fransa'da Conseil d'Etat, idarenin yargısal

idare hukukunda, bir idari işlemin iptalini gerektirecek hukuka aykırılık türlerinden birini ifade eder. Bu tür hukuka aykırılık, işlemi tesis eden idarenin yetkilerini kendisine verileden başka bir amaç için kullanmasıdır ki, bu en bilineni yetki aşımıdır (*excès de pouvoir*). Yetki saptırması, idarenin takdir yetkisinin en önemli sınırlamalarından birini oluşturmuştur. Sarıca, *İdari Kaza*, s. 90-101; Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 208; Ali Ülkü Azrak, *Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları*, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3072, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayın No: 8, Gür-Ay Matbaası, İstanbul 1982, s. 125. Ayrıca bkz. Jean-Marie Auby, "The Abuse of Power in French Administrative Law", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 18, No. 3, 1970, s. 549-550. Ayrıca bkz. Dündar, s. 180; Bayraktar, s. 259; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1088-1089.

²⁵⁸ Ville Nouvelle Est, [1971] Rec. Cons. D'Et. 409, [1972] D. Jur. 194, [1971] J.C.P. II 16873, [1971] A.J.D.A. 421 naklen Bermann, s. 223-224.

²⁵⁹ Bu amaçla Fransa'da idari kararların pratik ve hukuki sebeplere dayandırılması gerektiğine dair genel prensip kabul edilmiştir. Ayrıca her ne kadar daha önce şart kılınmamışsa da 1979'dan itibaren gerekçesiz herhangi bir idari düzenlemenin olmayacağı kabul edilmiştir. Note, "The Statement of Reasons in French Administrative Law", *Holdsworth Law Review*, Vol. 5, No. 1, Spring 1980, s. 54-58.

²⁶⁰ Kahn, s. 528.

denetiminde belirleyici olmuştur. Fransa’da idarenin yargısal denetimi ise, dinamik bir özelliğe sahip olup sürekli değişim ve gelişim göstermiştir. Bu değişim ve gelişimin, çağdaş hukuk devleti ilkesi gereği birey lehine ve yargısal denetim kapsamının genişlemesi yönünde olduğu gözlemlenmektedir.

2. Almanya’da

a) Almanya’da Yargısal Denetimin Temel Dayanağı

Alman Anayasası, temel hakların korunmasına odaklanan bir idare hukuku yaklaşımı oluşturmuştur²⁶¹. Zira Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın (*Grundgesetz-GG*) “Temel hakların sınırlandırılması ve özü” başlıklı 19. maddesinin 4. fıkrasına göre, “*Bir kamu erki tarafından hakları ihlal edilmiş olan herhangi bir şahsa hukuk yolu açıktır.*”²⁶² Anılan bu fıkra “hukuk yolu” (*Rechtsweg*) ifadesi geçmektedir. Bu ifade, hem yargı yolunu hem de diğer yolları kapsamaktadır. Buradan hareketle Alman Anayasası’nın, hakları kamu otoritesi tarafından ihlal edilen herkesin hukuki yollara başvurabileceğini garanti ettiğini belirtebiliriz.

Almanya’da, idare tarafından temel hakların kötüye kullanılabileceği ihtimali, idarenin denetiminin dayanağını oluşturmaktadır. Bu itibarla Almanya’da idare tarafından hakları ihlal edilen kişilere etkili bir yargısal koruma sağlama, idari yargının esas amacını teşkil etmektedir.

b) Almanya’da İdari Yargı Yetkisinin Kapsamı ve Sınırı

Almanya’da, idari işlemler, yargısal denetime tabidir. Zira 1960 tarihli Alman İdari Yargılama Usul Kanunu’nun (*Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO*) 40. maddesine göre, idare mahkemeleri, federal kanunlar tarafından açıkça başka bir mahkeme görevli kılınmadıkça, anayasal konular dışında kalan tüm kamu hukuku uyuşmazlıklarına bakmakla görevlidir. Bu bağlamda idari yargı mercileri, temel

²⁶¹ Franz Erath, “Scope of Judicial Review in German Administrative Law”, *Stellenbosch Law Review*, Vol. 8, Iss. 2, 1997, s. 196.

²⁶¹ Martina Künneke, *Tradition and Change in Administrative Law An Anglo-German Comparison*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007, s. 79.

²⁶² <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (E.T. 01.01.2021).

haklardan birinin idari işlemlerden kaynaklı ihlal iddiası üzerine, idarenin hukuka uygunluğunu denetlemektedir²⁶³.

Almanya’da kanunlar ile yargısal denetim dışında tutulan işlemler mevcuttur. Aynı şekilde hükümetin bazı siyasi işlemlerinin (devlet nişanı verme gibi) yargısal denetim dışında tutulabileceği de ifade edilmektedir. Ancak son yıllarda yargısal denetim dışında tutulan bu işlem kategorilerinin daraldığı ileri sürülmektedir²⁶⁴.

Almanya’da, idarenin diğer işlemlerinin yanında takdir yetkisi kapsamında tesis edilen işlemleri de bir dereceye kadar yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Hatta, takdir yetkisinin yargısal denetimi yasa düzeyinde düzenlenmiştir²⁶⁵. Bu bağlamda 1976 tarihli Alman İdari Usul Kanunu’nun (*Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG*) “Takdir yetkisi (*Ermessen*)” başlıklı 40. maddesine göre, “*Takdir yetkisine sahip idare, yetkisini veriliş amacına uygun kullanmalı ve yasal sınırlar içerisinde kalmalıdır.*”²⁶⁶ Alman İdari Yargılama Usul Kanunu’nun (*Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO*) 114. maddesine göre ise, “*Takdir yetkisinin sınırı aşıldığında veya takdir yetkisi veriliş amacına aykırı kullanıldığında, takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen idari işlemin hukuka aykırı olup olmadığı mahkeme tarafından denetlenir.*”²⁶⁷

Takdir yetkisinin denetlenebileceği hususu Federal İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht-BVerwGE*) ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht-BVerfGE*) tarafından da benimsenmektedir²⁶⁸. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında²⁶⁹, takdir yetkisinin anayasal sınırlar içinde

²⁶³ Erath, s. 197.

²⁶⁴ Ulla Held-Daab, “Review of Administrative Decisions of Government by Administrative Courts and Tribunals”, *The 10th Congress of The International Association of Supreme Administrative Jurisdictions Sydney and Canberra, 2010*, <https://www.aihja.org> (E.T. 09.09.2021).

²⁶⁵ Künnecke, s. 133; Jan S. Oster, “The Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal System”, *German Law Journal*, Vol. 9, No. 10, October 2008, s. 1273-1274.

²⁶⁶ Administrative Procedure Act (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*), 40 <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289> (E.T. 09.06.2020). Ayrıca bkz. Dilşat Yılmaz, “Alman İdare Hukuku’nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *İÜHFİM*, Y. 2011, C. 69, S. 1-2, s. 1022.

²⁶⁷ <https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/> (E.T. 01.01.2021).

²⁶⁸ Georg Nolte, “General Principles of German and European Administrative Law - A Comparison in Historical Perspective”, *The Modern Law Review*, Vol. 57, No. 2, March 1994, s. 204; Oster, s. 1273-1274; Künnecke, s. 133.

²⁶⁹ Decision of 3 Feb 1959, 9 BVerfGE 137, 147.

kullanılmasını ve yargısal denetime açık olmasını vurgulamıştır. Ayrıca Mahkemeye göre idareye verilecek yetki, ancak kanun ile verilebilir ve bu yetki içerik, konu, amaç ve kapsam bakımından açıkça sınırlanmalıdır ki, bu şekilde müdahale ölçülebilir, bir dereceye kadar öngörülebilir ve vatandaş tarafından da tahmin edilebilir olsun²⁷⁰.

Alman idare hukukunda takdir yetkisi, tek tip olarak ele alınmamaktadır. Takdir yetkisi kavramı birbirinden farklılık arz eden üç başlık altında ele alınmaktadır. Bunlardan birincisi “planlama sürecindeki yetki” olarak ifade edilen “*Planungsermessen*”, ikincisi “olağan (normal, basit, dar anlamda) takdir yetkisi” olarak ifade edilen “*einfaches Ermessen*” ve üçüncüsü de “değerlendirme alanı” veya “değerlendirme payı” olarak ifade edilen “*Beurteilungsspielraum*”dır²⁷¹.

Birinci durumdaki takdir yetkisi oldukça detaylı ve teknik konular içeren planlama kararlarındaki yetkidir. Planlama kararları, önceden belirlenmiş amaç ve hedeflere sahip programları içeren kararlardır. Örneğin demiryolları ve otoyollar, nükleer enerji santralleri ile elektrik santrallerinin kurulmasına dair kararlar planlama kararlarıdır. Bu alanda yargı mercii tarafından yapılacak denetim yoğunluğu daha azdır. Yargı mercii, burada özellikle menfaatlerin dengelenmesini inceleyebilir²⁷². Bu bağlamda önemli bir karar, Federal İdare Mahkemesinin *Wyhl kararı*’dır²⁷³. Wyhl’de planlanan bir nükleer enerji santralının yakın çevresinde yaşayanlar, santralin inşaat iznine itiraz etmişlerdir. Federal İdare Mahkemesi yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğuna, yargıçların kendi değer yargılarını idarenin değerlendirmesi yerine ikame edemeyeceğine karar vermiştir²⁷⁴.

İkinci durum (olağan takdir yetkisi), idari işlemin konu unsuru ile ilgili olup idarece, yasada açıkça öngörülen seçeneklerden (hukuki sonuçlardan) uygun olanın seçilmesidir. Buna göre hukuk normu, bir değerlendirme payı bırakmaksızın

²⁷⁰ Mahendra P. Singh, *German Administrative Law In Common Law Perspective*, Springer- Verlag Berlin Heidelberg, 1985, s. 84. Ayrıca bkz. Künnecke, s. 77.

²⁷¹ Künnecke, s. 78-81; Oster, s. 1269-1272; Nolte, s. 196. Ayrıca bkz. Florian Becker, *The Development of German Administrative Law*, *George Mason Law Review*, Vol. 24, No. 2, Winter 2017, s. 471; Erath, s. 199.

²⁷² Künnecke, s. 80-81.

²⁷³ BVerwGE72, 300, 312.

²⁷⁴ Künnecke, s. 81.

belirlediği alternatifler arasından idarenin bir seçim yapmasına izin verirse, birinci durum söz konusu olur. Bu durumda takdir yetkisi, hukuk kuralında açıkça “-e bilir” şeklinde veya aynı etkiyi doğuracak başka bir şekilde ifade edilir. Buna göre idarenin, harekete geçip geçmeyeceği ya da hangi yönde harekete geçeceği hususunda takdir yetkisi vardır. Fakat idare, böyle durumlarda yetkisini kullanırken tamamen serbest de değildir. Yargı mercii, sadece takdir yetkisinin kullanımında takdir hatasının²⁷⁵ söz konusu olup olmadığını denetler. Burada yargı mercii, ancak takdir yetkisinin hukuk normunda öngörülen sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığını, yani takdir yetkisinin parlamentonun iradesi ile tutarlı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını denetler. Zira bu anlamdaki takdir yetkisi, yerindelik denetimi kapsamında kabul edildiğinden, takdir hatası hariç kural olarak hukuka uygunluk denetimi dışında tutulmaktadır. Bu itibarla yargı mercii, kendi tercihini takdir yetkisinin yerine koyamaz.

Üçüncü durum (değerlendirme payı/alanı), bir normun sonuçları ile ilgili olan olağan takdir yetkisinin (yukarıda zikredilen ikinci durumun) aksine bir hukuk normunun ön koşulları (hukuki sebep) ile ilgilidir. Değerlendirme payı²⁷⁶, idari işlemin sebep unsurunda söz konu olabilir. Bu durumda yasalarda oldukça yaygın olarak kullanılan, bir değerlendirme ve yorum gerektiren ve yargısal denetime tabi olan “kamu refahı, kamu ihtiyacı, kamu yararı, kamu düzeni, kamu güvenliği” gibi “*belirsiz hukuki kavramlar (unbestimmte Rechtsbegriffe)*” söz konusu ise değerlendirme payından bahsedilir. Ancak bu kavramlar yukarıda sayılan belirsiz

²⁷⁵ Alman idare hukukunda takdir hataları, genel olarak “takdirin kullanılmaması (Ermessensausfall)”, “takdir yetkisinin kötüye kullanılması (Ermessensfehlgebrauch)” ve “takdir yetkisinin aşılması (Ermessensüberschreitung)” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Singh, s. 85 vd.; Künnecke, s. 89; Oster, s. 1269. Bu durumlar, Alman hukukunda idari işlemin iptalini gerektirmektedir. Moules, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını hukuka aykırılık olarak ele alıp idari kararların esasını denetimde “the proper purposes principle” (amaca uygunluk ilkesi), “the relevancy principle” (ilgili olma-bağlantı ilkesi), “unreasonableness” (gayrimakullük) ve “proportionality” (ölçülülük) olmak üzere dört ilkeyi incelemiştir. Richard Moules, *Environmental Judicial Review*, Hart Publishing Ltd, United Kingdom, Oxford 2011, s. 200-223.

²⁷⁶ Gözler, idari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisinden söz edilemeyeceğini belirtir. Yazar, “*idarenin sebep unsuruna ilişkin sahip olduğu değerlendirme yetkisine takdir yetkisi denmeyip Alman idare hukuku doktrininde dendiği gibi “değerlendirme marjı” denmesinin daha uygun olacağını*” ileri sürmektedir. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1017, 1063-1064. Yıldırım, “değerlendirme marjı” kavramı yerine “değerlendirme yetkisi” ya da “değerlendirme alanı” kavramlarının dilimize katkı sağlayacağını düşünmektedir. Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 726.

hukuki kavramlardan ibaret değildir. Zira bir kanunda kullanılan doğal, ekonomik veya başka bilim dallarına ait terimler de bu başlık altında kabul edilebilir ki, bu durumda başlığın adını “belirsiz kavramlar”, “soyut kavramlar” ya da “genel kavramlar”olarak yeniden adlandırmanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz²⁷⁷. Alman idare hukukunda bu terimlerin söz konusu olduğu durumlarda idare, “belirli bir şekilde karar vermek” zorundadır²⁷⁸. Buna göre her olay, kendine özgü olarak birden fazla doğru alternatifi verecek şekilde değil, sadece “tek bir doğru kararı” verecek şekilde yorumlanabilir.

Ayrıca hukuki sebep ve hukuki sonuç bölümlerinden oluşan hukuki bir düzenlemenin her iki bölümünde de takdir unsurları bulunabilir. Bu bağlamda normun hukuki sebep (birinci) bölümünde kamu refahı, kamu yararı, kamu düzeni gibi belirsiz kavramlar bulunabilirken, normun hukuki sonuç (ikinci) bölümü gerçek bir takdir yetkisi içerebilir. Bu aşamada normun ikinci bölümü takdir yetkisi içerse de normun birinci bölümünde belirsiz kavram bulunduğunda, takdir yetkisinin varlığı kabul edilmez ve tek bir doğru kararın olacağı kabul edilmektedir²⁷⁹.

Belirsiz kavramları somut durumlarda kullanmak zorunda olan idare, bu kullanımı “kavramın yorumlanması” ve “belirli olgulara uygulanması” olmak üzere iki aşamada gerçekleştirir. Yargı mercii, belirsiz kavramın doğru yorumlanıp yorumlanmadığını her zaman denetleyebilir. Ancak belirsiz kavramın, somut olaya uygulanmasının denetlenip denetlenmeyeceği doktrinde tartışılrsa da²⁸⁰ yargı mercileri, bu konuda da “tek doğru çözüm” görüşünü savunmaktadır²⁸¹. Bu itibarla

²⁷⁷ Başlığın adının yeniden “indefinite statutory terms” olarak adlandırılması gerektiği hakkında bkz. Oster, s. 1271-1272. Çalışmamız bağlamında konunun anlaşılması için doktrinde yaygın kullanım olan “belirsiz hukuki kavramlar” ibaresini zaman zaman kullanmaya devam edeceğiz.

²⁷⁸ Erath, s. 199.

²⁷⁹ Künnneck, s. 79.

²⁸⁰ Oster’e göre, “belirsiz kavramlar” söz konusu ise yargı mercii, idarenin işlemini sadece belli bir dereceye kadar denetleyebilir. Bu bakımdan yargı merciinin yaptığı denetim, usul kurallarına uyulmaması, eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi, maddi gerçekliğin tespitindeki yanlışlıklar, ilgisiz hususların değerlendirmeye dâhil edilmesi ve genel değerlendirme ilkelerine aykırılık ile sınırlandırılmaktadır. Oster, s. 1275.

²⁸¹ Singh, s. 96-98.

birkaç istisna dışında²⁸² davaların büyük çoğunluğunda yargı mercilerinin, idarelerin değerlendirmelerini geniş çapta denetledikleri ifade edilmektedir²⁸³.

Alman idari yargı uygulamasında, belirsiz kavramların söz konusu olduğu durumlarda idare, takdir yetkisine sahip değildir. Doktrinde ise belirsiz kavramların idareye takdir yetkisi verip vermediği tartışmalıdır. Belirsiz kavramların idareye takdir yetkisi vermediğini düşünenler, kanun koyucunun bu kavramlar ile nesnel ve normatif bir ölçüt olarak “tek bir doğru çözüm”ü öngördüğünü, idarenin görevinin kanun koyucunun iradesini tespit edip (“tek bir doğru çözüm”ü bulup) bu iradeye uygun hareket etmekten ibaret olduğunu, bu durumda idarenin takdir yetkisine sahip olmadığını iddia ederler²⁸⁴. Başka bir deyişle bu yöndeki görüş, kanun koyucunun iradesinin “tek bir doğru çözüm”den yana olduğunu ve idarenin bu çözümü bulmada bir serbestiye sahip olmadığını, kendi iradesi ile serbestçe davranamayacağını, değerlendirmede bulunamayacağını ve sonuç olarak takdir yetkisine sahip olmadığını belirtmektedir. Ancak bu durumda bile idarenin “tek bir doğru çözüm”ü bulup bulmadığı hususu, yargısal denetime tabidir²⁸⁵.

“Tek bir doğru çözüm” görüşünü savunanlara karşı “değerlendirme payı” görüşünü ileri sürenler ise, idarenin çeşitli değerlendirmelerde bulunabileceğini ve serbestçe hükümleri uygulayabileceğini savunur²⁸⁶. Örneğin yayınların reşit olmayanlar için bir tehlike oluşturup oluşturmadığına dair kararlar, siyasi, ekonomik, sosyal veya kültürel gelişmelere ilişkin bir öngörü veya yüksek teknik konular ile ilgili kararlar, idareye değerlendirme payı veren kararlar olarak ifade edilmektedir²⁸⁷. Bu durumda bazı belirsiz kavramların nitelendirilmesinde kanun koyucunun iradesine uygun sadece “tek bir doğru çözüm” değil de, birden fazla çözüm olabileceği ifade edilmektedir. Bu görüş taraftarları idarenin bu çözümlerden birini seçmekte özgür olduğunu belirtse de idarenin takdir yetkisine sahip olmadığını ve

²⁸² Sınav işlemleri, uzman kişi veya kurulların değerlendirme işlemleri, inceleme durumları, memurların değerlendirilmesi, idarenin siyasi işlemleri gibi bazı işlem türlerinde de değerlendirme payının olduğu kabul edilmekte ve mahkemeler bu durumda idarenin değerlendirmesine karışmamaktadır. Künnecke, s. 79; Oster, s. 1275.

²⁸³ Oster, s. 1275.

²⁸⁴ Künnecke, s. 120-122; Singh, s. 97-98.

²⁸⁵ Singh, s. 97-98; Künnecke, s. 120-122.

²⁸⁶ Arai-Takahashi, s. 2.

²⁸⁷ Künnecke, s. 120.

yargısal denetime tabi olduğunu belirtirler. Ancak bu görüş, yargı mercileri tarafından kabul görmemiştir. Yargı mercileri, belirsiz kavramları hukuk meselesi olarak ele almış ve tam yargısal denetime tabi tutmuşlardır²⁸⁸. Bunu sağlayan ise Alman Anayasası'nın 19. maddesinin 4. bendi gereği, idare tarafından hakları ihlal edilen bir kişinin isterse yargı yoluna başvurabilmesi olanağıdır.

Nolte'ye göre, Alman idare hukuku sistemi ile diğer tüm Avrupa idare hukuku sistemleri arasındaki en önemli farkı, takdir yetkisine ilişkin teori ve uygulama oluşturur²⁸⁹. Almanya'da takdir yetkisi ve belirsiz kavramlar ayrımı yapılmakta, bazı istisnai durumlar hariç, hukuk kuralları açıkça takdir yetkisi tanıdığına veya aynı sonucu doğuracak ifadeler kullandığında idare, takdir yetkisine sahip olmaktadır²⁹⁰. Takdir yetkisinin bu şekilde mevzuatta açıkça düzenlenip ele alınmasının sebebi ise, tarihsel gelişmelerdir. Zira Weimar yönetimi, sadece kanunda açıkça belirtilen hallerde değil de koşulların gerektirdiği her halde takdir yetkisine başvururdu²⁹¹. Nazi rejiminin geçmişi ve hukuk devleti (*Rechtsstaat*) anlayışı dikkate alınarak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra takdir yetkisi ve belirsiz kavramlar arasında ayrım yapılmış²⁹², belirsiz kavramların yorumlanması ile ilgili “tek bir doğru çözüm” fikri kabul edilmiştir²⁹³. Bu bakımdan Schneider, Alman idare hukuku ve idari yargı uygulamalarının İkinci Dünya Savaşı'ndan etkilendiğini belirtmektedir²⁹⁴.

Sonuç olarak Almanya idari yargı mercileri, tarihi tecrübelerinden kaynaklı olarak idarenin yargısal denetimini önemli bir husus olarak ele almakta ve takdir yetkisini dar yorumlamaktadır. İdare ve idarenin takdir yetkisi karşısında birey anayasal düzeyde korunmaktadır. Ayrıca yargı mercileri tarafından, belirsiz kavramların ancak “tek doğru çözümü” verecek şekilde yorumlanabileceği ve uygulanabileceği kabul edilmektedir.

²⁸⁸ Singh, s. 97; Künncke, s. 119-122.

²⁸⁹ Nolte, s. 196.

²⁹⁰ Nolte, s. 196.

²⁹¹ Nolte, s. 204.

²⁹² Künncke, s. 79; Nolte, s. 203-205.

²⁹³ Nolte, s. 203-204.

²⁹⁴ Hans Schneider, “Alman İdare Sisteminde Modern Temayüller”, Çev. Nermin Abadan, *AÜSBFD*, Y. 1954, C. 9, S. 4, s. 105-112. Ayrıca bkz. Erath, s. 196.

B. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi

Bu başlıkta Anglo-Sakson hukuk sistemi bağlamında yalnızca İngiltere örneği incelenecektir.

İdarenin söz konusu olduğu bir yerde az çok idare hukuku da vardır denilebilir. Ancak yazılı bir anayasası olmayan²⁹⁵ İngiltere’de, Dicey’in fikirleri sebebi ile uzun süre idare hukukunun inkârı yoluna gidilmiştir²⁹⁶. Bu duruma sebep olan ise muhtemelen Dicey tarafından idare hukukunun yanlış anlaşılmasıdır²⁹⁷.

Dicey, “*Anayasa Hukuku İncelemesine Giriş*” (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*) adlı eserinde²⁹⁸ Fransızlar tarafından “*droit administratif*” olarak ifade edilen “idare hukuku”nun İngiliz *Common Law*’un temel varsayımları ve hukukun üstünlüğü açısından yabancı fikirlere dayandığını belirtmektedir²⁹⁹. Yazar, İngiliz hukuk dilinin “*droit administratif*” terimi için uygun ve eşdeğer bir terim sunmadığını, bu terimin en doğal tercümesi olan “*administrative law*” teriminin ise bilinmediğini ve anlaşılmadığını belirtmektedir³⁰⁰. Yazar, “*droit*

²⁹⁵ Yazılı bir anayasanın olmaması, “anayasal kuralların yazılı olmaması” değil de, tüm anayasal kuralların tek bir belgede yazılmaması demektir. Bu bakımdan bazı kurallar çeşitli belgelerde bulunur. Bu bakımdan İngiltere’de Common Law yanında legislation (yazılı mevzuat), case law (içtihat), equity (hakkaniyet), custom (örf ve âdet) ve academic opinion (doktrin) hukukun kaynaklarından bazılarıdır. Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law*, Third Edition, Routledge, New York 2014, s. 3, 62-85. İngiliz hukukunun kaynaklarını başka bir açıdan ele alan bir yaklaşım için ayrıca bkz. Edward Jenks, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, Çev. Mukbil Özyörük, *AÜHFD*, Y. 1950, C. 7, S. 1, s. 40 vd.

²⁹⁶ Conor McCormick, “Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom: The Status of Standards Between 1890 and 1910”, *Italian Journal of Public Law*, Vol. 10, No. 1, 2018, s. 57-58; Mustafa Karabulut, “İngiltere’de İdarenin Yargısal Denetimi Üzerine Bir İnceleme”, *DD*, Y. 30, S. 102, 2000, s. 16 vd.; Süleyman Kurt, “Britanya İdari Yargı Yerleri (Tribunal Sistem) ve Yargısal Denetim”, *DD*, Y. 34, S. 107, 2004, s. 74; Tufan Erhürman, “Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires İlkesi”, *AÜHFD*, C. 61, S. 2, 2012, s. 601-603.

²⁹⁷ Yahya Kazım Zabunoğlu, “İngiltere’de İdare Hukuku Anlayışı”, *AÜHFD*, Y. 1961, C. 18, S. 1, s. 376-379.

²⁹⁸ Bu eserin ilk olarak 1885 yılında baskısı yapılmıştır. Burada ise 1959 yılında basılan 10. baskısının 1979 yılındaki yeniden basımı esas alınacaktır.

²⁹⁹ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Palgrave Macmillan, London 1979, s. 328-329. Yazar, Fransız idare hukukunun aslında modern İngiliz hukuku anlayışına yabancı iki temel prensibe dayandığını ifade eder. Bu prensiplerden ilki, hükümetin ve her memurunun, ulusun temsilcisi olarak, bir özel haklar grubuna, imtiyazlara veya vatandaşlara karşı ayrıcalıklara sahip olması ve bu hakların, imtiyazların veya ayrıcalıkların kapsamının, bir vatandaşın bir başkasına karşı hukuki hak ve görevlerini saptayan hususlardan farklı ilkelere göre belirlenmesidir. Fransa’da devletle olan ilişkilerinde bir kişi, komşusu ile ilişkilerinden farklı bir durumdadır. İkinci prensip ise Fransa’da adli yargıdan ayrı bir idari yargı rejimin varlığıdır. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 336-337. Ayrıca bkz. Erhürman, s. 601.

³⁰⁰ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 330.

administratif’i “i) tüm devlet memurlarının durumu ve yükümlülükleri, ii) devletin temsilcileri olarak memurlarla olan ilişkilerinde özel kişilerin medeni hak ve yükümlülükleri ve iii) bu hak ve yükümlülüklerin uygulandığı usulu” ifade edecek şekilde tanımlamaktadır³⁰¹. Bu bakımdan Dicey’e göre idare hukuku, devlete ayrıcalıklar tanımakta ve hukukun üstünlüğü ilkesine uymamaktadır³⁰². Bu itibarla Dicey, yaptığı karşılaştırmalarla İngiltere’de idare hukukunun olmadığını açıklamaya çalışmıştır³⁰³. Ancak yazar, daha sonra bu kanaatlerini yumuşatmış ve yazdığı “*Development of Administrative Law in England*” başlıklı makalesi ile İngiltere’de idare hukukunun varlığına dair gelişmelerin yaşandığını kabul etmiştir³⁰⁴.

Bugün itibarı ile artık İngiltere’de idare hukukunun varlığı yadsınamaz³⁰⁵. McCormick, İngiliz yargısının, Conseil d’Etat’nın yargısına benzer idarenin yargısal denetimi sistemini geliştirdiğini gösteren kanıtların olduğunu belirtmektedir³⁰⁶. Woolf da her ne kadar önceleri bu konuda bir şey söylemenin erken olduğunu belirtse de 1980’lerin başında, artık İngiltere’de kesin ve güvenle idare hukukunun var olduğunu söylenebileceğini ifade etmektedir³⁰⁷. Bu itibarla İngiltere’de artık katı anlamda yargı birliğinden bahsedilmez³⁰⁸. Ayrıca günümüzde İngiltere’de idare hukukunun, içtihatların ürünü³⁰⁹ olarak ciddi bir gelişme gösterdiğini söyleyebiliriz.

³⁰¹ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 333.

³⁰² Sırrı Düğer, *Anglosakson Hukuk Sistemlerinde İdarenin Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 14-17.

³⁰³ Yazarın yaptığı karşılaştırmanın yanlış olduğu hakkındaki bir görüş için bkz. McCormick, s. 57.

³⁰⁴ Albert Venn Dicey, “The Development of Administrative Law in England”, *The Law Quarterly Review*, Vol. 31, No. 2, 1915, s. 148-153.

³⁰⁵ İngiltere’de idari yargının yeni olduğu hakkında ayrıca bkz. Gordon Anthony, “Administrative Justice in the United Kingdom”, *Italian Journal of Public Law*, Vol. 7, No. 1, 2015, s. 10.

³⁰⁶ McCormick, s. 57.

³⁰⁷ Harry Woolf, “The Role of the English Judiciary in Developing Public Law”, *William & Mary Law Review*, Vol. 27, Iss. 4, 1986, s. 669.

³⁰⁸ Coşkun, s. 47.

³⁰⁹ İngiltere’de yargısal denetim ilkeleri, içtihat ile üretilmiştir. Mark Elliott, “Fundamental Rights as Interpretative Constructs: The Constitutional Logic of the Human Rights Act 1998”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 271; Mark Elliott, “The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 84. Örneğin doğal adalet, makullük gibi ilkeler yargısal içtihatların ürünüdür. Bu konuda bkz. Christopher Forsyth, “Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 29.

1. İngiltere’de Yargısal Denetimin Temel Dayanağı

İngiltere’de idarenin yargısal denetiminin temel dayanağı, Dicey’e göre parlamento egemenliği (*sovereignty*) ilkesi³¹⁰, bazı yazarlara³¹¹ göre ise *Common Law*’dur³¹².

Parlamento egemenliği ilkesi, yazılı olmayan anayasanın temel ilkesi olup, siyasi kurumların baskın özelliği demektir. Buna göre parlamento egemenliği ilkesi, parlamentonun yeni bir kanun yapma veya mevcut kanunu yürürlükten kaldırma ya da değiştirme hakkına sahip olması ve bundan başka, herhangi bir kişi veya organın parlamento tarafından yapılan kanunu hükümsüz kılma veya iptal etme hakkına sahip olmaması anlamına gelmektedir³¹³.

İngiliz hukuk sisteminde idarenin yetkisini parlamento egemenliği ilkesine aykırı kullanması, yani yetkisini aşması (*ultra vires*) halinde yargısal denetim devreye girer. Ultra vires doktrini³¹⁴, yargı denetiminin temeli olup³¹⁵ mahkemeler, kanun koyucunun açıkça iradesinin söz konusu olduğu durumlarda, bu iradenin aşılıp aşılmadığını denetlemekle görevlidir³¹⁶. Bu itibarla parlamentonun iradesi ve

³¹⁰ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 39 vd.

³¹¹ Paul Craig, “Competing Models of Judicial Review”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 382-383; Christopher Forsyth, “Heat and Light: A Plea for Reconciliation”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 395; Anthony, s. 12.

³¹² Bu konuda ayrıca bkz. Alder, s. 365 vd.

³¹³ Dicey, bu durumu, deyim halini almış “*Parlamentonun bir kadını erkek ve erkeği kadın yapmaktan başka her şeyi yapabilmesi, İngiliz hukukunun temel bir ilkesidir.*” ifadesiyle özetler. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 43. Ancak parlamento, idarenin yargısal denetimini tamamen ortadan kaldıramaz. Erhürman, s. 606.

³¹⁴ Kısaca “yetkinin aşılması, yetki aşımı” olarak da ifade edilebilen ultra vires’in çeşitli tanımları için bkz. Uğur Mumcu, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı”, *AÜHFD*, Y. 1970, C. 27, S. 1, s. 54-57. Ultra vires prensibi hakkında ayrıca bkz. Forsyth, “Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review”, s. 29-46; Nicholas Bamforth, “Ultra Vires and Institutional Interdependence”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 113-139; David Feldman, “Convention Rights and Substantive Ultra Vires”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 245-268; Alder, s. 369 vd.; Onur Karahanoğulları, “İngiliz Hukukunda İkincil Yasama”, *AÜSBFD*, C. 50, S. 3-4, Haziran-Aralık 1995, Prof. Dr. Turan Güneş’e Armağan, http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/ingilizhukukundaikincil_yasama.htm#_Toc135041352, s. 211-230 (E.T. 17.05.2020).

³¹⁵ Elliott, “Fundamental Rights as Interpretative Constructs: The Constitutional Logic of the Human Rights Act 1998”, s. 271.

³¹⁶ Erhürman, s. 606.

idarenin verilen yetki dışında hareket etmesi “ultra vires” olarak kabul edilir³¹⁷. Buna göre kanunda yetkili makam ve yetkinin kullanım koşul ve usulleri belirtilmişse, mahkeme, işlemi yapan makamın yetkili olup olmadığını, yetkili ise kanundaki sınırlar dâhilinde yetkisini kullanıp kullanmadığını denetleyecektir. Ancak açıkça yetki verilmeyen ya da yetkili makam belirtilmekle birlikte yetkinin kullanım usul ve koşullarının belirtilmediği, yani kanun koyucunun iradesinin belirsiz olduğu durumlarda idarenin takdir yetkisinin varlığı kabul ediliyor ve bu durumun yargısal denetime tabi olmadığı düşünülüyordu. Dicey’in sistematik hale getirdiği bu duruma “geleneksel ultra vires doktrini (traditional ultra vires doctrine)” denmektedir³¹⁸.

İngiltere’de zamanla geleneksel ultra vires doktrininin katı halinin terkedildiği³¹⁹ ve yargısal denetimin daha aktif hale getirildiği görülmektedir. Zira geleneksel ultra vires doktrini, bazı hususları açıklamak konusunda yetersiz kalmıştır. Örneğin bu doktrin gereği, ilk başta idarenin kanuni bir dayanağa gerek duymaksızın yaptığı sirküler ve benzeri işlemlerin³²⁰, Kraliyet imtiyazlarına (*royal prerogative*)³²¹ dayanılarak yapılan işlemlerin³²² ve yasayla kurulmamış olan (*non-statutory*) kuruluşların yaptığı işlemlerin³²³ yargısal denetim dışında tutulması

³¹⁷ Alder, s. 371-372.

³¹⁸ Geleneksel ultra vires doktrini hakkında detaylı bilgi için bkz. Erhürman, s. 601 vd.

³¹⁹ Craig’e göre, ultra vires doktrini gerçekte uyuşmamaktadır. Yazara göre ultra vires doktrini 19. yüzyılda ortaya atıldığından 19. yüzyıldan önce idarenin denetimini açıklayamamaktadır. Paul Craig, “Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 61-67. Alder, ultra vires doktrininin artık yargısal denetimi açıklamak için yeterli olmayabileceğini ve adaletin tecellisi için mahkemelerin bazen bu doktrinin katı halinden ayrıldığını belirtir. Alder, s. 399.

³²⁰ Bu konuda bkz. *Gillick v West Norfolk and Wisbech AHA*, [1985] UKHL 7 (17 October 1985), <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>; *Royal College of Nursing of the United Kingdom v Department of Health and Social Security*, [1980] UKHL 10 (05 February 1980), <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1980/10.html> (E.T. 17.05.2020).

³²¹ Kral, 1688 Devrimine kadar egemenliğin birçok özelliğine sahipti. İşte Kraliyet imtiyazları, Kraliyet’in orijinal takdir yetkisinin geri kalan kısmının adıdır. Yürütmenin takdir yetkisine eşdeğer olan Kraliyet imtiyazları, Kral/Kraliçe veya onun bakanları tarafından bir kanuna dayanmaksızın kullanılabilir. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 425-426.

³²² Bu konuda bkz. *R v Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Lain*, [1967] 2 All ER 770; [1967] 2 QB 864, https://oup-arc.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_40.htm; *Council of Civil Service Unions and Others v Minister for the Civil Service*, [1984] UKHL 9 (22 November 1984), [1985] AC 374, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1984/9.html> (E.T. 17.05.2020).

³²³ Bu konuda bkz. *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin plc and another (Norton Opax plc and another intervening)*, [1987] 1 All ER 564, https://oup-arc.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_167.htm (E.T. 17.05.2020). Ayrıca bkz. Dawn Oliver, “Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 6, 10, 15, 16, 20, 24, 25;

gerektiği düşünülmüştür. Ancak geline aşamada bu işlemlerin de yargısal denetime tabi tutulduğu görülmektedir³²⁴. Bu bakımdan artık bu doktrininin, yargısal denetimin temelini oluşturması bakımından çok önemli bir kaynak olmakla birlikte tek kaynak olmadığı ifade edilmektedir³²⁵.

Ayrıca zımni (örtülü, varsayılan) iradenin de, idareye verilmiş yetkilerin kaynağı ve aynı zamanda sınırı olduğu kabul edilmektedir. Zira zımni iradenin ürünü olan ve kanunlarda açıkça geçmeyen “makul olma”³²⁶, “doğal adalet”³²⁷, “tüm ilgili hususları dikkate alırken ilgisiz olanları da dikkate almama”³²⁸ ve “iyi idare” gibi ilkeler idareye verilmiş yetkinin sınırını oluşturur³²⁹. Bu bakımdan idare, zımni iradenin gereklerine uymakla yükümlüdür. İdare aksi yönde hareket ederse yetkisini aşmış olur³³⁰.

Dicey’in aksine, Craig’e göre *Common Law*, kendi ürünü olan ve yargı organları tarafından geliştirilen yargısal denetim ilkelerini³³¹ uygular. Ancak günümüzde İngiltere’de idari yargının kaynağı olarak parlamento egemenliği ve *Common Law* bir arada kullanılmaktadır. Zira yasama organı, yargısal denetimin

Forsyth, “Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review”, s. 33; Elliott, “The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law”, s. 106-107.

³²⁴ Erhürman, s. 605-606, 618-626. Ayrıca bkz. Elliott, “The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law”, s. 105-107; Alder, s. 365.

³²⁵ Alder, s. 366.

³²⁶ Bu konuda bkz. Associated Provincial Picture Houses Limited v. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223, (CA), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1947/1.html> (E.T. 16.06.2020). Ayrıca bkz. Sir John Laws, “An Extract from: Illegality: The Problem of Jurisdiction”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 74, 76, 80.

³²⁷ Bu konuda bkz. Ridge (A.P.) v. Baldwin and Others, [1963] 2 All ER 66, [1963] UKHL 2, 61 LGR 369, [1964] AC 40, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1963/2.html> (E.T. 16.06.2020).

³²⁸ İlgili/alakalı olan şey, toplumsal değerlerinin değişmesine bağlı olarak değişebilir. Alder, s. 375.

³²⁹ Forsyth, bu ilkelerin yasama organının iradesiyle değil de yargı içtihatlarıyla ortaya çıktığını belirtir. Forsyth, “Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review”, s. 29. Laws ise, aslında modern kamu hukukunun gelişmiş ilkelerinin olmadığını ve parlamentonun ürünü olamayacağını iddia eder. Laws, s. 78. Ayrıca bkz. Erhürman, s. 630-632.

³³⁰ Oliver, s. 4; Alder, s. 374.

³³¹ Lord Browne-Wilkinson, *Page Kararı*’nda yetkilerin ancak içtihat ürünü olan usule uygunluk, makul olma ve genel hukuka uygunluk sınırları içinde kullanılabileceğini belirtir. R v Lord President of the Privy Council Ex p. Page [1992] UKHL 12 (03 December 1992), [1993] 3 WLR 1112, [1993] AC 682, [1992] UKHL 12, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1992/12.html> (E.T. 16.06.2020). Ayrıca bkz. Forsyth, “Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review”, s. 30; Erhürman, s. 636.

kapsamı ve sınırlarını kanunla düzenlemektedir. Kanun çıkarıldıktan sonra, mahkemeler de, adalet, hukukun üstünlüğü gibi gerekçelerle idareyi denetlemektedir. Dolayısıyla yargı organları, idarenin yargısal denetimine dair ilkeler hakkında karar vermektedir. Bu ilkelere aykırı olan işlemler, hukuka uygun (*intra vires*) değil, hukuka aykırı kabul edilmektedir. Eğer her şeye gücü yeten (*omnipotent*) parlamento, bu ilkeleri beğenmezse bunu açıkça belirtmelidir. Örneğin, mahkemeler ölçülülüğün yargısal denetimin temel ilkesi olması gerektiğine karar verirse, ancak yasama organı bu konuda karşı görüşte ise, o zaman yasama organı bunu açıkça ortaya koymalıdır. Bunu yaparsa mahkemeler, buna uymak zorundadır. Bunu yapmaması, mahkemelerin ölçü aldığı ilkeleri zımnen kabul ettiği anlamına gelir³³². Tarihsel süreçte mahkemelerin yargısal denetim konusundaki tasavvurunun bu şekilde olduğu ifade edilmektedir³³³.

Forsyth, hâkimlerin *ultra vires*'i kabul etmesi ile anayasal düzenin yıkıcıları değil, koruyucuları olduklarını ve bu durumun seçilmişlerle seçilmemişler arasındaki uygun dengenin sürdürüldüğünü gösterdiğini, bu itibarla *ultra vires*'e bağlılığın gerekli olduğunu³³⁴ ve bunun *Common Law* ile birlikte uygulanması gerektiğini

³³² 1963 tarihli *Ridge v. Baldwin Kararı*'nda Lord Reid, kanunlarda doğal adalet ilkesinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmediğine göre, kanun koyucunun zımni iradesinin gereği idarece doğal adalet ilkesinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. *Ridge (A.P.) v. Baldwin and Others*, [1963] 2 All ER 66, [1963] UKHL 2, 61 LGR 369, [1964] AC 40, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1963/2.html> (E.T. 16.06.2020). Ayrıca bkz. Erhürman, s. 610-611. Forsyth'a göre, içtihat yargı yerlerinin ürünüdür. Yargı yerleri hukukun bir bütün olarak belirlenmesinde belirleyicidir. Ancak bu bir vakumda değil de her an müdahalede bulunabilecek egemen bir yasama organının arka zemininde gerçekleşmiştir. Yargı yerlerinin yargısal denetimi genişletmesi ve geliştirmesine yönelik yasama organının herhangi bir adım atmaması, yasama organı tarafından içtihadın kabulü demektir. Sonuç olarak, parlamento üstünlüğünün kabul edilmesi koşuluyla mahkemelerce yargısal ilkelerin geliştirilmesine yasama organı tarafından zımnen onay verildiğini kabul etmek gerekir. Ancak bu durum, *ultra vires* doktrininin ihlali demek değildir. Forsyth, "Heat and Light: A Plea for Reconciliation", s. 395 vd. Ayrıca bkz. Erhürman, s. 610-611; Hilaire Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, Fourth Edition, Cavendish Publishing Limited, London 2006, s. 903 vd.

³³³ Craig, "Competing Models of Judicial Review", s. 382-383. Ayrıca bkz. Erhürman, s. 632-633.

³³⁴ Forsyth, "Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review", s. 42-43; Forsyth, "Heat and Light: A Plea for Reconciliation", s. 400. Ayrıca bkz. Erhürman, s. 635.

belirtir³³⁵ ki buna “uyarlanmış ultra vires doktrini (modified ultra vires doctrine)”³³⁶ denir³³⁷.

Elliott, parlamento iradesi ile yargısal denetimin temelleri arasında bir ilişkinin olduğunu, doğası gereği geleneksel ultra-vires doktrininin bu ilişkiyi doğrudan, uyarlanmış ultra vires doktrininin ise bu ilişkiyi dolaylı biçimde kavramsallaştırdığını ifade eder³³⁸. Yazara göre, yargısal denetim ilkeleri her ne kadar parlamento iradesiyle ilişkilendirilmese de, içtihat ürünü olan iyi idare kurallarının parlamento tarafından verilen anayasal yetki uyarınca yapılmış olması gerektiği düşünülmelidir³³⁹. Ayrıca yazar, başka bir eserinde uyarlanmış ultra vires yaklaşımı açısından yasama organının zımni genel iradesinin varlığını kabul eder. Yazara göre yargı mercileri, adalet, makul olma ve benzeri ilkelere başvurarak takdir yetkisinin kullanılmasına dair sınırları ortaya koyup uyguladığında, yasama organının genel niyetini yerine getirir³⁴⁰. Bu yaklaşımda, parlamento, genel irade gereği yargı organlarına, işlemleri hukukun üstünlüğü ilkesine uygunluk açısından denetleme

³³⁵ Forsyth, “Heat and Light: A Plea for Reconciliation”, s. 401.

³³⁶ Uyarlanmış ultra vires doktrini hakkında detaylı bilgi için bkz. Erhürman, s. 626 vd.

³³⁷ Forsyth, Common Law’un yargısal denetime tek dayanak olarak kabul edilmesinin “seçilmemiş ve temsilci olmayan küçük bir grup görevlinin (hâkimlerin), başka hiçbir kimseyi hesaba katmayarak nihai anayasal iktidarı, seçilmiş temsilcilerin ellerinden kendi ellerine geçirmeye karar vermesi” demek olduğunu ve bu durumun demokratik olmadığını belirtir. Forsyth, “Heat and Light: A Plea for Reconciliation”, s. 394. Yazar, ayrıca bu durumda “Siz kim oluyorsunuz da demokratik olarak seçilmiş bir parlamentonun, demokratik olarak hesap verilebilir bir yürütme organına verilen takdir yetkisine müdahale ediyorsunuz?” sorusuna hâkimlerin iyi bir cevabının olmadığını da belirtir. Forsyth, “Heat and Light: A Plea for Reconciliation”, s. 399. Yazarın bazı yönlerden eleştirisi için bkz. Craig, “Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review”, s. 62; Laws, s. 79-81. Loughlin, yargıçların yürütmenin kararlarını iptal etme yetkisini meşrulaştırmanın ne olduğunu sorar, ancak buna hem “ultra vires ilkesi”nin hem de “Common Law”un tatmin edici bir cevap veremeyeceğini belirtir. Martin Loughlin, “Whither the Constitution?”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 425.

³³⁸ Elliott, “The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law”, s. 96; Mark Elliott, “Legislative Intention Versus Judicial Creativity? Administrative Law as a Co-operative Endeavour”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 343. Ayrıca bkz. Erhürman, s. 634.

³³⁹ Elliott, “The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law”, s. 96.

³⁴⁰ Elliott, “Legislative Intention Versus Judicial Creativity? Administrative Law as a Co-operative Endeavour”, s. 344. Ayrıca bkz. Alder, s. 366.

yetkisini vermektedir. Bu bağlamda idarenin, hukukun üstünlüğü temelindeki hukuki sınırlara tabi tutulması gerekmektedir³⁴¹.

Sonuç olarak İngiltere’de yargısal denetimin kaynağı olarak ilkin parlamento egemenliği ilkesi benimsenmişse de, bu ilkenin zamanla yeterli olmadığı görülmüştür. Buna karşılık *Common Law*’u yargısal denetimin temel dayanağı olarak gören yaklaşım ortaya çıkmıştır. Ancak zaman içerisinde yargısal denetimde sadece *Common Law*’un dayanak alınamayacağı kabul edilmiştir. Zira sadece *Common Law*’un dayanak alınması, parlamento iradesinin yok sayılması anlamına gelir. Bu itibarla parlamento egemenliği ilkesi yanında içtihadın da yargısal denetimin dayanağı olarak görülüp ikisinin birlikte uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.

2. İngiltere’de İdari Yargı Yetkisinin Kapsamı ve Sınırı

İngiltere’de 1981 tarihli *Senior Courts Act*³⁴² (Yüksek Mahkemeler Kanunu) madde 31 ve 1998 tarihli *Civil Procedure Rules*³⁴³ (Hukuk Muhakemesi Kuralları) madde 54’te yer alan düzenlemelere göre yargısal denetimin kapsamı, idari işlemin hukuka uygunluğu ile sınırlıdır³⁴⁴. Bu bağlamda yargı mercii, idarenin kararının doğru veya yanlış olup olmadığını, yani yerindeliğini değil, kararın hukuki dayanağının olup olmadığını ve hukuki usule (adalet, makullük gibi) uygun olup olmadığını denetler³⁴⁵. Ayrıca mahkeme, istisnai durumlar dışında esas yönünden denetim (*merits review*) yapamaz³⁴⁶. Bu, aynı zamanda yargının, idarenin karar verme yetkisine saygı göstermesinin de bir gereğidir.

³⁴¹ Alder, s. 366. Ayrıca bkz. Elliott, “Legislative Intention Versus Judicial Creativity? Administrative Law as a Co-operative Endeavour”, s. 344.

³⁴² <https://www.legislation.gov.uk> (E.T. 01.01.2021).

³⁴³ <https://www.legislation.gov.uk> (E.T. 01.01.2021).

³⁴⁴ Künnec, s. 31; Alder, s. 363, 407.

³⁴⁵ Alder, s. 363. Ayrıca bkz. Sırrı Düğür, “Anglosakson ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde İdarenin Yargısal Denetiminin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 1, 2019, s. 67-68.

³⁴⁶ David Bennett, “Balancing Judicial Review and Merits Review”, *Admin Review*, No. 53, 2000, s. 3 vd. Bermuda Temyiz Mahkemesi Başkanı, *Marks v. Minister of Home Affairs Davası*’nda “Bu mahkeme idari kararın esasını soruşturamaz ve soruşturamaz. Bu mahkemeye, idarenin esasa dair kararına karşı itiraz yapılamaz. Bu mahkeme, sadece karara varmak için kabul edilen sürecin hukukiliğini inceleyebilir. Kararın hukuka uygun olduğu sonucuna varılamazsa, iptal kararı verilebilir. Başvuranın, bir mesleğe girme izninin yenilenmesine karar verilemez.” demiştir. Marks v. Minister of Home Affairs, (1984) 35 WIR 106, naklen Calvin Eversley, “Legitimate Expectation and the Creation of Procedural and Substantive Legal Rights in Commonwealth Caribbean Public Law”,

Yargısal saygının (*judicial deference*) başka bir gereği olarak İngiltere’de siyasi niteliği gereği Parlamentonun feshi, bakanların atanması ve hükümetlerarası ilişkilerle ilgili bazı işlemlerin yargısal denetim dışında tutulabileceği ifade edilmektedir³⁴⁷. Diğer bir anlatımla İngiltere’de mahkemelerin denetlemekten çekindikleri bazı konular söz konusu olabilmektedir. Nitekim mahkemeler, Kraliyet imtiyazlarına dayalı yetkinin kullanılması, ulusal güvenlikle ilgili meseleler veya yüksek politika ile ilgili tasarrufları (*matter of state*) denetlemekten kaçınmışlardır. Örneğin 1986 tarihli *Nottinghamshire County Council v Secretary of State for the Environment Davası*’nda³⁴⁸ mahkeme, yerel makamların kamu harcamalarına sınır koyan bakanlık işlemini siyasi nitelikte görüp denetlemede çekingen davranmıştır. Açık hukuka aykırılık söz konusu olmadıkça bu tür davalar reddedilmektedir³⁴⁹.

Zikredilen konular yanında, mahkemeler takdir yetkisi kapsamında tesis edilen bazı işlemleri denetlemekte de çekimser davranabilmektedir³⁵⁰. Nitekim, idarenin açıkça yetkilendirildiği hallerde ve uzmanlık bilgisi isteyen ve değerlendirmeye açık genel ve belirsiz kavramların kullanıldığı hallerde takdir yetkisinin varlığı kabul edilmekte ve bu durumlarda yargısal denetimden kaçınılmaktadır. Örneğin *Fair Trading Act of 1973* gereği, bir şirketin ayrılma veya birleşmesine dair karar, takdir yetkisi dâhilinde olup kamu yararına aykırılığı gerekçesi ile İngiliz mahkemeleri tarafından tam olarak incelenemez³⁵¹. Benzer şekilde bir üniversitede derece veya ödül verilmesi gibi özel uzmanlık gerektiren akademik değerlendirme veya ulusal

Common Law World Review, Vol. 33, Iss. 4, 2004, s. 340. Benzer ifadelere atıfta bulunan *Leacock v The Attorney General of Barbados Davası*’nın hâkimi David Simmons ise, kısmen alıntıladığımız şu sonuçlara varmıştır: “Ben sadece yargısal denetim başvurusunda mahkeme kararını yetkili idarenin kararı yerine koymanın benim görevim veya daha doğrusu herhangi bir mahkemenin görevi olmadığını eklemek istiyorum. Yargısal denetim bir itiraz değildir. Ben sadece Komiserin kararına veya teklifine ulaştığı sürecin adalet anlayışına uygun olup olmadığına ve istinat edilmesine izin verilip verilmeyeceğini belirlemekle ilgileniyorum. ... fakat ... nın ‘çalışma hakkına sahip olduğunu’ bildirdiği şekilde beyan edemem.” *Leacock v The Attorney General of Barbados*, (2005), 68 WIR 181, 201, naklen Alicia Elias-Roberts, “A Comparative Analysis of the UK and Commonwealth Caribbean Approach Towards Legitimate Expectation”, *Commonwealth Law Bulletin*, Vol. 39, No. 1, 2013, s. 149-150.

³⁴⁷ Bunun hukukun üstünlüğü ilkesini ihlal ettiği de savunulmaktadır. Alder, s. 364.

³⁴⁸ *R v Secretary of State for the Environment, ex p. Nottinghamshire County Council* (BAILII: [1985] UKHL 8) [1986] AC 240.

³⁴⁹ Barnett, s. 844 vd.

³⁵⁰ İngiltere’de takdir yetkisinin denetimi ise özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra gelişmiştir. Kurt, s. 79.

³⁵¹ Nolte, s. 196.

güvenlik konularının mahkemeler tarafından normal olarak denetlenmediği, bu konuda temkinli davranıldığı görülmüştür³⁵².

İngiliz idare hukuku son yıllarda özellikle takdir yetkisinin denetimi ile ilgili olarak idari işlemin yargısal denetimini artırma yönünde bir eğilim göstermiştir³⁵³. Zira takdir yetkisi sınırsız olmayıp kanunun lafzı ve dahası, hâkimlerin yorumları ile sınırlıdır³⁵⁴. Bu bağlamda İngiliz hukukunda idarenin takdir yetkisi, kanun koyucunun açık ve zımni iradesi ile sınırlıdır. Kanun koyucunun iradesinin açık olduğu hallerde takdir yetkisinin sınırları da açıkça belirtilmiştir. Fakat zımni irade durumunda takdir yetkisinin sınırları açık olmasa da bu yetki sınırsız değildir; bunu belirleyecek olan yargı merciidir³⁵⁵. Örneğin, 1947 tarihli *Wednesbury Kararı*'na³⁵⁶ konu olayda davacılar, mahkemeden davalı idarenin (*the corporation of Wednesbury*) ruhsat vermek için getirdiği belirli bir koşulun (pazar günü 15 yaşın altındaki hiçbir çocuğun sinemaya kabul edilmemesi) gayrimakul ve ultra vires olduğunu belirten bir bildirim almak istemişlerdir. Kanunlarda bu konuda idareye takdir yetkisi verildiği belirtilerek istek mahkeme tarafından reddedilmiştir. Ancak kanunda takdir yetkisinin kullanımı konusunda bir koşul ve usul öngörülme bile mahkeme verdiği kararda takdir yetkisinin kullanımının sınırsız olmadığını, bu yetkinin kullanılabileceği durumları belirtmiştir. Buna göre kanun koyucunun zımni iradesini dikkate alan mahkeme, idarenin konuyla ilgili dikkate alması gereken ilgili hususları dikkate almasının, ilgili olmayan hususları dikkate almamasının ve hiçbir

³⁵² Alder, s. 364-365.

³⁵³ Nolte, s. 205.

³⁵⁴ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 413. Elliott, mevcut yargısal denetim ilkelerinin tümünün yorum ürünü olduğunu belirtir. Elliott, "Fundamental Rights as Interpretative Constructs: The Constitutional Logic of the Human Rights Act 1998", s. 271. Ancak bazı yazarlar, bu ilkeleri yorum ürünü değil de Common Law kuralları olarak ele alır. Bu konuda bkz. Oliver, s. 3-27; Craig, "Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review", s. 47-71; Laws, s. 73-81; Craig, "Competing Models of Judicial Review", s. 373-392.

³⁵⁵ Elliott, Parlamentosunun sınırsız takdir yetkisi verme taraftarı olmadığını, yasama organı tarafından takdir yetkisinin kat'i sınırlarını önceden belirlemenin imkânsız olduğunu, ancak bu yetkiyi kullanımın kapsamını belirleme görevinin mahkemelere verildiğini belirtir. Elliott, "The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law", s. 97. Ayrıca bkz. Erhürman, s. 609-610.

³⁵⁶ *Associated Provincial Picture Houses Limited v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, (CA), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1947/1.html> (E.T. 16.05.2020).

idarenin veremeyeceği gayrimakul bir karar vermemesinin kanun koyucunun zımni iradesinin gereği olduğunu belirtmiştir³⁵⁷.

Günümüz İngiliz hukukunda “*Wednesbury gayrimakullük, Wednesbury mantıksızlığı, Wednesbury unreasonableness*” ilkesi, bağımsız bir yargısal denetim ilkesi olarak kabul edilmektedir. Bu ilke, takdir yetkisinin makul şekilde kullanılması gerektiğini, aksi halde mahkemenin idari işlemi maddi, yani esas yönden denetleyebileğini (*merits review*) ifade eder³⁵⁸.

Lord Reid’e göre, kanunda takdir yetkisinin sınırları açıkça belirlenmese bile yargı mercii, kanunun amacını dikkate alarak bu sınırları belirler³⁵⁹. Craig, mahkemenin kendi değerlendirmesini yapacağını ve takdir yetkisinin kullanımında var olan sınırlamaların statik olmadığını, zaman içinde yeni sınırlamaların ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir³⁶⁰. Lord Diplock, mahkemelerin idari işlemi “hukuka aykırılık (*illegality*)”, “makul olmama (*irrationality*)” ve “usule aykırılık (*procedural impropriety*)” yönünden denetleyeceğini³⁶¹ ve zamanla yargısal denetimin “ölçülülük” ilkesi de dâhil olmak üzere daha fazla ilkeyi dikkate alacağını belirtmektedir³⁶².

³⁵⁷ Associated Provincial Picture Houses Limited v. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223, (CA), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1947/1.html> (E.T. 16.05.2020). Ayrıca bkz. Paul Craig, *Administrative Law*, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, London 2008, s. 532 vd.

³⁵⁸ Bennett, s. 4; Barnett, s. 868. Wednesbury yaklaşımının dönüşümü hakkında detaylı bilgi için bkz. Michael Taggart, “Proportionality, Deference, Wednesbury”, *New Zeland Law Review*, 2008, s. 423 vd.

³⁵⁹ Padfield and Others v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Others, [1968] UKHL 1, [1968] AC 997, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1968/1.html> (E.T. 16.05.2020). Ayrıca bkz. Erhürman, s. 611-613.

³⁶⁰ Craig, “Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review”, s. 51.

³⁶¹ Alder, yasa dışılık, gayrimakullük ve usule aykırılığın içeriğinin şunları kapsadığını belirtir: “Yasadışılık: “*Dar*” anlamda *ultra vires* (kanun tarafından belirtilen sınırların dışına çıkma anlamında yetkisizlik), hukuki hata ve (bazı durumlarda) maddi hata, “*geniş*” anlamda *ultra vires* (ilgisiz hususları dikkate alarak veya ilgili hususları dikkate almadan uygun olmayan bir amaçla hareket etme), takdir yetkisinin bağlanması ve haklı beklenti.

Gayrimakullük: “*Wednesbury*” gayrimakullüğü (bu tek başına olabilir ya da ilgisiz bir hususu dikkate almanın sonucu olabilir) ve ölçülülük.

Usule aykırılık: Önemli yasal prosedürleri ihlal etme, önyargı (bağımsız ve tarafsız olmama), adil bir duruşma eksikliği (duruşma yapmama) ve bir kararın gerekçesini vermeme”. Alder, s. 368-400.

³⁶² Council of Civil Service Unions and Others v Minister for the Civil Service, [1984] UKHL 9 (22 November 1984), [1985] AC 374, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1984/9.html> (E.T. 17.05.2020). Ayrıca bkz. Erhürman, s. 616; Alder, s. 368 vd.

McCormick'e göre İngiltere idare hukukunda, sabit ve sistematik olmamakla birlikte takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin en az beş çeşit *Common Law* kısıtlaması belirlenmiştir. Bunlar şunlardır: “Şahsen yetkiyi kullanma” (*a presumption against delegation*), “takdir yetkisini bağlama/kullanmama” (*a presumption against fettering*), “uygun amaç” (*a rule against improper purposes*), “ilgili olma/bağlantı şartı” (*a requirement of relevancy*), “makul olma şartı” (*a requirement of reasonableness*) ve “ölçülülük” (*proportionality*)³⁶³. Künnecke'e göre takdir yetkisinin yargısal denetiminde “gayrimakullük ilkesi” (*principles of unreasonableness*), “haklı beklenti” (*legitimate expectation*), “eşitlik” (*equality*) ve “ölçülülük” (*proportionality*) gibi ilkeler göz önünde bulundurulur³⁶⁴. Bu ölçütler, ultra vires yaklaşımının yanında “*Common Law*” mahkemelerinin geliştirdiği ölçütlerdir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki bir zamanlar idare hukukunun inkârı yoluna gidilmişse de günümüzde artık İngiltere’de idare hukukunun varlığı konusunda bir şüphe yoktur. İngiltere’de zaman içerisinde geleneksel ultra vires yaklaşımı terkedilmiş, uyarlanmış ultra vires yaklaşımı benimsenmiştir. Bu itibarla İngiltere’de parlamento egemenliği ilkesinin yanında içtihat da önem arz etmektedir. Zira İngiltere’de mevzuatın yanında içtihada da başvurulmaktadır. Burada mahkemeler, ölçütler getirebilmekte ve idarenin yetkilerini denetleyebilmektedir.

³⁶³ McCormick, s. 82.

³⁶⁴ Künnecke, s. 131. Yazara göre, bireysel hakların korunmasına vurgu, bu ilkelerinin gelişimini şekillendirmiştir. Künnecke, s. 132.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ VE YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞI

I. HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ

A. Genel Olarak

1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 4. fıkrası ve İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında yargı yetkisinin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu açıkça belirtilmiştir. Anılan maddelerde “idari yargı yetkisinin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu” ve idari işleme karşı dava açılması durumunda işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygun olup olmadığının araştırılacağı hüküm altına alınmıştır. Yargılama sonunda işlem hukuka uygun ise davanın reddine, hukuka aykırı ise işlemin iptaline karar verilir. Böylece “işlemin değiştirilmesi” ya da “yeni bir işlem haline getirilmesi”, “idarenin takdir yetkisinin kaldırılması yolunda karar verilmesi” veya “yargı merciinin idare yerine geçerek işlem tesis etmesi” önlenmek istenmiştir³⁶⁵.

Hukuk düzeninde her bir kural, bir üst hiyerarşideki kurala uygun olmalıdır. Bu bakımdan kurallar arasında bir hiyerarşi ilişkisi mevcut olup bir alt derecedeki

³⁶⁵ D3D, KT, 15.12.1989, E. 1989/1325, K. 1989/2825, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020). Ayrıca bkz. Güran, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 59; Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 58; Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 45. Kural olarak idarenin işlem ve eylemleri üzerindeki yargısal denetim, hukuka uygunluk yönünden yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle idari yargı denetiminden kasıt, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimidir. Ancak hukuk devletinde, yargısal denetimin, hukuka uygunluk ile sınırlı olduğunu hukuk kurallarında yazmaya gerek yoktur. Çünkü hukuk devleti ilkesi, doğası gereği hukuka uygunluk denetimini zaten içerisinde barındırır. Bu bakımdan, mevzuatta yargı mercilerince sadece hukuka uygunluk denetimi yapılması gerektiği yönünde bir düzenlemenin bulunması, bilinen bir kuralı vurgulamaktan başka bir şey değildir. Zira hukuka uygunluk denetimi öteden beri Danıştayın uyuşu ve doktrinin kabul ettiğı bir denetimdir. Bazı yazarlar Anayasa’da geçen “yargısal denetimi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olma” hükmüyle güdülen amacın yeteri kadar açık olmadığını belirtmiştir. Ayrıca bu yazarlar, “yargısal denetimi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olma” hükmüyle “Yirminci Yüzyıl öncesine dönölerek, maddi olgulardaki gerçek payını araştırma, bunları nitelendirme ve değerdendirme”nin yargı denetimi dışında tutulmasından endişe etmiştir. Yenice, Esin, s. 128-129. Bir başka yazar da bu hükmün, kamu gücü lehine önemli ayrıcalıklar yarattığını, etkin bir yargısal denetimi gerçekleştirmeyi engellediğini ifade etmiştir. Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, s. 165-166.

kuralın üst derecedeki kural veya kurallara uygun olması gerekir. Bu itibarla normlar hiyerarşisi hukuka uygunluğun temel dayanağını oluşturmaktadır³⁶⁶.

B. Tanım ve Kavram

Anayasa (m. 125/4) ve İYUK (m. 2/2) ile hukuka uygunluk denetimi tarif edilmeye çalışılmış ve sınırları belirtilmek istenmiştir. Ancak hukuka uygunluk denetiminden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bu nedenle burada bu hususun ele alınması gerekmektedir.

Hukuk devleti ilkesi gereğince, tüm kamu makamlarının hukuka uygun davranması gerekir³⁶⁷. Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından, kural olarak, idari eylem ve işlemler yargısal denetime tabi tutulmaktadır. Böylece idarenin eylem ve işlemlerini hukuk kuralları çerçevesinde yerine getirip getirmediği denetlenmiş olur. Bu denetime, hukuka uygunluk denetimi diyebiliriz.

İYUK'un 2/1-a maddesine göre, idari işlemin unsurlarının hukuka uygun olup olmadığı denetlenir. Bu itibarla idari işlemin unsurları bakımından yapılan denetime hukuka uygunluk denetimi denir³⁶⁸. Yargı mercii, idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının tespitini yaparken hukuka aykırılık durumlarını deyimlemek için kullanılan "iptal sebepleri"ni dikkate alır³⁶⁹. Bu itibarla işlemin hukuk kuralında belirtilen yetkililer tarafından yine hukuk kuralında öngörülen şekil ve usulde yapılıp yapılmadığı, hukuka ve gerçeğe uygun, işlemi yapmaya elverişli bir sebebe dayanıp

³⁶⁶ Hans Kelsen, "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", Çev. Yasin Sönmez, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015, s. 862.

³⁶⁷ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 207.

³⁶⁸ Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", s. 173; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 207.

³⁶⁹ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 470-471. İYUK'un 2. maddesine göre idari işlemler yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları açısından denetlenir. Bu bakımdan idari işlem, bu beş unsuru bakımından tam olarak yargısal denetime tabidir. Fransız ve Alman öğretisinden hareketle işlemin unsurlarından "yetki ve şekil unsurları" şekil bakımından hukuka uygunluk, "sebep, konu ve maksat unsurları" ise esas bakımından hukuka uygunluk olarak ikiye ayrılmıştır. Alan, "Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık", s. 344; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 387. Şekil bakımından hukuka uygunluk ayrıca Türkçe'de "şekli/usuli uygunluk", "dışsal geçerlilik", "dış kanuniyet/hukukilik", Fransızca'da "validité externe", "la légalité externe", Almanca'da "Die Voraussetzungen der äußeren Gültigkeit" olarak, esas bakımından hukuka uygunluk ise Türkçe'de "esas uygunluk", "içsel geçerlilik", "iç kanuniyet/hukukilik", Fransızca'da "validité interne", "la légalité interne", Almanca'da "Die Voraussetzungen der inneren Gültigkeit" olarak da ifade edilmektedir. Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 383; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 470; Zabunoğlu, *İdare Hukku II*, s. 273-274.

dayanmadığı denetime tabi tutulur. Ayrıca yargı mercii, işlemin konusunun hukuken ve fiilen mümkün olup olmadığını, hukuka aykırı kullanılıp kullanılmadığını denetler. Bununla birlikte işlemin kamu yararı dışında bir amaçla tesis edilip edilmediği de hukuka uygunluk denetimi kapsamında incelenir³⁷⁰.

Yargı mercileri, idari işlemlerin denetimini yaparken, idari işlemleri sadece kanuna uygunluk (kanunilik) açısından değil, hukuka uygunluk (hukukilik) açısından denetler³⁷¹. Bu bakımdan kanunilik ilkesinden ne anlaşılması gerektiğinin kısaca ifade edilmesinde fayda vardır. Kanunilik; Anayasa, kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler ve idarenin diğer düzenleyici işlemlerini kapsar. Fakat hukuka uygunluk, kanuna uygunluktan daha geniştir. Bu bağlamda hukukun genel ilkeleri³⁷² olarak eşitlik³⁷³, ölçülülük³⁷⁴, hukuk devleti, iyiniyet, haklı beklenti, lehe düzenlemenin uygulanması³⁷⁵ ve derdestlik gibi ilkeler hukuka uygunluk

³⁷⁰ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 207, 470-532.

³⁷¹ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 207.

³⁷² “2577 sayılı Kanun’un 2. maddesindeki hükme göre idari yargı yerlerinin denetim yetkisi, kanunların idari makamlara bıraktığı yetkilerin kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığını araştırılmasını kapsar; yoksa söz konusu yetkilerin idari yargı yerlerince kullanılması sonucunu yaratmaz. Bu bakımdan idari işlemlere (bireysel ya da düzenleyici) yönelik yargı denetimi, bu işlemlerin Anayasa ve hukukun genel ilkelerine, yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile yargısal içtihatlarla uygun olup olmadığının denetlenmesidir.” D17D, KT, 18.02.2016, E. 2015/12079, K. 2016/1040, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.12.2019). Hukukun genel ilkeleri hakkında ayrıca bkz. Zuhâl Bereket, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996; Recep Başpınar, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, *DD*, Y. 1, S. 3, 1971, s. 66.

³⁷³ D5D, KT, 26.02.2008, E. 2007/3505, K. 2008/1003, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020).

³⁷⁴ “7269 sayılı Kanun, ek düzenleme öncesinde borç senedine bağlanan taksitlerin ödenmemesi hâlinde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca yapılacak takip ile alacağın tahsilini öngörmüştür. 12/7/2012 tarihinde yürürlüğe giren geçici 23. madde ise taksitlerin düzenli olarak ödenmesini sağlamak amacıyla üst üste üç taksitin ödenmemesi hâlini hak sahipliğinin iptal nedeni olarak düzenlemiştir... taksitlerin zamanında ödenmemesinin ya da hiç ödenmemesinin 7269 sayılı Kanun hükümlerindeki karşılığı 2004 sayılı Kanun hükümleri uyarınca icra takibi yapmaktan ibaret olup doğrudan hak sahipliğinin iptali ise mülk sahibine öngörülemez bir külfet yüklemektedir. Kanun koyucu hak iptali müessesesini ilk defa 12/7/2012 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme ile getirmiştir. Bu durumda bu tarihe kadar ödenmeyen taksitlerin sayısı esas alınarak önceki düzenlemeye göre çok ağır bir sonuç doğuran hak sahipliğinin iptaline ilişkin düzenlemelerin geriye yönelik olarak uygulanmasının başvuru için öngörülebilir olduğundan söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla başvuru tarafından öngörülmesi mümkün olmayan bu kanuni düzenleme sonucunda başvuru hukukun mülkiyet hakkının korunması ile kamu yararı arasında olması gereken adil denge başvuru aleyhine bozulmuş olup müdahale ölçüsüzdür. Açıklanan gerekçelerle Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” AYM, KT, 07.11.2019, Başvuru Numarası: 2016/14176, RG, 11.12.2019-30975.

³⁷⁵ “... hukuk devleti olmanın gereği ve hukukun genel ilkeleri uyarınca idari para cezası verilmesine dayanak hukuk kuralında lehe düzenleme yapılması sonucu ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekmektedir. İdarece ihlalin tespit edildiği tarih esas alınarak, idari para cezası

kapsamındadır. Ayrıca uluslararası hukuki düzenlemeler, Anayasa'nın genel felsefesi ve temel anayasal ilkeler (sosyal hukuk devleti, Anayasa'nın başlangıcında yer alan ilkeler)³⁷⁶, idare hukuku ilkeleri, içtihadi temel ilkeler (yetki ve usulde paralellik ilkesi gibi) ve bağlayıcı mahkeme içtihatları hukuka uygunluk kavramı içinde yer alır. Bununla birlikte hukuka uygunluk, bütün yazılı hukuk kuralları (Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler) ile yazılı olmayan hukuk kurallarını da kapsar³⁷⁷. Buradan hareketle idari işlemin, "hukuka uygunluk bloku"³⁷⁸ içerisinde yer alan normlara uygunluğunun denetlenmesi amacıyla yapılan denetim, hukuka uygunluk denetimidir.

İdarenin tasarrufları sonucunda objektif hukuk düzeninin ihlal edilip edilmediğinin idari yargıç tarafından tespiti yönündeki faaliyet, hukuka uygunluk denetimidir³⁷⁹. Bu bağlamda yargı mercii, hukuk kuralında öngörülen çerçevede idarenin görev ve yetkilerini kullanıp kullanmadığını araştırır ve denetler. İdari yargı mercii, bu denetimi normlar hiyerarşisinde en alt normdan başlayarak bir üst kural ve kurallara uygunluk açısından yapar.

Hukuka uygunluk denetimi, "maddi olay ve olguların değerlendirilip nitelendirilmesi"ni de kapsar. Bu bağlamda yargı mercii, işlemin dayanağı olan olayları öncelikli olarak inceler, bu olayların doğru ve tutarlı olup olmadığını belirler, akabinde de bunlar hakkında bir değerlendirme yapıp bir karar verir³⁸⁰.

uygulanması gerekmele birlikte, işlem tarihindeki veya cezanın tahsili tarihindeki ceza miktarında lehe düzenlemeler mevcut ise bunun göz önünde bulundurulması zorunludur." D8D, KT, 03.10.2012, E. 2011/8015, K. 2012/7008, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020).

³⁷⁶ D8D, KT, 18.02.2011, E. 2009/6614, K. 2011/982, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020).

³⁷⁷ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 384; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 65; Mermut, s. 302 vd.; Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, s. 84 vd.; Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", s. 106-107; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 207-209; Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 127 vd.

³⁷⁸ Hukuka uygunluk bloku hakkında detaylı bir bilgi için bkz. Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, s. 81 vd. Ayrıca bkz. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 387.

³⁷⁹ Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, s. 71.

³⁸⁰ Örneğin "Kumar oynamakla ilgili bir disiplin işinde, memurun eyleminin kumar olarak tanımlanabilmesi halinde idari kararın hukuka uygunluğundan söz edilebilir. Böyle bir eylem yoksa, koşullarda farklılık varsa veya maddi olgular olayı kumar olarak nitelendirmeye elverişli değilse, idarenin kumar olgusuna dayalı tasarrufunun hukuka uygunluğu da kabul edilemez." Yenice, Esin, s.

Hukuka uygunluk denetimi, yargı organlarınca idarenin yükümlü olduğu hizmetleri yürütürken hukuka bağlı kalıp kalmadığının tespiti için yapılan denetimdir³⁸¹. Bu bağlamda idari yargı mercii, hukuka uygunluk denetiminde idari işlem veya eylemlere uygulanacak hukuku belirler. Akabinde hukukun ne olduğunu, nasıl anlaşılması ve nasıl yorumlanması gerektiğini söyler ve daha öteye gitmeden burada durup nihai kararı vererek davayı sonlandırır. Yapacağı denetim sonucunda davanın reddine veya kabulüne karar verir, idareyi belli bir yönde işlem tesis edecek şekilde zorlayamaz³⁸² veya idari işlemi değiştiremez, düzeltemez, geri alamaz ya da kaldıramaz. Bu itibarla idari yargı mercii, hukuka uygunluk denetimi yaparken, ancak objektif ilkelere göre hareket edebilir³⁸³. İdari yargı mercii, değer yargısı çağrıştıracak, taraf görüntüsü verecek şekilde denetim yapıp karar veremez.

İdari yargı mercii, önündeki uyuşmazlığa özgü olarak hukuk kuralı üretip uygulayamaz. Yargı mercii, ancak önündeki uyuşmazlığın hukuka uygun olup olmadığını denetleyebilir. Bu denetim sonucunda işlemin hukuka aykırı olduğu kanaatine varan yargı mercii, işlemin hangi hukuk kuralına³⁸⁴ aykırı olduğunu kararında belirtmelidir.

Ayrıca idari yargı mercilerinin, hukuka uygunluk denetimi yaparken idari işlemin hangi unsurunda hangi sakatlığın söz konusu olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaları, davanın tarafları, doktrin ve içtihat için önem arz eder. Zira bu durumda davanın tarafları işlemin unsurlarındaki sakatlıkları bilecek ve ona göre dava açabilecek; doktrin de kararı yorumlayıp eleştirebilecek; yargı mercileri için de açık içtihat birliği sağlanacaktır.

129. Ayrıca bkz. İftar B. Tarhanlı, “Amerikan İdari Usul Kanunu”, *İHİD*, Y. 1985, C. 6, S. 1-3, s. 263.

³⁸¹ Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, s. 127.

³⁸² Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, s. 76.

³⁸³ Muammer Oytan, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları, No: 53, Ankara 1991, s. 149.

³⁸⁴ Hukuk kuralları hukukla ilgili çok geniş bir yelpazedeki kurallar bütünüdür.

II. YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞI

İdare etme, kamu yararına en uygun seçeneğin tercih edilerek kamu hizmetlerini icra etme, çekip çevirme işidir. Bu işi yerine getiren idaredir. Bu bağlamda idare, hukuka aykırı olmamak şartıyla ihtiyaca uygunluğu ve kamu hizmetlerinin amacını dikkate alarak faaliyetlerini yürütür. İdare, üstlendiği kamu hizmetlerini edindiği politikalar doğrultusunda gerçekleştirmek veya karşılaştığı sorunlar karşısında hedeflenen ekonomik ve sosyal amaçlara ulaşmak için en uygun yolu belirleyip tercihte bulunur. İşte bu durum, “yerindelik” ile ilgilidir³⁸⁵.

Yerindelik, idareye tanınan bir yetki alanıdır. Bu alanda idare, yürüttüğü hizmetin kamu yararını gerçekleştirme açısından iyi mi ya da kötü mü işlediğini inceleyebilir. Bu inceleme sonucunda idare, yine yerindelik hususu dâhilinde karar alabilir³⁸⁶. Zira idarenin tüm faaliyetleri aynı mahiyette değildir. Tek bir faaliyet bile farklı özellikleri bünyesinde barındırabilir, hatta tek bir özellik bile farklı koşullara bağlı olarak farklı bir davranış şekli gerektirebilir. Buna karar verecek ve bunu belirleyecek olan ise bu duruma vakıf ve yerindeliği tayin edecek olan idaredir³⁸⁷.

³⁸⁵ Örneğin idarenin, üniversiteye demirbaş malzeme alıp almama, almayı tercih etmesi durumunda alınacak malzemenin kalite ve fiyatının belirlenmesinde, alma zamanı ya da yeri veya alma yönteminde bir serbestlik içinde olması, yerindelik ile ilgilidir. Aynı şekilde bir üniversitenin araştırma görevlisi alım ilanı verip vermediği, hangi zamanda ve hangi anabilim dalı için ilan vereceği, idarenin takdirinde olup yerindelik alanı ve takdir yetkisi ile ilgilidir. Bu konuda idarenin ilan vermeden önce ilanın zamanını ve ilanı vereceği anabilim dalını belirlemeye yönelik değerlendirmeleri, idarenin yerindelik alanına dâhil olup bu konuda yapılan tercihler ise takdir yetkisi ile ilgilidir. Yargı mercii, üniversiteye ilan verilip verilmediği veya niye şu alan değil de bu alan için ilan verildiği yönünde üniversiteyi denetleyemez. Zira üniversite, istediği zaman ilan verebilir. Ancak üniversite, ilana başvuru süresi için uygun bir zaman belirlemelidir. Bu konuda ilana başvuru süresini, örneğin, bir gün olacak şekilde belirleyemez. Çünkü bu durum, hayatın olağan akışına aykırıdır. Üniversite bir anabilim dalında on tane araştırma görevlisi olsa da on birincisini almak için ilan verebilir. Yeter ki bu alım, hukuka uygun olsun. Bu alımın hizmetin gerekleri ve kamu yararı amacıyla değil de, birisine iş kazandırma amacıyla yapıldığı açık ise, bu durum yetki saptırması teşkil eder, işlem hukuka aykırı olur. Bu durumda güdülen gaye, işlemi amaç unsuru yönünden sakat kılar. Bu bağlamda yargı mercii, hem yerindeliği (yapılan değerlendirmeyi) hem de takdir yetkisini (yapılan tercihi) hukuka uygunluk açısından denetler. İşlem hukuka aykırı bulunmadığı sürece mahkeme, davayı reddetmekten başka bir karar veremez. Yetki saptırması hakkında detaylı bilgi için bkz. Paul Duez, “Yetki Saptırması-İdari Tasarruflarda Maksat Unsuru”, Çev. Hakkı Demirel, *DD*, Y. 19, S. 74-75, 1989, s. 38-40; İsmet Giritli, “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması”, *İÜHF*, Y. 1957, C. 21, S. 1-4, s. 81 vd.

³⁸⁶ Benzer bir yönde bkz. Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 80.

³⁸⁷ Daştan’a göre, bir hizmetin gerekleri için, en yerinde olanın seçimi ve takdiri, şartların oluşması halinde harekete geçip geçmeme veya harekete geçme zaman ve yerini belirleme yetkisi o hizmetten sorumlu olan idareye aittir. Deniz Daştan, “Takdir Yetkisi, Yargısal Denetim ve Yerindelik”, *İBD*, C. 77, S. 2, İstanbul 2003, s. 329.

A. Yerindelik ve Yerindelik Alanı

Yerindelik, yargı mercileri ve doktrinin üzerinde görüş birliği sağlayamadığı bir kavramdır. Yerindelik kavramı, olayın şartlarına bağlı olarak belli bir esnekliğe ve muğlaklığa sahip olduğundan kavramın alanını, kapsamını ve sınırını tam olarak belirlemek zordur. Ayrıca bu kavrama yüklenen anlam; kişiye, yere, zamana ve olaya göre de değişiklik arz edebilir. Bu itibarla yerindelik kavramının ne olduğunu, hangi hususları kapsadığını, nerede, nasıl, ne zaman ve ne amaçla kullanılamayacağını ortaya koymak daha doğru olur. Dolayısıyla kavramın detaylı olarak incelenmesinde fayda mülhaza ediyoruz.

Türkçe’de “yerindelik”, “yerinde” kelimesine “-lik” yapım ekinin getirilmesi ile türetilmiş soyut bir kelimedir³⁸⁸. Yerinde kelimesi “iyi, yeterli”, “zamanı, yeri uygun düşerek, gerektiği biçimde” ve “durumunda” anlamlarına gelecek şekilde kullanılmaktadır³⁸⁹. Yerindelik ise, kelime olarak “yerinde olma durumu, isabet” anlamında kullanılmaktadır³⁹⁰. Buna göre “iyi ve yeterli” bir biçimde, “uygun zaman ve yerde” ve “gerektiği biçimde” yapılan ve “uygun durumda” olan şeye “yerinde”dir denilebilir. Bu bağlamda yerindelik, kavram olarak “amaca en uygun olanın tespiti”dir.

Özyörük, yerindelik kelimesinin karşılığı olarak “icâb-ı hâl” (hâlin icâbı) kavramını kullanmaktadır. İcâb-ı hâl kavramı, “durumun gereklerine göre” anlamına gelmektedir. Yazara göre, idarenin eylem ve işlemleri hukuka uygun olmanın yanında, icâb-ı hale de uygun olmalı, yani “yerinde” olmalıdır. Bu bağlamda idare hem hukuka uygun hem de “isabetle” hareket etmelidir³⁹¹.

Alan’a göre, “yerindelik” kavramının tam bir tanımı verilemez. Ancak yazara göre, yargı kararlarının ampirik metotla incelenip değerlendirilmesi suretiyle

³⁸⁸ Latince “*opportunitas*” kelimesinden türetilen yerindelik, İngilizce’de “*opportunity*”, Fransızca’da ise “*opportunité*” olarak kullanılmaktadır.

³⁸⁹ <http://tdk.gov.tr> (E.T. 14.12.2019).

³⁹⁰ <http://tdk.gov.tr> (E.T. 14.12.2019).

³⁹¹ Bu itibarla “*idarecinin yetkisini hukuka uygun kullanması, fakat zamanında, yerinde, en iyi sonuçları alacak, kamu hizmetini en iyi şekilde yürütmüş ve kamu yararını en geniş ölçüde gerçekleştirmiş sayılacak biçimde kullanması aranır.*” Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 71, 86. Karatepe, yerindeliği “ihtiyaca uygunluk” olarak niteler. Ayrıca yazara göre, “*yerindeliğin tayin serbestisi, mevcut seçeneklerden birisinin tercih edilmesi ile sınırlıdır.*” Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 84.

yerindelik alanının bazı özelliklerini saptamak ve belli ölçüde sınırını çizmek mümkün olabilir³⁹².

Oytan'a göre yerindelik ve yerindelik alanı, idarenin denetime tabi olmayan serbest hareket alanıdır³⁹³. Ancak yazara göre, yerindelik alanının tespiti konusunda her koşulda uygulanabilir genel geçer objektif kriterlerin belirlenmesi mümkün değildir³⁹⁴. Zira kamu hizmetleri çeşitlilik gösterdiğinden yargı mercileri, yerindelik alanını olayın özelliğine göre yorumlamaktadır³⁹⁵.

Duran, yerindeliği, işlemin herhangi bir unsuruna indirgenemeyen veya bağlanamayan, bunların dışında kalıp bütünü etkileyen hususlardan oluşan ve

³⁹² Nuri Alan, "İdari Yargının Dünyası, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü", *TBBT*, Ankara 1998/2, s. 532. Adı geçen yazara göre, yerindelik alanının ne olduğu ve hangi idari işlemlerin bu alan içinde olduğu konusunda yargı kararlarında açıklık söz konusu değildir. Alan, "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", s. 56. Yine yazara göre, "*Fransız Danıştayının olduğu gibi, Danıştayımızın «yerindelik alanı» konusundaki kıstaslarını kesin çizgilerle ortaya çıkarmak mümkün değildir. Esasen idarenin takdir yetkisi alanının her işlemde değişik bir yaygınlık göstermesi ve bu kavramın özünde mevcut esneklik nedeniyle böyle bir kıstası yerleştirmenin güçlüğü de ortadadır.*" Alan, "Konu Unsuru Bakımında Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık", s. 365. Yıldırım'a göre de, her olayın özelliğine göre değişebilen yerindelik alanı, tanımı yapılabilen ve sınırları gösterilebilen bir kavram değildir. Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, Beta, İstanbul 2008, s. 132; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 733.

³⁹³ Oytan, "Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması", s. 156. Yazara göre, yerindelik alanı, hukuka uygunlukla hiç ilgisi bulunmayan, tamamen idari yerindelik konusu olan, idarenin bağımsız biçimde karar alıp uygulayabileceği ve dolayısıyla yargıcın müdahalesinden korunmuş olan sahadır. Yazara göre, yerindelik alanı, idarenin tasarrufuna tahsis edilmiş ve idareye mahfuz tutulmuştur. Oytan, "Türkiye'de İdari Yargı Denetiminin Sınırları", s. 31-32. Ayrıca yazara göre yargıç, "*bu alanda idare mekanizmasının iyi işlemesine ve inanılan idari gerek ve kamu ihtiyaçlarına en uygun sayılan ve yasal olarak alınması mümkün olan kararlardan birinin yeğlenmesi serbestisine saygı göstermek zorundadır. Hukuka uygunluk denetimine tâbi tutulmadığı için, idarenin bağımsızlığa sahip olduğu; idarenin tamamen keyfine bağlı tutulan (à la discretion) bu alana müdahale etmesi, yargıcın, idarenin yerine geçmesi, onun hiyerarşik âmiri rolünü takınması sonucunu verir.*" Oytan, "Türkiye'de İdari Yargı Denetiminin Sınırları", s. 45.

³⁹⁴ Oytan, "Türkiye'de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniği Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları", s. 37.

³⁹⁵ Uygulamada, tereddüt halinde yerindelik alanının kapsam ve sınırını belirleme konusunda son söz, haliyle idari yargı mercilerine aittir. İdari yargı mercii, neyin yerindelik alanına dâhil edip edilmeyeceğini içtihatları ile belirler. İdari yargı mercisinin bu belirlemesi bağlayıcıdır. Güran'a göre, "*Anayasanın ve yasaların metinlerinin ne anlama geldiğini, idarî işlemlerin geçerliliğini ve bu suretle o ülkede Hukukun ne olduğunu saptama ve söyleme yetkisi, son söz olarak, yargıdadır. Yargı'nın, verdiği kararlar vasıtasıyla açıkladığı bu Hukuk, üstündür, emredicidir, bağlayıcıdır. Aksine işlem yapmak, o işlemi yeniden sakatlar ve yeni bir ihlâl yaratır ve o işlem de tekrar yargısal denetime getirilerek iptal edilir; tâ ki uygun işlem tesis edilene kadar... İdare Hukuku ve idare yargıcı, «fevkalâde kritik, yaşamsal ve duyarlı» kavramlara içerik ve anlam vermektedir.*" Güran, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", s. 60-61. Ayrıca bkz. Osman Kiper, "Bir Kamu Hukuku Sorunu Olarak «Takdir Yetkisi» (İdarenin ve Yargıcın Takdir Yetkisi) ve Yorum", *İBD*, C. 54, S. 1-2, Ocak-Şubat 1980, s. 19; Bakır Çağlar, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı*, Y. 1985, C. 2, s. 169; Oytan, "Türkiye'de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniği Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları", s. 36.

kaynaklanan kavram olarak ele alır. Tüm bu hususlar, “*bizatihi işlemin unsurlarına dahil olmayıp, yapılışını belirleyen ve sağlayan hususlardır.*”³⁹⁶ Ayrıca yazar, idarenin bir işlemi veya eylemi yapıp yapmama, yapması halinde ise idari faaliyetin zamanı ve yerini belirlemede özgür olması, kullanacağı metot, araç ve gereçleri seçmede serbest olması durumlarında “yerindelik alanı”nın mevzu bahis olabileceğini belirtir³⁹⁷.

Çağlayan’a göre yerindelik kavramı, idarenin tasarrufunun “isabetli” olup olmadığı, “ihtiyaca uygun” olup olmadığı ile ilgilidir. Yazar, faaliyete geçme zamanının belirlenmesi, faaliyetin yerinin belirlenmesi, amacı gerçekleştirmeye en uygun araç, gereç ve yöntemin belirlenmesi ve “*yürütülen faaliyetin kamu yararına uygun düşüp düşmediğinin tespiti*”nin yerindelik kavramı içerisinde yer aldığını ifade etmektedir³⁹⁸.

Akıllıoğlu’na göre yerindelik, “içeriksiz” bir kavramdır. Yazar, denetim dışı olduğundan hukuksal çerçevesi olmayan yerindeliği, “hukuka yabancı” ve “hukuk dışı” bir kavram olarak niteler³⁹⁹.

Karahanoğulları, hukukun genel ilkeleri ve temel haklarla ilgili olmayan konulardaki teknik değerlendirmenin yerindelik alanı ile ilgili olduğunu belirtmektedir⁴⁰⁰.

Gözler’e göre, “*idarenin karşılaştığı soruna en uygun çözümü bulması, o konuda en yerinde kararı almasına*” yerindelik denir⁴⁰¹. Yazara göre yerindelik, “*hukukî değil*” de, “*fiilî, teknik bir sorun*”, “*açıkçası bir etkililik sorunu*”dur⁴⁰².

³⁹⁶ Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 8.

³⁹⁷ Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 8.

³⁹⁸ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 214.

³⁹⁹ Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 21-22.

⁴⁰⁰ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 178-179; Karahanoğulları, “İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 58-59.

⁴⁰¹ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1069.

⁴⁰² Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1069. Karahanoğulları, yerindeliği “uygunluk” olarak ele alır. Yazara göre, yerindelik, hukuk kuralları dışındaki teknik/bilimsel kurallarla yapılan bir değerlendirmedir. Karahanoğulları, “İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 58-59. Ayrıca bkz. Oytan, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, s. 156.

Atay, yerindeliği, mevzuatın soyut kuralının uygun bir temele dayandırılarak tercihin kullanılması olarak ele alır. Yazar, uygunluktan kastedilenin somut olayın mevcudiyetine, şartlarına en elverişli tercihin kullanılması olduğunu belirtir⁴⁰³. Başka bir eserinde yazar, yerindeliği, karar verilecek şeyin zaman ve mahallin koşullarını dikkate alarak değerlendirme yapabilme yetkisini idareye bırakma olarak tarif eder⁴⁰⁴.

Yayla, yerindeliğin içeriğini yani unsurlarını, “*maddi vakıaların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi*”, “*muayyen bir yönde hareket edip etmeme imkânı*”, “*harekete geçme zamanının tayini*” şeklinde üçlü bir ayırıma tabi tutarak açıklamaktadır⁴⁰⁵. Yazara göre, eşdeğer durumda olan seçenekler arasında bir tercihte bulunulması, yerindelik değerlendirmesidir⁴⁰⁶.

Ayaydın, yerindeliğin, “*kanunların açık veya örtülü şekilde yetki vermiş olduğu durumlarda belli bir yönde hareket etmeye/göreve başlamaya karar verme*”, “*harekete geçme veya işlem yapma yerini ve zamanını tespit etme*” ve “*hukuka uygun seçenekler arasından birisini seçme*” imkânlarını içermekte olduğunu belirtir⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Ender Ethem Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, S. 1, Ankara Aralık 2014, s. 15. “*İdarenin iç düzen, işleyiş ve örgütlenmesine ilişkin konulardaki tercihi, yerindelik kavramının ilk somutlaşmış halidir. ... Kamu hizmetlerinde iş bölümü ve koordinasyonun sağlanması yerindelik kavramı içinde değerlendirilir.*” Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 15.

⁴⁰⁴ Ender Ethem Atay, “İptal Davasının Nitelikleri ve Kararlarının Uygulanması”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu*, 11 Mayıs 2007, Danıştay Matbaası, DTYBY, No: 74, Ankara 2008, s. 16.

⁴⁰⁵ Yıldızhan Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, *İÜHFM*, Y. 1964, C. 30, S. 1-2, s. 207–208.

⁴⁰⁶ Yayla, *İdare Hukuku*, s. 194.

⁴⁰⁷ Ayaydın, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, s. 547. Ayrıca Yenice ve Esin, yerindeliği “*kamu hizmeti gereklerinin idarece takdir yetkisi içinde değerlendirilmesi*” olarak ele alırlar. Yenice, Esin, s. 136. Özay, yerindeliği, “*zaman ve mekân ile somut duruma en uygun çözüm*” veya “*o an için yapılması en uygun davranış biçimi*” anlamında kullanır. Özay, “İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, s. 308. Zabunoğlu’na göre, yerindelik yönetimlerin yaşamında, etkinliklerinde hukukilik kadar önemli, ancak hukuksal bir olgu veya kavram (kurum) değil de eylemsel, politika yoğun teknik bir konudur. Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 376. Çakmak, yerindeliği “*bir nevi yönetenlerin kendi emirleri altında çalıştırdıkları personelin işlerine müdahale etmeyi yasal zemine oturtmak için bulunmuş hukuki bir yöntem*” olarak tanımlar. N. Münci Çakmak, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 459. Daştan’a göre yerindelik, “*hukuk kuralının idareye tanıdığı takdir yetkisinin içeriğine, kapsamına bağlı olarak hizmetlerin daha iyi görülmesi, kamu yararının en etkili biçimde gerçekleşmesi için en yerinde, en faydalı kararı verme imkânıdır.*” Daştan, s. 329.

İdarenin bir konuda ne şekilde hareket etmesi gerektiği ile ilgili herhangi bir hukuk kuralının bulunmadığı hallerde, idare, belli ölçüde serbest bir değerlendirme ve hareket alanına sahip olur ki bu alana “yerindelik alanı” diyebiliriz. Bu alanda idare amaca uygun en makul, en güzel ve en iyi çözümü belirlemede serbesttir.

Yerindelik alanı, esas olarak iki durumdan ibarettir. Birincisi, maddi veya hukuki olayların yorumlanması, değerlendirilmesi ve nitelendirilmesidir⁴⁰⁸. İdare karşılaştığı tüm maddi veya hukuki olayları kendince önce bir yorum, değerlendirme ve nitelendirmeye tabi tutar⁴⁰⁹. Bu bağlamda idare, hukuka bağlı kalmak şartı ile yapacağı yorum, değerlendirme ve nitelendirmede serbesttir. Örneğin idareyi takyit eden bir mevzuat hükmü bulunmadığı hallerde, bir kamu hizmetinin mevcut bir binada yürütülmesinin mi yoksa hizmet için yeni bir bina yapılarak orada hizmetin yürütülmesinin mi daha isabetli olacağı konusunda bir değerlendirme yapılması yerindelik alanında kalır.

Yapılan yorum, değerlendirme ve nitelendirme sonucunda, idare için karar alıp almama durumu ortaya çıkar. Bu bağlamda ikinci olarak idare, yapılan yorum, değerlendirme ve nitelendirmeye bağlı olarak karar alıp almama konusunda bir serbestliğe sahiptir. Bu durumda idare, yaptığı yorum, değerlendirme ve nitelendirmeyi önemli görüp karar alabileceği gibi, önemsiz görüp karar almaktan çekinebilir de. Örneğin, hizmetin yürütülmesi için kadro ihdas edilip edilmemesi, kadro ihdas edilse bile kamu görevlisinin alınıp alınmaması yerindelik alanına girer⁴¹⁰. Aynı şekilde bir kamu hizmeti için bir bina yapılmasına karar verildiği

⁴⁰⁸ Yerindelik, özünde “genel veya özel bir değerlendirme”yi içerir. Zira idare, idari işlemin nedenlerinde, neden ögesine ilişkin veriler konusunda, harekete geçip geçmemede, işlemi yapıp yapmama, yapması durumunda yer, zaman ve konuyu tayinde veya kullanılacak araç ve yöntemi belirlemede “en uygun olanı budur” kanaatine varmak için genel bir değerlendirme yetkisine ve serbestliğe sahiptir. İşte, bu durum yerindelik ile ilgilidir. Bu itibarla yerindelik, bir sonuca yönelik en uygun seçimi bulmada “genel veya özel bir değerlendirme”den ibarettir denebilir.

⁴⁰⁹ Denilebilir ki gerçekte idari tasarrufların birçoğu yerindelik alanına sahiptir. Zira idare, çoğu işlemlerinde görünen veya görünmeyen bir değerlendirme ve nitelendirme yapmaktadır. Ancak bağlı yetki halinde idarenin yapacağı değerlendirme, nitelendirme ve konu seçimini hukuk kuralı zaten belirlemiştir. İdarenin bu durumda yapacağı değerlendirme ve nitelendirme, hukuk kuralında öngörülen sebep veya durumun gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmiş ise hukuk kuralında öngörülen davranışı yapmaktan ibarettir. Bu durumda bağlı yetki halinde idarenin değerlendirme, nitelendirme ve seçimi belli ve tek olup önceden hukuk kuralında belirlenmiştir.

⁴¹⁰ “... davalı idarenin, davacının başvurusundan önce, kuruma personel atanması ve bunun için sınav açılması konusunda herhangi bir girişimi olmadığı gibi davacının sınava kabul edilmemesi

hallerde, binanın üç, dört veya beş katlı olması ihtimallerinden hangisinin binanın kullanım amacına daha iyi hizmet edeceği konusunda alınacak bir karar yerindelik alanında kalır.

İdarenin faaliyetlerini icra etme konusunda serbest hareket etme yetkisine sahip olması, “yerindelik alanı”na dâhildir. Zira bu durumda idare, birden fazla seçenekten kendi politikasına en uygun olanı seçme konusunda, yani seçeneklerden hangisinin yerinde olup olmadığını belirleme konusunda tam bir özgürlüğe sahiptir. İşte idarenin yere, zamana ve konuya göre en uygun hareket tarzını belirlemesi, kendince uygun bulduğu tercih, yöntem, araç ve gereci seçme özgürlüğüne sahip olması idarenin yerindelik alanı içerisinde bulunduğunu gösterir.

Zikredilen hususlardan hareketle yerindelik alanının “genel bir değerlendirme yapma ve karar alma özgürlüğü” çerçevesinde şu hususlardan oluştuğu söylenebilir⁴¹¹:

1. Maddi veya hukuki olayların yorumlanması, değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi özgürlüğü.
2. Belli bir yönde karar alıp almama özgürlüğü.

veya açılmış bir sınavı kazanmış olması hali de söz konusu değildir. Davacı davalı idarede mimar olarak göreve başlamak için başvurmuş, bu başvuru incelenerek istek reddedilmiştir. İdarenin, kamu görevlisi atanması konusunda kendiliğinden harekete geçmeden bu yoldaki istekleri inceleyerek aldığı karar ve işlemlerin kendi değerlendirme yetkisi içinde olup bu konuda yargı yolu ile zorlanması mümkün değildir.” D5D, KT, 08.10.1986, E. 1985/606, K. 1986/986, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.02.2020). “İdarelerin bünyelerinde bulunan boş kadrolara atama yapma konusunda takdir yetkisine sahip oldukları ve bu noktada yargı kararıyla zorlanamayacakları açıktır. Bu durumda, görevde yükselme sınav sonucunda davacının sınavına girdiği unvan için ilan edilen boş kadro karşılığı atama yapılacağından önceden duyurulduğu ve bu çerçevede davalı idarece yapılan sınav sonucunda başarı sırasına göre ilan edilen boş kadro sayısı kadar kişinin atamasının yapıldığı taraflar arasında ihtilafsız olup, her ne kadar davacı söz konusu sınavda başarılı sayılmışsa da, ilan edilen kadro dışındaki mevcut boş kadrolara atama yapılması noktasında davalı idarenin takdir yetkisine sahip bulunması ve yargı kararıyla da atama yapılması yolunda zorlanmasının mümkün olmaması karşısında, davacının görevde yükselme sınavında başarılı olduğundan bahisle atamasının yapılması yolundaki başvurusunun reddedilmesine dair işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.” D5D, KT, 06.05.2003, E. 2002/1895, K. 2003/1891, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.02.2020).

⁴¹¹ Bu konuda benzer yönde tespitler için bkz. Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 207-208; Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 114-115; Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 8; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 198-200.

a) Karar alınacaksa yere, zamana, konuya vb. durumlara göre kararlar arasında seçim yapma özgürlüğü.

b) Karar alınacaksa kullanılacak yöntem, araç ve gerecin seçimi özgürlüğü⁴¹².

Bu hususlar bir bütün olarak ele alındığında şunu söyleyebiliriz: Yerindelik alanı idari işlemin bazı unsurlarını ve bu unsurlar ile ilgili koşulları kapsayan bir zemindir. Örneğin maddi veya hukuki olayların yorumlanması, değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi idari işlemin unsurlarına ilişkin çevresel koşullar⁴¹³ olmanın yanında bazen idari işlemin sebebi de olabilir. İdare, bir işlem tesis ederken çoğu zaman idari işlemin unsurlarına ilişkin çevresel koşulları göz önünde bulundurur. Nitekim bir okul yapımı için bir kamulaştırma kararı alınmadan önce okulun kiraathane, kafe alkol tüketilen yerlere uzaklığı, ulaşım imkânları, kamu ihtiyacı, kamu yararına uygunluk, mevcut okulların kapasite ve konumu gibi koşullar önem arz eder. Bu koşullar, yerindelik alanı kapsamı dâhilinde idare açısından değerlendirmeye tabi tutulması gereken hususlardır. Bu koşullardan ulaşım imkânlarının kısıtlılığı, mevcut okulların kapasitesinin yetersizliği, kamu ihtiyacı ve kamu yararı ise aynı zamanda tesis edilecek işlemin sebebi de olabilir. Aynı şekilde belli bir yönde karar alıp almama, alınacaksa seçim yapma hususu ise idari işlemin konu unsuru ile ilgili olduğundan yerindelik alanı kapsamındadır. Nitekim okul ihtiyacını karşılamak için okulun yapılıp yapılmaması, yapılacaksa yapılma yeri, zamanı, büyüklüğü gibi hususlar, işlemin konu unsuru ile ilgili olup yerindelik alanı kapsamındadır.

Sonuç olarak idarenin bir konuda ne şekilde hareket etmesi gerektiği ile ilgili herhangi bir hukuk kuralının bulunmadığı hallerde, idare faaliyetlerini yürütürken amaca en uygun ve en isabetli yol veya yöntemi kendisi belirleyecektir. Bu bağlamda yerindelik, yetkili idarenin kamu yararına yönelik, usule ve hukuka uygun olmak şartıyla hukuk normunun öngördüğü veya öngörmediği kişi, yer, zaman, konu ve

⁴¹² Alan, yerindelik alanının aşağıdaki unsurlardan oluştuğunu belirtir:

— *İdareci vakıaları tavsif eder, değerlendirir,*

— *Muayyen bir yönde harekete geçip geçmemeye karar verir. Harekete geçerse, objektif hukukun tayin ettiği konularla sınırlı olmak üzere, alacağı kararın seçimini yapar.*

— *Kararı alma zamanını ve gerekiyorsa yerini tayin eder.* Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 342.

⁴¹³ Atay’a göre, yerindelik, “*işlemi çevreleyen şartlara işlemin uyumlaştırılması etkinliği*”dir. Atay, “İptal Davasının Nitelikleri ve Kararlarının Uygulanması”, s. 16.

diğer hal ve şartlar bakımından en uygun ve yerinde olanı serbestçe belirlemeye yönelik her türlü faaliyet olarak ifade edilebilir. Ayrıca idari faaliyetin yere, zamana, kişiye en uygun olması, aracı kullanmada en elverişli olması, içeriği itibarı ile en isabetli olması, sonuçları itibarı ile en yerinde olması, uygulamada en etkin olması, ihtiyacı gidermede en tatminkâr olması, amaca ulaşmada en kısa ve süratli olması, maliyeti karşılamada en verimli olması, hal ve şartlara uygunlukta en yakışır durması yerindelik kavramı ile ilgilidir⁴¹⁴.

B. “Yerindelik” Kavramının Hukukumıza Girişi

İdare hukuku ve idari yargılama hukuku toplumsal ve siyasal gerçeklerden tam olarak soyutlanamaz. Zira zaman içerisinde beliren politik kavram ve olguların yargılama süreçlerinde yorumlanması ve değerlendirilmesi bir zaruriyettir. Bu da idari yargı mercilerinin “siyasetin hukuki sınırlarını belirlemesi” demektir. Buradan “idari yargının siyasal iktidar ve öteki siyasal güç odaklarının yoğun ilgisinin odaklandığı bir konumda” bulunduğu sonucuna varabiliriz⁴¹⁵. Bu konum, idari yargı ve siyaset ilişkisini canlı tutmakta ve yerindelik tartışmalarına sebep olmaktadır⁴¹⁶. Bu itibarla geçmişten günümüze “yerindelik” kavramının hukukumıza ne amaçla ve

⁴¹⁴ İdare alanında yargı denetimi sadece hukuka aykırılık sorunu ile meşgul olur. Dolayısıyla idarenin yargısal denetimi, idari işlemlerin hukuka aykırılığı sorununa inhisar edip ihtiyaca aykırılığı yönü yargı denetiminin dışında kalır. İdari işlemin ihtiyaca uygun olup olmadığı hususu, yargı denetimine tabi tutulursa idarenin bağımsızlığı kalmaz, bir çeşit hâkimler idaresi kurulmuş olur. Balta, s. 231-232. Esasen idareye takdir yetkisi vermenin sebebi, “idareyi yerindeliği yüksek kararlar alma imkânının sağlanması düşüncesidir. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1069. Ancak aşağıda değinileceği üzere takdir yetkisi alanı yerindelik alanına göre daha geniş alandır.

⁴¹⁵ Ali Ülkü Azrak, “Türkiye’de İdari Yargının Bağımsızlığı”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2008, C. 25, s. 215-216.

⁴¹⁶ İdarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulması, hukukun bertaraf edilmesine sebebiyet verebilir. Yargı mercilerine sınırsız ve orantısız “yerindelik denetimi” yetkisinin tanınması ise yargıçlar yönetimini (jüristokrasi) doğurabilir. Bu iki durum da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu bağlamda hukuka aykırı faaliyetlerin yargı denetimi dışında tutulması ve buna bağlı olarak bunların hukuk âleminde var olmaya devam etmeleri hukuk devleti ilkesi ile uymaz. Bu, aynı zamanda “idari yargı denetiminin yaygınlığı ilkesi”ni de zedeler. Aynı şekilde “idari yargı denetiminin derinliği ilkesi” de hukuk devleti açısından oldukça önemlidir. Ancak idari yargı denetiminin derinliği ilkesi, yargının işleyişi için gerekli olmanın yanında ölçsüz ve sınırsız değildir. Diğer bir söylemle yargı denetiminin işletilmesi için elzem olan ve idari eylem ve işlemlerin denetimi sırasında idari yargı merciine tanınan yetkilerin genişliği mutlak değildir. İdari yargı mercii, bu yetkileri hukuka uygunluk ve yerindelik ayırımına dikkat etmeden veya bu sınırı aşarak kullanırsa erkler arası gerilimlere sebebiyet verebilir. Lord Diplock, “Devlet Yönetiminde Hâkimlerin Rolü”, Çev. Tayfun Akgüner, *İHİD*, Y. 1980, C. 1, S. 2, s. 20.

nasıl dâhil edildiğini daha iyi anlamak için bu kavramın hukukumuzda girişine kısaca bakmakta fayda vardır.

Yerindelik kavramı, hukukumuzda ilk defa 25.12.1981 tarihli ve 2568 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ile Askeri Hakimler Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesi ile mülga 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'na (m. 21/2) girmiştir. Daha sonra bu kavram, 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı Kanun'da (m. 2/2) yer almıştır.

Milli Güvenlik Konseyi görüşmelerinde 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda geçen ve yeni olan “yerindelik” terimi için “isabet”, “maslahata uygun”, “yapılan işin daha uygun olması” gibi ifadeler kullanılmışken⁴¹⁷, İYUK'ta geçen “yerindelik” terimi için ise “ihtiyaca uygunluk”, “maslahata uygunluk”, “oportunité” gibi ifadeler kullanılmıştır⁴¹⁸. Milli Güvenlik Konseyi, görüşmelerdeki açıklamaları yeterli veya gerekli görmemiş olacak ki, “yerindelik denetimi yasağı” kuralını 1982 Anayasası'nın 125. maddesine koymadığı düşünülmektedir. Zira 1602 sayılı Kanun ile İYUK, 1982 Anayasası'ndan önce yürürlüğe girmiştir. 1602 sayılı Kanun ve İYUK'ta yargısal denetime ilişkin getirilen sınırlamalar daha sonra hemen hemen aynı şekilde Anayasa'da da yer almıştır. Ancak 1602 sayılı Kanun ve İYUK'ta “yerindelik denetimi yapılamayacağı” belirtilmiş ise de ilkin 1982 Anayasası'nın konuya ilişkin 125. maddesine “yerindelik denetimi yapılamayacağı” ibaresi eklenmemiştir⁴¹⁹.

⁴¹⁷ TBMM, Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 5, 87. Birleşim, 24.12.1981 Tarihli 1. Oturum, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c005/mgk_01005087.pdf, s. 456-457 (E.T. 21.12.2019).

⁴¹⁸ TBMM, Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 6, 91. Birleşim, 06.01.1982 24.12.1981 Tarihli 1. Oturum, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c006/mgk_01006091.pdf, s. 5-7 (E.T. 21.12.2019). Bu görüşmelerde Şeref Gözübüyük, “yerindelik” kavramını şöyle bir örnekle açıklamaya çalışmıştır: “Şimdi, Çankaya'da bir pazaryerinin seçimi, dava konusu olmaz. Pazarı, falan meydana mı kurmak gerektir, yoksa bir başka meydana mı kurmak gerekir? İdare, tümü ile bunun, aldığı kararın yerindeliğini tespit eder. Okul yapmak için bir kamulaştırma yapılırken, şu araziyi mi kamulaştırmak gerektir, yoksa, falan arsayı mı?.. Buralara yargı girmez; bunu anlatmak için de, işlemin yerindeliği tartışılmaz; bu, idarenin takdirine kalmıştır diye yaygın olarak girmiştir.” TBMM, Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 6, 91. Birleşim, 06.01.1982 24.12.1981 Tarihli 1. Oturum, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c006/mgk_01006091.pdf, s. 5-7 (E.T. 21.12.2019).

⁴¹⁹ “Yerindelik” kavramının muğlaklığından kaynaklı olarak Anayasaya alınmadığı ifade edilmektedir. Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 172.

Her ne kadar 1982 Anayasası'nın 125. maddesinin ilk şeklinde yerindelik denetimi konusuna açıkça değinilmemişse de Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun hazırladığı gerekçede, *“idarenin yargısal denetiminin idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluklarının denetlenmesi ile sınırlı olduğu; dolayısıyla, yargı organının idari işlemin yerindeliğini denetleyemeyeceği belirtilmiştir”*⁴²⁰. Bu bağlamda Danışma Meclisi, yerindelik denetimini hukuka uygunluk denetiminin tersi olarak ele almıştır.

Duran, “yerindelik” kavramının belirsizliği nedeniyle İYUK'ta yer alan “yerindelik denetimi yasağı”nın Anayasa'ya geçirilmediğini belirtmektedir⁴²¹. Bazı yazarlar, yerindelik denetiminin kolayca açıklanabilecek, sınırları çizilebilecek bir kavram olmadığını, takdir yetkisi bakımından getirilen sınırlamanın güdülen amaca ulaşmada zaten yeterli olduğunu, bu nedenle başta Anayasa'da yerindelik kavramına yer verilmediğini ileri sürmüştür⁴²².

1602 sayılı Kanun'un 21. maddesinin 2. fıkrası ve İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa'nın 125. maddesinin ilk haline göre öngörülmeyen bir kısıtlama (yerindelik denetimi yapılamayacağı) getirdiğinden Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmekteydi⁴²³. Bu aykırılık, 2010 yılında Anayasa'nın 125. maddesinde yapılan değişiklik⁴²⁴ ile giderilmiştir. Ancak 1602 sayılı Kanun'un 21. maddesinin 2. fıkrası ve İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasının ilk baştaki halinin Anayasa'ya aykırı olmadığını söyleyebiliriz. Zira kanaatimizce yerindelik denetimi yasağı, mevzuatta açıkça düzenlenmesi gerekmeyen, yargısal denetimin doğasında var olan, hukuka uygunluk denetiminin bir gereği olan bir kuralı ifade eder.

2010 yılında Anayasa'nın 125. maddesinde 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması

⁴²⁰ TBMM, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 7, Yasama Yılı: 1, 120. Birleşim, S. Sayısı: 166'ya 1 inci Ek, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c007/dm_02007120.pdf, s. 95 (E.T. 21.12.2019).

⁴²¹ Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 4. Ayrıca bkz. Akıllıoğlu, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, s. 8; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 172.

⁴²² Yenice, Esin, s. 127.

⁴²³ Ayrıca bkz. Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 28.

⁴²⁴ 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

Hakkında Kanun ile değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile zaten kanunlarımızda (mülga Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, m. 21/2 ve İYUK m. 2/2) var olan “yerindelik denetimi yasağı”, daha sert ve vurgulu bir ifadeyle “*hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.*” şeklinde⁴²⁵, kesin olarak uygulanmak üzere Anayasa’ya eklenmiştir. Bu ifade ile yerindelik denetimi yasağının önemi ve gereği özel olarak pekiştirilmek istenmiştir. Ayrıca Anayasa’daki bu kural, bütün yargı mercilerini kapsayacak şekilde, hiçbir yargı merciinin yerindelik denetimi yapamayacağını açıkça ifade etmektedir.

Öğretide bu konuda şu yönde bir tespit mevcuttur: İYUK’ta idari yargı mercilerinin yerindelik denetimi yapamayacağı yasağı, alenen belirtilmesine rağmen aynı yasağın daha sert bir ifadeyle “*hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.*” şeklinde Anayasa’ya alınması, “*idari yargı denetiminin sınırı konusunda üzerinde durulması gereken önemli bir sorunun varlığını*” göstermektedir⁴²⁶.

Hakymez, bu hükmün getirilmesinin en önemli nedenini, yargı mercilerinin kimi zaman yerindelik denetimi yapması ve böylece idarenin yetkisine açıkça müdahale etmesi olarak belirtmektedir. Ayrıca yazar, Anayasa’ya bu biçimdeki bir hükmün konulması ile sorunun çözülebileceğini beklemenin gerçekçi olmadığını

⁴²⁵ Cümlenin 5982 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hali şöyle idi: “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır.*” 5982 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası’nın 125. maddesinin 4. fıkrasının birinci cümlesi, “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.*” şeklinde değiştirilmiştir. Maddenin gerekçesinde değişikliğin amacını açıklamak üzere şu ifadelere yer verilmiştir: “*125 inci maddenin dördüncü fıkrasında, yargı yetkisinin, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu; yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hükme bağlanmış ve maddenin gerekçesinde “...yargı organının idarî işlemin yerindeliğini denetlemeyeceği...” belirtilmiş olmasına rağmen, uygulamada bu hükme uymayacak şekilde yargı kararlarının verildiği görüldüğünden, bu tür uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla, fıkra da yargı yetkisinin, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Bu ilkenin Anayasada yer almasının yargı pratiğimizden kaynaklandığı ve önleyici işlevi olacağı açıktır. Yerindelik denetimi, yürütme iktidarının negatif kullanımı anlamına gelir.*” TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 4, S. Sayısı: 497, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c066/tbmm23066088ss0497.pdf>, s.13 (E.T. 21.12.2019). Ayrıca bkz. Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 31.

⁴²⁶ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 724.

ifade eder⁴²⁷. Zira her ne kadar değişiklikle “hiçbir surette yerindelik denetimi yapılamayacağı” ifade edilmişse de yine de yerindelik denetimi yasağına uyulmadığı görülmektedir. Örneğin Danıştay, bilirkişi raporunda nazım imar planı revizyonu ile bir yerin pazar alanı olarak ayrılmasında kamu yararı açısından tutarsızlık bulunmadığı belirtildiği halde, aynı bilirkişi raporuyla “*dava konusu işleme alternatif plan önerisini dikkate alıp değerlendirmesi ve işlemin iptali yönünde karar vermesi*” ile yerindelik denetimi yapmıştır⁴²⁸. Bu bağlamda “yerindelik denetimi yapılamayacağı” ifadesi Anayasa’da yer alsa da, uygulamada buna uyulmadığı sürece bu yönde bir düzenlemenin gereksiz olduğu düşüncesine katılmaktayız⁴²⁹.

Görüldüğü üzere tarihi gelişimini verdiğimiz yerindelik denetimi yasağı, her halükârda aynı durumu ifade ettiğinden, gerek Anayasa ve kanunlara koyulmadan önce gerekse sonra, uygulamada bir değişiklik yaratmamıştır⁴³⁰. Kanaatimizce, “yerindelik denetimi yasağı”nın getirilmesinin ana amacının, yargısal denetimde yargı mercilerine temel görevlerinin ne olduğunun tekraren vurgulama isteğidir. Zira yerindelik, yürütmenin geniş yorumlama çabasında olduğu bir kavramdır. İdari yargı mercileri ise genellikle idari rejimin varlığı ve çağdaş hukuk devleti ilkesini dikkate alarak, bu kavramı dar yorumlama eğilimindedir. Ancak burada yargıçlar yönetimini doğuracak bir uygulamanın kabul edilemeyeceğini önemle ifade etmeliyiz. Ayrıca idarenin etkin bir şekilde çalışabilmesinin de zorlaştırılmaması gerektiğini vurgulamakta fayda görmekteyiz.

⁴²⁷ Yusuf Şevki Hakyemez, “2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti”, *GÜHFD*, Y. 2010, C. 14, S. 2, s. 396.

⁴²⁸ DİDDK, KT, 09.03.2012, E. 2008/287, K. 2012/153, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.03.2020).

⁴²⁹ Murat Sevinç, “2010 Anayasa Değişiklikleri Yöntem ve İçerik Eleştirisi”, *AÜSBFD*, C. 65, S. 2, 2010, s. 271-293.

⁴³⁰ Ali Ulusoy, “İdari Yargı”, *İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara 9 Mart 2012, ARCS OFSET Matbaacılık, Ankara Barosu Başkanlığı 2013, s. 34. Hukuk devletinde yasama, yürütme, idare ve yargısal denetimin bir sınırı olduğunu ifade eden Hakyemez’e göre, Anayasa’da bu yönde bir hüküm olmasa bile, “*uygun bir formatta bunun zaten karşılığı yargısal denetimin zımni içeriğinde vardır ve bu husus hakimler tarafından da bilinir.*” Yusuf Şevki Hakyemez, “Yeni Anayasa Çalışmalarında İdari Yargı”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2015 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 89, s. 104.

C. Yerindelik Denetimi

1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması hususu, yargı denetiminin kapsamı ile ilgilidir. Başka bir deyişle Anayasa'nın 125/1 hükmü, yargı merciinin neyi denetleyeceği ile ilgili bir hükümdür. Bunun yanında yargılama faaliyetinin sahip olduğu ilkeler ise Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası⁴³¹ ve İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası ve İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrası, idari işlemlerin denetimine değil de, yargısal denetime sınırlar getirmektedir⁴³². Bu bağlamda yargı mercii, yargılama tekniğinden kaynaklı olarak yerindelik denetimi yapamaz⁴³³.

1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 4. fıkrası ve İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında açıkça yerindelik denetimi yasağından bahsedilmiş ise de yasağın içeriğinden bahsedilmemiştir. Diğer bir ifadeyle bu hükümlerde yerindelik denetiminin ne olduğu, neyin denetlenemeyeceği, yargı denetiminin nasıl gerçekleştirilemeyeceği belirlenmemiştir. Zira yerindelik denetimi, soyut ve belirsiz bir kavramdır.

1. Tanım Olarak Yerindelik Denetimi

İdare, işlemlerini hem hukukilik açısından hem de yerindelik açısından denetlemektedir. Yerindelik denetimi, idari makam gibi düşünme ve değerlendirmede bulunmayı gerektirir. Bu itibarla yerindelik denetimi, ancak yargı dışı denetim mercileri tarafından yapılabilir. Örneğin kamuoyu, hiyerarşik üst amir veya makamlar, kanunlarda düzenlenmesi şartıyla vesayet makamı⁴³⁴, Kamu

⁴³¹ Alan'a göre, Anayasa maddesinin ilgili fıkrası, "idari yargının yetki sınırlarını kısıtlama girişimlerinin başlangıcını teşkil etmesi" bakımından önemlidir. Yazar, söz konusu fıkranın takdir yetkisi içinde alınan idari kararlara karşı açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması kararları ile iptal kararlarına tepki olarak getirildiğini ve idari yargıya uyarı niteliği taşıdığını belirtmektedir. Ancak yazara göre, söz konusu fıkra hükmü, yerindelik denetimini kaldırmakta, takdir yetkisi içinde alınan işlemlerde yargı denetimini kaldırmamaktadır. Ayrıca yazar, bu fıkranın, bilinen bir durumu ifade ettiğini ve yargısal denetim yönünden yeni bir sınırlama getirmediğini söylemektedir. Alan, "İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü", s. 523-524.

⁴³² Yokuş, s. 310.

⁴³³ Oytan, "Türkiye'de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniği Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları", s. 36.

⁴³⁴ Vesayet organlarının yaptığı yerindelik denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. René Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15e édition, Montchrestien, Paris 2001, s. 411 vd.

Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu yerindelik denetimi yapabilir⁴³⁵.

Doktrinde yerindelik denetimi, hukuka uygun olarak alınan idari işlemlerin “doğru siyasi ve idari politikalar ve gerekler gözetilerek yapılmış olup olmadığı” hususunda yapılan inceleme şeklinde ifade edilmektedir⁴³⁶. Yine doktrinde, en basit haliyle yerindelik denetimi, üst birim tarafından alt birimin eylem ve işlemlerinin kamu yararının veya kamusal etkinliğin gereklerine uygun olup olmadığının değerlendirilmesi olarak ifade edilmektedir. Bu doğrultuda yapılan değerlendirmelerin uygun olmadığı sonucuna varıldığında, idari işlem veya eylemin “değiştirilmesi”, “durdurulması” ya da “varlığına son verilmesi”nin gündeme geleceği belirtilmektedir⁴³⁷.

Yerindelik denetimi, bir idari işlemin isabetli ya da yararlı⁴³⁸ veyahut iyi veya süratli olup olmadığına, idari gereklere ve ihtiyaçlara uygun olup olmadığına, yere ve zamana uygun olup olmadığına, sonuçlarının yerinde olup olmadığına, uygulamada en etkin sonucu verip vermediğine karar verilmesidir. Hukuka uygun bir işlemin yapılıp yapılmaması, yapılacaksa ne yönde yapılması gerektiğine dair emir ve talimat niteliğinde yargı kararı verilmesi, yerindelik denetimidir. Yargı merciinin yaptığı yargısal denetimde, hukuka uygunluk denetimini aşarak idarenin yerindelik alanına girmesine yerindelik denetimi denir⁴³⁹.

⁴³⁵ Ancak bazı kanunlarımızda vesayet denetimi kapsamında yerindelik denetimi yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Örneğin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, m. 117/2; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, m. 82/2; 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun, m. 8/8; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, m. 62/1; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, m. 53.

⁴³⁶ Ayaydın, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, s. 547. Gözler’e göre, yerindelik denetimi sorunu, öngörülen tedbirlerin elverişliliği ve etkililiği ile ilgili bir sorun olup bu sorun çoğunlukla teknik ve mali konularla alakalıdır. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 299.

⁴³⁷ Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 15.

⁴³⁸ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Gül Üstün, Okay Tekinsoy, s. 725; Yıldırım, *İdari Yargı*, s. 128.

⁴³⁹ Bu tür bir denetim, yargı mercii için yasak alanı oluşturur. Benzer yönde bkz. Bünyamin Çitil, “Türk İdari Yargı Sisteminde Yerindelik Denetimi Yasağı ve Vergi Uyuşmazlıklarındaki Yansımaları”, *AD*, Y. 2018, S. 60, Ankara 2018, s. 65. Danıştay, idarenin bir faaliyette bulunması gereken hususlarda emir ve talimat niteliğinde karar verilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. D7D, KT, 25.01.2007, E. 2006/1873, K. 2007/138, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 07.06.2020).

Anayasa'nın 125. maddesinin gerekçesinde yerindelik denetimi, “yürütme iktidarının negatif kullanımı” olarak ifade edilmiştir⁴⁴⁰. Yürütme iktidarının pozitif kullanımı, yürütmenin iktidarını asıl olarak “*Anayasa, kanun ve Cumhurbaşkanı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslar*”a uygun olarak kullanması demektir. Başka bir deyişle yürütme iktidarının pozitif kullanımı, yürütme iktidarının kapsadığı alan ve bu alandaki kullanım şeklidir ki yürütme görev ve yetkisi “*Anayasa, kanun ve Cumhurbaşkanı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak*” kullanılmalıdır. Yürütme iktidarının negatif kullanımı ise, “yürütme görev ve yetkisinin *Anayasa, kanun ve Cumhurbaşkanı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslar*”a uygun olarak yerine getirilmesinin denetimi dışında, yerindelik denetimi niteliğinde bir denetim yapılarak idari işlemin iptal edilmesidir. Bu bağlamda yargı mercii, ancak yürütme görev ve yetkisinin “*Anayasa, kanun ve Cumhurbaşkanı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak*” yerine getirilip getirilmediğini denetleyebilir. Bu denetim hukuka uygunluk denetimi, aksi durum ise yerindelik denetimi olarak ifade edilmektedir⁴⁴¹.

2. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Bir Gereği Olarak Yerindelik Denetiminin Yasak Olması

1982 Anayasası, 7., 8. ve 9. maddelerinde erkler ayrılığı ilkesini benimsemiştir⁴⁴². Bu bağlamda yürütme yetkileri ve yargı denetimine, Anayasa ile sınırlar çizilmiştir. Zira idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık tutulması, ne kadar önemli ise, yargı denetiminin idarenin işlevini gereği gibi yerine getirmesine engel olmaması da o kadar önemlidir. Bu itibarla 1982 Anayasası'nın “Yargı yolu” başlıklı 125. maddesinin 4. fıkrasında yargı yetkisinin tabi olacağı

⁴⁴⁰ TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 4, S. Sayısı: 497, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c066/tbmm23066088ss0497.pdf>, s. 13 (E.T. 07.06.2020).

⁴⁴¹ Bu konuda bkz. DİDDK, KT, 09.03.2012, E. 2008/287, K. 2012/153, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 07.06.2020).

⁴⁴² Ayanaya'nın 7. maddesine göre; “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*” Ayanaya'nın 8. maddesine göre; “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*” Ayanaya'nın 9. maddesine göre; “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*” Kuvvetler ayrılığı hakkında detaylı bilgi için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, “Tarihi Gelişim İçinde ve Özellikle Montesquieu’de Kuvvetler Ayrılığı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1995, s. 43-60.

sınırlar belirtilmiştir. Burada idari yargı mercileri için hukuka uygunluk denetimi yapılması temel kuralı ve yerindelik denetimi yasağı öngörülmüştür.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak yasama, yürütme ve yargının yetki alanları Anayasa kurallarıyla açıkça belirlenmiştir. Bu itibarla yargı ile idare, devletin farklı işlevleri olduğundan bunun doğal sonucu olarak idari yargı denetimi, idarenin görev alanına müdahalede bulunamaz⁴⁴³.

Açıkçası idare etmek ile yargılamak farklı kavramlardır. İdare, hukuk kuralında öngörüleni bazen hukuki gereklere bazen de idari gereklere göre yapar. Yargı mercii ise, idari faaliyetlerin hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını denetler. İşte idarenin yaptığı idare etme, yargının yaptığı ise yargılama faaliyetidir. Aslında idarenin de yargılamaya benzer bir biçimde kendini denetlediği ve yargıladığı görülmektedir. Bu bağlamda “*yargılamak da aslında idare etmektir*” denilebilir⁴⁴⁴. Ancak idarenin kendi kendisini denetlemesi ve yargılaması, “yargılama faaliyeti” kapsamında değil de, idari faaliyet kapsamında yapılan bir kontroldür.

Anayasal ve yasal düzenlemelere göre idari yargı hâkimleri, hem bağımsız hem de tarafsızdırlar. Bu itibarla hâkimlerin görevi, kişisel olarak idarenin politikalarını beğenip beğenmemek değil de, idarenin faaliyetlerini hukuka uygunluk açısından denetlemektir. Bu bakımdan yargı mercii, idarenin “idare etme” görev ve yetkisine karışmadığı ve bunu engellemediği veya ortadan kaldırmadığı sürece idari faaliyetleri denetleyebilir. Yargı merciinin idari işleve karışması ise, yargının kendini idarenin yerine koyup onun gibi davranması ve onun yerine karar vermesi anlamına gelmektedir. Bu durum, yerindelik denetimi olup kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali oluşturmaktadır⁴⁴⁵. Ayrıca idari yargı merciinin, yerindelik denetimi yapması, fonksiyon gaspıdır⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği”, s. 6- 7.

⁴⁴⁴ Pacteau, s. 599; Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, s. 66 vd.; Karahanoğulları, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, s. 17.

⁴⁴⁵ Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 14. Danıştaya göre, idari işlemler üzerindeki yargısal denetim, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıyla sınırlı olup, yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarında gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez. Aksi durum, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturur. D12D, KT, 07.11.2016, E. 2016/8969, K. 2016/4898,

Ancak burada şu hususa değinmekte fayda mülahaza ediyoruz. Yerindelik, idari işlemin tamamına değil de, bir kısmına ait olabilir. Diğer bir söylemle bir işlemi tümüyle kategorik olarak yerindelik kapsamında veya dışında tutamayız. Bu itibarla işlemin yetki ve şekil gibi bazı unsurları, yerindelik dışında olup yargısal denetime tabidir⁴⁴⁷. Ayrıca açık hata ve keyfilik hallerinde, yerindelikten değil, kanunsuzluk

<http://www.danistay.gov.tr> (E.T. 01.02.2020). Ayrıca bkz. D13D, KT, 17.03.2017, E. 2013/3793, K. 2017/690; D17D, KT, 18.02.2016, E. 2015/12079, K. 2016/1040; D5D, KT, 12.05.2010, E. 2008/4162, K. 2010/3090; D8D, KT, 15.11.1999, E. 1998/1881, K. 1999/6161; D8D, KT, 30.05.1997, E. 1996/2550, K. 1997/1937; D5D, KT, 20.10.1993, E. 1993/4248, K. 1993/3874, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 01.02.2020).

⁴⁴⁶Ayaydın, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, s. 547-548. Ayrıca bkz. Adnan Küçük, “Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi”, TAAD, Y. 8, S. 31, Ankara 2017, s. 287.

⁴⁴⁷ Yerindelik alanında yargısal denetimin söz konusu olup olamayacağı konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Kimi yazarlarca yerindelik alanında yargısal denetimin yapılamayacağı düşüncesi hâkimdir. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 215 vd.; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 734; Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 38; Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 38-45; Oytan, “Türkiye’de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniği Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 34. Aksi görüşteki yazarlar ise yerindelik alanının yargısal denetime tabi olduğunu belirtmektedir. Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 182 vd.; Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 83; Özay, “İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, s. 309. Oytan, yerindeliği takdir yetkisi ile ilişkili olarak ele alır. Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 38. Ayrıca bkz. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 215. Oytan, takdir yetkisini yargının denetim ağırlığına göre üçe ayırmaktadır. Yazara göre takdir yetkisi, asgari denetime tâbi olan işlemlerle ilgili takdir yetkisi, normal denetime bağlı tutulan işlemlerle ilgili takdir yetkisi ve mutlak takdir yetkisi (yerindelik) olmak üzere üç bölümden oluşur. Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 46. Yazar, “mutlak takdir yetkisini” yerindelik denetimi yasağının içerisine almaktadır. Yazara göre, mutlak takdir yetkisi üzerinde yargı mercii denetim yapamaz. Oytan, “Türkiye’de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniği Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 34; Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 45. Bu bakımdan mutlak takdir yetkisinde yerindelik denetimi yasağı, mutlak olup istisna içermez. Karahanoğulları, yerindelik alanının tümüyle yargı denetimi dışında tutulamayacağını belirtir. Buna göre, yetki, yasak konu, metot ve şekil kuralları gibi hususlar yargılama dışında tutulamaz. Ancak idarenin kullandığı tekniğin yargılama dışında tutulması gerekir. Yazar, diğer hukuk öznelerinin haklarını ve anayasal kabul gören temel hak ve hürriyetleri ilgilendirmeyen hususlarda, idarenin teknik değerlendirmesine tabi işlemlerin, yerindelik alanına girdiğini ve yargı denetimi kapsamı dışında tutulduğunu belirtir. Karahanoğulları, “İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 59; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 179. Ancak yazara göre, teknik değerlendirme, haklarla ve anayasal ilkelerle çatışma durumundaysa, bunun yargısal denetimi yapılabilir. Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 182 vd. Karatepe, hem yerindeliğin tamamen yargılama dışı tutulamayacağını hem de yerindelik alanının tamamen yargı denetimine tabi tutulamayacağını belirtir. Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 83. Özay, yerindelik denetimi hakkında yaygın bir yasaklamanın hukuk devletinin temel gereklerinden biri olan yargısal denetimin günümüzdeki anlam ve kapsamı ile uyuşmadığını ifade eder. Özay, “İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, s. 309.

halinden bahsedilir⁴⁴⁸. Ancak yargı mercii, işlemin yerindelik kapsamına giren sebep ve konu unsurlarında denetim yapıp idarenin iradesine müdahale edemez. Bu bağlamda yargı mercii, idarenin iradesini kaldıracak şekilde, tercihin şu yönde kullanılması gerektiği veya şu tercihin daha uygun olacağı veyahut idari işlemin isabetsizliği hususunda karar veremez. Bu hususlarda yapılacak bir yargısal denetim, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturur.

3. Yerindelik Denetimi Yasağının Şartları

1982 Anayasası'nın 125. maddesine göre, idarenin bütün eylem ve işlemleri, yargısal denetime tabidir. Bu bağlamda yerindelik alanı içerisinde de tesis edilen işlemlerin de belli ölçüde denetlenmesi gerekir ki bu denetim hukuka uygunluk denetimidir⁴⁴⁹. Bu itibarla yargı merciine yasak olan yerindelik denetiminden önce, hukuka uygunluk denetimi yapılır. Yargı merciinin yaptığı denetimin yerindelik denetimi olarak kabul edilebilmesi ise, birtakım şartlara bağlıdır. Bunun için öncelikle *“idarenin yerindelik alanı dâhilinde tesis ettiği bir işlemin varlığı”* gerekir. İkinci olarak bu *“işlemin hukuka uygun olması”* gerekir. Üçüncü olarak da *“hukuka uygunluk denetimi sınırının aşılması”* gerekir.

a) İdarenin Yerindelik Alanı Dâhilinde Tesis Ettiği Bir İşlemin Varlığı

Yerindelik denetiminden bahsedebilmek için öncelikle yerindelik alanı kapsamında tesis edilmiş bir işlemin varlığı gerekir. Hukuk kuralında örtülü veya açık bir şekilde yerindelik alanı dâhilinde idareye idari işlem tesis etme olanağı verilebilir. Bu itibarla hukuk kuralında idarenin hangi yer ve zamanda veya konuda bir idari işlem tesis etmesi gerektiği yönünde bir belirleme ya da bağlayıcılık yoksa,

⁴⁴⁸ Yenice, Esin, s. 137. Memiş'e göre yargısal denetim dışında tutulan “yerindelik alanı”nda yapılan açık/belirli hatalar hukuki alana dâhil edilerek denetlenir. Emin Memiş, “İdari Yargısal Korunma Alanı ve Sınırları Bağlamında Gözlemler”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2008, Danıştay Matbaası, DTYBY, No: 77, Ankara 2009, s. 63.

⁴⁴⁹ “Yargı yerince idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin bağlı yetki ya da takdir yetkisi içinde alınan işlemler arasında bir ayırım yapılmaksızın işlemin beş unsuru üzerinde yürütüleceği belirtilen 2. maddede açıkça ifade edilmiştir. Bu unsurlar sırasıyla yetki şekil, sebep, konu ve maksat unsurları olup, maksat unsuru yönünden denetimin içinde ise idarenin takdir yetkisi içinde yer alan hususlarda kamu yararı, hizmetin gerekleri yönünden yasanın aradığı amaca uygun ilkelerle hareket edilip edilmediği hususu yer almaktadır. Bütün bu unsurlar açısından hukuka uygunluk denetimi yapıldıktan ve işlem hukuka uygun görüldükten sonra, idari yargının denetim alanı dışında bırakılan husus, yerindelik alanına ilişkin olup ...” D5D, KT, 23.10.1986, E. 1985/596, K. 1986/1084 naklen Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 7-8.

“örtülü”; bir ölçüde serbestlik belirten ifadelerin öngörölmüş olduğu durumlarda ise, “açık” bir yerindelik alanından bahsedilir⁴⁵⁰. Bu bağlamda daha önce yerindelik alanı ile ilgili olarak ifade ettiğimiz açıklamalara ek olarak bu başlık altında birkaç hususa değinmekte fayda görüyoruz.

İdarenin nesnel (objektif) olarak değerdendirilebilecek nitelikte işlemleri olabileceğı gibi nesnel değerdendirmeye olanak vermeyen işleyiş zorunlulukları ile ilgili işlemleri de olabilir. Örneğın idare tarafından nesnel kriterler esas alınarak memurların maaşı veya yazı özlük işleri ile ilgili işlemler yapılabilir. Yine test usulü ile yapılan sınavlar, objektif değerdendirmeye tabi tutulabilir.

İdarenin objektif değerdendirmeye olanak vermeyen işleyiş zorunlulukları ile ilgili işlemleri ise yerindelik ile ilgilidir⁴⁵¹. Örneğın “sözlü sınavın doğası gereğı, ilgilinin sınav sırasındaki performansının değerdendirilmesi söz konusudur. Ses, görüntü kaydı ya da detaylı tutanak tutulmadıktan sonra, ilgilinin sözlü sınav performansının sonradan değerdendirilmesinin yapılamayacağı, bilirkişi incelemesine de konu edilemeyeceğı açıktır.”⁴⁵² Ya da özel yetenek sınavlarında “verilen ve ortaya konulan yanıtlarda matematiksel bir kesinlik söz konusu değildir. Esasen bu sınavlarda bir soru-yanıt anahtarı olmadığı gibi böyle bir şeyin bulunmasına da olanak yoktur. Bu sınav türü öğrenci alacak eğitim kurumunun özelliğinden doğmaktadır ve sanatta herkes için geçerli bir değerdendirme olmadığı için bilirkişi incelemesi yapılması da söz konusu olamaz.”⁴⁵³ Bu bağlamda verilen yetkiye dayanılarak tesis edilen bir işlemde hukuka aykırılık, tam olarak somut ve

⁴⁵⁰ Ayaydın, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğı İşlevler ve Tabi Olduğı Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerdendirmeler”, s. 549.

⁴⁵¹ Danıştaya göre, yerindelik denetiminden bahsedilebilmesi için, “bir işlemin idarenin objektif değerdendirmeye olanak vermeyen işleyiş zorunlulukları ile ilgili” veya “hukuk sınırları içerisindeki seçeneklerden birine karşılanması” gibi bir hususun mevzubahis olması gerekir. D13D, KT, 17.03.2017, E. 2013/3739, K. 2017/690, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.02.2020). Ayrıca bkz. D8D, KT, 24.9.1987, E. 1986/683, K. 1987/371 naklen Akıllıoğlu, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliğı”, s. 9. Akıllıoğlu, bu tanımdaki yaklaşımın benimsenmesi halinde “tadır ve yerindelik alanları ayrımı yapılması”nı ve takdirin “hukuk kurallarının yönetime tanıdığı serbest alan”, yerindelığın de “hukuk kuralları ile düzenlenmediğı için denetlenemeyen alan” olarak kabulü anlamına geldiğini, “böyle bir alanın kabulü yönetimin bütün davranışlarının hukuk kuralları ile açıklanması ilkesiyle çeliştiğı”nden bahisle yerindelığın reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Akıllıoğlu, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliğı”, s. 9-10.

⁴⁵² D8D, KT, 20.09.2004, E. 2004/341, K. 2004/3332, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 31.01.2020).

⁴⁵³ D8D, KT, 10.04.1991, E. 1991/2, K. 1991/744, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 31.01.2020).

nesnel bir şekilde ortaya konulamıyorsa yapılacak denetim yerindelik denetimi olacaktır⁴⁵⁴.

b) İdarenin İşleminin Hukuka Uygun Olması

Yerindelik denetimi yasağından söz edilebilmesi için gerçekleşmesi gereken ikinci bir şart, yerindelik alanında tesis edilen idari işlemin hukuka uygun olması gerektiğidir.

Ayaydın, yerindelik denetimi yasağının söz konusu olabilmesi için, öncelikle, idari işlemin hukuka uygun olması gerektiğini belirtir⁴⁵⁵. Zira özellikle hukuka aykırı idari işlemler için yerindelik denetimi değil, hukuka uygunluk denetimi yapılır ve hukuka aykırılığın tespiti halinde denetim konusu işlemin iptaline karar verilir.

Hem idare açısından hem de idari yargı mercii açısından gözetilmesi gereken ilk husus, idari işlem ve eylemin hukuka uygun olup olmadığıdır. İdare, tüm idari işlemlerin öncelikle hukuka uygunluğunu, akabinde ise gerek duyarsa yerindeliğini gözetir. Bu bağlamda yerindelik, hukukiliğe tabidir⁴⁵⁶.

İdari işlemin sebep ve konu unsuru, yerindeliği doğuran takdir ile ilgili iken; yetki, şekil ve amaç unsurlarının yerindelik ile alakasının olmadığını söyleyebiliriz. Bu itibarla idari işlemin yetki, şekil ve amaç unsurunda herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu ise, işlem hukuka aykırı olur ve iptali gerekir. Bu durumda idari işlemin sebep ve konu unsurunun yerindelik ile ilgili olup olmadığının bir önemi yoktur⁴⁵⁷. Bu

⁴⁵⁴Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 740.

⁴⁵⁵ Ayaydın, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, s. 549.

⁴⁵⁶ Benzer yönde bkz. Ayaydın, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, s. 549.

⁴⁵⁷ Danıştayın bir kararında yetki yönünden hukuka aykırı olan bir işemi sebep ve konu unsurları yönünden değerlendirdiği görülmektedir. Örnek karara konu olayda Milli Eğitim Bakanlığının “ikamet ettiği veya işyerinin bulunduğu yerlerde sürücü kursu olanların başka il ve ilçelerdeki sürücü kurslarına devam edemeyecekleri” yolundaki genelgenin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, bu genelgenin yasal dayanağının bulunmadığını tespit etmiştir. Danıştay, bu tespit üzerine iptal kararı vermesi gerekirken, yetkisi olmadığı halde idareye yol göstermek amacıyla işlemin sebep ve konu unsurlarında değerlendirmede bulunmuştur. “Hernekadar hizmetin daha etkili, verimli ve her türlü olumsuzluktan etkilenmeden yürütülmesi, hatalı uygulamaların önlenmesi amacıyla dava konusu genelge çıkarılmışsa da; bu genelgenin yasal dayanağı bulunmadığı gibi günümüz koşulları ve ulaşım kolaylığı karşısında, bir başka yerdeki sürücü kurslarına gitmenin hizmeti aksatacağı, verimsizleştireceği, hatalı uygulamalara yol açacağı söylenemez. Çünkü bu kurslara devam zorunludur. Derslere devamsızlığı olanların sınavlara alınmaları ise olanaksızdır. Kaldiki kişilerin

itibarla ister takdir yetkisi ister yerindelik alanı dâhilinde olsun, idarece tesis edilen bir işlem, yetki, şekil ve amaç unsurları bakımından yargı mercii tarafından hukuka uygunluk denetimine tabi tutulur. Başka bir söylemle idarece tesis edilen idari işlem, idarenin takdir yetkisi veya yerindelik alanı içinde olsun veya olmasın, hukuka aykırı ise hukuka uygunluk denetimi sınırları içerisinde kalıyor kabul edilecek ve buna göre denetleneyecektir. Örneğin özel yetenek sınavı, her ne kadar idarenin yerindelik alanı içerisinde ise de özel yetenek sınavını yapan kişinin aralarındaki husumet dolayısıyla sınava katılan yarışmacıyı başarısız bulması, işlemi amaç unsuru bakımından hukuka aykırı kılar. Bu işleme karşı açılan davada bir tarafın iddiası üzerine başarısız sayılmanın husumetten ileri geldiği açık ise mahkemenin dava konusu işlemi idarenin yerindelik alanına giriyor diye denetlememesi söz konusu olamaz. Bu durumda mahkeme, hukukilik denetimi yaparak işlemi iptal etmelidir. Ayrıca yerindelik alanı dâhilinde idarenin yaptığı açık, belirgin ve göze batan hatalar hukukilik alanında varsayılarak denetlenmelidir⁴⁵⁸.

Yerindelik denetimi yasağı, hukuka aykırı idari işlemler için uygulanamaz. Başka bir deyişle hukuka aykırı bir işlemin yargı merciiince yerindeliğinin tartışılması ve üstelik “yerindedir” denilip davanın reddedilmesi durumunda, yargı mercii, asıl fonksiyonunu terk etmiş, artık idari bir organ olarak faaliyette bulunmuş demektir. Ayrıca böyle bir durum hukuka aykırı bir idari işlemin denetlenmemesine de yol açar.

Sonuç olarak hukuka uygun olan bir idari işlem ve eylemin yerindeliği söz konusu olabilir. Hukuk âleminde hukuka aykırı bir işlemin “yerindedir” diye varlığını devam ettirmesi düşünülemez. Zira hukuka aykırı bir işlem, “daha yerindedir” diye hukuk kurallarını bertaraf etme yetkisi veremez. Bu itibarla

*bulundukları yerden başka yerlerdeki kurslara gitmeleri durumunda olabileceği öne sürülen usulsüzlüklerin dava konusu genelgede öngörülen şekildeki sürücü kursları içinde söz konusudur. Ayrıca sürücü kursları yasa gereği Milli Eğitim Bakanlığının denetim ve gözetiminde olduklarına göre olması muhtemel bu usulsüzlüklerin, idarenin denetim ve gözetim görevini gereği gibi yerine getirmesiyle önlenebileceği tabiidir. Sonuç olarak kişinin istediği yerde sürücü kursuna katılma özgürlüğünü engelleyen dava konusu düzenlemeye hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” D8D, KT, 22.12.1997, E. 1995/1239, K. 1997/4107, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 31.01.2020). Ayrıca bkz. Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 214-215.*

⁴⁵⁸ Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 54; Daştan, s. 327.

yerindelik denetimi yasağı, kural olarak sadece hukuka uygun idari işlem ve eylemler için geçerli olabilir.

c) Hukuka Uygunluk Denetimi Sınırının Aşılması

Yerindelik denetimi yasağı, hukukilik denetimini aşan bir denetimi engellemek amacıyla öngörülmüştür. Bu bakımdan idari işlemlere (bireysel işlemler ya da düzenleyici işlemlere) yönelik yargı denetimi, bu işlemlerin Anayasa ve hukukun genel ilkelerine, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik hükümleri ile yargısal içtihatlarla uygun olup olmadığının denetlenmesidir. Aksi durumda, hukuka uygunluk denetimi aşılarak yerindelik denetimi yapılmış olacaktır.

Yukarıda da değinildiği üzere hukuka uygunluk denetimi, mutlak bir şekilde ve koşulsuz olarak yerindelik denetiminin önünde yer alır. Ayrıca yargı merciinin yaptığı denetim, hukuka uygunluk denetimi değilse, yerindelik denetimidir denebilir⁴⁵⁹. Bu itibarla idari yargı mercii, hukuka uygunluk denetimi ile yetinilmelidir. İdari yargı mercii, hukuka uygunluk denetimi yaptıktan ve idari işlemi hukuka uygun gördükten sonra davanın reddi yönünde değil de, “yerinde değil” diye idari işlemin iptali yönünde verdiği karar, yerindelik denetimi yasağına dâhil olur⁴⁶⁰.

Yerindelik alanının veya takdir yetkisinin söz konusu olmadığı hallerde, idarenin bir idari karar alması üzerine yargı merciinin idarenin yerine geçerek karar vermesi, “yerindelik denetimi”dir. Bu durum, aynı zamanda bir çeşit fonksiyon

⁴⁵⁹ Zira “takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilmesi”, “idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi” ve “yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun şekilde yerine getirilmesinin kısıtlanması” hususlarının yerindelik denetimi ile ilgili oldukları, yerindelik denetimi yapılamayacağını doğruladıkları ve yineledikleri açıktır. Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 59. Yargı merciinin idareye emir ve talimat vermesi, idareyi yetkisini belli bir kişi, yer, zaman veya yönde kullanmaya zorlaması, idarenin yerine geçerek işlem tesis etmesi ve idare gibi ya da idareci gibi davranması durumlarında hukuka uygunluk denetimi aşılarak yerindelik denetimi yapılmış olur. Oytan’a göre, “İşte yargıç, takdir yetkisinin bu kısmına müdahale ettiği anda Anayasa koyucunun istemediği davranışı göstermiş olur. Yâni hukuka uygunluk denetimi alanını aşmış, yerindelik kısmına geçmiş, idari işlem niteliğinde yargı kararı vermiş; idarenin takdir yetkisini tamamen ortadan kaldırmış olur.” Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 45. Ayrıca bkz. Yaşar, s. 48.

⁴⁶⁰ Atay’a göre, yargı tarafından yapılan denetime “hukuka uygunluk denetimi”, bunun dışındakilere ise “yerindelik denetimi” denir. Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 13. Kanaatimizce yargı dışındaki denetimin her zaman yerindelik denetimi olduğunu söylemek doğru değildir. Zira vesayet denetiminde de kural olarak yerindelik yasağı söz konusudur. Ayrıca hiyerarşik denetimde de hukukilik denetimi yapılmaktadır.

gaspıdır. Örneğin bağlı yetki halinde idarenin hangi sebebe dayanarak ne yönde işlem tesis edeceği mevzuatta açıkça belli olduğundan yargı merciinin idarenin yerine geçerek farklı yönde bir karar vermesi durumunda fonksiyon gaspı söz konusu olur⁴⁶¹.

Aynı şekilde yargı merciinin idarenin hukuka aykırı işlemini yerindelik açısından denetleyip idare ile aynı yönde karar vermesi halinde “yerindelik denetimi” söz konusu olur. Yine idarenin takdir yetkisine sahip olduğu hallerde tesis ettiği işlemi yargı mercii, yerindelik açısından denetleyip idare ile aynı yönde, yani davanın reddine karar verebilir ki, bu durumda da “yerindelik denetimi” söz konusu olur⁴⁶².

Danıştay, yerindelik konusunda temel, genel geçer kriterler belirlemektense, her olaya farklı yaklaşmış, her olayın özgünlüğü ve farklılığını dikkate alarak kararlar vermiştir. Fakat kanaatimizce Danıştayın kimi zaman “yerindelik denetimi” dediği, ama “yerindelik denetimi” olarak değerlendirilemeyecek; kimi zaman “yerindelik denetimi değil” dediği, ama yerindelik denetimi olarak değerlendirilebilecek kararları da söz konusudur⁴⁶³.

Danıştayın, bazı kararlarında da idare lehine yerindelik denetimi yaptığı görülmektedir. Zira Danıştay, kimi kararlarında “üst norma aykırı hüküm içermemek” şartıyla idarenin yerinde olan düzenleyici işlemler yapılabileceğini ve bu durumun hukuka uygun olacağını belirtmiştir⁴⁶⁴. Danıştaya göre, “*idareler ... yönetmelik çıkarabilecekleri gibi, kamu hizmetinin daha etkin ve verimli yürütülmesi amacıyla yönetmeliklerde değişiklikler de yapabilirler. Yönetmeliklerin Anayasa, Yasa, Tüzük ve hukukun genel ilkelerine aykırı hükümler içermemesi ve öngörülen*

⁴⁶¹ Bunun, sebep ikamesinin bir çeşidi veya istisnası olmadığını belirtmekte fayda vardır. Zira sebep ikamesi müessesesinde işlemin sebebi değiştirildiğinden yerindelik denetimi yapılmadığı gibi idarenin yerine geçilip karar verme de söz konusu değildir. Sebeb ikamesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, “İdarî Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebeb İkame Yetkisi”, *DD*, Y. 2016, S. 141, s. 9-39.

⁴⁶² Karahanoğulları, söz konusu durumu “idare lehine yerindelik denetimi” olarak nitelemektedir. Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 645-650.

⁴⁶³ Bu konuda bkz. DİDDK, KT, 09.03.2012, E. 2008/287, K. 2012/153, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.03.2020).

⁴⁶⁴ Bu konuda detaylı bilgi için ayrıca bkz. K. Burak Öztürk, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 156-157.

şekil şartına uyularak çıkarılması dışında; söz konusu düzenleme yetkisinin kullanılmasına kamu hukuku yönünden herhangi bir engel bulunmadığı açıktır.”⁴⁶⁵

Buradan hareketle Danıştaya göre idare, yasal dayanağı açıkça olmasa da kanuna uygun olmak şartıyla “kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun” düzenlemeler yapabilir⁴⁶⁶.

Sonuç olarak yerindelik denetimi yasağından kasıt, idarenin takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği hukuka uygun işlemin yargı merciince iptal edilerek farklı yönde karar verilmesini engellemektir. Bu itibarla yargı mercii, hukuka uygun veya hukuka aykırı bir idari işlemi yerindelik açısından denetleyip bir karar veremez. Başka bir deyişle yargı mercii, hukuka uygun bir idari işlemi hukuka uygunluk denetimini aşarak yerindelik açısından denetleyip iptal kararı veremeyeceği gibi⁴⁶⁷, hukuka aykırı bir idari işlemi de hukuka uygunluk açısından değil de, yerindelik açısından denetleyip iptal isteminin reddine karar veremez.

III. İDARENİN YERİNE GEÇEREK İŞLEM TESİS ETME YASAĞI

Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, yargı ve yürütme birbirinden farklı ve ayrı olup, birbirinin yerine geçip işlem tesis edemez. Başka bir deyişle idare, idari yargı mercii yerine geçip idari uyuşmazlıkları çözemez. Aynı şekilde idari yargı mercii de yaptığı denetim sonucunda idari işlemin hukuka aykırı olduğu kanaatine varsa bile yapabileceği iptal kararı vermekten ibarettir. Bundan başka yargı mercii, idari işlemi değiştiremez. Örneğin yargı mercii bir yere naklen tayin isteyen kişinin tayin talebinin reddi işlemini iptal ettikten sonra kişinin ilgili yere tayinine karar veremez; hukuka aykırı bir şekilde görevden alınma işlemini iptal edip ilgili kişiyi görevine atayamaz; hukuka aykırı şekilde verilen disiplin cezasını iptal ettikten sonra yeni bir disiplin işlemi tesis edemez. Bu bağlamda idare ve yargının birbirinden ayrılığı ve

⁴⁶⁵ D5D, KT, 10.11.2005, E. 2002/3255, K. 2005/5075, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.03.2020). Ayrıca bkz. D5D, KT, 13.05.1998, E. 1997/1129, K. 1998/1411, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.03.2020).

⁴⁶⁶ Sivil havacılık hizmetlerinin yürütülmesi konusunda yetkili bulunduğu anlaşılan Ulaştırma Bakanlığınca günün değişen koşullarına uygun olarak yönetmelik çıkarılmasında kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığı hakkında bkz. D10D, KT, 26.05.1998, E. 1998/2169, K. 1998/2234, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.03.2020).

⁴⁶⁷ Yukarıda değinildiği üzere Ayaydın, yerindelik denetimi yasağından bahsedilebilmesi için, önce, idari faaliyetin hukuka uygun olması gerektiğini belirtir. Ayaydın, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, s. 549.

bağımsızlığı prensibi söz konusu olup, bu prensip herhangi bir yazılı metinde öngörülmesi gerekmeyen bir prensiptir⁴⁶⁸.

İdari yargı kararı, her ne kadar bazen idari işlem tesis edilmesi ile aynı sonucu doğursa da tesis edilen bir idari işlem değil, yargı kararıdır. Başka bir deyişle örneğin yargı merciince verilen iptal kararı ve idarece alınan geri alma işlemi, kamu gücüne dayalı olarak tesis edilen ve geriye dönük sonuç doğuran işlemidir. Fakat biri yargı kararı iken, diğeri idari işlemdir⁴⁶⁹.

İdari yargı merciinin kararı üzerine yeni bir işlem tesis edecek olan yargı mercii değil, idaredir. Ancak bazı yargı mercii kararları, hukuka uygun işlemi veya hukuka yapılması gerekeni ortaya koyar ve idarece tesis edilen idari işlemin hukuka aykırılığını buna dayalı olarak belirtir. Bu durumda yargı mercii kararında belirtilen “hukuka uygun işlem” idare tarafından aynen kabul edilir ki, bu durum yargı merciinin, idari işlem niteliğinde karar verdiği izlenimini doğurur⁴⁷⁰. Örneğin hatalı soru sorulduğu için puanı olması gerekenden daha az hesaplanan kişinin sınav sonucuna karşı dava açılması üzerine hatalı sorulardan dolayı sınav sonucu hakkında iptal kararı verildiğinde, kararda kişinin gerçek puanı da belirtilir. İdare de yargı kararında belirtilen notu aynen kabul eder ve kişinin sınav sonucu olarak belirler⁴⁷¹. Burada yargı merciinin kararı bir idari işlem değil, yargı kararıdır. İdari yargı mercii, idarece tesis edilen idari işlemin hukuka aykırılığını ancak hukuka uygun işlemi belirlemekle ortaya koyabilir. Bu durumda idari yargı mercii, idari işlem niteliğinde yargı kararı vermemiş, idarece tesis edilen idari işlemin hukuka aykırılığını ortaya koymuş ve hukuka uygun işlemi tespit etmiştir. Hukuka uygun işlemin tespitini ve hukuka yapılması gerekeni ortaya koymak ise, olması gereken hukuku belirtmekten ibarettir; idarenin yerine geçip idari işlem niteliğinde karar vermek demek değildir. Aynı şekilde zımni ret işleminin iptali talebiyle açılan davada verilen iptal kararı

⁴⁶⁸ Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, s. 75.

⁴⁶⁹ Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, AÜHFY, No: 281, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 69-75; Onur Karahanoğulları, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, *Prof. Dr. Gözübüyük’e Armağan*, Ankara 2005, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/idariislemniteligindeyargikararlari.htm> (E.T. 26.03.2020).

⁴⁷⁰ Benzer yönde bkz. Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 153-154.

⁴⁷¹ Test sınavlarında kararda belirtilen puanın verilme zorunluluğu söz konusudur. Diğer sınavlar açısından ise kararda belirtilen puanın verilme zorunluluğunun olmadığı kanaatindeyiz.

üzerine idare, tersi yönde işlem tesis etmek zorundadır. Bu durumda idari yargı merciinin görevi, sadece zımni ret işlemini iptal etmekten ibaret olup, idari işlem niteliğinde yargı kararı vermek değildir.

A. İdari Eylem ve İşlem Niteliğinde Yargı Kararı Verilememesi ve İdarenin Yerine Geçerek İşlem Tesis Etme Yasağı İlişkisi

Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası ve İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*idari eylem ve işlem niteliğinde*" yargı kararı verilememesi ifadesi⁴⁷², yargı merciinin kendisini idarenin yerine koymaması gerektiğini ifade eder. Böylece idari yargı mercii, idari işlemi iptal ettikten sonra, yerine yeni bir idari işlem tesis edemez⁴⁷³. Aksi durum idarenin görev ve yetkilerine tecavüz anlamına gelir⁴⁷⁴. Bu durum erkler ayrılığı ilkesinin en temel prensibidir. Söz konusu ifade, hatırlatma ve önemini vurgulama amaçlı olarak mevzuatta yer almıştır. Zira kuvvetler ayrılığı gereği, yargı organı ve yürütme organı farklı işlevleri icra eder. Aksi durum, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlalidir.

İdari yargıda idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilememesi⁴⁷⁵, aslında yerindelik denetimi yasağının bir unsuru olup⁴⁷⁶, yerindelik denetimi

⁴⁷² Doktrinde bazı yazarlar tarafından yargı organı tarafından idari işlem niteliğinde karar verme olanağının olmadığı ifade edilmektedir. Moules, s. 200; Alan, "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", s. 58-59. Ayaydına'a göre, Anayasa ve İYUK'ta yer alan "*idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez*" ifadesi, "*fıilen imkansız olan bir ihtimali dile getirmektedir.*" Yazar, yargısal kararların, "*idari işlem niteliğinde*" olamayacağını belirtir. Yazara göre, yargısal karar "*idari işlem*" değil, "*yargı kararı*" niteliğinde olup "*belli bir idari işlemin yapılması sonucunu*" içermez. Bu itibarla "*idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez*" ifadesi, "*hukuken doğru ve yerinde bir ifade olarak kabul edilemeyecektir.*" Ancak yazara göre bu ifadenin "*takdir yetkisinin yargı mercilerine karşı korunması*" ve "*yerindelik denetimi yapılmaması*" durumları ile "*sınırlı olarak okunması, daha uygun olacaktır.*" Ayaydın, "İdari Yargı'nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler", s. 534-535. Alan, idari yargı yerlerinin "*idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı*" vermelerinin mümkün olmadığını belirtir. Yazara göre, iptal kararları idari işlemi ortadan kaldırmakla beraber onun yerine geçemez. Alan, "İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü", s. 525. Ancak yargı mercii, fonksiyonel anlamda idare olarak idari işlem tesis edebildiği gibi yargısal organ olarak da idare yerine geçerek işlem tesis edebilir ki bu durum fonksiyon gaspıdır.

⁴⁷³ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 225.

⁴⁷⁴ Örneğin mevzuata aykırı yapılan idari işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, idare yerine geçerek idari işlemin bir kısmının hukuka uygun bulunmayarak iptaline, diğer kısım için davanın reddine karar verilemeyeceğine dair bkz. D6D, KT, 11.10.2006, E. 2004/4594, K. 2006/4680, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.03.2020). Ayrıca bkz. D6D, KT, 03.05.2005, E. 2003/6468, K. 2005/2537, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.03.2020).

⁴⁷⁵ Doktrinde idari eylem niteliğinde yargı kararı verilmesinin mümkün olmadığı, bir alışkanlık olarak "*idari işlem*" yanına "*idari eylem*" ifadesinin eklendiği söylenmektedir. Onur Karahanoğulları, "İdari

yapılamayacağı kuralını doğrulamakta ve yinelemektedir⁴⁷⁷. Zira idari yargıda idarenin tesis ettiği bir idari işlem veya eylem yokken dava açılmaz, dava açıldıktan sonra yargı mercii ortada bir idari işlem veya eylem yokken yargılama yapamaz⁴⁷⁸, yargılama yapmak için idari işlem veya eylem niteliğinde yargı kararı veremez⁴⁷⁹. Çünkü idari yargı mercii, ancak idari işlemi iptal edebilir⁴⁸⁰.

İdari yargı mercilerine tanınan denetim yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesini kapsar; idareye verilen yetkilerin yargı mercilerince kullanılmasını netice vermez⁴⁸¹. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan*

İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, (E.T. 26.03.2020); Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 225.

⁴⁷⁶ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 225.

⁴⁷⁷ Alan’a göre, “*bunların cümle içindeki yerleri ve yazılış biçimleri de bu görüşü doğrulamaktadır.*” Alan, “İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü”, s. 525; Karahanoğulları, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, (E.T. 21.03.2020).

⁴⁷⁸ İdari yargı mercii, ortada idari dava konusu yapılacak bir işlem veya eylem söz konusu değilse davanın reddine karar verir. D5D, KT, 07.03.2019, E. 2019/428, K. 2019/1770, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.03.2020). İdari yargı yerlerinin idarenin yapmadığı bir işlem hakkında karar vermelerinin yargı yetkisinin sınırının aşılması sonucunu doğuracağı hakkında DVDDK, KT, 13.03.1998, E. 1996/241, K. 1998/67, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.03.2020).

⁴⁷⁹ Danıştaya göre, davacının tutum ve davranışı ile idarenin inceleme ve araştırma yapmasını önlemesi üzerine idari yargı mercisinin idarece yapılamayan inceleme ve araştırmayı yapması, idarenin yerine geçerek işlem tesis etmesidir. “*2577 sayılı Kanun’un 20. maddesinde düzenlenen re’sen araştırma yetkisi, idarenin kendi yetkisini kullanarak yapmış olduğu inceleme ve araştırmaya dayalı idari işlemde kaynaklanan idari uyumsuzluğun çözümü için gerekli belge ve bilgilerin, davaya bakan yargı yerine sağlanması amacını, bir başka anlatımla dava konusu yapılan idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleme amacını güder. Buna göre davacının tutum ve davranışı ile idarenin inceleme ve araştırma yapmasını önlemesi sonucu tesis edilen işlemin iptal davasına konu edilmesi durumunda, idari yargı yerinin idarece yapılamayan inceleme ve araştırmayı yapması idarenin yerine geçmesi sonucunu doğuracağından böyle bir inceleme ve araştırma yapılmasının re’sen araştırma yetkisinin kullanılması olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. Böyle olunca; vergi mahkemelerinin vergi idaresine ait vergi incelemesi ve karşıt inceleme yapma yetkisinin kullanılmasının hukuka uygunluğunu denetlemekle yetinecekleri; onların yerine geçerek, vergi incelemesi ve karşıt inceleme yoluyla defter kayıtlarının ve bu kayıtların dayanağı olan belgelerin gerçek durumla uyumlu olup olmadıklarını araştıramayacakları tabiidir.*” DİBK, KT, 08.02.2020, E. 2013/3, K. 2019/1, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.03.2020). Ayrıca bkz. D3D, KT, 02.02.2017, E. 2013/9693, K. 2017/514; D4D, KT, 02.02.2017, E. 2016/9083, K. 2017/898; DVDDK, KT, 25.03.2015, E. 2015/16, K. 2015/135; DVDDK, KT, 26.12.2012, E. 2010/707, K. 2012/618; D4D, KT, 22.06.2012, E. 2009/9359, K. 2012/3655; D9D, KT, 20.01.2009, E. 2007/4149, K. 2009/51, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.03.2020). Aksi yönde bkz. D9D, KT, 21.12.2008, E. 2009/613, K. 2009/5118; D9D, KT, 16.10.2008, E. 2007/2819, K. 2008/4712; D9D, KT, 09.07.2008, E. 2007/5871, K. 2008/3726, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.03.2020).

⁴⁸⁰ Karşılaştırmalı olarak benzer yönde bir açıklama için bkz. Lutfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1984, C. 1, s. 75-76.

⁴⁸¹ D9D, KT, 05.11.2009, E. 2009/1500, K. 2009/4028, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.03.2020).

memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir.” Zikredilen 657 sayılı Kanun’un 125. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “uygulanabilir” ibaresi nedeniyle “*memurun geçmiş çalışmalarının başarılı olması*” halinde veya “*diğer hafifletici nedenlerin bulunması*” durumunda, daha hafif bir ceza verilmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Yargı mercileri idarenin yerine geçerek ve memurun geçmiş hizmetlerini değerlendirerek “*idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde idareyi bir derece hafif ceza vermeye*” zorlayamaz⁴⁸².

İdari yargıda esas olarak dava yolu ile idari işlemin iptali veya zararın tazmini istenebilir. İdari yargı merciinden bir idari işlem veya eylem tesis etmesi istenemez⁴⁸³. Örneğin görevde yükselme ve unvan değişikliği sınavında sınavı yedek olarak kazanan, ancak sınavın geçerlilik süresi olan altı aylık süre içinde boş kadro bulunmadığı için ataması yapılamayan kişi tarafından, sınava ilişkin Yönetmelik’in ilgili maddelerinin gözden geçirilerek, atanmasına imkân sağlayacak şekilde düzenleme yapılmasına veya altı aylık geçerlilik süresinin yeni sınav tarihine kadar uzatılmasına ve atanma talebinin yerine getirilmesine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır. Açılan davada Danıştay, “*davacının münhal bulunan kadrolara atanma talebinin yerine getirilmesine karar verilmesi, yönetmelik hükmünün belirtilen şekilde değiştirilmesi gibi idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi isteminde bulunulması*” nedeniyle, dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁸⁴. Bu bakımdan idare, yeni bir idari işlem yapılması talebiyle açılan davalarda başvuru konusu talebi karşılamaya mahkeme kararıyla zorlanamaz⁴⁸⁵. Diğer bir ifadeyle sadece idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi

⁴⁸² DİDDK, KT, 30.03.2017, E. 2015/544, K. 2017/1512, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 15.04.2020). Ayrıca bkz. D14D, KT, 15.04.2015, E. 2013/3547, K. 2015/2962; D12D, KT, 23.11.2005, E. 2002/2564, K. 2005/4197; D12D, KT, 23.11.2005, E. 2002/2564, K. 2005/4197; D6D, KT, 13.11.2006, E. 2004/5609, K. 2006/5216; D12D, KT, 26.11.2001, E. 2001/2892, K. 2001/4064, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 15.04.2020).

⁴⁸³ Bu konuda bkz. DİDDK, KT, 09.03.2012, E. 2008/287, K. 2012/153, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.03.2020).

⁴⁸⁴ D2D, KT, 14.03.2017, E. 2016/15824, K. 2017/1970, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 15.04.2020).

⁴⁸⁵ D10D, KT, 08.10.2013, E. 2009/3337, K. 2013/7110; D5D, KT, 12.10.1999, E. 1999/4356, K. 1999/2905, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 15.04.2020).

için iptal davası açılabilir; yeni bir idari işlemin tesisi için iptal davası açılmaz⁴⁸⁶. Örneğin inşaat ruhsatı verilmemesi işleminin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi için dava açılabilir; ancak inşaat ruhsatının verilmesi için dava açılmaz⁴⁸⁷.

Onar' göre de, iptal kararının idare bakımından hükmü tamamen menfidir; yani yargı kararı, idarenin almış olduğu icrai kararın hukuk kaidelerine aykırılığı dolayısıyla iptal edildiğini, ortadan kaldırıldığını tespit eder. Bundan dolayı, yargı kararı, idareye müspet bir vecibe yüklenmediği gibi bir hukuki durum da tesis etmiş olmaz; sadece idari kararı ve kararla doğmuş olan ve karara dayanan hukuki durumu ortadan kaldırmış olur. Bu sebepten dolayı iptal kararları ortadan kaldırdıkları idari tasarrufun yerine geçemez; sadece idareyi eski karar yerine yeni bir karar almaya mecbur eder. Mesela bir ruhsat talebinin reddi üzerine, ret kararına karşı bir iptal davası açılması ve ret kararının iptali halinde, iptal kararı, ruhsatname yerine geçemez ve ruhsatı kapsayamaz; sadece, idareyi ruhsat hususunda yeni bir karar

⁴⁸⁶ Yargıtay'ca verilen bütün kararların, hiçbir ayırım ve ayıklama yapılmadan, UYAP ortamında, davalı idarenin web sayfasında veya diğer elektronik yayım yöntemleri ile ücretsiz olarak herkesin erişimine açılması, kararların sayısal etiketler yanında, kanun adı, madde numarası gibi kriterler ile de aramalara hazır bulundurulması talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır. Açılan davada, İdare Mahkemesince, “mahkeme kararlarının hiçbir istisna olmaksızın kamu denetimi sağlanacak şekilde yayımlanması gerektiği, herkesçe bilinebilir olan kanunların, yorumlarına ilişkin mahkeme kararlarının da herkesçe bilinebilir olmasının doğal sayılacağı... kararların herkesçe erişilebilir kılınarak, değerlendirilmelerine, karşılaştırılmalarına, eleştirilmelerine imkan yaratmanın, kişilerin bilgilenmesine, yargıda iç denetimin sağlanmasına ve yargıya güven duygusunun artmasına katkısının olacağı” gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay 10. Dairesi ise, “2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nda veya başkaca bir kanunda, davacının başvurusuna konu talebin karşılanmasını, Yargıtay Başkanlığına görev olarak yükleyen bir kural” bulunmadığı, “buna göre, davalı idarenin, başvuru konusu talebi karşılamaya yargı kararıyla zorlanamayacağı” gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir. D10D, KT, 08.10.2013, E. 2009/3337, K. 2013/7110, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020). Boş bulunan bir kadroya, kamu yararı amacı ve hizmet gereklerini gözeterek en uygun kişiyi atamak üzere gerekli nitelikleri taşıyanlar arasında tercihte bulunmak yetkisine sahip bulunan idarenin, bu yetkisini belirli bir kişi lehine kullanmaya yargı kararıyla zorlanamayacağı hakkında bkz. D5D, KT, 28.04.1992, E. 1992/765, K. 1999/1263; bir süre ana sınıfı öğretmenliği görevini yaptıktan sonra görevden çekilmiş sayılarak hizmetle ilişkisi kesilen davacının yeniden eski görevine atanması için yaptığı başvurunun reddedilmesinde 1739 ve 222 sayılı yasalara aykırılık bulunmadığı ayrıca atama konusunda idarenin yargı kararıyla zorlanamayacağı hakkında bkz. D5D, KT, 21.05.1992, E. 1990/2865, K. 1992/1536, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020). Ayrıca bkz. D12D, KT, 13.10.1997, E. 1995/9377, K. 1997/2142; D12D, KT, 04.11.1996, E. 1995/2686, K. 1996/3433; D8D, KT, 08.03.2000, E. 1999/1163, K. 2000/2066; DİDDK, KT, 10.12.1999, E. 1998/283, K. 1999/1218; DİDDK, KT, 06.11.2008, E. 2005/2221, K. 2008/1586, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020).

⁴⁸⁷ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 225-226; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 70.

vermeye mecbur eder. Yargının iptal kararından sonra idare, yeni bir karar alır. Ancak bu yeni karara karşı da bir iptal davası açılabilir. Dolayısıyla şayet bu kararda açık veya buna yakın hukuka aykırılıklarla sakatlık tespit edilirse, işlem gene iptal edileceğinden, idare, bu neticeyi göz önünde tutarak, yeni kararını iptal kararına uygun bir şekilde vermeye mecburdur⁴⁸⁸.

Duran, kanun koyucunun, yargı yetkisinin yürütme ve idare üzerindeki etkisini kısıtlamak ve en aza indirmek amacıyla idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesinin yasaklandığını belirtir. Bu durumda yürütme ve idare, mahkeme kararından sonra da dilediği yönde ve yolda serbestçe işlem yapma hususunda hareket etme yeteneğini korumuş olmaktadır⁴⁸⁹.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, idarenin yerine geçerek karar verilememesi durumu ile kastedilen, idari yetkinin yargı merciince kullanılmasını önlemektir. Buna göre idari yargı mercii, denetlediği idarenin yapabileceği işlem ve eyleminin yerini tutabilecek şekilde bir yargı kararı veremeyeceği gibi, idarenin yaptığı veya yapması gereken bir işlem veya eylemi hüküm olarak da kararlaştıramaz⁴⁹⁰. Ancak aşağıda değinileceği üzere yargı kararları gerekçeli yazıldığından gerekçede bazen hukuka aykırılığın belirtilmesinin yanında hukuken yapılması gerekenler de belirtilebilir⁴⁹¹.

B. İdarenin Yerine Geçerek İşlem Tesis Etme Yasağı ve Yargısal Emir

İdari yargıda idareyi uygulama yükümlülüğü altına sokacak yargısal kararlar esas olarak “iptal kararları” ve “tazmin kararları” başlığı altında toplanabilir. İptal kararları, bazen doğrudan hukuksal etki doğurmakla birlikte çoğunlukla tazmin kararları gibi ancak idare tarafından tam uygulanmakla etkisini doğurur. Bu bağlamda idari yargı mercii, kararları ile ancak hukuksal etki yaratabilir; kararlarını kendisi uygulayamaz; uygulama görevi sadece idareye aittir.

⁴⁸⁸ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 1790.

⁴⁸⁹ Duran, “İdari İşlem ve Eylem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 9-10.

⁴⁹⁰ Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 6. Ayrıca bkz. D6D, KT, 13.11.2006, E. 2004/5609, K. 2006/5216, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 15.04.2020).

⁴⁹¹ Ayrıca bkz. Jülide Gül Erdem, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2013, s. 131.

Fransız hukukunda bazı durumlarda idarenin yargı kararıyla işlem yapmaya zorlanması mümkündür. Zira Fransa’da yargısal emir müessesesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda yargısal karar zorunlu olarak bir önlemin alınmasını gerektiriyorsa, yargı mercii verdiği kararda bu önlemin yapılmasını ve süresini idareye emredebilir⁴⁹². Örneğin idari yargı mercii, bir öğrencinin okuldan kaydının silinmesine ilişkin işlemi iptal ettiğinde, iptal kararı zorunlu olarak öğrencinin kaydının yapılmasını gerektirecektir. Bu durumda yargı mercii, kararında belirli bir süre içerisinde yeniden öğrenci kaydının yapılmasını idareye emredebilecektir. Ayrıca yargı kararı uygulanma açısından kaçınılmaz olarak başka işlemlerin yapılmasını gerektiriyorsa, yargı mercii, verdiği kararda yeni bir işlemin yapılmasını ve süresini idareye emredebilir⁴⁹³. Bu durumlarda verilen karara uyulmaması halinde idari yargı mercii, geçerli olacak maddi yaptırım cezasına karar verebilir⁴⁹⁴. Hukukumuzda ise idari yargı mercii, verdiği kararda hukuka uygun işlemin tesisinde idareye ancak yol gösterebilir. Bu itibarla hukukumuzda, Fransız hukukunda uygulanan anlamda yargısal emir müessesesi kabul edilmemiştir.

Hukukumuzda idarenin yargı kararıyla işlem yapmaya zorlanması yasaklanmıştır. Aksi durumun yerindelik denetimi teşkil edeceği belirtilmektedir. Ancak idare, yargı kararları ile hukuka uygun işlem tesis etmeye zorlanabilir. Zira Anayasa’nın 138. maddesinin 4. fıkrasına göre, “*idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” İYUK’un 28. maddesi, idarenin, yargı mercilerinin “*kararlarının icaplarına göre, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur*” olduğunu belirtir. İYUK’un 20. maddesine göre, mahkeme re’sen araştırma yetkisini kullanarak en fazla otuz günlük sürede yerine getirilmek üzere taraflardan ve taraflar dışındaki ilgili diğer yerlerden davayla ilgili bilgi ve belgeleri ara kararı ile isteyebilir. Bu kararın gereklerinin, yetkili kişi ve

⁴⁹² Code de Justice Administrative, Articles L911-1. Ayrıca bkz. Moderne, s. 651-675; Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, s. 257; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 537.

⁴⁹³ Code de Justice Administrative, Articles L911-2. Ayrıca bkz. Moderne, s. 651-675; Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, s. 258; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 537.

⁴⁹⁴ Moderne, s. 651-675; Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, s. 258; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 537.

makamlarca, makul sürede yerine getirilmesi zorunludur⁴⁹⁵. Yukarıda anılan Anayasa ve İYUK maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, tüm yargısal kararlar, idare için bağlayıcı olup icaplarına göre yerine getirilmelidir⁴⁹⁶. Bu itibarla idarenin yargı kararlarını yerine getirmesi, yerindelik denetimi yasağının ihlali demek değildir. Ayrıca bazen yargı merciinin idarenin yapması gereken işlemi de içerecek şekilde iptal kararını gerekçelendirmesi, yargılama işlevinin bir gereğini oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle uyuşmazlığa bakan mahkeme, yerindelik ile ilgili bir husus söz konusu olmadığı durumlarda, bazen kararın gerekçesinde yapılması gerekeni gösterme yoluna da gitmektedir⁴⁹⁷. Bu durum, yerindelik denetimi olarak değerlendirilmemelidir. İdare de yerindelik alanına müdahale edildiğinden bahisle mahkeme kararını uygulamama imkânına sahip değildir.

İdari yargı mercii, kararının gerekçesinde idareye yol gösterebilir veya idarenin hukuk sınırları içerisinde ne yönde ve nasıl karar alması gerektiğine ilişkin bir bilgi verebilir. Zira yargı kararları gerekçeli yazıldığından (AY, m. 141) kararda idari işlemin hukuka uygun olup olmadığı, hukuka uygun değilse hukuken yapılması gerekenlere değinilebilir. Bu itibarla yargısal karar, niteliği gereği emir içerebilir⁴⁹⁸. Ancak bu durum, idari eylem veya işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi anlamına gelmez.

İdari yargı mercii, hukuka uygun olmayan idari işlemin iptali halinde, iptalin gerekçelerinde, “*ne yönde ve nasıl karar alınsa idi idari işlem hukuka uygun olur idi*” açıklamasında bulunabilir. Bu durumda idari yargı mercii, idari işlemi iptal ettikten sonra kararın gerekçesinde hukuka aykırılığı belirtebilir. Bununla birlikte

⁴⁹⁵ Fransa’da idari yargıcın re’sen araştırma yetkisi gereği idareden gerekli bilgi ve belgeleri istemesi, usuli işlemlerle ilgili yargısal emir olarak kabul edilmektedir.

⁴⁹⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Felemez Güneş, “İYUK Madde 28/4 Değişikliği: Yargı Kararlarının İdare Tarafından Uygulanmaması ve Çözüm Önerileri”, TAAD, Y. 7, S. 28, Ankara 2016, s. 103 vd. Yargı kararlarının idare için bir emir olduğu hakkında bkz. Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, s. 254.

⁴⁹⁷ Ayaydın, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, s. 532. Ayrıca bkz. D6D, KT, 24.01.1989, E. 1988/2745, K. 1989/111, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.03.2020); D12D, KT, 21.09.2010, E. 2008/5754, K. 2010/4344, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.03.2020).

⁴⁹⁸ Uler, s. 115. Çağlayan’a göre yargısal emir, yargılama fonksiyonundan kaynaklanmaktadır. Yazar, yargısal kararların emirler vasıtasıyla anlam kazandığını, yargı kararlarının geniş anlamda tüm devlet organları için bir emir taşıdığını belirtmektedir. Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, s. 260.

kararda, yapılacak işlemi, işlemi kimin veya hangi makamın, ne şekil veya hangi usulde yapması halinde işlemin hukuka uygun olacağını da belirtebilir. Bu durumda idare, aynı yönde idari işlemi tesis edecekse, yargı mercii tarafından gösterilen şekilde, yani yargısal karardaki gerekçeye uygun davranmalıdır. Örneğin Danıştay, bir kararında aynı kepçe üzerinde görev yapan davacı ile müdahil kişinin toprak altından çıkan kültür varlıklarını birlikte bulduklarını, her ikisinin ortak çabası ile kaybolmaları önlenerek devletin mülkiyetine geçmesinde aynı ölçüde pay sahibi olduklarını, bu itibarla yasal hak olarak kazanılan ikramiyenin bu iki şahsa eşit miktarda ödenmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁹⁹.

Danıştayın yargısal bir buyruk niteliği taşıyan bazı kararlarında idareye açıkça yol gösterdiği görülmektedir. Örneğin Danıştay, eski tarihli bir kararında *‘endüstri meslek lisesi motor atölyesi öğretmeninin, atölyede zehirli, boğucu gazlardan etkilenecek yürüttüğü saptanan hizmeti nedeniyle, belirtilen nitelikteki bu hizmeti çalışılan her sekiz saati bir gün sayılıp hesap edilerek fiili hizmet zammından yararlandırılması gerektiği’*ne karar vermiştir⁵⁰⁰. Danıştay, bu hükmü ile sadece idari işlemi iptal etmemiş, aynı zamanda kararında yapılması gerekeni de göstermiştir.

İdari yargı mercii, öncelikle dava konusu işlemi hukuka uygunluk açısından denetler. Yargı mercii, hukuka uygunluk açısından denetleyemediği bir işlem için verdiği kararında yol da gösteremez. Çünkü yargı merciinin asıl görevi, idari işlemi hukuka uygunluk açısından denetlemektir. Yol gösterme tali bir durum olup yargı merciinin takdirine bağlıdır. Bu durumda idari yargı mercii, idari işlemin açıkça hukuka aykırılığını ortaya koyduktan sonra, vereceği kararında tesis edilecek idari işlemin hukuka uygunluğunu gösterebilir. Örneğin Danıştay, *“memurlara ana hizmet*

⁴⁹⁹ D6D, KT, 24.01.1989, E. 1988/2745, K. 1989/111, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.03.2020). Bu konuda Anayasa Mahkemesi, şu yönde bir gerekçede bulunmuştur: *“Yargı yetkisinin etkinliği, bu yetkinin ‘karar verme’ biçimindeki aracının özgürce kullanılmasına bağlıdır. Bu nedenle hukuk devletinde hakim, hakka ve hukuka bağlılığı sağlamasına engel olacak bir yönetime yer verilemeyeceği, gibi, tersine ona hukuksal gerçeği saptayabilmesi için geniş olanaklar verilmesi yoluna gidilmesi asıldır. Anayasa’nın ‘Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.’ biçimindeki 138. madde kuralının hakim, hükmünü verebilmesi için ne gibi önlemler almak gerekli ise, bunların tümünü içerdiği açıktır. Çünkü, yargı denetimi yalnızca bir uyumsuzluğu çözümlemekle kalmayıp bir hakkın saptanması ve tanınması neyi gerektiriyorsa bunları da kapsayan bir çalışmadır.”* AYM, KT, 01.10.1991, E. 1990/40, K. 1991/33, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.04.2020).

⁵⁰⁰ D10D, KT, 19.01.1984, E. 1983/538, K. 1983/2085, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.04.2020).

binası giriş katında nöbet tutturulması işleminin” yasal dayanağı olmadığını belirtmiş ve işlemin hukuka uygun olması için ne yönde ve nasıl tesis edilmesi gerektiğini göstermiştir⁵⁰¹.

Yukarıda açıklanan hususları, bir bakıma, yargısal emir⁵⁰² olarak da değerlendirmemiz mümkündür. Zira idari yargı mercii, vereceği kararlar ile idareyi bir işlem veya eylemde bulunmaya zorlar. Başka bir deyişle idari yargı kararları, niteliği gereği emir ve talimat içerir ki idare, anayasal ve yasal zorunluluk karşısında bu kararlara uymakla yükümlüdür. Buna göre idare, idari yargı kararları üzerine bazen yargısal kararda belirtileni, bazen idari kararın tersine bir işlemi, bazen hukuksal durumda değişiklik gerektiren bir işlemi, bazen de zararın tazminini icap eden bir işlemi yapmak zorundadır. Dolayısıyla burada belirtilen durumların yargısal emirin tezahürleri olduğu kanaatindeyiz⁵⁰³. Kısaca özetlemek gerekirse hukukumuzda yargısal emir müessesesi açıkça düzenlenmese de uygulamada idari yargı mercileri tarafından yargısal emir müessesesini kısmen andıracak şekilde kararlar verildiği görülmektedir⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ “Olayda, idarece, memurlara ana hizmet binası giriş katında nöbet tutturulması işleminin hukuki dayanağının ... fazla çalışmaya ilişkin düzenleme olduğu öne sürülmekte ise de... hükümlerine göre ayrı ayrı tanımı yapılan fazla çalışma ile nöbet hizmetinin niteliği ve içeriğinin birbirinden farklı olduğu, çalışma saatleri içinde ve dışında yürütülen nöbet hizmetlerinin fazla çalışma sayılamayacağı hükmü karşısında, fazla çalışma ile memurların günlük yerine getirdikleri asıl görevlerine yönelik bir görevlendirme olması gerekirken, değişik birimlerde değişik görevleri yerine getiren memurların görevleriyle ilgisi olmayan ana hizmet binası giriş katında nöbet tutturulmasının fazla çalışma kapsamında değerlendirilmeyeceği, bu nedenle, idarece hafta içi mesai saatleri içinde ve hafta sonu tatilinde memurlara nöbet tutturulması işlemlerinin ... maddesi uyarınca “memurun fazla çalışması” kapsamına görülemeyeceği anlaşıldığından, sözü edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır... Diğer yandan, ilgili makamlara bildirilmek suretiyle ihtiyaç duyulan hizmete yönelik kadro tahsis edilmesi ve personel temin edilmesini talep etme imkanı her zaman bulunan idarenin; ana hizmet binası giriş katında verilmesi gereken hizmeti, kurumun değişik birimlerinde farklı görevleri bulunan memurları asıl görevleriyle bağdaşmayacak şekilde nöbet tutturma usulüyle sağlamak yerine, söz konusu hizmet için ihtiyaç durumuna göre kadro tahsisi ile bu görevin niteliğine haiz ve daimi olarak sadece bu görevi yapacak personel temini yoluna gidebileceği açıktır.” D12D, KT, 21.09.2010, E. 2008/5754, K. 2010/4344, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.03.2020).

⁵⁰² Yargısal emir hakkında detaylı bilgi için bkz. Moderne, s. 651-675; Yaşar, s. 161 vd.

⁵⁰³ Benzer yönde bkz. Sait Güran, “Anayasanın Kuvvetler Ayrılığı İlişkisine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1994, C. 11, s. 199-200. Ayrıca bkz. Güneş, “İYUK Madde 28/4 Değişikliği: Yargı Kararlarının İdare Tarafından Uygulanmaması ve Çözüm Önerileri”, s. 118.

⁵⁰⁴ Benzer yönde görüşler için bkz. Uler, s. 115 vd.; Yaşar, s. 190; Güran, “Anayasanın Kuvvetler Ayrılığı İlişkisine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, s. 199 vd. Ayrıca bkz. D12D, KT, 21.09.2010, E. 2008/5754, K. 2010/4344, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.03.2020).

İdari yargı, kamu yararı-birey yararı arasında korunması gereken dengeyi sağlamada en güvenceli yargı yoludur. Bu itibarla idari yargı mercii, hukuka uygunluk denetimi yanında idareye yol gösterebilir. Bundan kasıt ise idareye hükmetmek ve idarenin yerine geçmek veya idareye üstünlük taslamak değildir⁵⁰⁵. Bu itibarla kanaatimizce, idari yargı merciinin, kendi görev ve yetki sınırları içerisinde kalarak, hukuku temin etmede idareye yol göstermesi yargısal denetimden kaynaklı bir husustur.

Ancak idari yargı merciinin verdiği kararda idareye yol göstermesi sınırsız değildir. Bu bağlamda yargı merciinin yargılama yetkisinden kaynaklı sınırlara dikkat etmesi gerekir. Zira hukukumuzda bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda idari yargı mercii, iptal kararı verdikten sonra, kararında hukuka uygun işlemin tesisini idareye gösterebilir. Başka bir anlatımla idari yargı mercii, bağlı yetki durumunda yapılması gereken işlemin kim tarafından, ne şekilde tesis edileceğini açıklayabilir. Ancak takdir yetkisi veya yerindeliğin söz konusu olduğu durumlarda ise idari yargı mercii, iptal kararı verdikten sonra, hukuka uygun işlemin tesisinde idareye kısmen yol gösterebilir. İdari yargı mercii, bu durumda tesis edilecek işlemin hukuka uygun olması açısından idari işlemin yetki, şekil ve amaç unsurları bakımından idareye yol gösterebilir. Ancak idari işlemin sebep ve konu unsurları bakımından yargı merciinin yol göstermesi yerindelik denetimi olabilir. Bu unsurlarda yargı merciinin bir değerlendirmede bulunup idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde karar vermesi düşünülemez.

IV. YÜRÜTME GÖREVİNİN KANUNLARDA GÖSTERİLEN ŞEKİL VE ESASLARA UYGUN BİÇİMDE YERİNE GETİRİLMESİNİN KISITLANMASI YASAĞI

Yürütme yetkisi, Anayasa ve kanunlara uygun kullanılması gereken bir yetkidir⁵⁰⁶. Nitekim, yürütme yetkisi ve görevi⁵⁰⁷, “Cumhurbaşkanı tarafından,

⁵⁰⁵ Ayrıca bkz. Yaşar, s. 177 vd.

⁵⁰⁶ Turan Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2017, C. 23, S. 2, s. 11. Ayrıca bkz. Özgür Temiz, Felemez Güneş, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği”, *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 2020, C. 24, S. 2, s. 959-979.

Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" (AY, m. 8). Görüldüğü üzere, Anayasa'nın 8. maddesinde yürütme hem bir görev hem de gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir. Yürütmeye yetki gücünü veren kurallara Anayasa'nın kimi maddelerinde yer verilmiştir. Buna göre örneğin Cumhurbaşkanı, "vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde yasanın belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapma" (AY, m. 73) ve "dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koyma ve kaldırma" (AY, m. 167) yetkilerine sahiptir. Cumhurbaşkanı, "yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir" (AY, m. 104/17). Ayrıca Cumhurbaşkanı, yönetmelik çıkarabilir (AY, m. 124). Bu bakımdan yürütme, kendisine verilen yetki ve görevleri yapmak için, re'sen harekete geçebilir, idari işlem ve eylemler yapabilir.

1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 4. fıkrasına göre, "Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak... biçimde yargı kararı verilemez." İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, ise "İdari mahkemeler... yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak... biçimde yargı kararı veremezler." Bu fıkra da yer alan "kanunlarda" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde" ibaresi 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nın 185. maddesiyle eklenmiştir. Ancak bu ibare, fıkra ya eklenmemiş olsaydı dahi aynı sonuç ortaya çıkardı.

Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesinin kısıtlanamaması kuralı, 1961 Anayasası'nın 114. maddesinin 1488 sayılı Kanunla değiştirilmesi sırasında Anayasa hükmü haline getirilmiştir. Yerindelik denetimi yasağının bir unsuru olan bu kural, ayrıca kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği ve idare hukukunun genel ilkeleri arasında da yer almaktadır. Ancak

⁵⁰⁷ Yürütmenin "yetki" mi "görev" mi olduğu hakkında bkz. Günday, *İdare Hukuku*, s. 43-45; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2013, s. 245 vd.

yargısal denetimin kabul edilmesi, idari işlemlerin yargısal kararlar yoluyla engellenmelerini doğuracaktır. Diğer bir deyişle kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğal ve zorunlu bir sonucu olan bu kural, daha çok iptal ve yürütmenin durdurulması yetkisinin kullanılması sırasında görülebilir. İdari yargı mercii, hukuk devleti ilkesi gereği hukuka aykırı idari işlemler söz konusu olmadıkça, iptal kararı ile idareyi fonksiyonlarını yerine getirmekten alıkoyamaz. Ayrıca “açıkça hukuka aykırılık”ın görülmesinin yanında işlemin uygulanması halinde “telâfisi güç veya imkânsız zararların doğacak olması” şartı birlikte gerçekleşemedikçe hukuk ve mevzuata uygun olarak yerine getirilen yürütme görevi, gereksiz yere kısıtlanamaz⁵⁰⁸.

Yargı mercii, yürütme görev ve yetkisinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini inceler. Başka bir deyişle yürütmenin görev ve yetki sınırları içinde kalıp kalmadığını, görev ve yetkisini kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirip getirmediğini saptama ve hukuku söyleme, idari yargı merciinin görevidir. Bu görev ise, ancak idari dava açılması üzerine yerine getirilir. Ancak idari yargı mercii, idarenin görev ve yetkilerini kısıtlayamaz; bu görev ve yetkilerin hukuk sınırları içinde kullanılıp kullanılmadığını denetler. Zira yargı merciinin, kararları ile yürütme ve idareyi iş yapamaz duruma getirecek şekilde baskı kurmasından en fazla zarar görecektir olan yine de kendisi, yani yargı merciidir⁵⁰⁹.

Duran’a göre yargı mercii, idari faaliyetlerin hukuka uygunluğunu denetlemekle yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini hiçbir surette kısıtlamış olamaz. Zira hukuka uygunluk denetimi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının araştırılmasından ibarettir. Bu itibarla idari işlemin tüm unsurlarını kapsayan bir denetim, yürütmenin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlamış sayılamaz⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 31-32.

⁵⁰⁹ Benzer yönde bkz. A. Ülkü Azrak, “İdarenin Yargısal Denetiminin Diyalektiği”, *Hukuk Kurultayı* 2004, C. I, Ankara 06/10 Ocak 2004, s. 120.

⁵¹⁰ Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 5. Ayrıca bkz. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 70.

Hukuki teminat bakımından sadece yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesi, yeterli değildir⁵¹¹. Zira hukuka uygunluk denetiminin kanuna uygunluk denetiminden daha geniş olduğuna daha önce değindik. Bu bakımdan kanunun düzenleme yapmadığı ve idarenin değerlendirmesine bıraktığı alanlar da olabilir⁵¹² ve bu alanlarda idarenin takdir yetkisine dayalı tesis edilecek işlemlerin de hukuka uygunluk açısından denetlenmesi, hukuk devletinin gereğidir. Ancak yargı merciinin idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde karar veremeyeceğini, aksi takdirde Anayasa'nın ve İYUK'un ilgili hükmünün anlamsız kalacağını söyleyebiliriz.

V. YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞI AÇISINDAN ÖZEL DURUMLAR

İdari makamların yerindelik alanı içerisinde yaptıkları bazı faaliyetlerin yargı mercileri tarafından denetlendiği görülmektedir. Bu durum, bazı idari faaliyetlerin yapısından kaynaklanmaktadır. Bu itibarla hukuka uygunluk ve yerindeliğin kesiştiği, yani örtüştüğü kimi durumlar dahi söz konusu olabilir. Bu bakımdan “kamulaştırma hukuku”, “kolluk”, “sınav ve jüri değerlendirmeleri” ile ilgili idari işlemlerin yargısal denetimi gibi bazı durumlarda yargı merciinin yerindelik denetimi yaptığı da ifade edilmektedir⁵¹³. Zira bu durumlarda işlemin hukuka uygun olup olmadığı, ancak o işlemin yerindeliliğinin incelenmesi ile anlaşılabilir. Bu bakımdan yargı merciinin bu durumlarda işlemin yerindeliliğini de incelemesi gerektiği ifade edilmektedir⁵¹⁴.

A. Kamulaştırma Hukuku ile İlgili İdari İşlemlerin Yargısal Denetimi

Hukuk devletinde bireylerin temel hak ve özgürlükleri güvence altındadır. Ancak kamulaştırma işlemi ile idarece mülkiyet hakkına bir müdahale söz konusudur. Bu nedenle mülkiyet hakkına gelebilecek herhangi bir müdahalenin

⁵¹¹ Bayraktar, s. 292.

⁵¹² Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 58.

⁵¹³ Ahmet Akbaba, “Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Ankara 2014, s. 459.

⁵¹⁴ Marcel Waline, “Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration”, *Études et documents du Conseil d'État*, 1956, s. 27. naklen Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 27.

bağımsız yargı organları tarafından denetimi elzemdir. Bu denetimi yapacak olan yargı kolları idari yargı ve adli yargıdır. Zira kamulaştırma işlemi hakkında yapılacak hukuka uygunluk denetimi idari yargının görev alanı içerisinde yer alır. Bedelin tespiti ile taşınmazın ilgili idare adına tescili için açılan davalar ise adli yargıda görülmektedir⁵¹⁵.

Kamulaştırma, kamu yararını⁵¹⁶ gerçekleştirmek amacıyla kamu tüzel kişileri tarafından özel mülkiyetteki bir taşınmazın bedeli karşılığında mülkiyetinin idareye geçirilmesidir. Kamulaştırmanın bir idari işlem olması sebebiyle idari yargıda denetimi yapılır. Kamulaştırma işlemi diğer idari işlemler gibi yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlar açısından idari yargı organınca denetime tabi tutulur. Bu unsurlardaki herhangi bir hukuka aykırılık, işlemi sakatlar. Bu itibarla idari yargıda kamulaştırma işleminin hukukiliği, denetime tabidir.

İdareye tanınan kamulaştırma yetkisinin kamu yararı dışında kullanılması işlemi hukuka aykırı kılar. Ancak kamulaştırma işleminde kamu yararının bulunduğu iddiası, idarece kamulaştırma yapmak için tek başına yeterli bir sebep değildir. Kamu yararı kararının işlemin amacına ve hukuka uygun olması gerekir. Bu bağlamda kamu yararı, hem idari işlemin kurucu bir unsuru, hem de yargısal faaliyette bir denetim unsurudur⁵¹⁷.

Kamu yararı, bütün kamu hizmetlerinin hedeflediği nihai sonuçtur. Ayrıca kamu yararı idare hukukunun temel ilkesi olup idari işlemlerde geçerli genel ve tek amaçtır⁵¹⁸. Fakat kamu yararı, mevzuatımızda açıkça tanımlanmamıştır. Zira kamu yararı, soyut bir kavram olup objektif olarak tanımlanması pek mümkün değildir⁵¹⁹. Ayrıca kamu yararı, zamana, mekâna, olaya, kişilere, yürütülen hizmet ve

⁵¹⁵ D6D, KT, 25.05.2016, E. 2015/7256, K. 2016/3169, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.03.2020).

⁵¹⁶ Kamu yararı kavramının farklı tanımları için bkz. Halit Uyanık, *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 6 vd.

⁵¹⁷ İdari yargı mercii, “özel hukuktaki hakkın kötüye kullanılmasında olduğu gibi yasanın karşılık geldiği özçerçevesinde toplumsal amacı araştırmak zorundadır.” Yokuş, s. 313. Ayrıca bkz. D3D, KT, 09.03.1978, E. 1978/151, K. 1978/199, DD, Y. 9, S. 32-33, 1979, s. 207.

⁵¹⁸ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1096-1097; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 416. Akıllıoğlu’na göre, kamu yararının farklı alanlardaki görüntüsü olan milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, milli savunma gibi kavramlar da söz konusudur. Akıllıoğlu’na göre, kamu yararının farklı alanlardaki görüntüsü olan milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, milli savunma gibi kavramlar da söz konusudur. Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 16-17.

⁵¹⁹ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 389. Ayrıca bkz. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1111.

ihtiyaçlara, sosyal ve siyasi şartlara, teknolojik gelişmelere göre anlamı değişebilen, çok işlevli esnek bir kavramdır⁵²⁰. Bu itibarla bir faaliyette kamu yararının bulunup bulunmadığı tartışmalı bir husustur. Yine de kamu yararının bulunmadığı açıkça anlaşılan haller dışında⁵²¹ kalan her durumda kamu yararının olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵²².

Kamu yararının ne olduğuna yasama organı karar verir⁵²³. Tüm organları da kamu yararı amacını gözeterek faaliyetlerde bulunur. Bu itibarla anayasa koyucu ve kanun koyucu, kamu yararına uygun tercihlerde bulunur. İdare de anayasa koyucu tarafından Anayasa’da öngörülen kamu yararı tercihlerine ve kanun koyucu tarafından çıkartılmış bulunan kanuni tercihlere uygun faaliyette bulunmak zorundadır. İşte idari yargı mercii, idarenin Anayasa ve kanunlarla öngörülmüş olan “*kamu yararı tercihlerine uygun*” faaliyette bulunup bulunmadığını denetlemek için⁵²⁴, yani “*idarenin kendisine çizilen anayasal ve yasal sınırlar içerisinde kalıp kalmadığını*” belirlemek için vardır. İdarenin verilen yetki çerçevesinde hareket edip etmediği ve bu itibarla kamu yararı amacı dışında bir amaçla hareket edip etmediği yargı merciince yapılacak denetim ile saptanır.

İdari yargı mercilerince yapılan denetimde belirsiz bir kavram olan kamu yararı kararı, bazı durumlarda yerindelik denetimine yakın bir şekilde incelenmiştir⁵²⁵. Zira kamu yararı kavramı, hem hukukilik hem de yerindelik alanında yer alabilecek bir kavramdır⁵²⁶. Ancak hukukiliğin nerede bittiğini ve yerindeliğin nerede başladığını

⁵²⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 1518; Neşe Erkelli Kızıl, “Kamulaştırma Fenomeni”, *İHİD*, Y. 1988, C. 9, S. 1-3, s. 211.

⁵²¹ Örneğin kişisel veya siyasal amaç güdülerek ya da özel çıkar sağlamak amacıyla yapılan işlemler kamu yararı dışında bir amaçla yapılan işlemler olarak kabul edilir. Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 388-390; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1096-1098; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 418-428; Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 380-382; Atay, *İdare Hukuku*, s. 497.

⁵²² Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1111.

⁵²³ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 389; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 416.

⁵²⁴ Ayaydın, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, s. 570 vd.

⁵²⁵ Taşınmaza ödenecek kamulaştırma bedeli küçük bir parkın sağlayacağı faydaların çok üzerinde olacağından davacıya ait taşınmazın imar planında park yerine ayrılmasında kamu yararına uygunluk bulunmadığı hakkında bkz. D6D, KT, 11.02.1985, E. 1980/368, K. 1985/219; mevcut yolların yeterli olduğu gerekçesiyle kamulaştırma işleminin mahkemece iptal edildiği hakkında bkz. D6D, KT, 11.02.1993, E. 1992/1707, K. 1993/407, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020).

⁵²⁶ Aydın Gülan, “Conseil D’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, DTYBY, Ankara 2000, s. 28.

tespit etmek her zaman kolay değildir. Yapılacak yargılamada idarenin kamu yararına uygun hareket edip etmediği araştırıldığında, işlemin amaç unsuru bakımından yapılan yargısal denetim, yerindelik denetimine yol açabilir⁵²⁷.

Yerindelik denetimi ile idari işlemin amaç unsuru, yani kamu yararı arasında yakın bir ilişki vardır. Bu bağlamda neyin kamu yararına uygun, neyin aykırı olduğunun, yararlı hususlar arasından ise idarenin tercihinin kamu yararına olarak kullanıp kullanmadığının, bu tercihin yapılması ile mi yoksa yapılmaması ile mi veyahut başka tercihin yapılması ile mi üstün kamu yararı sağlanacağını araştırılıp denetlenmesi, yerindelik denetimi yapılması anlamına gelebilir. Zira bu durumlarda yargı mercii, kamu yararının ne olduğuna, nerede bulunduğu ve nasıl olması gerektiğine karar vermektedir. İşte burada denilebilir ki, kamu yararına uygunluk açısından yapılan denetimde yargılama faaliyeti, yerindelik alanına doğru genişleyebilmektedir. Bunun sonucu olarak da kamu yararı, yerindelik denetimi yasağının kapsam ve sınırlarını belirsizleştirebilmektedir. Bu bakımdan idari yargı mercisinin idari işlemin kamu yararına uygunluğunu araştırırken kamu yararını daha objektif bir hukuki temele oturtmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz⁵²⁸.

Danıştay, kamulaştırma kararlarını kamu yararına uygunluk açısından denetlerken yaptığı denetimde “ihtiyacın yeterli olup olmadığı”⁵²⁹, “neyin gerekli olduğu”⁵³⁰, “neyin ne kadar fayda sağlayacağı”⁵³¹, “mevcut durumun yeterli olup

⁵²⁷ Çakmak, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*, s. 460.

⁵²⁸ Turgut Tan, “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, *AİD*, Y. 1975, C. 8, S. 2, s. 42.

⁵²⁹ “Mahkemece bilirkişi raporlarına dayanılarak davacıya ait taşınmaz malın tamamının meydan için fazla olduğu sonucuna varılıp kamulaştırma işleminin iptal edilmesinde; bilirkişi raporlarında geçerli sayılabilecek bir miktarın gösterilmemesi, meydanın planlamada olduğu gibi en azından yirmi yıl gibi bir zaman süresi içindeki beldenin gelişimi, sosyo-ekonomik ihtiyaçları, alt yapısı düşünülerek belirlenmesinin yerinde olması ve beldenin meydan ihtiyacının bulunması nedeniyle isabet görülmediğinden İdare Mahkemesi kararının bozulmasına...” D6D, KT, 14.11.1985, E. 1985/675, K. 1985/1355, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020). Bir amaç için gerekenden daha fazla arazi ediniminin yasa dışı olarak kabul edildiği benzer yönde bir karar için bkz. Alder, s. 374. Oğurlu’ya göre, taşınmazın ne kadarlık kısmının kamulaştırılacağı konusu yerindelik alanında kalır. Taşınmazın gereğinden fazla bir kısmının kamulaştırılması sorunu yargısal denetim içerisindedir. Ancak hukukilik kavramları içerisinde kalırsa da hizmetin gerekleri çerçevesinde taşınmazın ne kadarlık kısmına ihtiyaç duyulduğu sorunu yerindelik denetimi içerisindedir. Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 112.

⁵³⁰ Köy içinde ihtiyaca yetecek ölçüde birbiriyle kesişen iki ayrı yol bulunduğu anlaşıldığından üçüncü bir yol için kamulaştırmaya gerek bulunmadığı hakkında bkz. D6D, KT, 26.05.1983, E. 1981/3432, K. 1983/2297, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020). Ayrıca bkz. D6D, KT,

olmadığı”⁵³², “genellik ilkesini karşılayıp karşılamadığı”⁵³³, “taşınmazın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, kamulaştırma amacının geçici nitelik taşıyıp taşımadığı ve idarenin irtifak hakkının tesisi suretiyle amacına ulaşımayaacağı”⁵³⁴ gibi hususların araştırılmasının “yerindelik denetimi yapılması” anlamına gelmediğini beyan etmiştir. Ancak Danıştayın bu kararlarını olaya özgü olarak değerlendirmek gerekir. Zira bir faaliyette hiçbir kişisel amaç güdülmemişse, başkalarına yarar sağlamak amacı ile hareket edilmemişse, bu durumda kamu yararı amacına aykırı hareket edilmemiştir⁵³⁵. Bu durumda kural olarak bu faaliyetin gerekli olup olmadığının denetlenmesi yerindelik denetimidir. Örneğin bir okul yapımında, okulun gerekli olup olmadığını, okul yapılacak yerde çok sayıda okul olduğunu, okulun kamuya bir fayda sağlamadığını, okul on sene sonra yapılırdı daha faydalı olacağını, okul yerine spor salonu yapılması gerektiğini söyleyerek kamulaştırma işlemi denetlenirse, bu durum kural olarak yerindelik denetimi olur.

Danıştay, kimi kararlarında kamu yararı kararının yerindeliğini ortaya koymuştur. Örneğin Danıştay, köyün ve köyde yaşayan halkın yıllar geçtikçe ihtiyaçlarının çoğalacağını ve yenilerinin ortaya çıkacağını, köye sıvat yeri yapımının köy halkının değişen ve gelişen ihtiyaçlarına, ortak ve yerel yararları ile çıkarlarına yönelik bir hizmet biçimi olduğunu belirtmiştir. Bu itibarla köy hayvanlarının su ihtiyacını karşılamak için bir sıvat yerine ihtiyaç bulunması durumunda, bu yerin sağlanarak hizmetin yürütülmesinin köyün ve köylünün

28.11.1989, E. 1988/2811, K. 1989/2322; D6D, KT, 28.12.1983, E. 1983/1238, K. 1983/4337; D6D, KT, 15.12.1983, E. 1983/1000, K. 1983/4034, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020).

⁵³¹ Taşınmaza ödenecek kamulaştırma bedeli küçük bir parkın sağlayacağı faydaların çok üzerinde olacağından davacıya ait taşınmazın imar planında park yerine ayrılmasında kamu yararına uygunluk bulunmadığı hakkında bkz. D6D, KT, 11.02.1985, E. 1980/368, K. 1985/219, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020).

⁵³² Mevcut yolların yeterli olduğu gerekçesiyle kamulaştırma işleminin mahkemece iptal edildiği hakkında bkz. D6D, KT, 11.02.1993, E. 1992/1707, K. 1993/407, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020).

⁵³³ “... kamulaştırmanın yalnız bir kişinin yararlandığı yolun genişletilmesi için yapıldığı anlaşıldığından, kamulaştırma yapılabilmesi için gerekli bulunan genellik ilkesinden yoksun, köy yerine bir kişinin yararına yönelik dava konusu kamulaştırma işleminde kamu yararı bulunmadığı...” D6D, KT, 18.03.1986, E. 1986/67, K. 1986/276, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020).

⁵³⁴ D6D, KT, 22.10.1986, E. 1986/832, K. 1986/897, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020).

⁵³⁵ Benzer yönde bkz. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1112-1113.

ortak yararına olacağını ifade etmiştir⁵³⁶. Aynı şekilde 442 sayılı Köy Kanunu'nda fırın yapımı köyün zorunlu ve isteğe bağlı işleri arasında sayılmamıştır. Fakat Danıştay, ekmek fırınının yapılabileceğini, aksi durumun 442 sayılı Kanun'un *"yürürlüğe girdiği 1924 yılından bu yana geçen sürede köylerde meydana gelen ekonomik ve sosyal gelişmelere koşut olarak çoğalan, yeni ortaya çıkan ve gelişen ihtiyaçların varlığı gerçeği"* ile bağdaşmayacağını vurgulamıştır. Sonra da *"insanların temel gıdasını teşkil eden ekmeğin düzenli ve sağlıklı bir biçimde üretilerek köylüye iletilmesinde kamu yararı bulunduğundan, fırın yapmak amacıyla kamulaştırma"* yapılabileceğini belirtmiştir⁵³⁷.

Söz konusu kararlarda Danıştay, 442 sayılı Köy Kanunu'nu günümüze uyarlayarak içtihatları ile genişletmiş, köy halkının değişen ve gelişen ihtiyaçlarını dikkate alarak yapılan kamulaştırma işleminin, kamu yararına uygunluğunu ve yerindeliğini ortaya koymuştur⁵³⁸.

Ayrıca şu hususu da belirtmekte fayda vardır: Danıştayın zaman zaman yerindelik denetimi yapmasının temel sebeplerinden biri de hukuk kurallarımızda takdir yetkisi ve yerindelik alanının geniş tutulmasıdır. Takdir yetkisi ve yerindelik alanının geniş tutulmasının bir sakıncası yoktur. Önemli olan kanun koyucu

⁵³⁶ D6D, KT, 05.02.1991, E. 1990/1978, K. 1991/84, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020). *"Her ne kadar anılan yasa maddelerinde köye boğa barınağı yapmak köye ait işler arasında sayılmamışsa da, köy namına iyi cins boğa satın almakla görevli olan köyün, satın alınan boğanın yetiştirilmesi, bakımı için bir boğa barınağı yaptırması doğaldır. Kaldiki uğraşları arasında hayvancılıkta bulunan köyün yıllar geçtikçe çoğalan ve ortaya çıkan yeni ve zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması köyün ve köy halkının ortak ve genel yararınadır. Köyün damızlık boğa ihtiyacını karşılamak için bir barınak yerine gerek bulunması halinde bu yerin sağlanarak hizmetin yürütülmesini sağlamak köyün görevidir. Bu nedenle köy hayvancılığını geliştirme amacıyla Teknik Ziraat Müdürlüğüne yapılması kararlaştırılan üç başlık boğa barınağı yeri için davacılar akit taşınmaz malın Köy İhtiyar Kurulunun kamu yararı kararı ile kamulaştırılmasında mevzuata aykırılık görülmemiştir."* D6D, KT, 23.05.1984, E. 1984/224, K. 1984/2207, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020). Danıştay bu kararında ise, kanun koyucunun yapması gereken görevi belirleme yoluna giderek yapılan kamulaştırma işleminin yerinde olduğuna karar vermiştir.

⁵³⁷ D6D, KT, 28.05.1986, E. 1986/310, K. 1986/559, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020).

⁵³⁸ Köye pazar ve çarşı yerleri yapmakla görevli köyün, köyde yetiştirilen hayvanların sağlıklı koşullarda kesimi, kaliteli et üretimi ve köylüye satılması işlemleri için mezbaha yaptırılmasının köyde çarşı yaptırmak görevinin doğal sonucu olduğundan davacıya ait yerin köy ihtiyar kurulu kararı ile mezbaha için kamulaştırılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı hakkında bkz.D6D, KT, 19.12.1985, E. 1985/853, K. 1985/1492, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020). Ayrıca bkz. D6D, KT, 12.06.1991, E. 1990/2498, K. 1991/1470, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020). Danıştay, eski tarihli bir kararında ise köy tüzel kişiliğinin içme suyu için kamulaştırma yetkisi bulunmadığına hükmetmiştir. D6D, KT, 15.04.1986, E. 1986/96, K. 1986/375, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 18.06.2020).

tarafından, yargısal içtihatlar ve doktrin tarafından ortaya konulan temel ilkelerin dikkate alınarak takdir yetkisi ve yerindeliğin kullanımına ilişkin birtakım yazılı düzenlemelerin yapılması ve bu konuda temel sınırlama ve nesnel ölçütlerin belirlenmesidir. Bu durumda yargı mercii, kanun koyucu tarafından ortaya konulan sınırlamalar ve nesnel ölçütleri esas alarak takdir yetkisini hukuka uygunluk açısından kontrol edebilir.

Son olarak şunu diyebiliriz ki, kamulaştırmanın amacı kamu yararıdır. Kamulaştırmanın sebebi ise kamu ihtiyacı veya bu ihtiyacı tespit eden kamu yararı kararı olabilir. Ancak kamulaştırma işleminde kamu yararının bulunduğu iddiası idarece kamulaştırma yapmak için tek başına yeterli değildir. Kamu yararı kararının, işlemin amacına ve hukuka uygun olması gerekir. Fakat idari yargı mercilerince yapılan denetimde kamu yararı kararı, yerindelik denetimine yakın bir şekilde incelenmektedir. Zira kamu yararı kavramının söz konusu olduğu kamulaştırma kararında yerindelik alanı genişleyebilmektedir. Buna bağlı olarak yargı merciinin kamu yararına uygunluk açısından yaptığı yargısal denetimin kapsamı genişlemekte ve yapılan denetim kısmen de olsa yerindelik denetimine dâhil olmaktadır.

B. Kolluk ile İlgili İdari İşlemlerin Yargısal Denetimi

Kolluk, idarenin kamu düzeninin bozulmasını önlemek, bozulduğunda da eski hale getirmek için yürüttüğü faaliyetleri ve bu faaliyetleri yapanları ifade etmektedir⁵³⁹. İdarenin tüm faaliyetlerinde olduğu gibi kolluk faaliyetinin amacı da kamu yararıdır. Fakat kolluk faaliyetlerindeki kamu yararı, “*kamu düzeninin sürekliliğini sağlamak*” biçiminde somutlaşır. Kamu düzenini bozucu fiiller ise kolluk işleminin sebebini oluşturur. Bu itibarla kolluk işlemlerinde idari işlemin sebep unsuru ile ve amaç unsuru iç içedir. Danıştay da amaç unsurunda bir hukuka aykırılık tespit edemediğinde idari işlemin sebebine, sebep unsurunda bir hukuka aykırılık saptamadığında ise idari işlemin amacına bakarak denetim yapmaktadır⁵⁴⁰.

⁵³⁹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 645; Özay, *Günüşünde Yönetim*, s. 489.

⁵⁴⁰ Örnek karara konu olayda kişi, bestelemiş olduğu eserinin, TRT repertuarına alınmaması işleminin iptalini istemiştir. Danıştay, takdir yetkisine dayanan bu gibi işlemlerde sebep unsuru yönünden değil de, amaç unsuru yönünden değerlendirmenin mümkün olduğu sonucuna varmıştır. “*Esasen, Güzel*

Kolluk faaliyetleri ile ilgili uyuşmazlıkların yargısal denetime konu olması halinde idari yargı mercii, özelliklerini dikkate alarak uyuşmazlığı hukuka uygunluk açısından inceleyip denetler. Ancak doktrinde çoğunluk görüşe göre, kolluk faaliyetleri yönünden yapılan yargısal denetim, doğal olarak hukuka uygunluk denetimi yanında yerindelik denetimini de gerektirir⁵⁴¹. Bu yazarlara göre yerindelik denetimi yasağı, kolluk faaliyetleri için geçerli değildir.

Azrak, hukuka uygunluk ve yerindeliğin kesiştiği, hatta üst üste düştüğü kimi durumların var olabileceğini belirtir. Yazar, “*bazı durumlarda idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının ancak o işlemin yerindeliğinin incelenmesiyle*” saptanabileceğini, bu durumlarda yargı merciinin, işlemin yerindeliğini de incelemesi gerekeceğini ifade eder⁵⁴². Ayrıca yazar, kolluk önlemlerinden kaynaklı zararların tazmini talebiyle açılan davalarda kolluk önleminin “*kamu düzeninin korunması açısından zorunlu ve yerinde olup olmadığının*” denetlenmesi gerekeceğini belirtir⁵⁴³. Bu, bir bakıma başvurulanan kolluk önlemi ile bu önlemin maksadı olan kamu düzenini koruma arasındaki “ölçülülük” ilişkisinin ihlal edilip edilmediğinin incelenmesidir.

Bazı yazarlara göre, kolluk faaliyeti ile kişilerin temel hak ve hürriyetlerine getirilecek sınırlamalar, yerindelik ilkesine aykırı olmamalıdır. Bu bakımdan “*kamunun maddi düzenini bozma tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda o an*

sanatlar alanındaki çalışmaların ve özellikle beste kompozisyonlarının değerlendirilmesinde ilmi veya sanat yönünden herhangi bir kıstas koymaya imkan olmadığı gibi, mevzuatın yetkili kıldığı kişiler dışında teşekkül ettirilecek bilirkişi heyetlerine eserlerin tetkik ve takdiri zımında bir yetki tanınması ve bu heyetlerin raporlarına göre bestelerin T.R.T. vasıtasıyla yayımlanmasının zorunlu kılınmasını temin etmekte hukuken olanaksız bulunmaktadır. Bu itibarla, davacının yetkili bilirkişilere bestesinin tetkik ettirilmesi talebi de, dava konusunun özelliğine göre kabule şayan görülmemiştir. Bu gibi konularda takdir yetkisinin yerinde ve isabetle kullanılıp kullanılmadığı, takdire konu olan eserin niteliği tartışılmak suretiyle değil, ancak eser sahibine karşı takdir edenlerin, şahsi maksatlarla menfi davranışlarda bulunmaları halinde mümkün olabilir ve bu hususun da yetkili organlar önünde-davacı tarafından isbatı gereklidir.” D12D, KT, 04.03.1974, E. 1971/2042, K. 1974/572, DD, Y. 1975, S. 16-17, s. 416. Ayrıca bkz. D10D, KT, 15.09.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084, <https://www.hukukturk.com> (E.T. 01.01.2021); Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 56; Dündar, s. 166 vd.; Bayraktar, s. 288-288; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 212-213.

⁵⁴¹ Özay, *Günüşünde Yönetim*, s. 510-511; Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 27; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 601; Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 104.

⁵⁴² Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 27.

⁵⁴³ Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 27.

için yapılması en uygun sayılan davranış biçimi” olarak ifade edilen “yerindelik ilkesi”ne uygun hareket edilmelidir⁵⁴⁴. Bu itibarla o an için en uygun tedbiri alma, yerindelik alanı dâhilindedir⁵⁴⁵.

Özay’a göre, yerindelik denetiminin tümüyle yasaklanması yargısal denetimin günümüzdeki varlık gerekçesi ile bağdaşmamaktadır⁵⁴⁶. Ayrıca yazar, idari yargı mercilerinin yerindelik denetimi yapamayacakları yönünde İYUK’ta amir bir hüküm bulunsa da bu yasağın, “kolluk etkinlikleri” bakımından geçerli olmadığını belirtmektedir⁵⁴⁷. Ancak bu yönde mutlak bir kabulün, açık kanuni düzenlemeyi anlamsız hale getireceğini söyleyebiliriz.

Duran’a göre, idari yargı mercilerinin, kolluk işlemlerini denetlerken, bu işlemlerin dayanaklarını oluşturan hususları araştırarak değerlendirmeleri gerekir. Zira yazara göre, kişilerin eylemlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmişse kamu düzenine bir etkilerinin olup olmadığı, kamu düzeninin bozulmasını önlemek için başvurulmuş tedbirin gerekli ve orantılı olup olmadığı gibi hususlar açıkça çıkarılmadıkça, kullanılan yetkinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı tespit edilemez. Bu sebeple yazar, “*idari yargının, kolluk faaliyetleri üzerinde diğer konulardan daha geniş ve etkili bir denetleme yetkisine sahip olduğu*”nu kabul etmekte ve kolluk işlemlerinin hukuka uygunluğunun, yerindeliğe sıkı sıkıya bağlı olduğunu belirtmektedir⁵⁴⁸. Oğurlu, işlem ve eylemlerin ölçülülüğü hususuna girilmesinin çoğu kez “yerindelik denetimini” gerektirdiğini belirtmektedir⁵⁴⁹.

İdari yargı mercii, alınan kolluk tedbirini olaya özgü araştırıp değerlendirir. İdari yargı merciinin alınan tedbirin, tehlikenin ağırlığı ile orantılı ve etkili olma halini, alınması gereken kolluk tedbiri ile karşılaştırmak suretiyle yapacağı denetimin, yerindelik denetimi olduğu düşünebilir. Zira kolluk tedbirine

⁵⁴⁴ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 510-511; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 601.

⁵⁴⁵ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 296.

⁵⁴⁶ Özay, “İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, s. 308.

⁵⁴⁷ İlhan Özay, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari ve Kolluk Etkinlikleri”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2002, C. 19, s. 276.

⁵⁴⁸ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 261-262.

⁵⁴⁹ Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 104.

başvurulmasının zorunlu ve gerekli olup olmadığı hususunun idari yargı merciinin ancak yerindelik denetimi yapması ile anlaşılabilceği ifade edilmektedir⁵⁵⁰.

Aksi yöndeki görüş⁵⁵¹, kolluk faaliyetleri hakkında yapılan yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi olduğu yönündedir. Bu görüşe göre, hukuk kuralında öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde yine hukuk kuralında öngörülen kolluk yetki veya tedbirine başvurulur. Bu tedbirin, yani sonucun hukuka uygun olup olmadığı yönünde yapılan yargısal denetim, yerindelik denetimi değil, hukuka uygunluk denetimidir. Bu denetim, ölçülülük ilkesi⁵⁵² bağlamından yapılan hukuka uygunluk denetimidir.

Önemine binaen kısaca “ölçülülük ilkesi”ne değinmekte fayda görüyoruz. “Ölçülülük”, kelime olarak “ölçülü, dengeli olma durumu, ılım, itidal” olarak kullanılmaktadır⁵⁵³. Danıştay, kararlarında “ölçülülük ilkesi”ni adil denge⁵⁵⁴, makul

⁵⁵⁰ Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 27.

⁵⁵¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ayaydın, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, s. 557 vd.

⁵⁵² Ölçülülük ilkesi, başvuru tedbirin sonuca ulaşmada elverişli olması (elverişlilik), gerekli olması (gereklilik), alınan tedbir ile hedeflenen amaç arasında bir oranın olması (oranlılık) olmak üzere üç ana unsurdan oluşur. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Singh, s. 88-92; Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1993, S. 10, s. 25 vd.; Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 33 vd.; Yücel Oğurlu, “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, *AÜEHFD*, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 148 vd.; Yücel Oğurlu, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 185 vd.; Gözler, *İdare Hukuku II*, s. 588-594; Jülide Gül Erdem, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, *AÜHFD*, Y. 2013, C. 62, S. 4, s. 986 vd.; Tahir Muratoğlu, “İmar Para Cezalarına Karşı Açılan Davalarda Görev Sorunu ve Göreve İlişkin Hükümlerin Ölçülülüğü”, *TAAD*, Y. 6, S. 20, Ocak 2015, s. 261-267; Engin Saygın, “Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/2, s. 66 vd.; Tekin Akıllıoğlu, “İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü”, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm> (E.T. 30.03.2020); Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 7, S. 1, s. 6 vd.

⁵⁵³ <http://tdk.gov.tr> (E.T. 16.04.2020). Ölçülülük kavramının anavatanı olarak Almanya kabul edilir. Robert Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 1, 78; Esin Örucü, “Avrupa Hukukunda İdare Hukukunun Genel İlkeleri”, *İHİD*, Y. 1988, C. 9, S. 1-3, s. 248; Tor-Inge Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Brill Nijhoff, Leiden- Boston 2015, s. 1; Tor-Inge Harbo, “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, *European Law Journal*, Vol. 16, No. 2, March 2010, s. 158; Jud Mathews, “Proportionality Review in Administrative Law”, 2017, https://law.yale.edu/sites/default/files/area/conference/compadmin/compadmin16_mathews_proportionality.pdf, s. 1 (E.T. 20.06.2020).

ölçü⁵⁵⁵, makul bir orantı⁵⁵⁶ olarak adlandırmaktadır⁵⁵⁷. Pozitif hukuku da aşan ölçülülük ilkesi, aklın ve eşyanın doğası gereği varlığı yadsınamaz bir doğal hukuk ilkesidir⁵⁵⁸.

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetlere müdahalenin sınırını oluşturur⁵⁵⁹. Bu ilke, idari işlemin tesisinde başlangıç noktası olarak bireyin çıkarlarını referans almaya zorlar ve kararın kapsamını ve alınma şeklini sınırlar⁵⁶⁰.

⁵⁵⁴ DVDDK, KT, 13.11.2019, E. 2019/202, E. 2019/886, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020). Ayrıca bkz. AYM, KT, 03.03.2016, Başvuru Numarası: 2013/9704, RG, 27.04.2016–29696.

⁵⁵⁵ D6D, KT, 15.12.2006, E. 2004/5684, K. 2006/6195, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020).

⁵⁵⁶ D15D, KT, 12.02.2019, E. 2015/7709, K. 2019/510, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020).

⁵⁵⁷ Kolluk yetkilerinde ölçülülük ilkesi, Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiş ve uygulanmış bulunmaktadır. Danıştay, bir kararında gündelik yaşamında işlediği bir hırsızlık suçu nedeniyle davacının ticari araç sahibi olmasını engelleyecek bir yaptırımın ölçülü olmadığına ve bu yönüyle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. “...yapılan kamusal hizmetin niteliği ve hırsızlık suçunun vasfı birlikte değerlendirildiğinde, bu suçu işleyen kişilerin toplu taşıma araçlarında şöför olarak çalışmasının engellenmesine yönelik düzenlemeler yapılabilir ise de, Belediyesi Zabıta Tembihnamesi’nde bu yönde bir düzenleme bulunmaması ve dava konusu işlemin davacının şöför olarak çalışmasını değil ticari araç sahibi olmasını engellemesi nedeniyle dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” D8D, KT, 28.04.2016, E. 2011/3811, K. 2016/4474, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 15.07.2020). Danıştay, sendika tarafından, “nöbet görevlerinin sona erdirilmesi amacıyla alınan iş bırakma kararına destek vermek amacıyla nöbet görevine gitmeyen” ve “Devlet tarafından, cumartesi günleri vatandaşa sunulması planlanan aile hekimliği hizmetinin sunulmadığı” gerekçesi ile aile hekimine verilen ihtar cezasını “Her ne kadar, ... kamu görevlilerinin ortak, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla kurulan sendikaların bu amaç doğrultusunda sendikal eylem kararı alabilecekleri kabul edilmekte ise de; Devlete yüklenen sağlık hakkının korunması amacıyla, sağlık personeline nöbet görevi getirilmesine ilişkin düzenlemenin, bireyin sağlık hakkını koruyucu, iyileştirici ve sağlık sunucularından etkili bir şekilde yararlanmasını sağlayıcı nitelikte olduğu ve temel haklar arasında yer alan sağlık hakkının korunmasındaki kamusal yarar dikkate alındığında, vatandaşlara etkin, verimli ve hızlı bir hizmet sunumu ile yükümlü olan davacının, iş bırakma eyleminin sağlık hizmetini sekteye uğratacağı ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Buna göre, ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde kullanılan sendikal faaliyetlerden dolayı nöbet görevine gelmeyen davacıya verilen ihtar cezasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, ... görülmemiştir.” gerekçesi ile ölçülülük ilkesine aykırı görmemiştir. D2D, KT, 20.06.2017, E. 2016/5586, K. 2017/5222, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 15.07.2020). Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, kolluk alanında yapılan kanuni düzenlemeleri ölçülülük ilkesini dikkate alarak denetlemektedir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi, bir kararında “... sicil notları çok iyi düzeyde olan, sicil amirlerince hakkında herhangi bir olumsuz kanaat bildirilmeyen, disiplin cezası bulunmayan, takdir ve ödül belgeleri ile taltif edilen ve hakkında “çok iyi” seviyede nitelik belgesi düzenlenen başvuru yönünden; resmî e-posta hesabının görev harici işlerde kullanılmasının ve bu bağlamda bu hesaptan sohbet ve sosyal amaçlı paylaşımlarda bulunulmasının, 9 yıllık görev (sözleşme) süresinin bitiminde sözleşmesinin yenilenmemesine dayanak olarak kabul edilmesinde, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı ... yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır.” hükmünü vermiştir. AYM, KT, 03.03.2016, Başvuru Numarası: 2013/9704, RG, 27.04.2016–29696.

⁵⁵⁸ Sururi Aktaş, Sencer Abdullah Akkoyunlu, “İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 1-2, Haziran 2016, s. 14.

Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini “elverişlilik”, “zorunluluk” ve “orantılılık” ilkeleri oluşturmaktadır⁵⁶¹. Başka bir deyişle ölçülülük ilkesi elverişlilik (*suitable, geeignetheit*)⁵⁶², gereklilik/zorunluluk (*necessary, erforderlichlichkeit*)⁵⁶³ ve orantılılık (*balanced, angemessenheit*)⁵⁶⁴ olmak üzere üç alt ilkedен oluşur⁵⁶⁵. Buradan

⁵⁵⁹ Metin, s. 6; Sencer Abdullah Akkoyunlu, “İdarenin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerini Erteleme/Yasaklama Yetkisi ve Bu Yetkinin Olağanüstü Hallerde Kullanımının Sınırları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, S. 3-4, 2017, s. 110 vd.

⁵⁶⁰ Carol Harlow, Richard Rawlings, *Law and Administration*, Third Edition, Cambridge University Press, The Edinburgh Building, New York 2009, s. 120.

⁵⁶¹ ““Elverişlilik ilkesi”, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “zorunluluk ilkesi” öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve “orantılılık ilkesi” ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir.” D5D, KT, 12.12.2017, E. 2016/18117, K. 2017/24013, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020). “57 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125/E-(f) maddesinde; “Amirlerine, maiyetindekilere ve iş sahiplerine fiili tecavüzde bulunmak” fiili, Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller arasında sayılmıştır... Soruşturma raporunda yer alan ifadeler incelendiğinde; olayın tarafları dışında 11 kişinin ifadelerinin alındığı, bahse konu darpa maruz kalan ilkökul müdürünün olay anında yanında bulunan aynı okulun müdür yardımcısı ve olay esnasında dersten çıkan bir öğretmeninin, davacının müdürü tekmelediği yönünde beyanda bulunmalarına karşın, genel olarak ifadelerine başvurulananlar olay anında gürültü duydukları, fiili tecavüz görmedikleri yönünde beyanda bulundukları, davacı ile davacının şahit gösterdiği iki kişinin ifadelerinden ise, davacının müdürü iterek yere düşürdüğü anlaşılmaktadır... Bu durumda; davacının eyleminin disiplin cezası verilmesini gerektirdiği tartışmasız olmakla birlikte, 657 sayılı Kanun’un 125/E-(f) maddesinde yer alan Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile bu bağlamda “fiili tecavüz” olarak nitelendirilen itme eylemi arasında adil bir dengenin bulunmadığı açık olduğundan, davacının Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.” D12D, KT, 23.02.2017, E. 2016/8855, K. 2017/461, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020). Ayrıca bkz. D12D, KT, 15.02.2017, E. 2016/8859, K. 2017/321, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 30.06.2020).

⁵⁶² Kanunun uygulanmasında idare, sadece kanunun amacını gerçekleştirmek bakımından elverişli araçları kullanabilir. Ancak bir tedbirin elverişliliğine, idarenin özel yargısına göre değil, nesnel ölçütlere göre karar verilmelidir. Yasanın amacına hizmet etmeyen veya yasanın amacına aykırı olan bir idari tedbir açıkça elverişsizdir ve bundan dolayı kabul edilemezdir. Örneğin, polis, rahatsızlık ve gürültüyü engellemek için bir köpek sahibinden köpeklerini kapalı odalar içinde tutmasını emreder. Singh, s. 89-90.

⁵⁶³ “En yumuşak araçlar ilkesi” olarak ifade edilen gereklilik ilkesi, amacı gerçekleştirmek için elverişli olan araçlardan bireye ve topluma en az zarar verenin seçilmesidir. Örneğin bir yerin kapanış saati değiştirilerek amaca ulaşıyorsa para cezası verilemez. Singh, s. 90. Yine örneğin, idari işlem temel hakları sınırladığında, duruma bağlı olarak sınırlamanın gerçekten gerekli olup olmadığı incelenir. Bermann, s. 224. İdare, birkaç uygun tedbir arasında bir seçeneğe sahip ise, o zaman en hafif ve en az kısıtlayıcı mevcut işleme başvurulmalıdır. Thomas, s. 1.

⁵⁶⁴ Bu ilke, uygulanan tedbire bağlı olarak bireyin zararı ile toplumun yararı arasında uygun bir dengenin gerektiğini ifade eder. Singh, s. 90. Orantılılık alt ilkesinde, işlemin sebep unsuru (işlemin dayandığı vakıalar), amaç unsuru (işlemden beklenen amaç) ve konu unsuru (idari işlem) arasında bir dengenin varlığı aranır. Özge Okay, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 200. Bu itibarla orantılılık ilkesinde işlemin sebep, amaç ve konu unsurları arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Çünkü idari işlemin sebep ve amaç unsurları, konu unsurundan önce denetlenir. Bu unsurlarda herhangi bir aykırılığın olmaması halinde konu unsuru üzerinde denetim yapılır. Konu unsuru ise tek başına denetlenmeyip, sebep ve amaç unsuruna kıyasla, orantılı olup olmadığı yönünden denetlenir. Bu

hareketle bir tedbir, amacın gerçekleştirilmesini veya hedeflenen amaca ulaşmayı sağlıyor ise elverişli, elverişli araçlara nazaran en az kısıtlayıcı ise gerekli, temel haklara verilen zarar ile kamu yararı arasındaki en uygun dengeyi sağlıyorsa, orantılıdır⁵⁶⁶. Bu itibarla ölçülülüğün gerekli olup olmama, seçilen aracın sonuca ulaşmada yeterli ve etkili olup olmama gibi ilkeleri yönüyle yapılan denetimde kaçınılmaz olarak yerindelik denetimi de yapılmaktadır⁵⁶⁷.

Ayrıca kolluk ile ilgili idari işlemler, çoğunlukla kamu yararı, kamu düzeni, milli güvenlik, genel güvenlik gibi belirsiz (soyut, genel) kavramlar kullanılarak tesis edilir. Belirsiz kavramların kullanıldığı bu durumlarda idarenin yerindelik hususu ve takdir yetkisinin ön plana çıktığı kabul edilir. Bu bağlamda kolluk önlemleri, yargı mercii tarafından denetlenirken alınan önlemin bazen hukuka uygun olup olmadığı yanında yerinde ve ölçülü olup olmadığı yönünden de incelenir. Bu bağlamda özellikle bazı kolluk işlemleri ile ilgili olarak “yerindelik denetimi” karşımıza çıkmaktadır.

Kolluk yetkileri, temel hak ve özgürlüklere müdahale öngördüğünden, bu yetkilerin Anayasa’nın 13. maddesine uygun olarak düzenlenmesi⁵⁶⁸ ve kullanılması gerekir. Buna göre kolluk yetkilerine, yalnızca kanunda belirtilen sebeplere bağlı olarak, ama kamu düzeninin korunması veya bozulan düzenin eski hale getirilmesi amacıyla ve “ölçülülük ilkesi”ne aykırı olmamak şartıyla başvurulabilir. Buradan hareketle idare kaynağını kanundan almayan ve “ölçülü” olmayan bir sınırlama ve yaptırım kararı alamaz⁵⁶⁹. Oğurlu’ya göre, kolluğun sınırlandırma ve önlemeye

itibarla konu unsurunun denetimi için sebep ve amaç unsuru bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. Sonuç olarak orantılılık ilkesinde her ne kadar işlemin sebep, amaç ve konu öğeleri arasında yakın bir ilişki olsa da, çoğunlukla denetlenen konu öğesidir.

⁵⁶⁵ Becker, s. 468. Ölçülülük ilkesinin gerektirdiği hususlar hakkında bkz. Jonathan Moffett, “Resiling From Legitimate Expectations”, *Judicial Review*, Vol. 13, No. 4, 2008, s. 228. Ayrıca bkz. Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 36 vd.

⁵⁶⁶ E. Thomas Sullivan, Richard S. Frase, *Proportionality Principles in American Law*, Oxford University Press, Oxford New York 2009, s. 28. Ayrıca bkz. Muammer Oytan, “Türk Toplumunda Danıştayın Yeri ve Rolü”, *TİD*, Y. 57, S. 367, Haziran 1985, s. 79; Okay, s. 200.

⁵⁶⁷ Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 111.

⁵⁶⁸ Kanun koyucunun da ölçülülük ilkesine uyması gerekir. Bu bağlamda örneğin kolluk kanunlarının, ölçülülük ilkesine uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Aktaş, Akkoyunlu, s. 14.

⁵⁶⁹ Kolluk yetkisi, kanunda öngörülen sebeplerin gerçekleşmesi durumunda verilmiş amacına uygun ve amacı gerçekleştirecek derecede ölçüde olmalıdır. Ayrıca bkz. D10D, KT, 15.09.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 15.07.2020). Özay’a göre, “kolluk faaliyetlerinde

başvururken seçtiği araç-gereç ve usullerin gerekli, amaca ulaşmaya elverişli ve son olarak da ihlal ile dengeli olup olmadığının denetlenmesi yerindelik denetimidir⁵⁷⁰.

İdare, kanunda öngörülen sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit eder. Gerçekleştiği kanaatine varırsa bu sebepleri kendince nitelendirir ve bir değerlendirme yaparak bunun karşılığında kanunda öngörülen kolluk yetkisini kullanır. İdari yargı mercii ise kolluk yetkisinin yargısal denetimi sırasında, kanunda öngörülmüş sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini, kolluk yetkisinin bu sebeplere ve kamu yararına uygun kullanılıp kullanılmadığını, idarenin sebep unsuruna bağlı olarak yaptığı nitelendirme ve değerlendirmesinin hukuka uygun olup olmadığını denetler⁵⁷¹. Örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 34/h maddesinde, “*umuma açık yerlerin açılış ve kapanış saatini belirleme*”nin belediye encümeninin yetki ve görevlerinden olduğu hükmüne yer verilmiştir. Bu bağlamda belediye encümeni, vatandaşlardan gelen şikâyetler, asayiş ve güvenlik sorunları gibi sebeplerden dolayı alkol tüketilen lokantaların kapanış saatinin 22:00 olarak, diğer umuma açık işyerlerinin kapanış saatinin 24:00 olarak belirlenmesine karar verebilir. Yargı merciince yapılacak denetimde bu yetkinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının araştırılması gerekmektedir. Bu itibarla yargı mercii; olayın ve sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini, sebeplerin gerçekleşmesi üzerine uygulanacak kolluk tedbirinin kanuni dayanağının olup olmadığını, kolluk tedbirinin hukuka ve “ölçülülük ilkesi”ne uygun kullanılıp kullanılmadığını inceleyip denetleyebilir ki bu da, hukuka uygunluk denetimi olur⁵⁷². Bu itibarla ölçülülük ilkesi, kolluk yetkisinin yargısal denetiminde önemli bir rol almaktadır⁵⁷³. Ancak

bulunan idare, bireyi her türlü hukuk dışı eylemin etkisine karşı korumak, hukuk dışı eylemleri insanlık dışı yöntemlerle gerçekleştirenleri etkili araç – gereç, fakat mutlaka hukuksal sınırlar içinde kalması gereken yöntem ve davranışlarla önlemek zorundadır.” İl Han Özay, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, İÜHFM, Y. 1981, C. 45, S. 1-4, s. 317-319.

⁵⁷⁰ Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 111. Ayrıca bkz. Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 200.

⁵⁷¹ Gözübüyük Tan’a göre, idari işlemin dayanağını oluşturan olayın, gerçeğe uygun olup olmadığı ve idare tarafından nasıl nitelendirildiği yargı merciince denetlenmektedir. Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 471.

⁵⁷² D8D, KT, 29.03.2013, E. 2010/8660, K. 2013/2616, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 15.07.2020).

⁵⁷³ Künnecke, s. 35. Kolluk işlemleri yargısal denetime tabi tutulurken açık hatanın yeterli olmadığı durumlarda ayrıca ölçülülük ilkesine de başvurulması gerektiği ifade edilmektedir. Okay, s. 195 vd. Bu bağlamda yargı mercii tarafından kolluk tedbir ve yaptırımlarının elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı denetlenir.

ölçülülük ilkesi yönüyle yapılacak bir denetimin yerindelik denetimi de gerektirmesi mümkündür⁵⁷⁴.

Sonuç olarak idarenin ölçülülük ilkesine uygun hareket edip etmediği hususu, hukuka uygunluk denetimi içinde yer almaktadır. Bu bağlamda kural olarak kolluk yetkilerinin sınırlarından birisini oluşturan ölçülülük ilkesi, hukuka uygunluk denetimine tabidir. Ancak kolluk faaliyetleri bakımından idarenin ölçülülük ilkesine uygun hareket edip etmediği hususu, yerindelik denetimi yapılmasını gerektirebilir⁵⁷⁵.

C. Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi

İdare, mevzuattan kaynaklı olarak değerlendirme yetkisine sahip olabilmektedir. Ancak idarenin burada sahip olduğu değerlendirme yetkisi işlem denetiminden farklılık gösterebilmektedir. Zira bazı değerlendirme işlemlerinde idare, bir nevi bağlı yetki halindedir. Bu durumlarda idare, uzman raporlarına veya bilirkişi görüşlerine dayanarak işlem tesis ettiğinden yapılan değerlendirme idarenin sübjektif değerlendirmesinden çok objektif bir esasa dayanır. Örneğin İmar Kanunu'nun 39. maddesine göre yapıların yıkılacak derecede tehlikeli olup olmadığının tespiti, uzman raporu veya bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen rapor ile belirlenir⁵⁷⁶. Bu durumda idare, hazırlanan rapor üzerinde takdir yetkisine sahip değildir. Hazırlanan rapor üzerine binanın yıkılacak derecede tehlikeli olduğu tespit edilmişse,

⁵⁷⁴ Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", s. 200; Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 111.

⁵⁷⁵ Gözler'e göre, ölçülülük denetimi ile hâkim, idari işlemin hukukiliğini değil de, yerindeliğini araştırır. Zira bu denetim ile "işlemin yarar ve zararı karşılaştırılarak, idarenin takdir yetkisini yerinde kullanıp kullanmadığı araştırılmaktadır." Bundan dolayı bu denetim neticesinde verilecek yargı kararı ile takdir yetkisine sınırlama getirilmiş olur. Bu itibarla ölçülülük denetimi tekniğinde hâkim, fevkalade dikkatli ve duyarlı olmalıdır. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1090-1093.

⁵⁷⁶ "Davalı idarece yukarıda anılan mevzuat uyarınca işlem tesis edilebilmesi için yapının bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğunun ve tehlikenin derecesinin belediye veya valilik tarafından ortaya konulması gerekmekte olup davacı tarafından uyumsuzluğa konu yapının yıkılacak derecede tehlikeli olmadığı, çelik konstrüksiyondan yapılmış tek katlı bir yapı olduğu, kaldı ki ortada usule uygun bir tespit de bulunmadığının öne sürüldüğü dikkate alındığında, uyumsuzluğa konu yapıda ne gibi hasarlar olduğu ve yapının ne derece tehlike arzettiği konusunda yeterli bir teknik inceleme ve tespit bulunmaksızın tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır." DİDDK, KT, 11.03.2015, E. 2013/486, K. 2015/721, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 16.02.2020). Ayrıca bkz. D14D, KT, 18.01.2017, E. 2014/2263, K. 2017/163; D6D, KT, 08.03.1993, E. 1992/2066, K. 1993/913; D6D, KT, 13.04.1988, E. 1988/274, K. 1988/466, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 16.02.2020).

idare, aksi bir rapora dayanmadıkça rapora bağılı kalmak zorundadır. Aynı şekilde kamulaştırma bedellerinde idare, konuyla ilgili uzman kişi, kurum veya kuruluşlardan rapor alarak, gerektiğinde ilgili bürolardan alacağı bilgilerden faydalanarak kendi bünyesi içinden oluşturduğu kıymet takdir komisyonlarının tespit ettikleri bedele bağılıdır⁵⁷⁷.

Bazen de idare, tesis edeceği değerlendirme işlemlerinde takdir yetkisine sahip olabilmektedir. Örneğin yazılı sınavlarda veya özel yetenek sınavlarında not verme, jürinin takdirindedir. Ya da örneğin İmar Kanunu'nun 40. maddesine göre, enkaz veya birikintilerin şehircilik ve estetik bakımından mahzurlu görülüp görülmediği yönündeki değerlendirme, belediye veya valiliğin takdirindedir. Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 59. maddesine göre, işlediği suç nedeniyle cezanın infazını müteakip bir yabancı hakkında sınır dışı işlemleriyle ilgili değerlendirme, İçişleri Bakanlığı'nın takdirindedir.

Birer idari işlem olan sınavlar, idari işlemin hem sebep hem de konu unsurunda idareye geniş bir değerlendirme payı tanımaktadır. Ancak sınavlar ve sınav işlemleri, temel hak ve hürriyetleri (eğitim hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, çalışma ile ilgili haklar, bilim ve sanat özgürlüğü vb.) ve bazı temel ilkeleri (liyakat, fırsat eşitliği, mesleğini serbestçe seçme özgürlüğü, hukuk devleti vb.) etkilediğinden bu işlemlere karşı ülkemizde giderek artan oranda dava yoluna başvurulmaktadır⁵⁷⁸. Zira ilköğretim, ortaöğretim, lise, önlisans, lisans ve lisansüstü eğitimde öğrencilerin girdiği ve benzer şekilde diğer kurumlarca yapılan yazılı, sözlü, uygulamalı, mülakat ve özel yetenek sınavlarında idarelerce değerlendirme sonucu verilen puan veya notun, yani sınav sonucunun yanlış değerlendirildiği gerekçesi ile yargısal denetime konu edildiği görülmektedir.

Sınavlarda not verme ya da bir adaylı başarılı veya başarısız bulma gibi idari işlemlerde bir değerlendirme yapılmaktadır. Aynı sınavda başka bir jürinin görev

⁵⁷⁷ Ayrıca bkz. Bayraktar, s. 266-267.

⁵⁷⁸ Bilge Bingöl Schrijer, "Sınav Hukukunun Kuramsal Temelleri", *Çocuk Hakları-Eğitim Hukuku-Vatandaşlık Eğitimi: Prof. Dr. Emine Akyüz'e Armağan*, ed. Yasemin Karaman Kepenekçi, Pelin Taşkın, Pegem Yayınları, Ankara 2018, s. 418-433.

alması halinde muhtemeldir ki farklı bir değerlendirme sonucu, yani puan veya not belirlenir⁵⁷⁹.

Tuncay, sınav değerlendirmelerini “takdir yetkisinin benzerleri” başlığı altında ele almaktadır. Yazara göre, buradaki değerlendirme, “teknik bakımdan yapılan bir tespit”tir, teknik bir konuda takdire yer yoktur⁵⁸⁰.

Balta, sınav notlarını takdir yetkisi başlığı altında “değerlendirme hali” olarak kabul etmektedir⁵⁸¹. Yazara göre, yetkili idari mercilerin anlayışına bırakılmış bu tür değerlendirmelerin yargısal denetim dışında kalması gerekir⁵⁸².

Kaya, sınav değerlendirmelerini takdir yetkisinin “*değerlendirme halleri*” başlığı altında ele almaktadır. Yazara göre, “*değerlendirmenin objektif genel anlayışa veya idarenin subjektif anlayışına bırakılmış olmasına göre idareye tanınan yetkinin niteliği değişmektedir.*”⁵⁸³

Çağlayan’a göre, sınav kâğıdına not verilmesi, bir çalışmanın başarılı olup olmadığının tespiti, teknik bir takdir veya objektif ölçülere göre yapılan bir tespittir. Yazara göre, objektif ölçülere göre yapılan bu takdirin gerçeklere ve hizmetin gerekleri uygun olması, dolayısıyla yargısal denetime tabi olması gerekir⁵⁸⁴.

Sınavda not verme, ilgili idarelerin değerlendirme yetkisine bağlı bireysel bir işlemdir⁵⁸⁵. Değerlendirmenin söz konusu olduğu bu durumlarda kanaatimizce yerindelik ve takdir yetkisi söz konusudur. Ancak hukuk devletinde idarenin her

⁵⁷⁹ Üç kişiden oluşan bir sınav komisyonunda önceden belirlenen her bir kriter yönünden yapılan değerlendirmede bütün komisyon üyeleri tarafından ayrı ayrı değerlendirme yapılmasına rağmen bütün kriterler için komisyon üyelerinin aynı puanı takdir etmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. D12D, KT, 14.09.2020, E. 2020/1530, K. 2020/2791, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁵⁸⁰ Aydın H. Tuncay, *İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları*, Başbakanlık Basımevi, DTYBY, Ankara 1972, s. 155-157. Gözler’e göre, sınavlarda not verme işlemleri denetlenemez. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1073-1076.

⁵⁸¹ Balta, s. 85. Karatepe’ye göre, idare sınav kâğıtlarını değerlendirmede takdir yetkisine sahiptir. Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 76.

⁵⁸² Balta, s. 88.

⁵⁸³ Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, s. 52. Ayrıca bkz. Guido Zanobini, *İdare Hukuku*, Çev. Atıf Akgüç, Sahir Erman, M. Sadık Kâğıtçı Matbaası, İstanbul 1945, s. 76.

⁵⁸⁴ Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, s. 179.

⁵⁸⁵ Balta, s. 85-88.

işlemi gibi değerlendirme içeren bu işlemlerin⁵⁸⁶ de yargısal denetime tabi tutulması gerekir⁵⁸⁷. Zira zaman zaman idarenin diğer idari işlemleri gibi sınavların da hukuka aykırı yapılması ve bundan menfaat veya hak ihlallerinin söz konusu olması mümkündür. Uygulamada sınav sonuçları ile ilgili davaların oldukça fazla olduğunun görülmesi, bu durumu ispatlamaktadır. Bu bakımdan idarenin sınav ve sınav işlemlerinin etkin yargısal denetimi için her türlü tedbiri alması gerektiği kanaatindeyiz.

Yazılı veya test sınavlarında notun yanlış toplanması, bazı soruların okunmaması veya hesaplanmaması gibi durumlarda yargı yerlerince yapılacak denetim ayrı bir özellik göstermez. Bu durumlarda hatanın giderilmesi ve notun yeniden belirlenmesi gerekir⁵⁸⁸. Ancak bazı durumlarda yargı mercilerinin, bu sınavları sınırlı ve minimum düzeyde denetlediği de görülmektedir⁵⁸⁹.

Yazılı sınavlarda ve bir çalışmanın başarılı olup olmadığının tespitinde idare, önceden ortaya koyduğu ölçütlere göre bir değerlendirme yapmaktadır. Bu değerlendirmede idare, takdir yetkisine sahip olmakla birlikte çoğunlukla genellik, eşitlik gibi nesnel ölçütlere göre hareket etmektedir. Sınav ve jüri değerlendirmelerine karşı açılan davalarda idari yargı mercileri de, yapılan değerlendirmeleri denetlemektedir⁵⁹⁰. Yargı mercileri, bu denetimi genellikle

⁵⁸⁶ Sınav notuna dair idari işleme itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen ret kararı, ayrı bir işlem değildir. Bu durumda sadece ret işlemine karşı değil, ret işlemi üzerine sınav notuna karşı dava açılmalıdır.

⁵⁸⁷ Kazım Yenice, “Not Takdiri ve Denetimi”, *DD*, Y. 11, S. 42-43, 1980, s. 15-17. Aksi yönde bkz. Balta, s. 88; Marcel Waline, “İdare Yargıcının İdari Tasarruflar Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *Çev. Kutlu Türkeş, DD*, Y. 6, S. 20-21, s. 111-112.

⁵⁸⁸ Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, s. 179.

⁵⁸⁹ Danıştay, konuya örnek bir davada, “...optik okuyucuların takdir hatası yapmaları söz konusu olamayacağından sınav kağıdı üzerinde bilirkşi incelemesi yapılmasına gerek görülmemiştir.” şeklinde karar vermiştir. D8D, KT, 04.06.1991, E. 1990/851, K. 1991/1084, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020). Ayrıca bkz. D8D, KT, 14.11.1989, E. 1988/373, K. 1989/892, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020). Doktrinde bir görüşe göre, özellikleri sebebiyle sınav ve not işlemlerinin yargısal denetiminin sınırlı olmasının isabetli olacağı ifade edilmektedir. Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 179; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 213.

⁵⁹⁰ Sınav ve jüri değerlendirmeleri, idareye geniş değerlendirme olanağı verse de söz konusu değerlendirmenin nesnel, somut ölçme ve değerlendirme kriterlerine dayanması ve bu hâliyle objektiflikten uzak, soyut ve dayanaksız olmaması gerektiği ifade edilmektedir. AYM, KT, 19.11.2020, Başvuru Numarası: 2018/9459, RG, 17.02.2021-31398.

bilirkişiler aracılığı ile yürütmekte ve genelde bilirkişi raporu doğrultusunda karar vermektedir⁵⁹¹.

İdari yargı mercileri, sözlü sınavları yetki ve şekil/usul unsurları (yapılış usulü, sınavla ilgili uyulması gereken kurallar) yönünden denetlemektedir⁵⁹². Zira Danıştay, mülakat sınavının usule aykırı olarak yapılmasını (sınav öncesinde soruların ve yanıtların hazırlanmaması, sorulan soruların nitelikleri, tutanağın sınav tarihinden sonra düzenlenmiş olması⁵⁹³, mülakat jürilerinin usulüne uygun olarak oluşturulmaması⁵⁹⁴, jürinin nitelikleri⁵⁹⁵, jüri üyelerinin her birinin takdir ettiği notun ortaya konulmaması) iptal sebebi saymıştır⁵⁹⁶. Ancak sözlü sınavlarda yetki, şekil gibi sadece usule dair unsurlarda yapılacak bir yargısal denetim, “*hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi*” tek başına sağlamayabilir. Bu itibarla sınavların “*diğer tüm idari işlemlerin yargısal denetiminde olduğu gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere işlemin tüm unsurları yönünden yargısal denetiminin yapılması esas olmalıdır.*”⁵⁹⁷ Zira bu sınavlarda veya not verme işlemlerinde tamamen değilse de bir dereceye kadar objektif esasların belirlenmesi mümkündür. Ancak yine de burada yapılacak yargısal denetim, kanaatimizce minimum seviyede olmalıdır.

⁵⁹¹ Ayrıca bkz. Turgut Tan, “Sınav Notları ve Yargısal Denetimi”, *DD*, Y. 5, S. 18-19, s. 189; Tan, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, s. 414-415.

⁵⁹² Yasin Sezer, Hüseyin Bilgin, “Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi”, *TBBD*, Y. 22, S. 86, Ocak-Şubat 2009, s. 168-187; Hüseyin Bilgin, Yasin Sezer, “Not Tespit Davaları”, *TBBD*, Y. 22, S. 81, Mart-Nisan 2009, s. 113-148.

⁵⁹³ “... mülakat sınavının yapıldığı gün düzenlenmiş olması gereken ... tutanağın sınav tarihinden sonra düzenlenmiş olduğunun anlaşılması karşısında, anılan sınavın ve bu sınav sonucunda yapılan değerlendirmenin söz konusu Yönetmelik maddelerinde öngörülen usule uygun olarak yapılmadığı sonucuna varılmıştır.” D5D, KT, 07.06.2001, E. 1998/850, K. 2001/2530, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁵⁹⁴ DİDDK, KT, 20.03.1992, E. 1991/208, K. 1992/69, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁵⁹⁵ Doçentlik bilim sınavının sözlü sınav aşamasında, davacıyla çekişmesi olan bir öğretim üyesinin katılımıyla jüri oluşturulmasında ve bu jüri tarafından sınav yapılmasında hukuka ve kamu görevi gereklerine uyarlık bulunmadığı hakkında bkz. D8D, KT, 21.12.2000, E. 1999/526, K. 2000/8502, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020). Davacının iki kez başarısız sayıldığı doçentlik sınavının sözlü aşamasında jüri üyeliği yapan iki öğretim üyesinin 3. kez sözlü sınavda görevlendirilmelerinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında bkz. D8D, KT, 20.04.1995, E. 1994/4313, K. 1995/1314, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁵⁹⁶ Ayrıca bkz. Turgut Tan, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, *AÜSBFD*, C. 51, S. 1-4, Ankara 1996, s. 415-416.

⁵⁹⁷ D12D, KT, 21.09.2010, E. 2008/7485, K. 2010/4338, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

Danıştay, bazen yerindelik denetimi olur gerekçesi ile sözlü sınavın denetlenemeyeceğine karar vermiştir⁵⁹⁸. Danıştaya göre sözlü sınavın doğası gereği, ilgilinin sınav sırasındaki performansının değerlendirilmesi söz konusudur⁵⁹⁹. Sınavlara başvuran adayların ifade ve temsil yeteneğinin yeterli olup olmadığı hususu, sınav komisyonunun takdirindedir. Örneğin içlerinde doktor ve güvenlik görevlilerinin bulunduğu bir kurul, sınava giren kişinin ifade ve temsil yeteneğini yetersiz bularak polis okulu öğrenci adaylığına kabul edilmemesi yönünde bir sonuca ulaşmıştır. Ancak idare mahkemesi ilgilinin anlatım ve temsil yeteneğini belirleme için duruşma yapmıştır. Mahkeme, duruşma evresinde kişinin konuşmasına, görünümüne ve davranışlarına bakarak, kişinin anlatım ve temsil yeteneğinde yetersizliğinin ve fiziki durumu itibarıyla de herhangi bir olumsuzluğunun bulunmadığı kanısına varmış ve işlemin iptaline karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, idare mahkemesinin kararını yerindelik denetimi niteliğinde bir karar olarak görmüştür⁶⁰⁰. Ayrıca Danıştaya göre, sözlü sınava ilişkin değerlendirme kriterlerinden, adayın “sınav konularına ilişkin bilgi düzeyi” ile “genel kültürü ve genel yeteneği”ne dair değerlendirmeler dışındaki kriterler, sınav kurulu üyelerinin gözlemlerine dayalı kanaatlerine ilişkindir⁶⁰¹.

Sözlü sınavlarda herkes tarafından kabul edilen belli bir formül olmadığından bu sınavlarda idarenin değerlendirmesini kabul etmek gerekir. Ancak bu durumda da idarenin, mutlak bir yetkiye sahip olmadığını söyleyebiliriz. Bu itibarla sözlü sınavların ses, görüntü kaydı ya da detaylı tutanakla kayıt altına alınması ve değerlendirmeye kısmının minimum yönden denetlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylece değerlendirme yapılabilecek, bilirkişi incelemesine gidilebilecek⁶⁰² ve idarenin sübjektif değerlendirmesi engellenebilecektir. Ayrıca idare, sınavın yetki,

⁵⁹⁸ D8D, KT, 13.09.1989, E. 1989/302, K. 1989/671; D5D, KT, 06.12.1982, E. 1978/2228, K. 1982/11415, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁵⁹⁹ D8D, KT, 20.09.2004, E. 2004/341, K. 2004/3332, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁶⁰⁰ D8D, KT, 11.01.2001, E. 2000/3916, K. 2001/22, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁶⁰¹ D2D, KT, 29.05.2019, E. 2017/447, K. 2019/3424; D2D, KT, 03.12.2019, E. 2018/1109, K. 2019/6788, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁶⁰² Danıştaya göre ses, görüntü kaydı ya da detaylı tutanak tutulmadıktan sonra, ilgilinin sözlü sınav performansının sonradan değerlendirilmesi yapılamaz, bilirkişi incelemesine konu edilemez. D8D, KT, 20.09.2004, E. 2004/341, K. 2004/333; D8D, KT, 20.09.2004, E. 2004/341, K. 2004/3332, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 31.01.2020).

şekil veya usul kurallarına uymayabilir ya da değerlendirmede hataya düşebilir⁶⁰³. Bu itibarla idarenin kayıt tutmama yönündeki ihmalinin külfetini idareye yüklemek gerekirken, bunun davacıya yükletilmesinin hukuk devleti ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Bu bağlamda yerindelik denetimi olur endişesi ile hukuk devletinin en bilinen bileşenleri olan açıklık ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırı işlemlerin yargısal denetimden bağışık tutulması düşünülemez.

Danıştayın önceki içtihat çizgisinin⁶⁰⁴ aksine mülakat sınavlarının şeffaf ve tarafsız olarak yapılmasına, sınavlarda kayıt tutulmasına dair içtihatları⁶⁰⁵ yenilikler içermektedir. Ancak kanun koyucu, bu yeni içtihatları etkisiz kılacak kanunlar çıkarmış⁶⁰⁶, Anayasa Mahkemesi de mülakat sırasında herhangi bir kayıt sisteminin kullanılamayacağı yönündeki bu kanun hükümlerine karşı açılan iptal istemlerinin reddine karar vermiştir⁶⁰⁷. Mahkemeye göre, yargı kararlarında yer alan mülakat veya sözlü sınavların kamerayla kayıt altına alınması ve böylece yargısal denetimin daha kolay bir şekilde yapılabilmesine imkân tanınması yönündeki değerlendirmelerin, anayasal denetimde bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Anılan kanun hükmü ise, idari yargı yolunu kapatan veya zorlaştıran bir hükme yer vermediğinden Anayasaya aykırı değildir. Danıştay ise, yakın tarihli kararlarında

⁶⁰³ Karatepe'ye göre, idare sınav kâğıtlarını değerlendirmede takdir yetkisine sahiptir. Fakat değerlendirmede kullanılan ölçüyü idarenin, *"farklı kâğıtlarda farklı şekillerde kullanmak gibi bir takdiri yoktur."* Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", s. 76. Ayrıca bkz. Yenice, "Not Takdiri ve Denetimi", s. 15 vd.

⁶⁰⁴ D8D, KT, 20.09.2004, E. 2004/341, K. 2004/333; D8D, KT, 20.09.2004, E. 2004/341, K. 2004/3332, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 31.01.2020).

⁶⁰⁵ "...tüm unsurları itibariyle yargısal denetimin yapılabilmesi ve hukuk devleti ilkesinin temini açısından; sözlü sınav komisyonu üyelerinin her biri tarafından değerlendirme yapılarak tutanağa bağlanmış soruların ve yanıtlarının neler olduğunun, bu yanıtlara komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmamış olması, ayrıca sözlü sınavda verilen yanıtların, teknolojik imkanlardan yararlanılarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınmaması nedeniyle davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır." D2D, KT, 07.10.2009, E. 2009/183, K. 2009/3413, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020). Ayrıca bkz. D5D, KT, 21.05.2008, E. 2007/1771, K. 2008/3008, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020). Ayrıca bkz. Halit Yılmaz, "Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar", *TBB*, Y. 23, S. 93, 2011, s. 35-52.

⁶⁰⁶ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, m. 27/4; 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, m. 17/6.

⁶⁰⁷ AYM, KT, 28.02.2013, E. 2011/21, K. 2013/36; AYM, KT, 01.03.2012, E. 2011/59, K. 2012/34; AYM, KT, 09.02.2012, E. 2010/93, K. 2012/20; AYM, KT, 14.04.2011, E. 2009/63, K. 2011/66, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

yine de sınavların tutanak altına alınmamasını bir hukuka aykırılık sebebi olarak görmüştür⁶⁰⁸.

Bir öğrenciye not verilmesi, jürinin bir adayı başarılı veya başarısız bulması gibi değerlendirme işlemlerinde idarenin değerlendirme yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda her ne kadar doktrin⁶⁰⁹ ve içtihatlarda bir birliktelik söz konusu değilse de, bu tür işlemlerin tümüyle değil de bir ölçüde yargısal denetime tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu tür durumlarda bile açık takdir hatası⁶¹⁰, ölçülülük ilkesi ve eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olabilir ki, bu durum işlemin iptalini gerektirir. Örneğin sınav değerlendirme kurulu üyelerinin puanları arasında fahiş farkların bulunması⁶¹¹, hayatın olağan akışına aykırı bir şekilde puanlandırmanın yapılması (adaya genel kültür ve alanla ilgili konularda tam puan verilirken, muhakeme gücü ve ifade yeteneği bağlamında 25 puan üzerinden 0 puan verilmesi), aynı sınava giren adayların farklı değerlendirme kriterlerine tabi tutulması gibi durumlarda iptal kararı verilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁶¹². Zira son zamanlarda Danıştay, sınavlara ilişkin yargı denetimini genişletmiştir⁶¹³.

Sonuç olarak yargı mercileri, sınav sonucunu ancak hukuka uygunluk açısından denetleyebilir. Kanaatimizce sınav sonucunun değerlendirme içeren kısmı açısından kısmen, sınavın yetki veya şekil/usul unsurları yönünden ise tam denetim yapılmaldır. Ancak yargı mercilerinin sınav sorularının seçimine, jüri üyelerinin belirlenmesine müdahale etmesi yerindelik denetimini oluşturur. Yani bir sorunun sorulması veya bir jürinin görevlendirilmesi hukuka uygun ise, yargı mercii neden bu

⁶⁰⁸ DİDDK, KT, 10.02.2020, E. 2018/2447, K. 2020/290; D12D, KT, 09.04.2019, E. 2015/2334, K. 2019/2550; D12D, KT, 22.01.2019, E. 2015/1713, K. 2019/353; D2D, KT, 03.12.2019, E. 2018/1109, K. 2019/6788, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁶⁰⁹ Bu konuda farklı görüşler için bkz. Balta, s. 136 vd.; Tuncay, s. 155-156.

⁶¹⁰ D5D, KT, 19.12.1996, E. 1995/1960, K. 1996/3949; D5D, KT, 27.05.1997, E. 1997/439, K. 1997/1110; DİDDK, KT, 22.03.1999, E. 1997/134, K. 1999/407; DİDDK, KT, 17.04.2008, E. 2005/270, K. 2008/1286; DİDDK, KT, 25.09.2008, E. 2006/1872, K. 2008/1742, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁶¹¹ D5D, KT, 09.12.1986, E. 1986/564, K. 1986/1372, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁶¹² Adayın çok fazla teknik bilgiye sahip olması, ancak muhakeme yapamaması, bilgiler arasında bağlantı kuramaması, doğru dürüst cümle kuramaması mümkündür. Ancak bu durum, adaya 25 puan üzerinden 0 puan verilmesini haklı göstermez. Kanaatimizce bu durum hayatın olağan akışına aykırıdır.

⁶¹³ Sözlü sınavlarında başarısız sayılma işlemlerinde hukukilik denetimi yapılabilmesi için bu sınavlarda soruların yanıtlarına komisyon üyelerince takdir edilen ve ilgili yönetmelikte belirlenen başarı düzeyinin altında olan puanların gerekçelerinin ortaya konulması gerektiği hakkında bkz. D2D, KT, 19.02.2015, E. 2014/8821, K. 2015/1537, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.07.2020).

soruyu değil de şunu sordun, neden bu kişi değil de şu kişi jüri olarak görevlendirildi diye denetim yaparsa yerindelik denetimi yapmış olur. Bununla birlikte sözgelimi sınavın mekânına ve zamanına müdahalede bulunulması ya da yüzyüze veya online yapılması gerektiğine karar verilmesi, yerindelik denetimi olur.

VI. HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ İLE YERİNDELİK DENETİMİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Bir idari işlemin tesisinde yerindeliğin tayini idareye aittir. İdarece alınan bir idari işleme karşı açılan davada hukuka uygunluk denetimi ve yerindelik denetimi arasındaki sınırın tayini ise yargı merciiine aittir⁶¹⁴. Yargı mercii, bu sınırın tayinini başta anayasal ve yasal hükümleri, akabinde ise içtihat ve doktrini dikkate alarak belirleyebilir. Bu bakımdan yargı mercii, her olaya özgü olarak denetim yapar ve her olaya özgü olacak şekilde hukukilik ile yerindeliğin sınırlarını belirler⁶¹⁵.

Yerindelik denetimi, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasıyla gündeme gelmiştir. Bu bağlamda hukuka uygunluk denetimi, yerindelik denetimin sınırının tespitinde odak noktası olarak ele alınmaktadır⁶¹⁶. Ancak aynı zamanda hukuka uygunluk denetimi ile yerindelik denetimi arasında kuvvetler ayrılığı gereği doğal bir sınırın varlığı da söz konusudur. Öteden beri varlığı kabul edilen bu önemli⁶¹⁷ doğal sınırı⁶¹⁸, kesin ve belirli çizgilerle tespit etmek hem doktrin hem de yargı mercileri için kolay değildir. Bu durum hukukilik denetimi ile yerindelik denetiminin “göreceliliği”nden kaynaklanmaktadır⁶¹⁹.

⁶¹⁴ Hukuka uygunluk denetiminin ve yerindelik alanının sınırı, yargı mercii tarafından çizilir. Ancak yargı mercii, kendi öznel değerlendirmesini idarenin öznel değerlendirmesi yerine koyduğunda, hukuka uygunluk denetimini aşmış, yerindelik denetimi yapmış demektir. Waline, “İdare Yargıcının İdari Tasarruflar Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 105-106.

⁶¹⁵ Yenice, Esin, s. 137.

⁶¹⁶ Yokuş, s. 312-315.

⁶¹⁷ Karahanoğulları, hukukilik-yerindelik ayırımına dayanan sınırlama yönteminin önemli olmadığını ifade eder. Yazara göre, yargı mercii bilirkişiden yaralandığından teknik verileri değerlendirme olanağına sahiptir. Bu itibarla yargı mercii, idarenin takdiri yetkiye dayanarak tesis ettiği işlemleri tam denetime tabi tutar. Karahanoğulları, “İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 58.

⁶¹⁸ Günday, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 144; Mehmet Ünlüçay, “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü”, *DD*, Y. 34, S. 107, Ankara 2004, s. 2; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, s. 12.

⁶¹⁹ Yargısal denetim yetkisinin nasıl kullanılacağı veya yargı mercilerinin ne yapabileceği hukuka uygunluk denetimi ile ilgili iken; yargısal denetim yetkisinin nasıl kullanılamayacağı veya yargı

Biz konunun daha iyi anlaşılması için Waline'in aşağıdaki sorulara aradığı cevaplardan faydalanabiliriz⁶²⁰:

1. Soru: Hukuk kuralları, idareyi böyle bir karar almaya zorluyor mu? Cevap olumlu ise bağlı yetki söz konusudur. Bu durumda yerinde görmese de, idarenin bu kararı almaktan başka çaresi yoktur. İdari yargı mercii, ancak idari kararın maddi ve hukuki sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini, alınan kararın konu bakımından hukuk kuralına uygun olup olmadığını inceleyip denetler. İdari yargı mercii, yaptığı denetimde bir hukuka aykırılık görmezse davayı reddeder. Aksi bir karar, yerindelik denetimi olur⁶²¹.

2. Soru: Hukuk kuralları, mecburiyet koşmamakla birlikte idareye bu kararı alma yetkisi veriyor mu? Cevap olumsuz ise, idare, kendini yetkili görürse ve arzu etse bile bu kararı almaktan kaçınmalıdır. Zira idarenin yetkili kılınmadığı bir alanda tesis edeceği işlem, hukuka aykırı olur. 2. soruya verilen cevap olumlu ise 3. soruya geçilmelidir⁶²².

3. Soru: Hukuk kuralları, mecburiyet koşmadığı halde bu kararı almak mı kamu yararına daha uygun düşer, yoksa almamak mı? Alınacaksa, hangi yer, zaman ve durumda veya hangi araç, gereç veya yöntemle bu kararı almak kamu yararına daha uygun düşer? Bu soruya idarece verilecek cevaplar, idarenin takdirinde olup idarenin en uygun ve yerinde tercih ettiği ile tercih etmediği diğer seçenekler eşit

mercilerinin ne yapamayacağı yerindelik ile ilgilidir. Benzer yönde bkz. Akılhoğlu, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", s. 21. Ancak hukuka uygunluk ve yerindelik denetimini her daim kat'i ve belirgin bir şekilde birbirinden ayırmak mümkün değildir.

⁶²⁰ Marcel Waline, "Le Pouvoir Discretionnaire de l'Administration et sa Limitation par le Controle Juridictionnel", Tome 47, 37e Année, *Revue de Droit Public*, Paris 1930, s. 205. Ayrıca bkz. Waline, "İdare Yargıcının İdari Tasarruflar Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", s. 105; Oytan, "Türkiye'de İdari Yargı Denetiminin Sınırları", s. 48.

⁶²¹ Waline, "Le Pouvoir Discretionnaire de l'Administration et sa Limitation par le Controle Juridictionnel", s. 205; Waline, "İdare Yargıcının İdari Tasarruflar Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", s. 105.

⁶²² Waline, "Le Pouvoir Discretionnaire de l'Administration et sa Limitation par le Controle Juridictionnel", s. 205; Waline, "İdare Yargıcının İdari Tasarruflar Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", s. 105.

değerdedir. Başka bir deyişle 3. sorunun cevabı idare için en doğru, uygun ve yerinde olan sonuç olup, diğer sonuçlar açısından aynı değeri ifade eder⁶²³.

Ancak 3. sorunun cevabı karşısında idari yargı mercii, hiçbir denetim yapamaz demek değildir. 3. sorunun cevabı karşısında idari yargı mercii, belli bir yere kadar inceleme ve denetleme yaptıktan sonra durmalıdır. İdari yargı mercii, 3. soruya verilen cevabı hukuka uygunluk açısından, yani idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları açısından denetlemelidir. Özellikle işlemin yetkili idare tarafından Hukuk kuralında öngörülen şekil ve usulde yapılıp yapılmadığı, işlemin sebeplerinin gerçekte gerçekleşip gerçekleşmediği, işlemin kamu yararı dışında bir amaçla⁶²⁴ tesis edilip edilmediği, yetkinin saptırılıp saptırılmadığı, sebep-konu arasında bağın olup olmadığı, hukuki veya maddi hatanın işlenmiş olup olmadığı, açık hatanın bulunup bulunmadığı gibi hususlar yargı mercii tarafından denetlenir. Bu hususlarda herhangi bir hukuka aykırılığın tespit edilememesi halinde yargı mercii, denetimi sonlandırmalı ve davada ret kararı vermelidir.

Son olarak şunu diyebiliriz ki, her durumda hukukilik ve yerindelik kavramları arasında belirli ve kesin sınırlar çizmek veya bu yönde bir beklentiye girmek doğru değildir. Çünkü bu kavramlar, olaya ve zamana özgü olarak değişebilmektedir. Kanaatimizce aşırıya gidilmediği sürece, bazen hukukiliğin yerindeliğe doğru genişlemesi daha mantıklı iken, bazen de tam tersi bir durumun olması daha mantıklı olabilir. Diğer bir söylemle hukukilik ve yerindelik kavramları elastiki bir yapıya sahiptir. Bu bağlamda hukuka uygunluk denetimi yapılırken denetimin derinliği veya yoğunluğunun her olaya özgü farklı bir biçimde yapılması kaçınılmaz olabilir. Örneğin bazı anabilim dallarında daha fazla ihtiyaç olmasına rağmen birbiri ardınca bir anabilim dalına makul kabul edilemeyecek bir oranda kadro verilmesi durumunda menfaati ihlal edilenin iptal talebi üzerine açılan davada mahkemenin vicdani

⁶²³ Waline, “Le Pouvoir Discretionnaire de l’Administration et sa Limitation par le Controle Juridictionnel”, s. 205; Waline, “İdare Yargıcının İdari Tasarruflar Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 105.

⁶²⁴ Kişisel bir amaç, siyasal bir amaç, bir kişiye yarar sağlamak ya da zarar vermek amacı veya hukuk kuralında belirtilen özel amaç dışında bir başka amaç güttüğünde tesis edilen işlem, amaç unsuru bakımından sakat olur.

kanaatine göre, denetimi idari işlemin özelliği gereği geniş yapması, aşikâr ölçüsüzlüğü sorgulaması ve iptal etmesi söz konusu olabilmelidir.

VII. YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞINA UYMAMANIN SONUÇLARI

Adli yargıdan ayrı olarak idari yargı yolunun öngörülmesinin sebebi, idareyi savunup bireyi ihmal etmek veya tam tersi bir durum tesis etmek değildir. İdari yargının görevi, idari eylem ve işlemleri hukuka uygunluk açısından denetlemektir. Ancak idari yargı, bu denetimi dikkatli biçimde gerçekleştirmezse, yani bir idari işlemi denetlerken hukukilik ile yerindelik arasındaki sınır konusunda ihtiyatlı davranmazsa, yargı ile yürütme arasında gerginlikler baş gösterir⁶²⁵. Bu itibarla idari yargı, yargılama yetkisinden kaynaklı sınırlamalara en çok uyması gereken, bu sınırları en doğru şekilde tatbik etmesi gereken yargı koludur. Zira idari yargı, adli yargıya nazaran idareyi daha çok tanıyıp bilen ve idare ile birey arasındaki menfaat dengesini daha doğru ve gerçekçi bir şekilde tesis edebilecek olan yargı mekanizmasıdır⁶²⁶.

Yasama ve yürütme organları, hukuk kuralları tarafından kendilerine verilen yetkileri aştıklarında, bu organları denetleyecek yasal mekanizmalar hukukumuzda öngörülmüştür. Ancak yargı organı, hukuk kuralları tarafından kendisine verilen yetkileri aştığında -kendisi hariç- kendisini denetleyecek herhangi bir mekanizma öngörülmemiştir. Başka bir deyişle, hukuk kurallarını ihlal edecek diğer organları denetleyen yargı organının, hukuk kurallarının dışına çıkmayacağı düşünülmüş ve öngörülmüş ise de bu kuralların dışına çıktığında yargı organını denetleyebilecek herhangi bir mekanizma veya yaptırıma yer verilmemiş, bunun yaptırımının ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu durum olsa olsa yargı organına duyulan güvenin bir

⁶²⁵ Benzen bir yönde bkz. Lord Justice Diplock, “Devlet Yönetiminde Yargıya Düşen Görev”, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, *AÜHFD*, C. 36, S. 1, Ankara 1979, s. 30 vd.

⁶²⁶ “Fransız Danıştay üyeliği görevini icra ederken, hukuksallık, saygı duyulması gereken temel haklar ile idarenin gereksinimleri arasında her zaman bir dengeyi korumak lazım. Her zaman mevcut iki unsur göz önünde bulundurulmalıdır. İdarenin gereksinimleri gözetilerek, temel haklar savunulmaktadır. Bu, biz Fransızların, Hukuk Devletine şekil verme yöntemimizdir. Bir hukuk Devletinde, bir tarafta idarenin gereksinimleriyle işlemesi gereken bir “Devlet”, diğer tarafta da “Hukuk”, yani temel haklar, insan hakları, herkesin hakları var.” Christian Vigouroux, “Fransız Danıştay’ı ve Yargı İçindeki Önemi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu*, 10 Mayıs 2013 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 84, s. 10.

gereğidir. Buna rağmen yargı mercii, bu sınırları aştığında yapılabilecek bir şey yoktur⁶²⁷. Zira yargı merciinin sınırları dâhilinde tesis ettiği hüküm ile sınırlarını aşip tesis edeceği hüküm aynı etki ve gücü ifade eder. Bu bağlamda yargı mercii tarafından gerçekleştirilen sınır aşımının en başta yargı merciine zarar vereceğini ifade etmemiz gerekir.

Yargı mercileri tarafından yerindelik denetimi yapılması, Anayasa ve İYUK'un amir hükümlerine aykırı karar verilmesi demek olup, bu durum, kanun yollarında bozma sebebi teşkil etmektedir⁶²⁸. Bu bağlamda yargı merciince hukuki nitelendirme ve değerlendirmenin doğru yapıp yapılmadığı yönündeki hata, yanlış ve eksiklikler hukuka aykırı bir karar vermeye götürecektir. Hukuka aykırı karar verilmesi de istinaf ve temyizde bozma sebebidir⁶²⁹.

Haklarında kanun yolu öngörülme-yen nihai kararlar ile istinaf sonucu verilip İYUK'un 46. maddesinde sayılan konular arasında yer almayan kararlarda yerindelik denetimi yasağına uyulmaması halinde, söz konusu bu kararlar denetim dışında kalmış olur. Diğer kararlar, Danıştayın denetiminden geçtiğinde yerindelik denetimi yasağının anlam, uygulama, kapsam ve sınırını Danıştay belirleyecektir. Bu bağlamda idari yargı mercilerinin yerindelik denetimi yasağına dair içtihatları önem arz etmektedir.

Yerindelik çizgisini çok geniş tutup “*takdir yetkisi alanının içine fazla çekmek, hukuka bağlı olmayan idare modelini*” ortaya çıkarabilir⁶³⁰ ki bu durum hukuk devleti ilkesi ile uyumsuz. Ancak yerindelik denetimi yasağına uyulmaması da yargı merciinin, idarenin faaliyet sahasına kaymasına sebep olur ki, bu durum da kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmaz⁶³¹.

⁶²⁷ Kaplan, s. 54.

⁶²⁸ D13D, KT, 09.03.2020, E. 2018/1733, K. 2020/779, <https://www.hukukturk.com> (E.T. 01.01.2021). Danıştay, idarece verilen dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, idare yerine geçerek karar verilmesi dolayısıyla idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir. D6D, KT, 12.10.2010, E. 2008/7711, K. 2010/9129; D6D, KT, 18.12.2006, E. 2006/5672, K. 2006/6292; D6D, KT, 03.05.2005, E. 2003/6468, K. 2005/2537, <https://www.hukukturk.com> (E.T. 01.01.2021).

⁶²⁹ Madde metnindeki ‘hukuk’ kavramı, maddi hukukun bütün kavramlarını (anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, uluslararası hukuk, yönetmelik, evrensel hukuk kuralları,...) ifade eder. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 800.

⁶³⁰ Güran, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 60.

⁶³¹ Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 58.

Yargı mercii, verdiği kararda gerçekte yerindelik denetimi yapsa da yerindelik denetimi değil, hukuka uygunluk denetimi yaptığını belirtmektedir. Çünkü yerindelik denetimi yasağı, tüm yargı mercileri tarafından bilinmektedir. Bu bağlamda verilen kararlarda yargı mercii, şekli anlamda da olsa yerindelik denetimi yasağına uymaktadır. Ancak verilen kararda gerçekte hukuka uygunluk denetimi değil de, yerindelik denetimi yapılması durumunda, yerindelik yasağını öngören ilgili Anayasa hükmü ihlal edilmiş olur.

Kimi zaman idari takdir ve yerindeliğin söz konusu olduğu idari işlemler, yargı mercii tarafından iptal edilince, bu kararlar basına yansıtılarak uzun süre tartışılmaktadır. Hukuk ve bilim dışında sürdürülen bu tartışmalar, kurumları yıpratmaktan başka bir sonuç vermez⁶³². Bu bağlamda yargı kararları, idare açısından bağlayıcı olup yerine getirilmesi gerekir. Bu itibarla idarenin, “*idari yargı mercilerinin vermiş olduğu kararlarda yerindelik denetimi yapılmıştır*” diyerek bu kararları yerine getirmemesi düşünülemez. Aynı şekilde verilen kararlar dolayısıyla idari yargı mercilerinin meşruiyetinin tartışılacak hale getirilmesi de kabul edilemez.

Yargı mercileri hukuka uygunluk denetimini aşarak yerindelik denetimi yaptığında, asıl görevini terk etmiş; idari yerindeliği ilgilendiren faaliyet alana müdahale etmiş demektir. Bunun neticesi olarak kanun koyucunun idari yargı mercisinin görev ve yetki alanı ile ilgili anayasal ve yasal daraltıcı düzenlemeler yapması muhtemeldir⁶³³. Bu itibarla yargı organı, günümüz devletlerinde en fazla üzerinde durulan organlardan biridir. İdari yargı organı ile ilgili anılan düzenlemelerin uygulayıcısı ise bizzat idari yargı olup, idari yargı mercileri bu hükümlere uymadığı zaman bu hükümlerin varlığının bir anlamı kalmayacaktır⁶³⁴.

Hukuk normları, idareye geniş bir serbestlik tanısa ve idare, kendi yetkisini düzenleyici veya bireysel idari işlemlerle veya yerleşik uygulamalarla belirlemese ve sınırlandırmasa da⁶³⁵ yargı mercisinin yapacağı, istisnai durumlar hariç hukuka

⁶³² Yenice, Esin, s. 135.

⁶³³ Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 161; Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 45.

⁶³⁴ Selman Özdemir, “Yerindelik Yasağı Kuralının İdarî Yargı Bakımından İncelenmesi”, *AD*, Y. 2018, S. 60, Ankara 2018, s. 19.

⁶³⁵ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 733.

uygunluk denetimi ile sınırlıdır. İdari yerindeliğe karşı yargı merciinin istikrarlı ve doyurucu gerekçelere dayalı hukuki kararlar vermesi gerekir. Ancak kişi, yer, zaman, olay ve şartlara bağlı olarak bazı hallerde hukukiliğin yerindeliğe doğru genişlemesi veya tam tersi bir durum, aşırıya kaçmamak koşuluyla mümkün olabilir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN TAKDİR YETKİSİ VE YARGISAL DENETİMİ

I. TAKDİR YETKİSİ KAVRAMI

İdareler, kanunlarla verilmiş görevleri, yine kanunlarda gösterilen usul ve esaslara uygun olarak yerine getirmekle yükümlü olup, kanunların imkân verdiği hallerde takdir yetkisini kullanabilirler. Yine idareler, kanunlarla yerine getirilmesi görev olarak yüklenmemiş talepleri karşılamazlar veya kanunlarda gösterilenin dışında usuller izlemezler⁶³⁶. Bu bağlamda idare, kanundan yetkiyi alır ve kanunun izin verdiği ölçüde bir serbestiye sahiptir. Bu durum bağlı yetki ve takdir yetkisi kavramları ile alakalıdır. Bu itibarla çoğunlukla bağlı yetki-takdir yetkisi birbiri ile yakından ilişkili olduğundan bu iki konuyu birlikte ele alıp karşılaştırmalı olarak analiz edeceğiz. İşte burada önce bağlı yetkiye, akabinde de takdir yetkisine değinmekte fayda görüyoruz.

A. Bağlı Yetki

1. Tanım ve Kavram

Hukuk kuralları ile idari işlemin tüm unsurları açıkça belirlenebilir⁶³⁷ ve bu noktada idareye belli bir yönde hareket etme, tasarrufta bulunma konusunda tercih hakkı bırakılmayabilir⁶³⁸. Önceden idareye sadece belli bir yönde hareket etme mecburiyeti yüklenilen bu durumlarda bağlı yetkiden söz edilir⁶³⁹. Diğer bir deyişle idarenin mevzuattan kaynaklı olarak başka bir yönde hareket etme ve karar alma ihtimali yok ise bağlı yetki söz konusudur⁶⁴⁰. Bu bağlamda bağlı yetki, mevzuat

⁶³⁶ D10D, KT, 08.10.2013, E. 2009/3337, K. 2013/7110, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.07.2020).

⁶³⁷ Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 376.

⁶³⁸ “...bağlı yetki içinde, yani belli hukuki durumun gerçekleşmesi halinde, hukuken belli edilen sonuçların uygulanmasının zorunlu olduğu hallerde bağlı yetkinin varlığından söz edilebilir.” D5D, KT, 06.04.1987, E. 1986/393, K. 1987/548, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.01.2020).

⁶³⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 426; Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 376; Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 202; Tuncay, s. 158-183; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 173; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 402; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 210; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1056.

⁶⁴⁰ “...idarenin bir yetkiyi kullanması, belli bir şeyi yapması ya da belli bir davranışta bulunması kesin bir biçimde emredilmiş ise bağlı yetkisinin söz konusu olduğu, bağlı yetkide işlemin tüm

hükümleri ile sıkı bir ilişki içerisinde olup, kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 57. maddesine göre “*Adaylık süresi içinde aylıktan kesme veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir.*” Bu düzenlemede idarenin yapacağı işlemin sebep unsuru (*aylıktan kesme veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası alma*) ve konu unsuru (*ilişik kesme*) açıkça belirtilmiştir. Yine örneğin üniversite, yaş sınırına ulaşan memuru emekliye sevk etmek ve sınava girerek fakülteye yerleşen kişinin başka engelleyici sebepler yoksa kaydını yapmak zorundadır. İdare, memur olma şartını sağlamayanların veya başta bu şartlara sahip olmakla birlikte sonradan bu şartları kaybedenlerin memurluk ile ilişkilerini kesme konusunda bağlı yetki içerisindedir⁶⁴¹. Bu durumlarda, emredici hükümler söz konusu olduğundan idareye tercih hakkı tanınmamıştır. İdare, hukuk normları ile konulan kurallara riayet etmek zorundadır.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun Ek 7. maddesine⁶⁴² göre, “*idareler, seçimler nedeniyle istifa edip, aday olamayan veya aday olup da milletvekili seçilemeyen memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevlerine geri dönme isteminde*” bulunmaları halinde bu taleplerini yerine getirme konusunda bağlı yetki içinde bulunmaktadır. Ancak bu kişiler, eski görevlerine bu kadronun boş olması halinde dönebilirler. Eski kadroları boş değilse eşdeğer başka bir kadroya atamalarının yapılması gerekir⁶⁴³.

Yetki, kanun ile verildiğinden idare, idari işlemin yetki unsurunda bağlı yetki içerisindedir. İdari işlemler kural olarak yazılı şekilde yapıldığından, idari işlemin şekli unsurunda idare, bağlı yetkiye tabidir. İdari işlemlerde tek genel geçer amaç kamu yararı olduğundan idare, idari işlemin amaç unsurunda bağlı yetki

unsurlarının hukuk kuralları tarafından önceden belirlendiği; idarenin bir tercih ya da seçim hakkı bulunmadığı; yani idarenin yasada gösterilmiş bulunan işlemi yapmak ya da kararı almak zorunda olduğu, yasada gösterilen işlem veya karardan farklı bir işlem yapar ya da karar alırsa hukuka aykırı davranmış olacağı...” DİDDK, KT, 15.03.2018, E. 2016/2746, K. 2018/1036, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.02.2020).

⁶⁴¹ D5D, KT, 18.11.1986, E. 1985/1253, K. 1986/1240, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 03.02.2020).

⁶⁴² “... milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler.”

⁶⁴³ D12D, KT, 09.06.2015, E. 2015/271, K. 2015/3780, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 04.02.2020).

içerisindedir. Bağlı yetki halinde idari işlemin sebep ve konu unsurları da hukuk kuralı ile önceden ölgörüldüğünden idare, bu unsurlar bakımından bağlı yetki içerisindedir. Bu itibarla bağlı yetki halinde idari işlemin unsurları bakımından idareye herhangi bir serbestlik ve tercih hakkı tanınmamaktadır.

2. İdari İşlemin Unsurlarındaki Sakatlıkların Bağlı Yetki ile İlişkisi

Bağlı yetki içinde bulunan durumlarda idarenin hukuk normunda öngörülenden farklı bir yönde hareket etmesi veya karar alması mümkün değildir. Zira bağlı yetki durumunda idari işlemin tüm unsurları hukuk normu tarafından belirlenmiştir. Bu durumda işlemi tesis eden idare, idari işlemi yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları açısından hukuka uygun yapmalıdır. Ancak normalde idari işlemin iptaline sebep olabilecek yetki, şekil ve amaç unsurundaki sakatlıkların, takdir yetkisinin aksine⁶⁴⁴ bağlı yetki halinde önemli bile olmayabileceği ifade edilmektedir⁶⁴⁵. Burada önemli olan hukuk kuralında öngörülen sebep-konu denklemini kurmaktır. Bu itibarla hukuk kuralı, sebebi ve alınması gerekli işlemi göstermiş ve buna bağlı karar da alınmış ise yetki, şekil ve maksat unsurundaki sakatlıkların önemini yitirebileceği belirtilmektedir⁶⁴⁶. Örneğin Gözler'e göre, bağlı yetki hâlinde usul kurallarına uymama veya yetki saptırması bir iptal nedeni değildir.

⁶⁴⁴ Bu konuda bkz. D5D, KT, 13.10.1993, E. 1992/5321, K. 1993/3753, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020).

⁶⁴⁵ Eğitim öğretim hizmetleri sınıfı 5. dereceli öğretmen kadrosunda olup 657 sayılı Kanun'un 68/B. maddesine aykırı olarak söz konusu hüküm uyarınca 4. derece öğretmen kadrosuna atanmış olması karşısında açıkça kanuna aykırı olarak atandığı 4. dereceli öğretmenlik kadrosundan alınması hakkında Danıştay, "... her ne kadar davacının öğretmenlikten memurluğa atanmasına ilişkin dava konusu işlemlerde usul ve yetkide paralellik ilkesine uyarlık bulunmadığı tesbit edilmiş ise de, idarenin belli bir yönde işlem tesisi için bağlı yetki içinde bulunduğu durumlarda yetkili makam ancak kanunda öngörülen işlemi yapmak zorunda olacağına göre, dava konusu işlemin davacının kanuna aykırı şekilde atandığı 4. dereceli öğretmenlik kadrosundan alınmasına ilişkin kısmı yönünden yetkili makam olan Belediye Meclis kararının alınmamış olması sonucu etkileyen bir durum olmadığını..." belirtmiştir. D5D, KT, 19.03.1999, E. 1996/315, K. 1999/740, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020). Öğrenim durumu itibarıyla esasen teknik hizmetler sınıfında çalıştırılmayacak olan davacının başka bir sınıfa nakli konusunda idare bağlı yetki içinde olduğundan bu konudaki işlemin tesisinde belediye encümeninden onay alınmamasının işlemi sakatlayacak nitelikte olmadığı hakkında bkz. D5D, KT, 25.12.1990, E. 1987/3150, K. 1990/3185, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020). Conseil d'État'nın da benzer yönde uygulaması için bkz. Alan, "Konu Unsuru Bakımında Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık", s. 335-336; Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitapevi, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 542.

⁶⁴⁶ Dündar, s. 179; Alan, "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", s. 40.

Yazara göre, bağılı yetki durumunda öngörülen sebebin ortaya çıkmasıyla idare, öngörülen konulu işlemi yapmak zorunda olduğundan, idarenin bu işlemi tesis ederken usul kurallarına uymaması⁶⁴⁷ veya işlemin amacıyla ilgili olarak zihninde hangi düşüncenin geçtiği önemli değildir. Dolayısıyla bu işlem, yetki saptırması nedeniyle iptal edilemez⁶⁴⁸.

Fransız Danıştay, bu durumu “geçersiz/etkisiz iptal sebepleri (*les moyens inopérants*)” olarak ele almaktadır⁶⁴⁹. Bu durumda tesis edilen idari işlem yetki, şekil ve amaç unsurları açısından hukuka aykırı olsa ve buna bağılı olarak yargı merciince iptal edilse bile idare, bağılı yetki gereği aynı işlemi, ama bu defa hukuka uygun bir biçimde tesis etmelidir. İdarenin aynı kararı alması gerektiği bu durumda iptal kararı vermenin, eğitici bir öneme sahip olsa da pratik bir amaca hizmet etmediği, idari yargı merciinin bu durumda hatayı göz ardı etmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵⁰.

Danıştay, 1 yıl 8 ay süre ile hapis cezasına çarptırılan davacının görevine bu konuda yetkili olmayan sıkıyönetim komutan yardımcısı tarafından son verilmesine ve karar bu yönünden kanuna aykırı olmasına rağmen, karar ile ilgili, “*bu sakatlık, idarenin bağılı yetki içinde bulunması nedeniyle dava konusu işlemin iptalini gerektirecek bir ağırlık taşımamaktadır. Çünkü kanunen yetkili olan makam da devlet memurları kanunun 98. maddesine göre davacının görevine son vermek zorunda olduğundan davacı hakkındaki işlem sonuç olarak değişmeyecektir.*”

⁶⁴⁷ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1095. Danıştaya göre, idare yargı kararlarını uygulamak bakımından bağılı yetki içinde olup yargı kararlarını uygulamak amacıyla yaptığı işlemde usulde paralellik ilkesine uymak zorunda değildir. “*Bu durumda, davacı 07/08/2012 günlü, 629 Sayılı müşterek kararname ile New York Eğitim Ataşeliği kadrosuna atanmış ise de anılan işlemin dayanağı olan Milli Eğitim Bakanlığı Yurtdışı Teşkilatına Sürekli Görevle Atanacak Personel Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesiyle 12. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 18/02/2013 günlü, YD İtiraz No: 2012/589 Sayılı kararıyla yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesi üzerine yargı kararlarının uygulanması konusunda bağılı yetki içerisinde bulunan idarenin müşterek kararname ile New York Eğitim Ataşeliği görevine atanan davacıyı Bakan oluru ile görevden almasına dair davaya konu işlemde hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.*” D2D, KT, 20.04.2017, E. 2016/12117, K. 2017/3237, <http://www.hukukturk.com>, 26.12.2020. Ayrıca bkz. D5D, KT, 24.06.2011, E. 2011/433, K. 2011/3618; D5D, KT, 06.11.1996, E. 1996/1997, K. 1996/3334, <http://www.hukukturk.com>, 26.12.2020.

⁶⁴⁸ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1102.

⁶⁴⁹ Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 40-41. Alan, “Konu Unsuru Bakımında Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 335, 339. Ayrıca bkz. Nuri Alan, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, *DD*, Y. 13, S. 50-51, s. 43.

⁶⁵⁰ André de Laubadère, *Traité de Droit Adminimtratif*, 6th Ed., 1973, s. 547, naklen Bermann, s. 220.

değerlendirmesini yapmıştır⁶⁵¹. Bu karardan hareketle bağlı yetki halinde Danıştayın “yetkinin kamu düzeninden olduğu” ilkesini “istisna” olarak genişlettiği görülmektedir⁶⁵². Danıştayın başka bir kararına göre, bağlı yetki halinde tesis edilmesi gereken idari işlem hukuk kuralında belli olduğundan, bu işlem başta yetkili olmayan bir makam tarafından tesis edilse bile sonradan yetkili makamın onayı ile yetkisiz makam tarafından tesis edildiği andan itibaren sonuçlarını doğurur. Örneğin hırsızlık suçundan mahkûm olma memuriyete engel olup, bunun fark edilmesi üzerine idare bağlı yetki içinde olup, kişinin görevine son vermek zorundadır. Göreve son verme konusunda da, mevzuatta yetkili kişi ve makamlar belirtilmiştir. Fakat bu konuda yetkili olmayan vali yardımcısının onayı ile bir kişinin görevine son verme işleminin yetkisizlik nedeniyle iptali üzerine, aynı doğrultuda, ancak bu kez yetkili makam tarafından işlem tesis edilmesi durumunda, tesis edilen ikinci işlem birinci işlem tarihinden itibaren geçerli olarak yürürlüğe konulur⁶⁵³.

Bağlı yetki durumunda tesis edilen bir idari işlemin unsurlarına farklı açılardan bakmak faydalı olabilir. Sebep ve konu unsurları bakımından baktığımızda bağlı yetki halinde idare, bir idari işlemi yapmak veya yapmamak zorundadır⁶⁵⁴. İdarenin bağlı yetki içinde idari işlemi yapmak zorunda olduğu hallerde, belirli koşul ve durumların gerçekleşmesi üzerine idare, harekete geçmek ve hukuk kuralında

⁶⁵¹ D5D, KT, 29.12.1982, E. 1980/11014, K. 1982/12942, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020).

⁶⁵² Yetki, kamu düzenindendir. Bu bakımdan idari davalarda yetki unsuru yönünden hukuka aykırılık, davanın her aşamasında mahkemece davanın her aşamasında kendiliğinden gözetilir. Ayrıca yetki unsurundaki hukuka aykırılıklar, taraflarca da her zaman ileri sürülebilir. Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 403; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 342-343.

⁶⁵³ D5D, KT, 24.12.1991, E. 1990/2882, K. 1991/2566, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.02.2020).

⁶⁵⁴ “2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun “Koruma Bölge Kurullarının görev, yetki ve çalışma şekli” başlıklı 57. maddesinde, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına dair uygulamaya yönelik kararlar almak, Koruma Bölge Kurullarının görev ve yetkileri arasında düzenlenmiştir. Kanunun “Kararlara uyma zorunluluğu” başlıklı 61. maddesine göre de kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişiler, Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına uymak zorundadır... Dava konusu taşınmazın gerek kentsel sit alanında kalması gerekse korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliği taşıması nedenleriyle, 2863 Sayılı Kanun’un yukarıda belirtilen 57. maddesi uyarınca, taşınmazda yapılan aykırı uygulamaların yıkımına yönelik karar almak yetki ve görevinin Ankara I Numaralı Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kuruluna ait olduğu; aynı Kanunun 61. maddesi uyarınca, Kurulca verilen kararları yerine getirmekle görevli olan Göynük Belediyesinin ise, bağlı yetki içerisinde bulunduğu açıktır. Bu sebeple, Kurulca, garaj müştemilatı dışında duvar vb. herhangi bir yapının yıkımına yönelik karar alınmamışken, bağlı yetki içerisinde bulunan davalı Belediyece duvarın da yıkılmasına dair işlem tesis edilmesi mümkün değildir.” D14D, KT, 07.02.2017, E. 2016/2213, K. 2017/580, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 07.02.2020).

öngörülen işlemi yapmak zorundadır. İdare, belirli koşul ve durumların gerçekleşmesine rağmen hukuk kuralında öngörülen işlemi yapmaz ise⁶⁵⁵ ret işlemi, başka bir işlem yaparsa⁶⁵⁶ hukuka aykırı işlem tesis etmiş olur ki bu durumda hukuka aykırı davranmış olur. Başka bir deyişle bağlı yetki halinde hangi şartların veya durumların ya da sebebin gerçekleşmesi halinde idarenin hangi işlemi tesis edeceği, yani idari işlemin sebebi ve konusu belirlenmiştir⁶⁵⁷. İdarenin hukuk kuralında öngörülen sebep gerçekleşmesine rağmen, belirlenen konuda idari işlemi tesis etmemesi veya başka bir işlem tesis etmesi durumunda işlem konu bakımından hukuka aykırı olur. Bu durumda iptal davası açılması halinde iptal kararı verilmesi gerekir.

Bağlı yetki durumunda idarenin yapacağı şey, iyi bir gözlemci olmak ve hukuk kuralının aradığı koşulların doğması halinde yine hukuk kuralının öngördüğü biçimde işlem yapmaktır⁶⁵⁸. İdare, kanunen öngörülmüş sebep unsurunu oluşturan vakıa, fiil ve durumların gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyecek ve ona göre karar verecektir. Örneğin yaş haddini doldurun memurun emekli edilmesi zorunludur. Bu durumda idarenin yapacağı şey, emekli edilme işleminin sebebi olan yaş şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek ve tespiti olumlu ise memuru emekli etmektir. Ancak bu durumda dahi idare, bir robot durumunda olmayıp idari işlemin sebep unsuru olarak görülen vakıa, fiil ve durumun mevcut olup olmadığını araştır ve yaptığı tespite göre karar verir⁶⁵⁹. Bağlı yetki durumunda idari yargı mercii

⁶⁵⁵ Chapus, bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda idarenin hukuk kuralında öngörülen işlemi yapmamasının hukuki hata (erreur de droit) oluşturacağını belirtir. Chapus, s. 1056.

⁶⁵⁶ “Danıştay içtihatları ile getirilen usulde paralellik ilkesi, idari işlemlerin mevzuatta aksine bir hüküm bulunmadığı sürece tesis edildikleri usul uygulanarak geri alınabileceğini ifade etmekle birlikte, hukukun belli bir davranışı idareye emretmesi olarak da ifade edilebilecek olan bağlı yetki durumunda bu ilkenin uygulanmaması idari işlemi şekil ve yetki yönünden sakatlayan bir hukuka aykırılık olarak görülmemektedir. Başka bir anlatımla bağlı yetki kuralları çerçevesinde tesis edilen işlemlerde usulde paralellik ilkesinin aranmasına gerek bulunmamaktadır.” D13D, KT, 30.03.2017, E. 2014/1898, K. 2017/869, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 07.02.2020).

⁶⁵⁷ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 210.

⁶⁵⁸ Eroğlu, s. 49; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1056; Daştan, s. 322. Ayrıca bkz. Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 32.

⁶⁵⁹ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1058. Zabunoğlu’na göre, bu durumda bile “idarenin otomatik olarak ya da yüzeysel bir inceleme ile yasadaki sebebin varlığından hareketle, konusu belirli bir işlemi kurması beklenmemelidir. İdare, bağlı yetkinin var olması halinde de, kilit ve anahtar öge durumunda bulunan SEBEP ögesini usulünce araştırmak, onun gerçekten var olup olmadığını tespit ettikten sonra işlemini kurup uygulamak durumundadır.” Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 367.

ise hukuk normu ile yapılması öngörülen konusunda bağlı yetki içinde bulunduğunun tespiti yapmaktaki ve aksi yönde işlem tesis edilmiş ise iptal kararı vermektedir.

Yetki, şekil ve amaç unsurları bakımından baktığımızda ise bağlı yetki halinde, idarenin tamamen serbest olmadığı düşüncesindeyiz⁶⁶⁰. Örneğin idarenin bağlı yetki içinde bulunduğu, ancak bir makamın onayı alındıktan sonra idari işlemin tesisi gerektiği durumlarda onay alınmadan işlem tesis edilirse işlem hukuka aykırı olur⁶⁶¹. Yine örneğin bir memur hakkında disiplin soruşturması yürüten idarenin mevzuata aykırı soruşturmacı tayini veya savunma hakkı verilmeden disiplin cezası vermesi halinde tesis ettiği işlem hukuka aykırı olur. Bu durumda işlemin iptal edilmesi gerekir.

Bağlı yetki durumunda işlemin yetki, şekil ve amaç unsurlarındaki sakatlıkların önemli olmayacağını mutlak bir şekilde kabul etmek, yetkili olmayan idarelerin, şekil kurallarına uymadan başka amaçlarla işlem tesis etmelerine yol açabilir. Ayrıca bu durum, idari işlemlerin özensiz bir biçimde tesis edilmelerine ve hukuki temele dayanmayan bir nitelik kazanmalarına sebep olabilecektir.

Bağlı yetki durumunda, idarenin hukuk kuralında öngörülen usul ve esasları uygulamaması hizmet kusuru (hizmetin hiç işlememesi, eksik ya da geç işlemesi durumu) teşkil etmekte⁶⁶² ve idarenin sorumluluğuna sebep olmaktadır⁶⁶³. Başka bir deyişle bağlı yetki durumunda hukuk normu yapılması gerekenleri açıkça öngördüğünden aksi yönde bir tutum, hukuka aykırılık oluşturup idare açısından hizmet kusuru teşkil etmekte ve sorumluluk doğurmaktadır.

B. Takdir Yetkisi

İdarenin tüm faaliyetleri bağlı yetkiye tabi değildir. Zira hukuk kurallarıyla günden güne artan ve daha karmaşık hale gelen her idari konunun bütün yönleriyle önceden öngörülerek ayrıntılı olarak düzenlenmesini veya idareden her durumda aynı

⁶⁶⁰ Benzer yönde bkz. Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 372.

⁶⁶¹ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 168.

⁶⁶² Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 541; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 167.

⁶⁶³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 72.

şekilde karar vermesini beklemek mümkün değildir⁶⁶⁴. Dolayısıyla hayatın olağan akışı içerisinde idareye takdir yetkisinin tanınması gerekir⁶⁶⁵.

Kamu hizmetlerinin nitelikleri de idareye farklı hareket yöntemlerine başvurmalarını gerekli kılar⁶⁶⁶. Zira harekete geçme zamanını, davranış şekli ile yerini ve birkaç seçenekten birisini seçmeyi idareye bırakmak, idareye bir esneklik ve gelişen koşullara göre daha yerinde ve hızlı cevap verme olanağı sağlamaktadır⁶⁶⁷. Bu bakımdan sürekli bir değişim içinde olan toplumsal ihtiyaçlara idarenin en az giderle ve mümkün olan süratle cevap verebilmesi, hukuk sınırları içinde kalmak şartıyla idareye serbest hareket alanı tanınması ile sağlanabilir.

Yürütme organının bir parçası olan idarenin ve idare içerisindeki kurum, makam ve birimlerin yapılan düzenlemelere bağlı olarak zaman içerisinde takdir yetkisi genişleyip daralabilir. Ayrıca ülkelerin kendi özelliklerine ve tarihine bağlı olarak kabul ettikleri sistem, takdir yetkisinin alanını doğrudan etkilemektedir. Örneğin Türkiye’de 1924 Anayasası’nda yürütme, yasama organına tabi bir görev olarak düzenlenmiş ve yürütme görevinin ancak kanunun verdiği yetkiye bağlı olarak yerine getirilebileceği kabul edilmiştir. 1961 Anayasası’nda yürütme, yasamadan ayrı bir organ olarak, ancak yine bir görev olarak düzenlenmiş ve kanunlardan aldığı görevleri yerine yetiren düalist (iki başlı, Cumhurbaşkanı-Bakanlar kurulu) bir cihaz olarak düzenlenmiştir. Anayasa’da 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklik üzerine, yürütme organına KHK çıkartma yetkisi verilerek yürütme organı güçlendirilmiş, ancak idari yargı denetimine anayasal sınırlar çizilmiştir. 1982

⁶⁶⁴ Onar’a göre, hukuk kuralları, idari faaliyetlerin bütün detayını düzenleyemez. İdareye bazı hallerde takdir yetkisi tanınabilir. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 420-421. Ayrıca bkz. Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 403; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 211.

⁶⁶⁵ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 420; Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 337-338; Günday, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 145; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 499; Tan, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, s. 412; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 174-175; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 403; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 211; Atay, *İdare Hukuku*, s. 499-500; Bayraktar, s. 259-260.

⁶⁶⁶ Ayrıca bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 421 vd.; Kemal Galip Balkar, “İdarenin Takdir Salahiyeti”, *AÜSBFD*, Y. 1956, C. 11, S. 4, s. 124-134; Kemal Galip Balkar, “İdarenin Takdir Salahiyetine Dair Devlet Şurası Dava Daireleri Umumi Heyetinin Bir Prensip Kararı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 16, S. 4-5, 1959, s. 214-215; Sürbehan, s. 77-106; Akyılmaz, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, s. 23-24; Kahn, s. 525.

⁶⁶⁷ Daştan, s. 322.

Anayasası’nda yürütme organı, artık sadece bir görev değil, “görev ve yetki” olarak düzenlenmiş, yürütme organına KHK çıkartma yetkisi verilmiş, olağanüstü hallerde çıkarılan KHK’lar ve Hakimler ve Savcılar Kurulu kararları ile Yüksek Askeri Şura kararları gibi bazı işlemler bizzat Anayasa ile yargısal denetim dışında tutulmuş, yerindelik denetimi yasağı açıkça vurgulanmış, Cumhurbaşkanına, Cumhurbaşkanlığı teşkilatını düzenlemeye ilişkin olarak doğrudan Anayasa’dan kaynaklanan bir yetki verilmiştir. 1982 Anayasası’nda yapılan 2017 Anayasa değişikliği ile parlamenter hükümet sisteminden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiş, yürütme organı düalist yapıdan Cumhurbaşkanınca temsil edilen monist bir yapıya dönüştürülmüş, Cumhurbaşkanına bizzat Anayasa’dan kaynaklı düzenleme (Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartma) yetkisi verilmiştir. Bu itibarla geçmişten günümüze doğru gelindiğinde idareyi güçlendirmeye yönelik olarak idarenin takdir yetkisinde bir genişleme olduğunu söyleyebiliriz. Bu itibarla takdir yetkisi, günümüz hukuk sistemlerinde gerekli olan önemli konulardan biridir⁶⁶⁸.

1. Tanım ve Kavram

Takdir (تقدير) kelimesi, Arapça “kadere” kökünden gelmekte olup “beğenme, beğenip belirtme, değer verme” anlamlarına gelecek şekilde kullanılmaktadır⁶⁶⁹. Takdir yetkisi ise, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ne göre, “takdir hakkı” olarak kullanılmaktadır⁶⁷⁰. Doktrinde takdir yetkisi, “takdir hakkı”, “takdir vazifesi”, “takdir kudreti”, “takdir selahiyeti”, “takdir kudret ve selahiyeti” olarak da kullanılmaktadır⁶⁷¹. Ancak biz çoğunluğun söylediği gibi maksadı ifadeye en uygun olan ve en yaygın olarak kullanılan olarak “takdir yetkisi” kavramını kullanacağız.

⁶⁶⁸ Takdir yetkisinin gerekliliği hakkında ayrıca bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 421 vd.; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 211; Azrak, *Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları*, s. 68; Balkar, “İdarenin Takdir Salahiyeti”, s. 124-134; Balkar, “İdarenin Takdir Salahiyetine Dair Devlet Şurası Dava Daireleri Umumi Heyetinin Bir Prensip Kararı”, s. 214-215; Sürbehan, s. 77-106; Bahtiyar Akyılmaz, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, Y. 1998, S. 1, s. 23-24; Kahn, s. 525; Singh, s. 83. İdare hukukunda önemli bir yeri olan takdir yetkisi ile idare, sorunların birçoğunun çözümünü ortaya koyar. Charles H. Koch Jr., “Judicial Review of Administrative Discretion”, *George Washington Law Review*, May 1986, Vol. 54, No. 4, s. 469.

⁶⁶⁹ <http://tdk.gov.tr> (E.T. 01.02.2020).

⁶⁷⁰ <http://tdk.gov.tr> (E.T. 7.02.2020).

⁶⁷¹ Bu konuda bkz. Zanobini, s. 75; Sait Güran, “İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi”, *İÜHF*, Y. 1963, C. 29, S. 1-2, s. 157 vd; Onar, *İdare Hukuk Umumi Esasları*, s. 420; Balkar,

Genelde Avrupa dillerinde Latince kökenli “*discretion*” olarak ifade edilen takdir yetkisi (*discretionary power, pouvoir discrétionnaire*), Fransa’da modern anlamda 1930’lardan beri tartışılmakta ve teorisyenler tarafından “*verilen hedeflere ulaşmak için mevcut araçlar arasında bir seçim*” olarak tanımlanmaktadır⁶⁷². Mevzuatımızda ise takdir yetkisi, tanımlanmamıştır. Bu itibarla doktrinde takdir yetkisinin tanımı ile ilgili farklı görüşler ve pek çok tartışma mevcuttur. Bir görüşe göre takdir yetkisi, belli sebepler sebebiyle idareye tanınan serbest alandır⁶⁷³. Bir diğer görüşe göre takdir yetkisi, “*belli olguların varlığı halinde, idarenin serbestçe ya da mevcut seçeneklerden birini uygun gördüğünce tercih ederek karar alma imkânıdır.*”⁶⁷⁴ Başka bir görüşe göre, takdir yetkisi, idarenin maddi ve hukuki olayları belli bir konudaki faaliyete “sebeplere” olarak kabul edip edememesinde veya belli sebeplerin varlığı karşısında belli bir konudaki bir kararı alıp alamamasında ortaya çıkar⁶⁷⁵. Diğer bir görüşe göre ise idarenin serbestçe hareket edebildiği ve idareye, takip edeceği yol daha önce bir hukuk kaidesi ile bildirilmediği durumlarda takdir yetkisi söz konusudur⁶⁷⁶. Bu durumda idare hareket geçip geçmeme konusunda bir takdir yetkisine sahiptir⁶⁷⁷.

“İdarenin Takdir Salahiyeti”, s. 124-134; Sürbehan, s. 77-106; Roger Bonnard, “İdarenin Takdir Selâhiyeti”, Çev. Samim Bilgen, *TİD*, Y. 15, S. 171, Kasım-Aralık 1944, s. 102-111; Atalay Akan, “İdarenin Takdiri Tasarruflarının Kazaî Kontrolü”, *İdare Dergisi*, Y. 21, S. 205, Temmuz-Ağustos 1950, s. 3-18; Baha Kargın, “İdarenin Takdir Hakkı”, *TİD*, Y. 28, S. 245, Mart-Nisan 1957, s. 71-84; Baha Kargın, “Takdir Hakkının Şumulu ve Sınırları”, *TİD*, Y. 30, S. 256, Ocak-Şubat 1959, s. 11-21; Selâmi Celâyir, “İdarenin Takdir Hakkı Prensibi ve Görülen Lüzum Telâkkisi”, *TİD*, Y. 30, S. 257-258, Mart, Nisan - Haziran 1959, s. 95- 101; Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 69-70; Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 132.

⁶⁷² Kahn, s. 524.

⁶⁷³ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 211.

⁶⁷⁴ Yayla, *İdare Hukuku*, s. 190. Ayrıca bkz. Daştan, s. 323.

⁶⁷⁵ Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 211. Ayrıca bkz. Günday, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 146. Atay’a göre takdir yetkisi, “*idarenin etkinliklerinin ayrıntılı düzenlenememesine bağlı olarak yürüteceği hizmetin doğasına uygun düşen tasarruflarda bulanabilme yeteneği*” olarak tanımlanır. Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 16. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince 11 Mart 1980 tarihinde kabul edilen İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80) 2 sayılı Tavsiye Kararı’nda takdir yetkisi, “*bir idari makama alınacak karara ilişkin olarak belli ölçüde serbestlik tanıyan, yasal olarak kabul edilebilir birkaç karar arasından en uygun bulduğu kararı seçmesine olanak sağlayan yetki*” olarak tanımlanmıştır. <https://rm.coe.int/16804f22ae> (E.T. 10.02.2020). Aynı yönde bkz. Onur Karahanoğulları, “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, *AÜHFD*, Y. 1996, C. 45, S. 1-4, s. 327-328; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 216.

⁶⁷⁶ Visalettin Pekiner, “İdarenin Takdir Yetkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1961, S. 4, s. 2. Karatepe, takdir yetkisini “*idarenin yetkili olduğu alanlarda daha önceden bir hukuk kuralı ile kesin şekilde*

Takdir yetkisi, idareye tanınan yasal sınırlar içerisinde idarenin serbestçe hareket etme, serbest karar alma ve alınacak kararlar arasında seçim yapma yetkisi olarak ifade edilmektedir⁶⁷⁸. Ayrıca idarenin nerede ve nasıl bir tasarrufta bulunacağı önceden kesin bir şekilde belirlenemediği zaman, durumun gereklerine göre idareye belli ölçüde açık ya da üstü kapalı bir şekilde az veya çok, şu veya o bu yönde esneklik, hareket serbestisi tanınmasına takdir yetkisi denir⁶⁷⁹.

Takdir yetkisi halinde idare, birden fazla karar arasında tercih yapma hakkına sahiptir⁶⁸⁰. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak genel şartlar belirlenmiş, özel şartlar arasında *"kurumların özel kanun ve diğer mevzuatında aranan şartları taşımak"* ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile idarelere özel şart getirme konusunda kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olarak takdir yetkisi verildiği anlaşılmaktadır⁶⁸¹. Yine örneğin il genel meclisi, mülkiyeti il özel idaresine ait olan binayı hizmet binası veya lojman olarak kullanması yerine, satımı cihetine gidebilir ki, bu durum idarenin takdirindedir⁶⁸². Aynı şekilde, idareye bir kamu hizmetinin görülmesi için gerekli taşınmazı satın almak veya kiralamak görev ve yetkisi verilmişse ya da sosyo-ekonomik koşullarında bir farklılık olmayan A ve B semtlerinden birisinde serbest

belirtilmemiş birden çok hareket tarzından dilediği birini seçme serbestisi" olarak ifade etmiştir. Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", s. 71.

⁶⁷⁷ Martin Shapiro, "Administrative Discretion: The Next Stage", *The Yale Law Journal*, Vol. 92, 1983, s. 1509. Giritli ve arkadaşlarının müşterek yazdığı eserde takdir yetkisi, *"belirli koşullarda idarenin şu ya da bu yönde hareket etme serbestliğinin, gücünün, olanağının bulunması"* olarak tanımlanmıştır. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 109.

⁶⁷⁸ Yayla, "İdarenin Takdir Yetkisi", s. 202; Pertev Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri İdare Hukukuna Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s. 290; Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", s. 175-177; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 404; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 211; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1060.

⁶⁷⁹ Ayrıca bkz. Balta, s. 85; Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 420; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 499; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 211-212.

⁶⁸⁰ Adnan Gerçek, "Vergi Hukuku Alanındaki Takdir Yetkisinin Kullanılmasında İdarenin ve Memurun Sorumluluğu", *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. XXIX, S. 2, 2010, s. 25. *"İdareye, değerlendirme alanı ve idari işlemi özgürce belirleme olanağı kazandıran takdir yetkisinin kullanılmasında, kamu hizmeti gereklerinden ve kamu yararından uzaklaşılması, idari faaliyetlerin özensiz yürütülmesine ve yasal nedenlere dayanmayan bir nitelik kazanmasına sebep olabilecektir. Bu itibarla, keyfi uygulamalara neden olmamak için, idarenin teklif ve değerlendirme yetkisi alanında yaptığı işlemlerde de, hukuken geçerli sebeplerin bulunmasının zorunlu olduğu açıktır."* D16D, KT, 15.02.2016, E. 2015/17504, K. 2016/482, DD, S. 142, s. 266.

⁶⁸¹ D12D, KT, 3.2.1999, E. 1998/547, K. 1999/112, <http://www.danistay.gov.tr> (E.T. 09.02.2020).

⁶⁸² D17D, KT, 07.12.2015, E. 2015/6089, K. 2015/5672, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.02.2020).

iradesine göre bir kamu hizmetini kurup faaliyete geçirebilecekse, idare, takdir yetkisini kullanacak demektir.⁶⁸³

Takdir yetkisi özünde belli ölçüde serbestlik ve seçenekli hususları barındırır. Örneğin idari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisi söz konusu ise idare, sebebi serbetçe belirleyebilir. Akabinde sebep gösterebilir veya göstermeyebilir ya da sebeplerden birini ya da birkaçını gösterebilir. Yine örneğin idari işlemin konu unsurunda takdir yetkisi söz konusu ise idare, işlemi belli ölçüde değerlendirdikten sonra işlemi yapabilir veya yapmayabilir ya da işlemlerden birini yapabilir. Bu itibarla takdir yetkisi, idarenin belli maddi ve hukuki olayları işleme sebep olarak alıp almayacağı, alacaksa bu sebepler arasında dilediğini seçme veya belli konuda bir karar alıp almayacağı veyahut belli konulu kararlar arasında dilediğini seçme hususundaki serbesliği ifade eder.

2. Takdir Yetkisi ve Bağlı Yetki Etkileşimi

Takdir yetkisi, idareye harekete geçip geçmeme, geçecekse yer ve zamanı seçme ve seçenekler arasında tercih edebilme yetkisini verir. Ancak takdir yetkisinin bulunduğu her durumda bağlı yetki tamamen ortadan kalkmayabilir. Takdir yetkisi ile bağlı yetki, duruma bağlı olarak bir idari işlemde bir arada bulunabilir⁶⁸⁴. Bu husus, idari işlemin unsurları bakımından kendini gösterebilir. Zira idari işlemin bir unsurunda bağlı yetki söz konusu iken diğer bir unsurunda takdir yetkisi söz konusu olabilir. Bu durumda bir unsorda veya diğer unsurlarda takdir yetkisinin bulunması işlemin bütününe etki etmez ve onu tamamen takdiri bir işlem haline getirmez⁶⁸⁵. Örneğin idari işlemin yegâne amacı kamu yararı olduğundan, her idari işlemde idare amaç unsuru bakımından bağlı yetki içindedir⁶⁸⁶. Ayrıca yetkiler kanun ile

⁶⁸³ Yenice, Esin, s. 131.

⁶⁸⁴ Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 24 vd.; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 210; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 179; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1058-1059.

⁶⁸⁵ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 426; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 179.

⁶⁸⁶ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 405.

verildiğinden idari işlemin yetki unsurunda ve idari işlemler kural olarak yazılı şekilde yapıldığından şekil unsurunda takdir yetkisi söz konusu değildir⁶⁸⁷.

Takdir yetkisi ve bağlı yetki ilişkisi idari işlemin sebep ve konu unsurlarında farklılık arz edebilir. Örneğin Kamulaştırma Kanunu’nun 12. maddesine göre, “*Bir kısmı kamulaştırılan taşınmaz maldan artan kısmı yararlanmaya elverişli bir durumda değil ise, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda dava açılmayan hallerde mal sahibinin en geç kamulaştırma kararının tebliğinden itibaren otuz gün içinde yazılı başvurusu üzerine, bu kısmın da kamulaştırılması zorunludur.*” Bu hükümden hareketle idare tarafından yapılacak kamulaştırma işleminin nedeni, “*yararlanmaya elverişli*” değerlendirmesidir. Burada neden unsurunda bir değerlendirme yapma imkânına sahip olan idare, bir kısmı kamulaştırılan taşınmaz maldan artan kısmın “*yararlanmaya elverişli*” olmadığı kanaatine vardığında, bu kısmı da kamulaştırmak zorundadır. Bu durumda tesis edilen kamulaştırma işleminin neden unsurunda takdir yetkisi söz konusu iken, konu unsurunda bağlı yetki söz konusudur⁶⁸⁸. Ancak doktrinde, bu durumlarda tesis edilen idari işlemlerde bağlı yetki ve takdir yetkisinin bir arada bulunmadığı, sadece takdir yetkisinin bulunduğu da belirtilmektedir⁶⁸⁹.

Doktrindeki başka bir görüşe göre de, “*en bağlı yetki hallerinde bile idarenin serbestçe hareket ettiği veya pasif kaldığı durumlar*” bulunabilir⁶⁹⁰. Örneğin, İYUK’un 28. maddesine göre idare, yargı kararlarını yerine getirme konusunda bağlı

⁶⁸⁷ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 404-405. Ayrıca bkz. Atay, *İdare Hukuku*, s. 507. Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 368-369.

⁶⁸⁸ Benzer yönde bkz. İmar Kanunu madde 22 ve 30. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Çekilme” başlıklı 94. maddesine göre bir memurun görevi terk etmesinin “kesintisiz 10 gün devam etmesi” ve “bu terkin izinsiz olması” veya “ileri sürülen mazeretin kurumca kabul edilmemesi” halinde çekilmiş sayılır. Buna göre, “görevi terk etmenin kesintisiz 10 gün devam etmesi” şartı yanında, “bu terkin izinsiz olması” hali görevden çekilmiş sayma işlemi bakımından amiri bağlı yetkili kılmaktadır. Ancak görevi terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi şartı yanında, “kurumun, mazeretin kabul edilebilirliği konusunda” takdir yetkisi söz konusudur. Bu durumda aynı sonuç konusunda bir yanda hukuk kuralı sebebi açıkça belirtmiş ki bu durumda bağlı yetki, diğer yanda sebep konusunda idare bir serbestiye sahiptir ki bu durumda ise takdir yetkisi söz konusudur. Ayrıca bkz. D5D, KT, 13.10.1993, E. 1992/5321, K. 1993/3753, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.06.2020).

⁶⁸⁹ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 164-165; Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 539-540.

⁶⁹⁰ Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 202. Ayrıca bkz. Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 179.

yetkiye tabidir. Ancak süre konusunda idareye tanınan takdir yetkisi, her hâlükârda otuz gün ile sınırlıdır. İdarenin çıkarmakla yükümlü olduğu yönetmeliği çıkarma süresi veya tüm derslerini başarı ile vermiş öğrenciye diploma verme süresi ise “makul süre” ile sınırlıdır. Aynı şekilde hukuk devletinde idareye tanınmış mutlak manada “takdiri işlem” sahası yoktur⁶⁹¹. Mutlak manada “takdiri işlem” sahası, her türlü denetimden bağışık tutulmayı gerektirir ki bu durum hukuk devleti anlayışıyla uyuşmamakta ve böyle bir davranış temel hak ve hürriyetlerin ihlaline yol açabilmektedir⁶⁹².

Karatepe’ye göre, uygulamada, tüm unsurları bakımından bağlı yetkili ya da tüm unsurları bakımından takdir yetkili bir işlem bulunamaz; idarenin yetkileri “takdir yetkisi” ve “bağlı yetki” diye kesin bir şekilde ikiye ayrılamaz. Bu nedenle yapılan ayırım, mahiyet farkından değil, yargı denetiminde kolaylık sağlaması bakımından önem taşır⁶⁹³.

Alan’a göre, idarenin idari işlemin bütün unsurlarına şamil bir takdir yetkisi hiçbir zaman mümkün değildir⁶⁹⁴. Zira idare, idari işlemin bazı unsurları bakımından belirli kaidelere uygun hareket etmek, belli sınırları geçmemek zorundadır ki bu anlamda bağlı yetki içinde bulunur. Bu bağlamda örneğin idari kararlar ancak yetkili kişiler ile alınır, idarece izlenecek amaç daima kamu yararadır ve idari kararın dayandığı vakıalar hukuken ve maddi olarak doğru olmalıdır. Aynı şekilde tam bir bağlı yetki hali de, ancak istisnai bazı hallerde görülür. Örneğin bir kararı almak zorunda olan idare, belli bir ölçü içinde, işlemi yapacağı anı seçmek konusunda bir serbestiye sahiptir⁶⁹⁵.

Kanaatimizce “en katı bağlı yetki” halinde takdir yetkisi, “en katı takdir yetkisi” halinde de bağlı yetki söz konusu olabilir. Diğer bir ifadeyle bağlı yetkinin en kapsamlı olduğu hallerde takdir yetkisi, takdir yetkisinin en kapsamlı olduğu

⁶⁹¹ Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 6; Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 202; Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 36; Kahn, s. 523.

⁶⁹² Aynı yönde bkz. Ünlüçay, “İdari Yargının İşlevi ve Görev Alanı”, s. 40.

⁶⁹³ Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 69.

⁶⁹⁴ Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 342. Ayrıca bkz. Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 179.

⁶⁹⁵ Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 342-343.

hallerde de bağılı yetki bulunabilir. Bu itibarla bağılı yetki ve takdir yetkisi çoğu zaman birlikte bulunabilir.

Bazen de idarenin takdir yetkisini kullanması üzerine bağılı yetki durumu ortaya çıkabilir. İdare, ilk başta takdir yetkisine sahip iken, bu yetkinin kullanılması sonucunda bağılı yetki ile yükümlü olduğu bir karar alma süreciyle karşı karşıya kalabilir. Örneğin kamu görevlisi alıp almama idarenin takdir yetkisi dâhilinde iken, bu takdiri kullandıktan sonra usulüne uygun yapılmış sınavda başarı gösterenlerin engelleyici herhangi başka bir sebep yoksa atamalarının yapılması bağılı yetki dâhilindedir⁶⁹⁶. Yine örneğin Danıştay, ilan edilen kadroya başvuran ve jüri üyelerinin tamamının olumlu görüş belirttiği kişinin, atanma prosedürünün son aşamasını beklediği bir anda, atanmasının gerekli olmadığı şeklinde bir gerekçeyle atanmamasını idari istikrar ilkesine aykırı görmüştür. Danıştay, bu durumda, *“idarede devamlılık esas olduğundan ve kişinin atanmasına engel bir belge ve bilgi de ortaya konulmadığında, sadece fakülte yönetiminin değişmesi üzerine atamanın gerekli olmadığı yolunda görüş bildirmesi üzerine atamanın yapılmaması”*nın hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir⁶⁹⁷. Buradan hareketle idare, belli bir aşamaya kadar getirdiği işlemleri tekemmül ettirmekle yükümlüdür⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ “... kariyer nitelikte bir meslek olan vergi müfettişliği görevine atanabilmek için; müfettiş yardımcılığı süresinde performans değerlendirmesinin olumlu olması ve yeterlik sınavında başarılı olunması koşullarının sağlanmasının yeterli olduğu, bu koşullar sağlandığı takdirde, idarenin vergi müfettişliğine atama konusunda bağılı yetki içinde olduğu, diğer bir ifade ile takdir yetkisi bulunmadığı açıktır.” D2D, KT, 06.04.2017, E. 2017/223, K. 2017/2807, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020). *“İdarelerin kadro ve pozisyonlara atama yapmak konusunda takdir yetkisi bulunduğu açık olmakla birlikte, takdir yetkisinin bu yönde kullanılması sonrasında tamamlanan süreçte ilgili mevzuatta öngörülen koşulları taşıyan personelin atamasının yapılması konusunda artık takdir yetkisinden söz edilemeyeceği ve bu durumda idarelerin bağılı yetki içerisinde olduğu yerleşmiş Danıştay kararlarında da açık biçimde ifade edilmektedir.”* D16D, KT, 02.07.2015, E. 2015/1008, K. 2015/4473, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020). Ayrıca bkz. D8D, KT, 14.11.2011, E. 2011/3972, K. 2011/5517; D5D, KT, 16.02.1994, E. 1993/5927, K. 1994/1017; D5D, KT, 13.03.2003, E. 2001/5253, K. 2003/796, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020). İdarenin sınav açması ile birlikte, *“bu göreve atama konusunda kendiliğinden harekete geçmiş olması, açılan atama konusundaki takdir yetkisini kendi iradesi ile sınırladığını, yasa ve yönetmeliklerle belirlenen usul ve esaslara uygun olarak yapılan sınav sonuçlarına göre, atama konusunda bağılı yetki içine girmiş olduğunu göstermektedir.”* D5D, KT, 21.05.1987, E. 1986/1506, K. 1987/814, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020).

⁶⁹⁷ D8D, KT, 19.12.2000, E. 1999/2720, K. 2000/8365, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020). Ayrıca bkz. D2D, KT, 14.05.2007, E. 2004/7995, K. 2007/2085, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020).

⁶⁹⁸ Ayrıca idarenin kural olarak hukuka aykırı kararlarını dava açma süresi içerisinde geri alabilmesi de idari istikrar ilkesi gereğidir. Bu konuda ayrıca bkz. D8D, KT, 19.06.2017, E. 2016/5772, K.

Takdir yetkisi söz konusu olmakla birlikte idari yargı kararı üzerine idarenin tesis edeceği işlemin sebepleri veya varabileceği sonuçlar teke inmişse, söz konusu unsurlar (sebeup veya konu) açısından takdir yetkisi bağıli yetkiye dönüşmektedir⁶⁹⁹. Örneğin A'nın atamasının reddedilmesi üzerine boş kalan kadroya yedek B'nin alındığını farzedelim. A'nın atamasının reddedilmesi işleminin iptali yolundaki mahkeme kararını uygulamak için kadronun boşaltılması gerekir ki, bu durumda B'nin görevden alınması tek seçenek olup, idare bu durumda bağıli yetki halindedir.

Ayrıca belirsiz kavramlar veya idarenin bir idari işleminin tesis ederken sebep gösterme zorunluluğunun olmadığı durumlar da söz konusudur. Başlangıçta uygulanma alanları tam olarak belli olmadığından idare, bu durumlarda takdir yetkisine sahiptir. Fakat zamanla görülen idarenin uygulamaları ve verilen yargısal kararlar, tam olmasa da bu durumlar açısından belli ölçüde belirlilik sağlamaktadır. Bu durumlarda geçerli olan takdir yetkisinin zamanla azalıp bağıli yetkiye dönüştüğünü söyleyebiliriz⁷⁰⁰. Bu itibarla başta her ne kadar idarenin takdir yetkisi söz konusu olsa da, idare, iradesini açıkça ortaya koyduğu hallerde veya zamanla ortaya çıkan uygulama ve yargısal içtihatlar sonucunda takdir yetkisi azalabilir ve bağıli yetkiye dönüşebilir.

3. Takdir Yetkisinin Alanı

Her hukuk sisteminde takdir yetkisinin kullanılmasında idareye geniş bir alan, açık bırakılmaktadır⁷⁰¹. Bazı hallerde kanunların hükümler sevk etmeyerek tasarrufun sebebini veya konusunu ya da uygulama yer ve zamanını belirleme konusunda idareye bırakmış olduğu alana, “takdir yetkisi alanı” ya da “takdir alanı” denir⁷⁰². Ancak her vakıa özelinde kapsamı⁷⁰³ değişen takdir alanının başlangıç ve

2017/5545; D8D, KT, 11.10.2016, E. 2016/10678, K. 2016/7710, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020).

⁶⁹⁹ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 171.

⁷⁰⁰ Benzer yönde bkz. Atay, *İdare Hukuku*, s. 493-495, 508.

⁷⁰¹ H.L.A. Hart, *The Concept Of Law*, Second Edition, Clarendon Press – Oxford, New York 1994, s. 136.

⁷⁰² Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 420.

⁷⁰³ “Takdir yetkisi, her bir vakıa özelinde ayrı bir kapsama sahiptir. Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağıli olarak, bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemektedir. Mahremiyet alanına ait ya da bireyin varlığına

bitiş noktasını kesin bir şekilde tespit etmek neredeyse imkânsızdır. Bu zorluk, takdir yetkisinin sınırlarının tam olarak çizilememesine ve takdir yetkisi üzerindeki tartışmaların devam etmesine sebep olmaktadır. Ancak takdir yetkisinin kapsamının belirlenmesi, bireysel haklara müdahalenin ağırlığı ve hukukun üstünlüğünün korunması açısından önemli bir faktördür⁷⁰⁴. Bu itibarla takdir yetkisinin alanı, yetkinin varlığının tespiti ve idari işlemin unsurları bakımından farklılık gösterebilir.

a) Takdir Yetkisinin Varlığının Tespiti Bakımından

İdarenin takdir yetkisi kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerle düzenlenir. Güneş'e göre idare, bireysel işlem yapma yetkisine sahipse, genellikle takdir yetkisine; takdir yetkisine sahipse, bu konuda düzenleme yapma yetkisine de sahiptir⁷⁰⁵.

Takdir yetkisi, bireysel işlemlerde, düzenleyici işlemlerde, idari eylemlerde ve idari sözleşmelerde söz konusu olabilir⁷⁰⁶. Ancak düzenleyici işlemlerde takdir yetkisi daha geniştir. Fakat düzenleyici ve bireysel işlemlerde söz konusu olabilecek takdir yetkisi, dayanak olan üst hukuk kuralında belirtilen ve çizilen çerçeveye bağlıdır. Üst hukuk kuralı, bazen geniş bir alanı kapsayan konuyu belirtip düzenlenmesini idareye bırakabilir. Bu halde idarenin takdir yetkisi oldukça geniştir ve idare üst hukuk kuralına aykırı düşmemek kaydıyla geniş bir takdir yetkisinden

veyahut kimliğine ilişkin önemli haklar veya hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda, takdir yetkisi daha dardır. Bu bağlamda, özel yaşamın gizliliği hakkının cinsellik ve mahremiyet hakkı gibi yönleri söz konusu olduğunda, takdir yetkisinin daha dar tutulması gerekmekte olup, bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığı şarttır... Öte yandan personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bu kapsamda, özel hayat kavramının salt mahremiyet alanına işaret etmeyip, bireylerin özel bir sosyal hayat sürdürmelerini güvence altına almakta olduğu gerçeği karşısında, özellikle kamu görevlilerinin meslekî yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır.” AYM, KT, 21.01.2015, Başvuru Numarası: 2013/9660, RG, 03.06.2015-29375.

⁷⁰⁴ Alder, s. 364.

⁷⁰⁵ Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, AÜSBFY, Ankara 1965, s. 83.

⁷⁰⁶ Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, s. 83. Ayrıca bkz. Bayraktar, s. 267.

yararlanır. Üst hukuk kuralı, bazen de düzenlenecek alanın çerçevesini ve ayrıntılarını açıklar. Bu halde ise takdir yetkisi daha sınırlıdır⁷⁰⁷.

Hukuk normlarında takdir yetkisinin tanınıp tanınmadığını ve derecesini bazen kolayca anlamak mümkün iken, bazen bu yetkinin varlığının tespiti için çeşitli yorum ve araştırmaların yapılması gerekir⁷⁰⁸. Hukuk normunun açık olduğu durumlarda, takdir yetkisini tespit etmek kolaydır. Hukuk normunun açık olmadığı durumlarda ise, kullanılan ifadelere bakılarak takdir yetkisi veya bağlı yetki tespit edilir⁷⁰⁹. Bu bağlamda hukuk kuralında idareye tanınan takdir yetkisi, açıkça, dereceli veya seçenekli bir biçimde belirlenmiş olabilir. Zira “-e bilmek” türünden ifadeler içeren, “takdir etme, değerlendirme yapma”⁷¹⁰, “tercihli hareket etme, tercihli karar verme” veya “karar verme, izin verme”⁷¹¹ yetkisi veren ya da “işlemin konu unsurunda bir aralık, derecelendirme” öngören düzenlemelerden idareye takdir yetkisi verildiği anlaşılır⁷¹². Örneğin 17 Temmuz 2016 tarihli ve 29773 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin 21. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Sınavlar; yazılı, sözlü veya hem yazılı hem sözlü ve/veya uygulamalı olarak yapılabilir.*” Yine örneğin “*Disiplin amirleri ve disiplin kurulları tarafından verilen disiplin cezalarına karşı yapılacak itirazlarda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren 7 gündür. Bu süre içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir. İtiraz halinde, itiraz mercileri kararı gözden geçirerek verilen cezayı aynen kabul edebilecekleri gibi cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler.*”⁷¹³ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, m. 136.

⁷⁰⁷ Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 37. Ayrıca bkz. Bayraktar, s. 268.

⁷⁰⁸ Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 22-23; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 109.

⁷⁰⁹ Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 73.

⁷¹⁰ “*Sınavlar 100 üzerinden verilen puanlar ile değerlendirilir.*” Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 22/1-a. RG, 17.07.2016-29773.

⁷¹¹ Milli Eğitim Bakanlığı, yükseköğretim kurumları dışındaki eğitim ve öğretim kurumlarının açılmasına izin verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Zira “*Yükseköğretim kurumları dışındaki eğitim ve öğretim kurumlarını açmak, açılmasına izin vermek ve denetlemek*”, Milli Eğitim Bakanlığının görev ve yetkileri arasında düzenlenmiştir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 301/1-f. RG, 10.07.2018-30474.

⁷¹² Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1065-1066.

⁷¹³ Hukuk kurallarında yer alan “*verebilir, atayabilir, uygulanabilir, yapabilir, yapılabilir, atanabilir, değiştirilebilir, gerekli işlemleri yapar, gerekli tedbirleri alır*” gibi ifadeler idareye takdir yetkisi verildiği anlamına gelir. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 211-212; Yıldırım, *İdari Yargı*, s. 128

Buna göre, verilen cezayı aynen kabul etmek, hafifletmek veya kaldırmak takdire bırakılmıştır. Aynı şekilde “*Aylıktan kesme: Memurun, brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılmasıdır.*” 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, m. 125. Buna göre, memurların brüt aylığından 1/30 - 1/8 aralığında kesinti yapma takdire bırakılmıştır.

Hukuk kuralında idareye birçok görev ve yetki verilebilir. Aksi belirtilmedikçe idare, mahiyetine binaen önce bunlardan hangisini hangi yerde, hangi araç ve yöntemle yapacağına karar verir⁷¹⁴. Örneğin öncelik-sonralık sırası veya yapılar yöntem ve aracı belirtilmeden il özel idaresine birçok yetki verilmiştir (5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, m. 7). Bu bağlamda il özel idaresi, mahiyetine binaen hangi yetkiyi önce kullanacağı, hangi araç ve yöntemle kullanacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Ayrıca hukuk kuralının yere ve zamana göre tanıdığı takdir yetkisi farklılık gösterebilmektedir. Örneğin olağan kolluk yetkileri, olağanüstü hallerde kamu düzeninin korunması için yeterli olmayabilir. Bu itibarla buhran zamanları ve olağanüstü hallerde takdir yetkisi ve takdir yetkisi alanı genişleyebilir⁷¹⁵. Olağanüstü hallerde yürütme organı ve bir parçası olan idareye hızlı hareket etme ve karar alma, temel hak ve özgürlükleri sınırlama gibi yetkiler verilmektedir. Ayrıca bu durumlarda, Anayasa yürütme organına ilk elden düzenleme yetkisi verilmektedir ki, örneğin Cumhurbaşkanı kanun hükmünde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarabilmektedir (AY, m. 119). Ancak olağanüstü yönetim usulü, hukuk içinde olan bir yönetimdir. Bu duruma mahal vermemek için olağanüstü yönetim usulü, Anayasa’da düzenlenerek öncelikle hukuki bir statüye bağlanmakta ve ardında hukuk

vd.; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 726. Örneğin, “*Disiplin cezası vermeye yetkili amir veya disiplin kurulu, soruşturma raporunda önerilen cezayı kabul edip etmemekte serbesttir; gerekçelerini göstermek kaydıyla başka bir disiplin cezası da verebilir.*” Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği, m. 21/1. Yine örneğin, “*Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler.*” 657 sayılı Kanun, m. 76.

⁷¹⁴ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1066-1067.

⁷¹⁵ Günday, *İdare Hukuku*, s. 316

kuralları ile çerçevelenmektedir⁷¹⁶. Bu bağlamda olağanüstü halde idare, ancak hukuk kurallarına bağlı kalarak hareket edebilir.

b) İdari İşlemin Unsurları Bakımından

Takdir yetkisi, birden fazla seçeneğin olduğu her durumda söz konusu olabilir. Bu bağlamda idari işlemin bir unsurunda birden fazla seçenek söz konusu ise ve idare bu seçeneklerden birini seçme konusunda bir serbestiye sahipse takdir yetkisinden bahsedilir. Ancak idari işlemin hangi unsurunda takdir yetkisinin bulunduğu hususu tartışmalıdır⁷¹⁷.

(1) Yetki

Yetki, bir makamın (kişi, kurul veya organın), idare adına “*irade beyanında bulunabilme gücü*” veya “*karar alabilme kudreti*”dir⁷¹⁸. Başka bir deyişle hukuk normu tarafından tanınmış idare adına karar alma gücüne “yetki” denir⁷¹⁹. Örneğin rektör yardımcısı seçerken rektör, üniversite ile ilgili yönetmeliği yaparken senato, disiplin cezası verirken disiplin kurulu irade beyanında bulunup karar almaktadır (2547 sayılı Kanun, m. 13, 14, 53).

İdare hukukunda hiçbir makam kendiliğinden genel bir yetkiye sahip değildir. İdari kararlar, ancak Anayasa, kanunlar ve diğer düzenleyici idari işlemlerle yetkili kılınan kişi ve makamlar tarafından alınır⁷²⁰. İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince, idareye yetkiler hukuk normları ile (Anayasa, yasalar, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve düzenleyici işlemler ile) verilir. Nitekim “*idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” (AY, m. 123). Anayasa’da “*Hiçbir*

⁷¹⁶ Atay, *İdare Hukuku*, s. 656.

⁷¹⁷ Bu konuda bkz. Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 338-341; İl Han Özay, “Kendine Özgü Bir “Hukuk Devleti””, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları, No: 53, Ankara 1991, s. 132-135; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1061-1063; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 212; Fatih Kırıışık, Nizamettin Aydın, “İdari İşlemin Unsurlarında Takdir Yetkisinin Varlığı Sorunu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y. 2002, C. 7, S. 2, s. 331-344.

⁷¹⁸ Günday, *İdare Hukuku*, s. 134; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 341; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 845; Atay, *İdare Hukuku*, s. 453 vd.; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 389; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 387.

⁷¹⁹ DİDDK, KT, 04.11.2010, E. 2010/2072, K. 2010/1467, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.07.2020).

⁷²⁰ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 341-342; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1102.

kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” (AY, m. 6/2). Bundan dolayı idare hukukunda “*yetkisizlik asıl yetkili olma istisna*”⁷²¹ olduğu için idareye tanınmayan bir yetkiyi de idare kullanamaz⁷²². İdareye verilen bu yetkinin çoğunlukla kullanılması gerekir. Yasal düzenlemeler izin vermedikçe verilen yetki başkasına devredilemez, bizzat kullanılır⁷²³. Zira kişinin verilmiş yetkiyi kullanmaması hukuka aykırılık oluşturur. Çünkü yetki aynı zamanda bir görevdir. Bu itibarla kural, yetkinin bizzat kullanılmasıdır. Fakat bu kuralın bazı istisnaları vardır.

İdare kendisine tanınan yetkiyi hiç kullanmadan veya bu yetkiyi aşarak bir idari işlem tesis etmişse söz konusu işlem, yetki yönünden hukuka aykırı olur⁷²⁴. Başka bir söylemle hem yetkinin aşılması ya da kötüye kullanılması hem de yetkinin kullanılmaması hukuka aykırılık oluşturur.

⁷²¹ “... idari işlemin en temel unsurunu oluşturan “yetki”, yasayla hangi makama verilmiş ise ancak onun tarafından kullanılabilir. İdare Hukukunda “yetkisizlik kural, yetkili olma istisna”dır. Bu istisna ise, yetkinin, yalnızca yasayla gösterilen hallerde ve yine yasayla gösterilen idari merciler tarafından kullanılmasıdır. Bu nedenle “yetki” yasanın açık izni olmadan devredilemez. Anayasanın 123. maddesi uyarınca, kuruluş ve görevleri yasayla düzenlenmek durumunda olan idarenin kendi düzenleme yetkisi de yasalarla sınırlı olduğundan, yetki kuralları genişletici yoruma tabi tutulamaz.” DİDDK, KT, 04.11.2010, E. 2010/2072, K. 2010/1467, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.07.2020). “2872 sayılı Yasanın 12.maddesinde Belediye başkanlıkları tabiri ile belediye başkanlığının tüzel kişiliği ifade edilmiş ve bu cezanın belediye başkanlıkları tarafından verilmesi amaçlanmıştır. Kanun koyucu; cezanın belediye encümeni tarafından verilmesini amaçlamış olsaydı, aynı maddede cezanın belediye encümeni tarafından verileceği şeklinde açıkça bir düzenleme yapardı.” D14D, KT, 12.03.2012, E. 2011/1886, K. 2012/1572, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.07.2020).

⁷²² “İdari işlemlerin kanuni dayanağının olması “Kanuni idare” ilkesinin sonucudur. Bu sebeple, idarenin kanuni dayanağı bulunmayan bir yetkiyi kullanması olanaklı değildir. Öte yandan, dayanan kanun maddesinin idari işlemde belirtilmesi de yukarıda belirtilen ilke açısından bir gereklilik olduğu gibi, idarenin yargısal denetimi yapılırken kanuna uygun hareket edip etmediğinin, ilgili kanun maddesinde yer alan usul ve esaslara uyulup uyulmadığının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.” D14D, KT, 03.10.2012, E. 2011/16621, K. 2012/6548, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.07.2020).

⁷²³ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 343.

⁷²⁴ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 341; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 848-849. “Bir kişi veya kamu kurumuna yasama organınca kamu yararı için açıkça veya zımni olarak belirli yetki ve görevler veriliyorsa, bu kişi veya kurumlar kendilerini bu yetki ve görevlerden alıkoyamazlar. Herhangi bir sözleşme yapamaz veya gereği gibi yetkilerini kullanma ya da görevlerini yerine getirme ile bağdaşmayan herhangi bir işlem yapamazlar.” David Blundell, “Ultra Vires Legitimate Expectations”, *Judicial Review*, 2005, s. 148. Ayrıca Hukuka aykırılık hakkında detaylı bilgi için bkz. Hikmet Kavruk, “İptal Davasında Hukuki Tasarrufların Konu Unsuru Yönünden İptale Esas Olan Hukuka Aykırılık Halleri”, *TİD*, Y. 64, S. 397, Aralık 1992, s. 158-163. Yetki yönünden hukuka aykırılık hakkında detaylı bilgi için bkz. S. Burak Açıdoğru, “İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1999, C. 7, S. 1-2, s. 7-18.

Yetki kamu düzeninden olup, işlemin yetkisiz makam tarafından yapıldığı davada her zaman ileri sürülebilir⁷²⁵. Yargı yerleri tarafından da re'sen yetkisizlik hususunun söz konusu olup olmadığı incelenir⁷²⁶. Ayrıca yetkisiz makam tarafından tesis edilen işlemlerin daha sonra yetkili makam tarafından benimsenip kabul edilmesi ile işlem geçerlilik kazanmaz⁷²⁷.

Doktrinde çoğunluk görüşe göre, idari işlemin yetki unsurunda takdir yetkisi yoktur⁷²⁸. Ancak Balta'ya göre hukuk kuralı, yetkili makama yetkisini bizzat kendisinin kullanmasına ya da bir kısmını alt makama devretmesine imkân verebilir. Yazara göre, bu gibi durumlarda yetki unsuru açısından bir takdir yetkisi söz konusudur⁷²⁹. Karatepe'ye göre, burada bahsedilen yetki devri, mevzuat ile açıkça öngörüldüğünden, takdir yetkisi olarak nitelendirilemez. Zira yazara göre, yetki devri, idari işlemin yetki unsurundan ziyade, konu veya sebep unsurları ile ilgilidir⁷³⁰. Yazarın bu düşüncesine katılmakla beraber şunu belirtmekte fayda görüyoruz: Yetkili idareler hukuk kuralında öngörülmekle birlikte yetkilerini kendilerinin kullanmaları veya başkasına devretmeleri seçimlik bir tercih olup, idari işlemin sebep veya konusu unsuru ile ilgilidir. Ayrıca idare hukukunda idare ya yetkilidir ya da yetkili değildir. İdare için aynı anda “*hem yetkilidir hem de yetkili değildir*” şeklinde bir seçimlik durum söz konusu olamaz. Bu bağlamda idare hukukunda yetkide takdirilik veya yetki takdiri söz konusu değildir.

Hukuka göre yetkili olan idare, aksi öngörülmedikçe bu yetkisini kullanmak zorundadır. Zira idarenin gerektiğinde yetkisini kullanmaması, idareye tanınmış bir tercih değildir; aksine bu durum idare açısından sorumluluk doğurur. İdarenin

⁷²⁵ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 342.

⁷²⁶ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 848.

⁷²⁷ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 342; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 850.

⁷²⁸ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 502; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 404; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 212; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 177; Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 338-341; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1061-1063; Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 368; Atay, *İdare Hukuku*, s. 507.

⁷²⁹ Balta, s. 170.

⁷³⁰ Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 94.

yetkisini kullanmaması ise, ancak idari işlemin sebep ve konu unsurlarından kaynaklı olabilir⁷³¹.

İdari yargı mercii, önüne gelen bir uyuşmazlıkta idarenin yetkili olup olmadığına bakar, idare yetkili ise nasıl bir yetkiye sahip olduğuna bakmaz. Bu itibarla idari işlemin yetki unsurunda takdir yetkisinin söz konusu olup olmadığı tartışmasının pratikte bir faydasının olmadığı kanaatindeyiz.

Alan, aynı anda iki farklı idarenin yetkili olmasının harekete geçip geçmeme veya gerekli bir kararın alınıp alınamaması durumunda karışıklıklara yol açabileceğini, bu yüzden idari işlemin yetki unsurunda takdir yetkisinin olmaması gerektiğini belirtir⁷³². Yazarın belirttiği üzere idare hukukunda iki idare aynı anda aynı yer ve konuda yetkili olmamalıdır. Olması halinde ise, söz konusu olan normal yetkidir; takdir yetkisi değildir. Zira takdir yetkisi, farklı idareler için değil de, aynı idare için söz konusudur. Başka bir deyişle idari işlemin yetki unsurunda aynı idare açısından tercih edebileceği birden fazla seçenek söz konusu değildir. Aksi durum yetkiyi kullanma-kullanmama alternatiflerinin yanı sıra, değiştirme, yetkileri birbirinin yerine koyma imkânını idareye verebilir⁷³³.

Ayrıca hayatın olağan akışına bağlı olarak idareye bir işlemi yapma konusunda açıkça yetki verilmediği ve açıkça bir yasaklamanın da söz konusu olmadığı hallerde idarenin kendisini yetkili görüp harekete geçmesi, ancak “yetki ve usulde paralellik” ilkesine göre olur. Bu durumda da idarenin takdir yetkisinden bahsedilemez⁷³⁴. Bu itibarla idari işlemin yetki unsurunda takdir yetkisinin bulunmadığını söyleyebiliriz.

⁷³¹ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 405-406; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 212-213; Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 370-371; Atay, *İdare Hukuku*, s. 508 vd.

⁷³² Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 34; Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 339.

⁷³³ Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 368.

⁷³⁴ Onar’a göre, idare, yetkiyi hukuk kuralından alacağından, yani hukuk kuralı bir faaliyetin hangi makam tarafından yapılacağını önceden belirttiğinden işlemin yetki unsurunda takdir yetkisi söz konusu değildir. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 425.

(2) Şekil

Şekil, hukuki işlem yapma iradesinin açıklanmasında kullanılan araçtır⁷³⁵. Özel hukukta kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerlidir⁷³⁶. Ancak idari işlemler belli şekil şartlarına uyularak yapılır⁷³⁷.

İdari işlemin şekil unsuru, kamu düzeninden olup, taraflar talep etmese de mahkeme, kanun yolları dâhil davanın her aşamasında idari işlemin şekil kurallarına göre tesis edilip edilmediğini re'sen dikkate alır.

Hukukumuzda idari işlemlerin tabi olacağı şekil ve usulü⁷³⁸ belirten bir genel idari usul kanunu yoktur. Bu nedenle idari işlemlerin tabi olacağı şekil ve usul kuralları dağınıktır. Ancak bir idari işlemin hangi şekle tabi olarak yapılacağı bir hukuk kuralında belirtilmemişse, yine de işlemin hukukun genel ilkeleri ve içtihadta öngörülen şekle uygun olarak yapılması gerekir. Aksi durumda şekle aykırılıktan işlem sakat olur.

Doktrinde çoğunluk görüşe göre, idari işlemin şekil unsurunda takdir yetkisi söz konusu değildir⁷³⁹. Ancak bir idari işlemin hangi şekle tabi olarak yapılacağı konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değilse, Onar'a göre, burada takdir yetkisi vardır. Takdir yetkisinin işlemin sebep, konu, şekil ve usul unsurlarında görülebileceğini belirten yazara göre, bir kamu yardımının yapılmasında, hukuk kuralı herhangi bir usul öngörmemişse, idare, söz konusu yardımı var olan seçeneklerden istediği biri ile kullanabilir⁷⁴⁰. Biz burada idareye tanınan serbestinin idari işlemin konu unsuru ile ilgili olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca idari işlemin

⁷³⁵ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 938; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 359.

⁷³⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 12/1. maddesine göre, "Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir."

⁷³⁷ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 212; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 938.

⁷³⁸ Şekil ve usul ayrımı hakkında bkz. Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 359 vd.; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 937.

⁷³⁹ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 502; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 405-406; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 212; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1062; Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 369; Atay, *İdare Hukuku*, s. 507.

⁷⁴⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 425. Balta'ya göre ise, hukuk kuralında bir belirleme söz konusu değilse, burada idarenin takdir yetkisinin varlığı kabul edilmelidir. Örneğin fakülte sınavının yazılı ya da sözlü yapılması, dersin hocasının takdirine bırakılabilir. Balta, s. 170. Giritli ve arkadaşları ortak eserlerinde, idari işlemin yapılmasında herhangi bir şekil ve usul öngörülmemişse bu durumda idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmişlerdir. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 115. Ayrıca bkz. Eroğlu, s. 52.

şekli ile ilgili olarak herhangi bir düzenlemenin bulunmaması demek, şekil unsurunda bir serbestinin olduğu anlamına gelmez⁷⁴¹. Bu itibarla idari işlemin şekil unsurunda takdir yetkisinin olmadığı kanaatindeyiz⁷⁴².

İdare hukukunda genellikle şekil ve usul kuralarına uyulmadan tesis edilen idari işlemler sakat olur. Ancak bazen şekil ve usul kuralarına uyulmadığı halde tesis edilen işlemler geçerli olur. Bu itibarla idare hukukunda şekil kuralları asli (birincil) ve tali (ikincil) şekil kuralları diye ikiye ayrılmaktadır⁷⁴³. İşlem tesis edilirken, “*mutlaka uyulması gereken şekil*”, asli şekil kurallarıdır. Çünkü asli şekil kuralları, idari işlemin sonucunu etkileyen önemli usul kurallarıdır. Asli şekil kuralına uyulmadan tesis edilen işlem, başka bir işlem olur ve iptali gerekir⁷⁴⁴. Bu bağlamda şekil ve usulde paralellik ilkesine uyulmaması, disiplin cezalarının verilebilmesi için soruşturulana uygun süre içerisinde savunma hakkının tanınmaması, idari işlemin fakülte kurulu, üniversite senatosu, belediye meclisi gibi bir kurulca yapılması öngörülüyorsa, işlemin belli bir toplantı ve karar yeter sayılarına uyulmayarak yapılması veya kurulun toplanıp müzakere yapmadan karar alması gibi durumlar asli şekil kuralı ihlalidir. Asli şekil noksanlıkları var olduğunda bu noksanlıklar sonradan giderilip idari işleme geçerlilik kazandırılmaz. Ancak bu durumda işlemi yeniden yapmak mümkündür.

Yapılan idari işlemin yönünü belirlemeyen, yani idari işlemin sonucunu etkilemeyen ve şayet şekil kuralına uyulsa da uyulmasa da işlemde bir sakatlık arz etmeyen noksanlıklar ise tali şekil noksanlıklarıdır⁷⁴⁵. Örneğin bağlı yetki hallerinde işlemin şekil kurallarına uymama, kararda kararı alan kişilerin adlarını veya karar tarihini yazmama gibi hususlar işlemin iptalini gerektirmeyen tali şekil noksanlıklarıdır. Tali şekil noksanlıklarının sonradan giderilmesi mümkündür⁷⁴⁶.

⁷⁴¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 408.

⁷⁴² Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 212; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 177.

⁷⁴³ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 363; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 392.

⁷⁴⁴ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 961; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 392; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 363.

⁷⁴⁵ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 363; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 961-963.

⁷⁴⁶ Günday, *İdare Hukuku*, s. 149-150. Ayrıca bkz. Azrak, *Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları*, s. 123.

Asli-tali şekil ve usul kuralları ayırımında Karatepe'ye göre mevzuatta esaslı şekil kurallarının tamamı gösterildiğinden bu durumda idarenin takdir yetkisi mümkün değildir. Yazara göre, tali şekil kuralları bakımından ise, idarenin bazı seçme serbestisinin bulunması mümkündür. Fakat yazar, bunun takdir yetkisi kavramının ifade ettiği anlamda serbesti olarak değerlendirmenin doğru olmayacağını savunur⁷⁴⁷. Aynı şekilde Zabunoğlu'na göre de, bir idari işlemin esasa etkili olmayan şekil eksiklikleri, işlemi tesis edenin takdir yetkisine sahip bulunmasına bağlanamaz veya takdir yetkisinin kullanılması ile açıklanıp, bir bakıma hoş görülemez⁷⁴⁸.

İdari işlemler, kural olarak yazılı şekle tabidir. Başka bir anlatımla idari işlemlerin özünü teşkil eden irade, hukuk âlemine yazılı olarak yansır⁷⁴⁹. Çünkü “idari işlemlerin içeriğinin açıklığı”, “hukuksal güvenlik”, “idarenin denetimi”, “bireylerin temel hak ve özgürlüklerini düşüncesi” ve “idarenin işlemlerinin dayandığı olguların belgelendirilmesi” gibi gerekçeler, idari işlemlerin yazılı bir şekilde yapılmasını zaruri kılmaktadır⁷⁵⁰. Yazılı olması gereken işlemin sözlü yapılması, işlemi hukuka aykırı hale getirir.

İdari işlemler, kural olarak yazılı şekle tabi olmakla beraber hem sayı hem de tür olarak oldukça sınırlı bazı istisnaları da bulunmaktadır. Örneğin bazı işlemler istisnaen sözlü yapılabilir⁷⁵¹. Zımni işlemler de doğal olarak yazılı şekle tabi değildir⁷⁵².

⁷⁴⁷ Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 96. Ayrıca bkz. Kalabalık, “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, s. 181; Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 34-35.

⁷⁴⁸ Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 369.

⁷⁴⁹ Günday, *İdare Hukuku*, s. 144; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 360; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 938.

⁷⁵⁰ Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s. 29; Yayla, *İdare Hukuku*, s. 122; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 406.

⁷⁵¹ 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, m. 11/D: “Valinin yaptığı yardım istemi geciktirilmeksizin yerine getirilir. Acil durumlarda bu istek sonradan yazılı şekle dönüştürülmek kaydıyla sözlü olarak yapılabilir.”; 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, m. 15: “Genel kapsamlı yükümlülükler için her çeşit yayın araçlarıyla ilanen, gerektiğinde belirli yükümlülükler için ilgililere yazılı olarak ve acil hallerde daha sonra yazı ile teyid edilmek üzere sözlü olarak duyuru yapılır.”, m. 21/5-a: “Acil durumlarda bu istek, sonradan yazılı şekle dönüştürülmek kaydıyla sözlü olarak yapılabilir.”; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, m. 2/4: “Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine

İdari işlemin şekil unsuru bakımından zaman içinde mevzuat ve içtihatla açıkça belirlenme yoluna gidilmiştir. Zira kural olarak idari işlemler yazılı şekle tabidir. Ayrıca hukuk kuralında aksi öngörülmedikçe, bir işlem yapılırken kullanılan şekil ve usul, o işlemin değiştirilmesi, geri alınması, düzeltilmesi ve kaldırılması gibi durumlarda da kullanılır. Bu bağlamda idari işlemin şekil unsurunda idarenin takdir yetkisinin söz konusu olmadığını söyleyebiliriz.

(3) Sebep

İdari işlemler bir sebeple tesis edilir⁷⁵³. Sebep (neden, motif), idari işlemde önce gelen idari işlemin yapılmasını gerektiren, idareyi o işlemi yapmaya yönelten etken, maddi olay veya hukuksal durumdur⁷⁵⁴.

getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.”, m. 4/A-6: “... Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir.”; 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu madde 24/1-c: “Mahallin en büyük mülki amiri, yazılı veya acele hâllerde sonradan yazı ile teyit edilmek kaydıyla sözlü emirle, mahallin güvenlik amirlerini veya bunlardan birini görevlendirerek olay yerine gönderir.”; 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, m. 13/4: “Yazılı savunma haricinde, yüksek disiplin kurulu tarafından gerek görülmesi veya personelin talepte bulunması hâlinde personel sözlü olarak da ifade vermeye çağırılabilir.”; 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, m. 23/1: “Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği bakan, milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde, bir haber veya yayını menetmeye yetkilidir. Men kararının yazılı olması esastır. Ancak, acele hâllere men kararı sözlü olarak da iletilebilir. Bu durumda men kararının en kısa zamanda yazı ile tekrarlanması şarttır.”

⁷⁵² İdareden sadır olan bir işlem ister yazılı şekilde ister sözlü şekilde yapılmış olsun, eğer söz konusu işlemle herhangi bir hak veya menfaat ihlal edilirse idari yargı mercii, bu işlemi “idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken işlem” olarak ele almalı ve hukuka aykırılık tespit ettiğinde işlemin iptaline kararı vermelidir. Zira sözlü de olsa idarenin iradesi, hukuk âlemine yansımış ve hukuki sonuç doğmuş olduğundan ortada sözlü bir idari işlemin varlığı söz konusudur. Ayrıca sözlü işlemlerin yargılanmaması yönünde mevzuatımızda bir sınırlama söz konusu değildir. Bu konuda ayrıca bkz. Selami Demirkol, “İdari Yargı(nın)/cın Kendini Sınırlaması Olgusu Sözlü İşlem Teorisi ve İptal Davasına Konu Edilebilirliği Üzerine Bir Çalışma Taslağı”, *İÜHFM*, Y. 2011, C. 69, S. 1-2, s. 907-926. Bazı hallerde sözlü işlemlerin de, yazılı kararlar gibi idari işlem olduğu hakkında bkz. Lütfi Duran, “İdari Muhakeme Usulü”, *İÜHFM*, Y. 1967, C. 33, S. 3-4, s. 403-404.

⁷⁵³ İdari işlemde sebebin gösterilmesi, takdir yetkisinin kontrol altında tutularak daha iyi kararların verilmesini sağlar. Matilde Cohen, “Sincerity and Reason Giving: When May Legal Decision Makers Lie”, *DePaul Law Review*, Article 3, Vol. 59, Iss. 4, Summer 2010, s. 1095; Martin Shapiro, “The Giving Reason Requirement”, *University of Chicago Legal Forum*, 1992, s. 181.

⁷⁵⁴ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 460; Günday, *İdare Hukuku*, s. 152; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 371; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 419; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1009; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 409. “Her idari işlem bir sebebe dayanmaktadır. İdari işlemde “sebep” unsuru işlem tesis edilmeden önce varolan ve idareyi bir işlem yapmaya sevk eden hukuki veya fiili durum olarak tanımlanmaktadır.” D4D, KT, 13.10.2011, E. 2008/7216, K. 2011/7431, <http://www.danistay.gov.tr> (E.T. 24.02.2020).

Zaman içinde yaşanan gelişmeler hukuk kurallarının detaylı bir şekilde düzenlenmesini sağladığından, idari işlemin yetki ve şekil unsurları açısından takdir yetkisinin söz konusu olmadığını söyleyebiliriz. Doktrinde idari işlemin unsurlarından sadece sebep ve konu unsurunda idarenin takdir yetkisinin olduğu görüşü hâkimdir⁷⁵⁵.

İdari işlemin sebep unsuru, yerindelik ve takdir yetkisi ile en fazla ilişkisi olan unsurdur⁷⁵⁶. İdari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda idarenin gösterdiği sebep, işlemin dayanağı olarak kamu yararının gerçekleştirilmesine yönelik, gerçek ve doğru olmalıdır⁷⁵⁷. Aksi durumda idarenin tesis edeceği işlem, soyut bir özellik arz edeceğinden iptali gerekebilir.

Sebeb unsuru bakımından idari işlemler, kanunda sebebi açıkça belli idari işlemler, sebep gösterilmesi öngörülmemiş idari işlemler ve sebebi idareye bırakılmış idari işlemler olarak üçe ayrılmaktadır⁷⁵⁸.

(a) Sebebin açıkça gösterildiği işlemler

Hukuk normunda tesis edilecek idari işlemin sebebi açıkça gösterilmiş ise, bu tür işlemlere sebebi belli işlemler denir. Bu durumda idare, tesis edeceği işlemi bu

⁷⁵⁵ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 502; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 178; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 212-213; Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 370 vd.; Atay, *İdare Hukuku*, s. 507. Özyörük’e göre takdir yetkisi denilen güç, sebep ve konu unsurlarında söz konusu olabilmektedir. Zira yazara göre, “Gerçekten mesele, İdarecinin hangi maddi ve hukuki vakıaları belli bir konudaki tasarrufu ittiha için “sebeb” olarak kabul edip edemeyeceğinde veya belli sebeplerin varlığı karşısında, muayyen bir konuda bir tasarruf ittiha edip edemeyeceğinde gözüküyor.” Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 211. Aksi yönde görüşler için bkz. Başpınar, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, s. 67; Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 115-120; Bayraktar, s. 265.

⁷⁵⁶ Özey, “İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, s. 308. Ayrıca bkz. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1017, 1063-1064; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 726.

⁷⁵⁷ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 293-300; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 467; Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 42; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1011-1012, 1015. “... İdari işlemdeki sebep unsuru, aynı zamanda bu işlemin tesisinin gerekçesini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, yasada açık olarak sebep belirtilmeyen hallerde, idarenin tesis ettiği işlemin sebebinin genel hukuk kurallarına ve bu işlemle ulaşılmak istenen sonuca uygun olması gerekmektedir.” D4D, KT, 13.10.2011, E. 2008/7216, K. 2011/7431, <http://www.danistay.gov.tr> (E.T. 25.02.2020).

⁷⁵⁸ Onar, hukukumuzda sebep unsuru bakımından “sebebin hukuk kuralında açıkça gösterilmesi”, “hukuk kuralında açıkça gösterilmemekle birlikte idarenin sebebi göstermekle yükümlü olduğu haller” ve “sebeb gösterilmesi gerekmeyen haller” olmak üzere üç ihtimal ortaya koymuştur. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 293-300. Ayrıca bkz. Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 461-470; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 372-374; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1010 vd.

sebebe dayandırmalı ve bu sebebi işlemde göstermelidir. Bu işlemlerin hukuken geçerli olabilmesi için hukuk kuralında öngörülen sebebin gerçekleşmiş olması gerekir. Aksi takdirde işlem, sebep unsuru açısından hukuka aykırı olur⁷⁵⁹. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesine göre, özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmeme, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiil olarak öngörülmektedir. Bu durumda özürsüz ve kesintisiz 6 gün göreve gelmediği için memura kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmişse, işlemin sebebi 6 gün göreve gelmemedir. Ancak memur, toplamda özürsüz ve kesintisiz 2 gün göreve gelmemişse, işlemin sebebi gerçekleşmediğinden verilen disiplin cezası hukuka aykırı olur.

Hukuk kuralında öngörülen sebebe bağlı olarak yapılması gereken de öngörülebilir. Sebebe bağlı olarak yapılması gereken, yani işlemin konusu açık şekilde emredilmişse *bağlı yetki*⁷⁶⁰; aksi halde işlemin konu unsurunda *takdir yetkisi* söz konusudur⁷⁶¹. Bayraktar ve Karatepe, bu durumu idari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisi olarak ele almışlardır⁷⁶². Kanaatimize göre, burada sebep unsurunda değil, konu unsurunda takdir yetkisi vardır. Örneğin disiplin cezalarında sebep gerçekleşmekle birlikte yetkili makam, ceza vermeyebilir veya alt disiplin cezasını verebilir ki, bu durumda idari işlemin konu unsurunda takdir yetkisi söz konusudur.

(b) Sebebe gösterilmesinin öngörülmediği işlemler

Kanunlarda, bazen idareye bir işlemin tesisinde sebep gösterilmesi konusunda herhangi bir düzenleme bulunmayabilir. Zira mevzuatımızda idari işlemde sebep gösterilmesinin öngörülmediği düzenlemeler mevcuttur. Örneğin 657 sayılı Kanun’un 76. maddesine göre, “*kurumlar, kazanılmış hak aylık dereceleriyle*

⁷⁵⁹ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 461-467; Günday, *İdare Hukuku*, s. 154; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 498; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 372; Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 351; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 399.

⁷⁶⁰ 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu’nun 8. maddesine göre, herhangi bir yerde uyuşturucu maddenin satıldığının kesin bir biçimde tespiti halinde, bu yerin en büyük mülki amiri tarafından kapatılacağına karar verilir. Buna göre, uyuşturucu madde satılması, kararın sebebini, bu yerin kapatılması da kararın konusunu teşkil etmektedir. Kanun hükmüne göre mülki amir, kapatma konusunda bağlı yetki içerisinde olup kapatma dışında başka bir karar alma yetkisine sahip değildir. Benzer yönde bkz. Bayraktar, s. 284.

⁷⁶¹ Kalabalık, “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, s. 186.

⁷⁶² Bayraktar, s. 279; Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 99.

memurları bulundukları kadro derecelerine eşit daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler.”⁷⁶³ Burada naklen atama işleminin sebebi gösterilmediği gibi, sebep gösterme zorunluluğu da öngörülmemiştir. Onar ve Sarıca’ya göre böyle durumlarda idare, takdir yetkisine sahip olup herhangi bir sebep göstermeyebilir⁷⁶⁴. Ancak Danıştay, 76. madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye verilen takdir yetkisinin, ancak Kanunun temel ilkeleri, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak kullanılabileceğini; aksi halde tesis edilecek idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalinin gerekebileceğini belirtmiştir⁷⁶⁵.

Uygulamada ise bazı durumlarda sebep gösterilmeden tesis edilen işlemlerin geçerliliği kabul edilmektedir⁷⁶⁶. Zira Danıştaya göre, sebebin gösterilmemiş olması tesis edilen işlemi tek başına geçersiz kılmaz⁷⁶⁷.

İdare, bazı durumlarda işlemi tesis ederken bir sebep göstermek zorunda değil ise de söz konusu işleme karşı dava açıldığında ve mahkemece İYUK’un 20. maddesi gereği idari işlemin sebebi istendiğinde, işlemin sebebini göstermek zorundadır⁷⁶⁸. Bu bakımdan işlemlerde sebep gösterilmesinde yasal bir zorunluluk

⁷⁶³ “Bu maddeyle idareye memurların naklen atanmaları konusunda tanınan takdir yetkisine istinaden tesis edilen işlemlerin sebep ve maksat unsurları yönünden hukuka uygunluk denetimine tabi tutulacağı, takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da yargı mercilerince saptanması halinde bu durumun iptal nedeni oluşturacağı noktasında hukuken bir duraksama bulunmamaktadır.” D5D, KT, 26.12.2016, E. 2016/15577, K. 2016/12944, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 03.04.2020). Ayrıca bkz. D5D, KT, 16.05.2016, E. 2015/5107, K. 2016/3063, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 03.04.2020).

⁷⁶⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 297. Sarıca, mevzuatın idari işlemin tesisi için sebep zorunluluğu öngörmediği durumlarda idarenin sebep gösterme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu, bu durumda idarenin işlemini dilediği sebebe dayandırabileceğini, ancak mevzuatın sebep gösterme zorunluluğunu öngörebileceğini, bu durumda ise sebebin mevcut ve doğru olması gerektiğini, aksi halde işlemin iptal edileceğini belirtmektedir. Sarıca, *İdarî Kaza*, s. 71-74.

⁷⁶⁵ D5D, KT, 10.12.2004, E. 2004/3658, K. 2004/5187, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 03.04.2020).

⁷⁶⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 400-401.

⁷⁶⁷ “... iptal davalarında yargılamayı yapan mahkeme, sebep göstermeden tesis edilen işlemlerde, idarenin takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanıp kullanmadığını araştırmak zorundadır. Bu bağlamda; mevzuatta idari işlemin sebebi gösterilmediği hallerde sebebin idarece belirlenmesi mümkün olup, işlemde sebep gösterilmemiş olması istemi geçersiz kılmayacak, idarece işlemin yapılmasında sebep olarak gösterilen olayın nitelendirmesinin doğru yapıp yapılmadığı idare mahkemesince araştırılacaktır”. D8D, KT, 15.03.2017, E. 2016/2919, K. 2017/1626, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.04.2020).

⁷⁶⁸ “Gerek yargısal kararlarda gerekse öğretide sebep unsuru, işlemin yapılmasını gerektiren hukuki işlem veya olay olarak tanımlanmaktadır. Sebep, idareyi işlem yapmaya yönelten tüm etkenler olup, işlemin bir tür gerekçesidir. İdari işlemin dayanağı olan sebebin yasalarda açıkça belirtilmemiş

bulunmasa dahi İYUK'un 20. maddesine göre, ihtilaf konusunun çözümlenebilmesi ve sağlıklı bir karar verilebilmesi için idare gerekli bilgileri ve işlemin dayanağını mahkemeye bildirmekle mükelleftir⁷⁶⁹. İdarenin mahkemeye sebep göstermemesi durumunda ise bu durum idare aleyhine olabilir. Bu itibarla karşı tarafın ciddi ve önemli iddialarına karşı mahkemenin talebi üzerine idarenin idari işlemin sebebini anlamlı bir şekilde mahkemeye sunması gerekir. Aksi durumda karşı tarafın iddiaları doğru varsayılarak davacı lehine yorumlanabilir. Örneğin Conseil d'Etat, *Barel Davası*'nda⁷⁷⁰, komünist oldukları için sınava alınmadıkları iddiasına idarenin cevap vermemesi üzerine iddiaların doğru olduğunu varsaymış ve işlemi iptal etmiştir.

Kanaatimizce hukuk normunun lafzında sebep gösterme gerekliliği konusunda bir belirlilik söz konusu olmasa da idare sebepsiz ve sınırsız hareket edemez⁷⁷¹. Zira özel hukuk işlemleri belli bir sebep olmadan bile geçerli olabilirken sebepsiz idari işlem olamaz⁷⁷². Bu bakımdan hukuk normu, idareye işlemi tesis etme yetkisi verdiğinde, idare bu işlemi tesis ederken sebep olarak sadece hukuk normunun ilgili hükmünü göstermekle yetinmemeli; somut ve makul bir sebep de göstermelidir. Ayrıca idare yasa dışı ve hukuk dışı⁷⁷³ bir sebebi dayanak alarak idari işlem tesis edemez, her halükârda sebebin hukukiliği esastır. Aksi durumun hukuk devleti ve

olması halinde dahi idari dava açılması durumunda yargı merci önünde idare tarafından bildirilmesi zorunludur. Esasen 2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak mahkemeler bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeyi kendiliklerinden yapabileceklerinden, bu yetkiye dayanarak yargıç idareden işlemin dayanağı olan sebebin gösterilmesini isteyebileceği gibi bu sebebi kendiliğinden de araştırabilir. Dolayısıyla 2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin yargıca tanıdığı re'sen araştırma yetkisinin aynı zamanda davacılar da güvence sağlayacağı kuşkusuzdur. Genel anlamda bir idari işlemde sebep unsurunun gösterilmemiş olması o işlemin şekil şartını oluşturmaktadır. Ancak kararda öngörülen şekil şartı işlemin varoluş şartına ilişkin olmayıp sonucu etkilemeyen, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğundan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyecek ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyecektir." DİDDK, KT, 21.04.2011, E. 2007/1800, K. 2011/267, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.04.2020).

⁷⁶⁹ D5D, KT, 10.05.1984, E. 1980/492, K. 1984/2185, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.04.2020).

⁷⁷⁰ [1954] Rec. Cons. d'Et. 308, [1954] Dalloz, Jurisprudence [D. Jur.] 594, [1954] S. Jur. III 97, [1954] R.D.P. 509, [1954] Actualité Juridique Droit Administratif [A.J.D.A.] 396, naklen Bermann, s. 210. Ayrıca bkz. Dündar, s. 180-181; Alan, "Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık", s. 347, 356.

⁷⁷¹ Selami Demirkol, "İptal Davasında İdari İşlemin Beş Unsuru", *Sayıştay Dergisi*, Y. 1998, S. 29, s. 78.

⁷⁷² Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 376; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 497; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 373; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1015.

⁷⁷³ Ayrıca bkz. Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 464; Bayraktar, s. 281.

hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz⁷⁷⁴. Bu itibarla sebep, idari işlemin bir unsuru olduğundan her işlemde makul bir sebebin bulunması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira idarenin işlemleri, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir sebebe dayanır⁷⁷⁵.

Kanunda sebep gösterilmesi öngörülmemişse bu durumda bile idare, yetkinin verilmiş amacına uygun sebebi değerlendirip tesis edeceği idari işlemde göstermelidir. Bu durumda idare, “sebeb göstermeme” konusunda değil de, aşağıda değinileceği üzere “belirsiz kavramlar”da olduğu gibi⁷⁷⁶ “uygun sebebi değerlendirip gösterme” konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu durumda işlemin sebepsiz olabileceğini değil, zımni bir sebebin olduğunu ve bu sebebin “idari işlemin amaç ve konu unsurundan yola çıkılarak” tespit edilebileceğini söyleyebiliriz⁷⁷⁷.

İdarenin bir işlemi bir sebebe dayanarak tesis etmesi durumu, idare hukukunun “kozalist” niteliğinin, yani idarenin tüm faaliyetlerinin hukuka uygun bir sebebe dayanması zorunluluğunun gereğidir⁷⁷⁸. Şu hâlde idare, idari işlemi, idari işlemde beklenen amacı gerçekleştirmeyi mümkün kılacak, hukuka ve gerçeğe uygun ve işlemi yapmaya yeterli bir sebebe dayandırmalıdır⁷⁷⁹.

Burada ayrıca konumuz bağlamında “sebeplerin çokluğu” ve “sebeb ikamesi” hususlarına kısaca değinmekte fayda mülâhaza ediyoruz. Zira idari işlemin tesisi için birden fazla sebep var ise bu durumda idare, idari işlemin sebepleri arasında bir

⁷⁷⁴ Ayrıca bkz. Jerry L. Mashaw, “Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance”, *The George Washington Law Review*, Vol. 76, No. 1, Paper. 1179, November 2007, s. 118.

⁷⁷⁵ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 376.

⁷⁷⁶ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1013-1015.

⁷⁷⁷ Ayrıca bkz. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, s. 467-468. “657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 76. ... maddesiyle memurların ... naklen atanmaları konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin kullanımının mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri ile sınırlı olduğu ve bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğu İdare Hukukunun bilinen ilkelerindendir. Buna karşılık, sözü edilen takdir yetkisinin Kanun'un temel ilkeleri, kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı mercince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun davaya konu idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı sebebiyle iptalini gerektireceği, yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.” D2D, KT, 28.11.2017, E. 2015/7565, K. 2017/7407, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.04.2020).

⁷⁷⁸ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 321.

⁷⁷⁹ Günday, *İdare Hukuku*, s. 156-157; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 184. Ayrıca bkz. D12D, KT, 24.04.1978, E. 1977/1349, K. 1978/955, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 08.04.2020).

seçim serbestliğine sahiptir. Yeter ki, idari işlemin dayandığı sebep hukuka aykırı olmasın. İdari işlemin tesisinde birden fazla sebep gösterildiğinde sebeplerin tamamı hukuka uygun ise, idari işlem geçerli olup buna karşı açılan iptal davası reddedilir. Ancak sebeplerin tamamı hukuka aykırı ise, idari işlem hukuka aykırı olur ve bu işleme karşı açılan iptal davasında idari işlemin iptaline karar verilir⁷⁸⁰.

Sebeplerden bazıları hukuka aykırı bazıları hukuka uygun olduğunda sebepler arasında “sonucu etkileyici sebepler/belirleyici sebepler” ve “sonucu etkileyici olmayan sebepler/ek sebepler” ayrımı yapılarak, sonucu etkileyici sebeplerde bir sakatlık bulunmuyorsa idari işlem hukuka uygun, aksi takdirde hukuka aykırı olur⁷⁸¹. Sonucu etkileyici sebeplerden dilediğini işleme dayanak gösterebilen idare, bu durumda idari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisine sahiptir.

İdarenin işleminin birden fazla sebebe dayandığı hallerde sonucu etkileyici sebeplerin hepsi hukuka aykırı ise idari işlem, ancak o zaman iptal edilebilir. Sebeplerden biri veya birkaçı hukuka aykırı ise, bu sebebin “belirleyici” olduğunun tespit edilemediği durumlarda idari işlem iptal edilemez. Aynı şekilde gösterilen sebebin işlemin tesisinde tek başına “belirleyici” olduğu anlaşılmadığında da idari işlem iptal edilemez. Zira bu durumda idare sonuca etkileyici diğer bir sebebe veya sebeplere dayanıp aynı işlemi tesis edebileceğinden ve sonuç itibarıyla değişen bir şey olmayacağından idari işlemin iptal edilmemesi daha doğru olur⁷⁸². İdarenin birden fazla sebepten birini işlemine dayanak göstereceği bu durumda da takdir yetkisi söz konusudur. Ayrıca eğer idare açısından sebep ikamesi söz konusu ise bu durumda işlemin iptal edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

İdare, takdir yetkisi kapsamında, işlemten önce var olan ve işlemin tesisine neden olabilecek daha kuvvetli bir sebebi sonradan ortaya koyabilir ki, bu durumda idari işlem hukuka uygun hale gelebilir. Bu itibarla idarece tesis edilecek bir idari

⁷⁸⁰ Çağlayan, “İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi”, s. 11-13; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 377.

⁷⁸¹ Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 476; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 504; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 377-378; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1038-1039; DİDDK, KT, 16.10.1981, E. 1980/457, K. 1981/752, DD, S. 46-47, s. 113.

⁷⁸² Bermann, s. 220. Bu durumda hukuka uygun sebep, hukuka aykırı sebebi etkisizleştirmekte ve aslında işlemin hukuka uygunluğu için yeterli dayanak olmakta ve işlemi kurtarmaktadır. Conseil d’État’nın uygulaması da bu yöndedir. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1040.

işlem için ileri sürülecek sebeplerden sadece birisinin gerçekleşmesi ve hukuken geçerli olması halinde davanın reddedilmesi, diğer sebeplerin doğru ve gerçekleşmiş olup olmadığının araştırılmaması gerektiği kanaatindeyiz⁷⁸³. Ayrıca mahkeme kendiliğinden veya idarenin talebi üzerine “sebeb ikamesi” yoluna da başvurabilir.

İdare, işlemini tesis ederken gerçekleşmiş bütün maddi veya hukuki olayları değil, gerçekleşmiş ve bu işlemi tesis etmeye iten maddi veya hukuki olayları sebep olarak gösterir. Buna göre idarenin bildirmediği olaylar değil, ancak bildirdiği gerçekleşmiş olaylar işlemin dayanağı olabilir. Ancak her ne kadar sebepsiz idari işlem olmaz ise de, idare, bir işlemin tesisinde sebep göstermeyebilir. Bu durumda ise yargı yoluna başvurulması üzerine idare, yargı merciinin talebine⁷⁸⁴ bağlı olarak idari işlemin gerçekleşmiş sebebini veya sebeplerini bildirir. Bu sebepler daha önce idarece idari işleme dayanak alınan gerçekleşmiş sebepler olabileceği gibi sonradan ileri sürülen gerçekleşmiş sebepler de olabilir. İdare tarafından hiç ileri sürülmeyen gerçekleşmiş sebepler, yargı mercii tarafından re’sen saptanma suretiyle işlem için dayanak oluşturulabilir.

İdari yargıda mahkeme “*bakmakta olduğu davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar*” (İYUK, m. 20). Zira idari yargıda, re’sen araştırma ilkesi geçerli olup bu ilkenin gereği olarak, yargı mercii tarafların ileri sürdüğü iddia, savunma ve delillerle bağlı değildir. Bundan dolayı idari yargıda taraflar ileri sürmese de, mahkeme yaptığı inceleme sonucunda işlemin hukuka uygun olması için başka bir sebep tespit ederse, işlemin sakat olduğu yönündeki iptal talebi reddedilecektir. Başka bir deyişle mahkeme incelediği işlemde başka bir sebep tespit ederse ve tespit edilen bu sebep veya idarenin sonradan ileri sürdüğü sebep, idari işlemin hukuka uygunluğu yönünde ise mahkemece iptal talebi reddedilecektir. Mahkeme, idarenin gösterdiği sebep yerine başka bir sebep ikame edebilmektedir.

⁷⁸³ Bu konuda ayrıca bkz. Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 47-48.

⁷⁸⁴ İYUK’un 20. maddesine göre, yargı mercii gerekli gördüğü tüm bilgileri ilgili idareden isteyebilir.

İşte burada kısaca sebep ikamesi⁷⁸⁵ ile takdir yetkisi ilişkisine değinmekte fayda görülmektedir.

Sebep ikamesi, bir sebebin yerine bir başka sebebin konulmasıdır. Sebep ikamesi, idarece işlemin tesisine esas alınan sebep yanlış (hatalı), yetersiz veya gerçekleşmemiş ise mahkemece doğru veya geçerli sebebin kendiliğinden bulunup uygulanmasıdır. Buna göre “idarenin işlemini dayandırdığı sebep” dolayısıyla değil, “mahkeme tarafından tespit edilen sebep” dolayısıyla işlemin hukuka uygun olduğu neticesine varılmış olur. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesine göre, “*özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek*” devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirir. Bu durumda özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmediği sebebiyle bir kişinin memuriyetine son verildiğinde görevine son verilen kişi bu işleme karşı açtığı davada özürsüz olarak göreve gelmemesinin bir yılda toplam 20 günü geçmediğini ispat ederse, işlem hukuka aykırı sayılarak mahkemece iptal edilir. Ancak mahkeme re’sen yaptığı araştırma sonucunda ilgili memurun siyasi partiye üye olduğunu tespit ederse mahkeme bunu kendiliğinden dikkate alarak açılmış olan davayı reddeder. Çünkü 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesine göre, “*siyasi partiye üye olmak*” devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirir⁷⁸⁶. Ancak verilen örnekte bu defa kişi soruşturma olmaksızın, siyasi parti konusunda kendisine savunma imkânı tanınmaksızın ihraç edilmiş olacaktır. Bu itibarla kanaatimizce sebep ikamesinin de bazı sınırlarının olması gerekir.

Mahkemece re’sen yapılan sebep ikamesi, bağlı yetki durumunda söz konusu olur. Takdir yetkisi hallerinde ise mahkeme, idarece işleme dayanak alınan sebep yerine sonradan bildirilecek gerçekleşmiş sebebi de dikkate almak zorunda olup, “*bu*

⁷⁸⁵ Çağlayan, “İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi”, s. 9-39; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 510; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 378; Yasin Söyler, “İdari Yargılama Usul Hukukunda Sebep İkamesi”, *TAAD*, Y. 8, S. 31, Temmuz 2017, s. 533 vd.; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1040.

⁷⁸⁶ Bu konuda bkz. Çağlayan, “İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi”, s. 9-39; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 510-517; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 378-380; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 424-426; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 406-409; Söyler, s. 533-566; Kaplan, s. 252-254; Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 336.

yeni sebep, idarenin ilk gösterdiği sebep yerine ikame edilmektedir."⁷⁸⁷ Fakat takdir yetkisi söz konusu ise mahkeme kendiliğinden sebep ikamesi yoluna başvuramaz⁷⁸⁸. Aksi durumda mahkeme, kendiliğinden idari işlemin sebebini tesis etmiş; yani ancak idare tarafından yapılabilecek bir değerlendirmeyi yapmış ve idarenin yerine geçmiş olur ki, bu durum yargılama yetkisinin aşımı ve yerindelik denetimi anlamına gelir.

(c) Sebebi belirsiz kavramlar ile gösterilen işlemler

Hukuk kuralları, bazen idari işlemin sebep unsurunu muğlâk ifadelerle düzenleyebilmektedir⁷⁸⁹. Nitekim hukuki düzenlemelerde "milli güvenlik", "genel güvenlik", "genel asayiş", "genel sağlık", "genel ahlak", "kamu güvenliği", "kamu düzeni", "kamu düzeni gereği", "kamu düzeninin korunması", "kamu esenliği", "kamu yararı", "kamu yararı gereği", "toplum yararı", "ülke yararı", "görülen lüzum üzerine", "lüzumu hâlinde", "gerektiğinde", "gerekli görüldüğünde", "icabında", "ihtiyaç üzerine", "kamu hizmeti gereklerinden", "hizmetin gerekleri", "hizmet gerektirdiğinde" gibi kavramlar kullanılarak idari işlemin sebep unsuru gösterilebilir⁷⁹⁰.

İdarenin, idari işlemin sebep unsuru olarak gösterdiği belirsiz kavramlar ile tam olarak ne kast ettiğini söylemek ve bu kavramların kapsamını tam olarak belirlemek zordur. Bu kavramlar, anlamı yere, zamana ve olaya göre değişebilen kavramlardır. Zira bunlar, sadece bir olaya veya duruma özgü olmayıp hem idareden hem de olaylardan bağımsız olan "belirsiz", "soyut" ve "genel" kavramlardır. Bu itibarla bu kavramları "belirsiz kavramlar", "soyut kavramlar" veya "genel kavramlar" olarak adlandıırabiliriz.

⁷⁸⁷ Çağlayan, "İdarî Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi", s. 15. Ayrıca bkz. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1040-1042.

⁷⁸⁸ Bu yönde Danıştay kararları için bkz. D5D, KT, 26.04.2017, E. 2016/40478, K. 2017/11831; D10D, KT, 01.04.1996, E. 1993/8696, K. 1996/1351; D10D, KT, 18.12.1995, E. 1994/5036, K. 1995/6574, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 03.04.2020).

⁷⁸⁹ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 373.

⁷⁹⁰ Balta, s. 134-137; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 499. Yokuş, s. 309; Çağlayan, "İdarî Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi", s. 10. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 44. maddesine göre, subay, astsubay, askeri memurlarla uzman jandarma ve uzman erbaşlar "ahlâk noktasından hükümle veya yetersizlik sebeplerinden dolayı sicilleri üzerine veyahut askeri mahkemelerce verilecek kararlar üzerine kurumlarınca re'sen emekliye sevk edile(bileceklerdir)."

Hukukumuzda birkaç istisna dışında⁷⁹¹ genel görüş, belirsiz kavramların takdir yetkisinden ayrı olmadığı ve bu kavramların idareye değerlendirme yetkisi tanıdığı yönündedir⁷⁹². Çünkü hangi olayın hangi belirsiz kavram ile bağı olduğunun tespiti her zaman kolay değildir. Bu durumda idarenin olayı saptaması ve olayı hukuki açıdan nitelendirip belirsiz kavram ile bağı kurup idari işlemin sebebini belirlemesi, idarenin takdir yetkisini ifade eder⁷⁹³.

Belirsiz kavramlar, bünyelerinde çok sayıda maddi sebep barındırabilir⁷⁹⁴. İdarenin, işlemine dayanak aldığı maddi sebebin belirsiz kavramın anlam ve alanında

⁷⁹¹ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1017, 1063-1064. Balta'ya göre, belirsiz kavram “kamu yararı”, “kamu güvenliği”, “ahlak” gibi “objektif bir değere” dair olabilir. Bu durumda idare takdir yetkisine sahip değildir. İdarenin bu durumlarda belirsiz kavramı yorumlama ve değerlendirmesi, yargı mercileri tarafından denetime tabi tutulur. Ancak belirsiz kavram “lüzum görülen” gibi şayet ilgili idari merciinin anlayışı ile ilgili ise takdir yetkisi söz konusu olup bunun üzerinde yargısal denetim, takdir yetkisine ilişkin ilkelere tabidir. Balta, s. 87-88. Karatepe'nin görüşü de bu yöndedir. Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 74. Azrak, takdir yetkisi-belirsiz kavramlar ayırımına değinerek, belirsiz kavramların kullanıldığı hallerde hukuken doğru sayılabilecek tek yorum tarzının olduğunu, bu hallerde kanun koyucunun idareye, takdir yetkisi vermediğini belirtir. Ali Ülkü Azrak, “Yargı ve İdare (İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme)”, *İÜHFM*, Y. 1968, C. 34, S. 1-4, s. 146. Ayrıca bkz. Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 24-26. Başka bir deyişle yazar, hukuk kurallarında belirsiz hukuki kavramlar kullanılsa da bu kavramların içeriklerinin nesnel ve tek doğru bir çözüm biçiminde kanun koyucu tarafından belirlendiğini ve idarenin görevinin de kanun koyucunun iradesini tespit etmekten ibaret olduğunu, bu durumda idarenin takdir yetkisine sahip olmadığını savunur. Belirtmek gerekir ki bazı durumlarda kısmen de olsa belirsiz kavramın “içeriğinin nesnel olarak belirlendiği” söylenebilir. Ancak kanaatimizce belirsiz kavramların söz konusu olduğu durumlarda idare çoğunlukla takdir yetkisine sahiptir.

⁷⁹² Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 726; Nihat Bulut, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, *AÜEHFD*, Y. 2000, C. IV, S. 1-2, s. 41; Rona Aybay, “Yönetim Hukuku ve Yönetiş Yargı Açısından “Yabancı”nın Konumu (İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu*, 9 Mayıs 2003, DTYBY, No: 68, Ankara 2004, s. 181-184; Kaplan, s. 251. Zabunoğlu, takdir yetkisi denetime tabi olduğundan belirsiz kavramın takdir yetkisi verip vermediği üzerindeki tartışmaların anlamlı olmadığını savunur. Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 372-373.

⁷⁹³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 40; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 373. Aynı şekilde, yargı merciinin de, idarenin belirsiz kavram ile bağı kurup idari işleme sebep gösterdiği olayı, aynı belirsiz kavram ile bağı kurup bu yönde nesnel bir belirleme yapması gerekir. Aksi durumda, yargı merciinin idarenin takdir yetkisini kabul etmesi gerekir. Günday, *İdare Hukuku*, s. 156.

⁷⁹⁴ Uyuşmazlık halinde belirsiz kavramların bu maddi sebeplere uygulanmakla somutlaştığı ve böylece bu kavramlara dayalı sebebin gerçekleştiği kabul edilir. Böyle durumlarda idare, öncelikle olayın doğru olduğunu ve gerçekleştiğini ortaya koymalıdır. İdarenin gösterdiği sebep belli somut olay veya maddi duruma dayanmalı, yani olay gerçekleşmiş, somut ve doğru olmalıdır. Tan, “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, s. 40- 41; Yayla, “İdari Yargının İç Barışa ve Demokrasiye Katkısı”, s. 20. Bir olay gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş olarak kabul edilmesi ve ona dayanılarak işlem tesis edilmesi Fransız doktrininde “maddi hata” olarak ele alınmaktadır. Conseil d'Etat da idari işlemin temelinde yatan olayın gerçekleştiğinin doğrulanması gerektiğini belirtmiştir. Örneğin cenaze törenini, ana kapıdansa ölen kişiye düşmanlığından kaynaklı olarak mezarlık duvarındaki bir delikten içeriye alan belediye başkanının görevden alınması işlemini olayın böyle

kaldığını belirleme yönünde bir serbestisi vardır. Bu durumda idare, sahip olduğu takdir yetkisi ile işlemine esas aldığı bu kavramsal sebepleri belirlemede belli ve sınırlı bir serbestliğe sahiptir⁷⁹⁵. Zira somut olay veya maddi durum, kanunun öngördüğü belirsiz kavramın kapsamına sokulabilir olmalı⁷⁹⁶, yani somut olay ile belirsiz kavram arasında bir bağ kurulabilir olmalıdır. Ayrıca kanunun öngördüğü belirsiz kavram, kamu yararı çerçevesinde yorumlanmalı, yani idarece tesis edilen idari işlemin sebep unsurunu oluşturan belirsiz kavramlar, idare tarafından yorumlanıp somut olayla uyumluluğu değerlendirilmelidir⁷⁹⁷. Buna göre, belirsiz kavram, tek başına tesis edilen idari işlemin sebep unsurunu oluşturmaz. Belirsiz kavram, “uygun sebebi değerlendirip gösterme” konusunda idareye takdir yetkisi verir. Bundan dolayı tesis edilecek idari işlemin sebep unsuru, kanaatimizce idarece “somut olayın değerlendirilip bağdaştırıldığı belirsiz kavram”dır. Bu bağlamda belirsiz kavramları, “kavram” olarak tek başına ele almak ve ayrı düşünmek yanıltıcı olabilir. Zira hukuk devletinde bu kavramların nasıl anlaşılması gerektiği öncelikle mevzuatta kısmen belirlenebilir, bu yapılamadı ise bu konuda kısmen serbestisi olan

olmadığı gerçeğinden hareketle iptal etmiştir. Camino, [1916] Recueil Conseil d’Etat [Rec. Cons. D’Et.] 15, [1922] Sirey, Jurisprudence [S. Jur.] 11 10, [1917] R.D.P. 460. Aynı şekilde Conseil d’Etat, hiç istifasını talep etmeyen bir valiyi iddiaya göre istifasını istemiş diye görevden alma işlemini iptal etmiştir. Trépont, [1922] Rec. Cons. D’Et. 65, [1922] R.D.P. 81; accord, Terracher, [1946] Rec. Cons. D’Et. 185. naklen Bermann, s. 206-207. Bu bağlamda idare, gerçek olaylara ve sebeplere dayanarak işlem tesis etmeli, dava aşamasında ise tüm bulguları mahkemeye vermeli, iddia sahibi olarak kanıtlama yükünü taşımali ve idari yargıç da olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol etmelidir. Bu itibarla idare, belirsiz ve soyut kavramın içeriğini doldurmakta ve soyut kavramı somut ve uygulanabilir hale getirmektedir. Akabinde idare, belirsiz kavramı olayla bağdaştırıp belirli hale getirerek ve hizmetin gereklerine göre yorumlayarak işleme meşru bir sebep bulmakla görevlidir. Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 99-100. Ayrıca bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 293-300. Bu sebebin yanlış olduğunu veya gerçekleşmediğini ispatlamak iddia edene düşer. Kaplan, s. 251. Ayrıca bu konuda mahkeme de re’sen inceleme yetkisi ile sebebin gerçekleşmediğini ortaya koyabilir.

⁷⁹⁵ Kaplan, s. 251. Öncelikle kanun koyucu, belirsiz kavramların çerçevesini belirlemese bile bu kavramlar ile iradesini ortaya koymuş olacağından ve kanunun amacının kamu yararını gerçekleştirmek olduğundan, idare, bu kavramları yorumlama, değerlendirme ve uygulamada serbest değildir. Zira belirsiz kavramlar, kanun koyucunun iradesini yansıtan soyut kavramlar olmakla birlikte olaylara uygulandığında somut hale gelmektedir. Ayrıca alanını veya kapsayacağı olayları başta belirlemek her ne kadar imkânsız ise de belirsiz kavramlar, zaman içinde uygulamaya ve yargısal kararlara bağlı olarak az-çok belirlilik kazanan kavramlardır. Günday, *İdare Hukuku*, s. 154-155.

⁷⁹⁶ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 373; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1011.

⁷⁹⁷ Hukuk kuralının işlemin sebebini belirsiz bir kavram olarak öngördüğü durumlarda idarece yapılacak yorum olayın analizinde önem arz eder. Zira doğru yorum ile olayın çözümü bulunabilir. Aksi durum, yapılacak yargısal denetimde iptal sebebidir. İdare, yapacağı yorum ile ortaya çıkan vakıaların belirtilen belirsiz kavramın kapsamına dahil edilip edilmeyeceğini saptar. Olayla belirsiz kavram arasında bağlantı kuran idare, olayı maddi ve hukuki yönden değerlendirir ve nitelendirir. Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 44-45.

idare, uygulamaları ile bu kavramları açıklığa kavuşturabilir. Yargı mercii de, hukuka uygunluk denetimi yaparak nesnel ölçütler bazında belirsiz kavramlarla ilgili olarak gerekli yorum ve değerlendirmelerde bulunabilir. Bu durumda idari işlemin sebep unsurunu oluşturan belirsiz kavram ile bağı olan ve birçok olay için ortak ve genel kabul gören çözüm ortaya çıkmış olur.

Günday’a göre, idareye takdir yetkisi veren belirsiz kavram, belli ölçüde objektif bir anlama sahip olduğundan, hangi vakıaların mutlak suretle bu belirsiz kavramın kapsamına dahil edilip edilmeyeceği bellidir. İdare, bu vakıaları nitelendirmek konusunda bir serbestliğe sahip değildir ve bu vakıaların idarece nitelendirilmesi yargı merciiince denetlenir. Aksi durumda, yani idarenin işlemini dayandırdığı vakıaların söz konusu belirsiz kavramın kapsamına dahil edilip edilmeyeceği kuşkulu veya objektif bir biçimde belirlenemiyorsa, bu takdirde idarenin yaptığı nitelendirmeye yargı merciiinin müdahale etmemesi gerekir. Müdahale etmesi halinde yargı mercii, kendi sübjektif düşüncesini idarenin nitelendirmesi yerine koymuş olur⁷⁹⁸. Şunu belirtmekte fayda görüyoruz: Öncelikle bütün belirsiz kavramların idareye değerlendirme payı verdiği kanaatindeyiz. Ancak bazı vakıaların belirsiz kavramın kapsamına dahil edilip edilmeyeceği, idarenin uygulamaları ve yargısal içtihatlar ile kısmen istikrar kazandığından, bu konuda idarenin değerlendirmesi belli ölçüde sınırlandırılmıştır diyebiliriz⁷⁹⁹. İdarenin, istikrar kazanmış bu uygulama ve içtihatların aksi yönündeki değerlendirmeleri açık hata ile sakat olur. Fakat çoğu olay, çoğu kez kendi şartları özelinde farklılık gösterdiğinden bu durumda idare, kaçınılmaz olarak olayın belirsiz kavramın kapsamına dahil edilip edilmeyeceği konusunda bir değerlendirmede bulunmaktadır. İdarenin bu değerlendirmesinin yargısal denetime tabi tutulması da kaçınılmazdır. Bu denetim, objektif esaslara göre yapıldığı sürece idari yargıcın kendi düşüncesini idarenin değerlendirmesi yerine koymasından bahsedilemez.

⁷⁹⁸ Günday, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, s. 147-148.

⁷⁹⁹ Bu bağlamda belirsiz kavramların, zaman içinde yorumlanma, nitelendirme ve uygulanmaya bağlı olarak içerikleri ve anlamları kısmen açıklığa kavuşsa ve objektif ölçütlere göre kullanılması gerekse de yine de olaya bağlı olarak çoğunlukla idareye takdir yetkisi verdiği kanaatindeyiz.

Son olarak doktrinde, idari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisinden söz edilip edilemeyeceği konusundaki farklı bir görüşe değinmekte fayda görmekteyiz. Gözler tarafından ileri sürülen bu görüşe göre, idari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisi söz konusu değildir. Yazara göre, sebep unsurunun hiç gösterilmediği veya belirsiz kavramlar ile gösterildiği hallerde idare, sebep unsurunda bir değerlendirme yetkisine sahiptir. Ancak yazar, “*idarenin sahip olduğu bu değerlendirme yetkisine “takdir yetkisi” değil, “Alman idare hukuku doktrininde dendiği gibi “değerlendirme marjı (beurteilungsspielraum)” denmesinin daha uygun olacağını*” ifade etmektedir⁸⁰⁰. Yazara göre, takdir yetkisi kavramı ile değerlendirme marjı kavramları karıştırılmamalıdır. Çünkü takdir yetkisi ve değerlendirme marjı kavramları farklı hukuki rejime tabidir. Örneğin takdir yetkisi yargı mercilerinin denetimine tabi değilken, değerlendirme marjı yargısal denetime tabidir⁸⁰¹. Yazarın, değerlendirme marjının yargı denetimine tabi olması ancak takdir yetkisinin böyle bir denetime tabi olmaması şeklindeki düşüncesine katılmak mümkün değildir. Öncelikle “değerlendirme” ve “takdir yetkisi” kavramları girift kelimelerdir. Bu bakımdan bu iki kavramı tam olarak birbirinden ayırmak mümkün değildir. İkinci olarak gerek idarenin değerlendirmesi gerekse takdir yetkisi, kural olarak yargı mercilerinin denetimine tabidir. Ancak bu denetimin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olması gerektiğini belirtmek isteriz. Üçüncü olarak değerlendirme, idari işlemi tesis etmeden önce idarenin daha özgürce hareket edebileceği ve bu yönü ile yerindeliğe daha yakın bir alan iken, takdir yetkisi “değerlendirme” içermekle birlikte idarenin tercihinin somutlaşmış halidir. Bu itibarla değerlendirme marjının yargısal denetime tabi olup, takdir yetkisinin yargısal denetime tabi olmaması düşünülemez. Dördüncü olarak da hukuk devleti ilkesi, takdir yetkisinin yargı denetimi dışında kalmasına engeldir. Zira hukuk devleti, herhangi bir ayrıma gitmeden idarenin tüm işlemlerinin yargısal denetime tabi olmasını öngörür. Bu itibarla takdir yetkisinin tamamen serbest ve sınırsız kullanımı kabul edilemez.

⁸⁰⁰ Doktrinde başka bir görüşe göre, “değerlendirme marjı” kavramı yerine “değerlendirme yetkisi” veya “değerlendirme alanı” kavramlarının dilimize katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 726. Biz ise, “değerlendirme marjı” kavramı yerine “değerlendirme alanı” veya “değerlendirme payı” kavramının dilimize daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

⁸⁰¹ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1017, 1063-1064.

(4) Konu

İdari işlemin konusu, işlemin içeriği, hukuk âleminde yaptığı değişiklik, idari işlemin hukuk alanında doğurduğu hukuki sonuçtur⁸⁰². Bu sonuç, yeni olabileceği gibi, önceden var olan bir sonucun değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması şeklinde de olabilir. Örneğin kamulaştırma işleminin konusu, taşınmazın mülkiyetinin özel hukuk kişisinden idareye geçmesi; atama işleminin konusu, birinin memurluk statüsüne sokulması; emeklilik işleminin konusu, birinin memurluk statüsünden çıkarılarak emeklilik statüsüne sokulması; mezuniyet işleminin konusu, öğrencinin öğrencilik statüsünden çıkarılıp mezun statüsüne sokulmasıdır⁸⁰³.

İdari işlemin konu unsurunda takdir yetkisi söz konusu olabilmektedir⁸⁰⁴. İdarenin idari işlemin konu unsurundaki takdir yetkisi idarenin harekete geçip geçmeme konusunda tercihinin var olması veya idarenin harekete geçmesi durumunda birden fazla seçeneğe sahip olmasıdır. Örneğin, 657 sayılı Kanun'un 135. maddesine göre, disiplin cezasına itiraz üzerine *"itirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilir."* Bu durumda disiplin amirleri kararı yanlış bulursa aşağı yönde düzeltebilir (kişiye 1/8 yerine 1/30 aylıktan kesme cezası verilmesi ya da 3 yıl yerine 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması) veya kaldırabilir ki, cezayı hafifletme veya kaldırma disiplin amirlerinin takdir yetkisi dâhilindedir.

İdarenin idari işlemin konu unsurundaki takdir yetkisi, hukuk kuralında öngörülen konulardan birini seçmek ile sınırlıdır. Yoksa takdir yetkisi, idareye hukuk kuralında öngörülen konuyu değiştirme veya dilediği şekilde belirtme veyahut yeni bir konuda işlem tesis etme yetkisi vermez. Zira idare, sadece hukuk kuralında öngörülen alanda idari işlem tesis edebilir⁸⁰⁵. Bu bağlamda örneğin idarenin

⁸⁰² Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 311; Günday, *İdare Hukuku*, s. 157; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 380; Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", s. 179; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 213; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1045.

⁸⁰³ Tan, *İdare Hukuku*, s. 853; Günday, *İdare Hukuku*, s. 158; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 517; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1045.

⁸⁰⁴ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 213. Gözler'e göre, takdir yetki sadece idari işlemin konu unsurunda söz konusu olabilir. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1063.

⁸⁰⁵ Ayrıca bkz. Bayraktar, s. 283; Mermut, s. 322; Alan, "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", s. 35; Alan, "Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık", s. 340-341. İdare, kendisine tanınan takdir yetkisini kullanırken idari işlemin konu

yürürlükte olan kanunun öngördüğü işlemi değil, yürürlükten kaldırılan kanunun öngördüğü işlemi yapması durumunda tesis edilen işlem hukuka aykırı olur⁸⁰⁶.

(5) Amaç

Amaç (maksat), yapılan idari işlem ile ulaşılmak istenen veya beklenen nihai sonuçtur⁸⁰⁷. İdari işlemin amacı, hukuk kuralı tarafından belirlensin ya da belirlenmesin her halükârda kamu yararadır. Kamu yararı dışındaki her maksat, idari işlemi sakatlar. Örneğin, bir amirin kamu yararı veya kamu düzenini sağlamak amacıyla değil, öç almak amacıyla memura disiplin cezası vermesi ya da yargı kararlarını etkisiz ve sonuçsuz bırakmak amacı ile idari karar alması halinde, alınan kararlar hukuka aykırı olur ki, buna “yetki saptırması” denir⁸⁰⁸.

İdari işlemin amacı, her halükârda kamu yararı olduğundan, aksini ispat etmek suretiyle işlemin amaç unsurundaki sakatlık ortaya konulabilir. Bu bağlamda bir idari işlem kamu yararı dışında kişisel çıkar, üçüncü bir kişiye yarar sağlama veya zarar verme, siyasal amaç gütmeye amacıyla yapıldığında ya da hukuk kuralında öngörülen özel maksat aşıldığında işlem hukuka aykırı olur⁸⁰⁹. Ancak idari işlemin amaç unsurundaki sakatlıklar; kişisel çıkar, siyasal amaç, üçüncü kişiye yarar sağlama ve zarar verme ya da özel maksadı aşmadan kaynaklı sakatlıklardan ibaret değildir. Zira olayın şartlarına göre *kamu yararına olmama*, amaç unsurundaki tüm sakatlıkları⁸¹⁰

unsuruna ilişkin ilkelere tabidir. Bu bağlamda idare, öngörülen konu dışında bir alanda işlem tesis ederse takdir yetkisinin sınırlarını konu bakımından aşmış demektir. Teftiş kurulunda başmüfettiş olarak görev yapan davacının, teftiş kurulu yönetmeliğinde düzenlenen esas ve usullere göre verilen görev ve yetkiler dâhilinde görevlendirilmesi gerekirken süresi belirsiz teftiş ve denetim hizmetlerine uygunluk göstermeyen uzmanlık alanı dışındaki bir konu ile görevlendirilmesi işleminde kamu yararı ve hizmet gereği yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında bkz. D2D, KT, 11.07.2005, E. 2004/1631, K. 2005/2474, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 01.04.2020).

⁸⁰⁶ Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 47.

⁸⁰⁷ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 316; Günday, *İdare Hukuku*, s. 160; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 387; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1094; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 432.

⁸⁰⁸ Yetki saptırması, idarenin belli bir amaç için öngörölmüş yetkiyi, başka bir amaç için kullanmasıdır. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1106.

⁸⁰⁹ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 388 vd.

⁸¹⁰ Doktrinde idari işlemin amaç unsurundaki sakatlıkların, kamu düzeninden olmadığından davacı tarafından ileri sürülmedikçe mahkeme tarafından re’sen dikkate alınmayacağı ileri sürülmektedir. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1096; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 487. Bu görüşe her durumda katılmak mümkün değildir. Zira olayın şartlarına göre yukarıda değinildiği gibi kişisel çıkar, siyasal amaç, zarar verme ve özel maksadı aşmadan kaynaklı sakatlıklar söz konusu olmasa bile, yapılacak inceleme sonucunda işlemin kamu yararına aykırı olduğundan hareketle iptal kararı verilebilir. Bu bağlamda idari yargı mercii, re’sen araştırma yetkisi ile herhangi bir bilgi, belge, delil

kapsadığından, başlı başına bir sakatlık olup iptal sebebidir. Örneğin kişisel çıkar, siyasal amaç, üçüncü kişiye yarar sağlama ve zarar verme ya da özel maksadı aşma söz konusu olmadığı halde bilirkişi incelemesi üzerine şehre yapılacak bir meydanın kamu yararına olmadığı anlaşılırsa işlemin iptaline karar verilir. Bu bağlamda kamu yararı açısından her aykırılık, amaç unsurunu sakatlar. Mahkemenin bunu iptal etmesi yerindelik denetimi değildir⁸¹¹. Zira idare yargıcısı, yasaları yorumlama bakımından salt pozitivist bakış açısıyla kural denetimi gerçekleştiren olağan yargıçtan farklıdır. İdari yargıç, idari yargılama hukukunun özerk yapısı gereği hakkaniyet yargılaması yaparak kamu yararı-özel yarar dengesini gözetir. Bu durum aynı zamanda idari yargının içtihadı niteliğinin de bir gereğidir⁸¹².

İdari işlemler ancak kamu yararını gerçekleştirmek için tesis edilebilir⁸¹³. Doktrinde istisnalar dışında genel görüşe göre, işlemin amaç unsurunda takdir yetkisi söz konusu değildir⁸¹⁴. Balta, hastane veya okul yapımı için yapılacak kamulaştırmanın amaç unsurunda takdir yetkisinin olduğunu belirtmiştir. Ancak bu örnek idari işlemin sebep ve konu unsurunda takdir yetkisi ile ilgilidir⁸¹⁵. Tuncay, mevzuatta tanınan yetkinin amacının belirtilmemesinin, takdir yetkisi verildiği anlamına geleceğini belirtir⁸¹⁶. Ancak hukuk kuralında belirtmese de idari işlemin amacı her daim kamu yararıdır.

Kanunlarda kamu yararının sınırları içerisinde kalan ve kamu yararının daha belirginleşmiş hali olan daha özel ve somut amaçlar da öngörülebilir. Başka bir anlatımla hukuk kuralı tarafından belirlensin ya da belirlenmesin genel amaç kamu

ve iddiadan hareketle yetki saptırmasını tespit edebilir. Yetki saptırmasının ispatı hakkında bkz. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1104. Re'sen araştırma ilkesi, araştırma sonucu bulunan hukuka aykırılıklara göre iptal kararı vermeyi gerektirir. Ayrıca re'sen araştırma ilkesi idari işlemin yalnızca bazı unsurları ile sınırlı bir ilke değildir. Dolayısıyla kanaatimizce idari işlemde amaç, kamu düzenindenendir.

⁸¹¹ Aksi yönde bkz. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1111-1115.

⁸¹² Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, s. 67-68.

⁸¹³ Turan Yıldırım, "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", *Anayasa Yargısı*, Y. 2001, C. 18, s. 438-449; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 388; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 212.

⁸¹⁴ Günday, *İdare Hukuku*, s. 160 vd.; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 212; Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", s. 177; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1099 vd.

⁸¹⁵ Balta, s. 170.

⁸¹⁶ Tuncay, s. 153.

yararı olup, kamu yararı içinde olan özel amaçlar da öngörülebilir⁸¹⁷. Örneğin kolluk işlemlerinin özel amacı kamu düzenini sağlamak ve korumak, imar planlamasının özel amacı kentsel alanda imar düzenini oluşturmak ve korumaktır. Bu durumda idari yargı mercii yapılan bir idari işlemi şu özel amaca değil de, bu özel amaca yönelik olması gerektiğine dair karar verirse yerindelik denetimi yapmış olur⁸¹⁸.

Hukuk kuralında öngörülen özel amaç, nihayetinde kamu yararı amacından başka bir şey değildir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, hukuk kuralının idari işlemin tesisinde idareye birden fazla özel amaç gösterdiği hallerde, bu amaçlardan birini seçmekte serbest olan idarenin, takdir yetkisinden bahsedilebilir⁸¹⁹. Bunun dışında idari işlemin amaç unsurunda takdir yetkisinin olmadığını ifade edebiliriz.

4. Takdir Yetkisinin Kullanımı

a) Seçim Serbestisi

İdare, takdir yetkisinin kullanımda bir serbestliğe sahiptir⁸²⁰. Bu serbestlik, değerlendirmede serbestlik, harekete geçip geçmemede serbestlik, harekete geçilecekse, karar alıp almamada serbestlik; karar alınacaksa, bunun yeri ve zamanını belirlemede serbestlik veya kullanılacak araç ve yöntemi belirlemede serbestlik şeklinde karşımıza çıkabilir⁸²¹. Ancak bu “serbestlikler”; gerek sınırları, gerek hukuki mahiyetleri gerekse de sonuçları açısından farklılık göstermektedir. Zira idarenin şehrin geniş bir meydanında çocuk oyun yeri, havuz, mescit inşa etme, ağaç dikme seçeneklerinden bir veya birkaçını tercih etme konusundaki seçim serbestliği ile dar bir parktaki düzenleme serbestliği aynı mahiyette değildir. Aynı şekilde kadro ilanı verip vermemedeki serbestlik ile kadro ilanı verildikten sonra hiç kimseyi almama veya birisini almadaki serbestlik aynı nitelikte değildir.

⁸¹⁷ Günday, *İdare Hukuku*, s. 160-161; Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1099.

⁸¹⁸ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1112.

⁸¹⁹ Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 108.

⁸²⁰ “İdarelere belli bir kararı alıp almamak veya kanunda öngörülen değişik çözümler arasında bir seçim yapmak konusunda tanınan serbestliğe takdir yetkisi denir.” D8D, KT, 24.06.2011, E. 2011/1214, K. 2011/3344, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 01.04.2020).

⁸²¹ Ayrıca bkz. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 109; Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 15-17; Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 207-208.

Takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda serbestlik alanı olaya özgü olarak değişebilmektedir. Örneğin Cumhurbaşkanı, “özel af” yetkisini, koşulları taşıyalar bile her başvuru sahibi hükümlü için kullanmak zorunda değildir. Cumhurbaşkanı bu konuda mutlak bir takdir yetkisine sahiptir⁸²². Ancak Danıştaya göre, valilerin atanmaları veya görevden alınmaları konusunda idare takdir yetkisine sahip olsa da yine buna ilişkin işlemler yetki, şekil gibi bazı unsurlar açısından yargısal denetime tabidir. Kuşkusuz valilerin atanması konusunda idarenin geniş bir takdir yetkisi mevcuttur. Burada yargı merciinin, idarenin geniş takdir yetkisini dikkate alması gerekir. Ancak yargı mercii, yetki ve şekil yönlerindeki sakatlıklarda olduğu gibi, açık hukuka aykırılıkların bulunup bulunmadığını veya idarenin açık bir değerdendirme hatasına düşüp düşmediğini inceleyebilir⁸²³.

Karahanoğulları’na göre, idarenin “karar alıp almama serbestliği” biçimindeki bir takdir yetkisi tanımı hatalıdır. Zira yazara göre, idarenin karar alması için gerekli nedenler oluşmuşsa idarenin harekete geçmesi ve olumlu veya olumsuz bir karar alması gerekir. Bu bakımdan işlem yapıp yapmama serbestliği ile konu seçimi serbestliği farklıdır⁸²⁴. “İşlem yapıp yapmama serbestliği ile konu seçimi serbestliği arasındaki farklılık” konusunda yazara katılmakla birlikte idarenin harekete geçme konusundaki serbestliği ile ilgili olarak şunu söylemekte fayda görüyoruz: İdarenin harekete geçip geçmeme konusunda da bir takdir yetkisi söz konusudur. Zira her durumda idarenin aynı şekilde davranmasını beklemek mümkün değildir. Örneğin yasal koşullar oluşmasına ve çok ihtiyaç olmasına rağmen idare, istihdam etmek için yeni kamu personeli almayabilir.

Bazen idare, takdir yetkisine sahip olsa da harekete geçip geçmeme konusunda bir serbestliğe sahip olmayabilir. Hukuk devleti ilkesi gereği olaya özgü olarak takdir yetkisinin unsurları açısından idare bağılı bir durumda olabilir. Bu durumda idare, takdir yetkisini, örneğin, içtihata göre kullanmak zorundadır. Bu itibarla idareye

⁸²² D10D, KT, 19.03.2007, E. 2006/6659, K. 2007/1390, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 01.04.2020). Yine 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 11. maddesindeki başvuru için aranan koşulları sağlamasına rağmen yabancıya vatandaşlık verilmeyebilir.

⁸²³ DİDDK, KT, 26.09.2012, E. 2007/36, K. 2012/1271, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 01.04.2020).

⁸²⁴ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 163.

verilen takdir yetkisi, tamamen kaldırılmamakla birlikte, yargısal içtihatlar ile belirli şartlara bağlanabilir. Bu bakımdan yargı mercii, idareyi takdir yetkisini her durumda birey lehine olumlu sonuç doğuracak şekilde kullanmaya zorlamamaktadır. Ancak yargı mercii, takdir yetkisinin olumsuz sonuç doğuracak şekilde kullanılması halinde, bu yetkinin objektif, somut ölçme ve değerlendirme kriterlerine dayanması gerektiğini öngörmektedir⁸²⁵.

Takdir yetkisinin kullanımı, her olaya göre değişkenlik gösterse de yine de idare, takdir yetkisini “hukuka uygun” kullanılmalıdır. Takdir yetkisi idareye bir serbestlik alanı sağlasa da, idare hukuki olanla hukuki olmayan arasında bir seçim serbestliğine sahip değildir. Seçim serbestisi, ancak hukuka uygunluk sınırları içerisinde kullanılabilir.

b) Bilimsel İmkânlarla Başvurma

Takdir yetkisinin kullanımı yere, zamana ve durumua göre farklılık gösterebilmektedir. Bu durumda idarenin, her olayı kendine özgü koşullarını dikkate alarak belli bir esneklik içinde, ancak, yeterli ve özel bir araştırma yaparak ve bilimsel verilere başvurarak takdir yetkisini kullanması gerekir⁸²⁶.

Takdir yetkisinin hukuka uygun kullanımından bahsedebilmek için idarenin gerektiği durumlarda gerekli araştırma ve incelemeyi yapması, bilimsel imkânlarla başvurusu ve nesnel ölçütler kullanması gerekir. Bu bağlamda idare, önce doğru bilimsel imkânlarla başvurmalı, devamında da bu olanakları doğru kullanılmalıdır. Aksi durumda hukuka aykırılık söz konusu olabilir.

Özellikle maddi olayların değerlendirilmesinde bilimsel imkânlar kullanılır. Başka bir deyişle idare teknik bilgi gerektiren işlem ve eylemlerinde geniş takdir yetkisine sahip olsa da, bu yetkiyi keyfi ve sınırsız olarak kullanamaz⁸²⁷. İdare, tüm

⁸²⁵ AYM, KT, 19.11.2020, Başvuru Numarası: 2018/9459, RG, 17.02.2021-31398.

⁸²⁶ Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 48; Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 357. Ayrıca bkz. D14D, KT, 24.10.2013, E. 2011/12790, K. 2013/7104; D9D, KT, 13.09.2012, E. 2010/9101, K. 2012/4583; D12D, KT, 24.04.1978, E. 1977/1349, K. 1978/955, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 07.07.2020).

⁸²⁷ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 395; Yüksel Esin, “Yönetmelikler, İdarenin Yetkisi ve Denetimi”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III*, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1980, s. 157.

bilimsel imkânlarla (bilimsel araçlar ve verilere, somut kanıtlara, teknik inceleme ve değerlendirmelere, gerekli araştırmalara) başvurup bu yetkisini kullanmalıdır. Örneğin havaalanı için bir yer belirlenecekse, bu konuda tüm bilimsel imkânlar kullanılarak yer seçimine gidilmelidir. İdare, bu konuda yer seçimi için takdir yetkisine sahip ise de uçakların iniş ve kalkışına imkân vermeyecek sarp iki dağ arasına veya çoğu zaman sisle kaplı bir ovaya havaalanı yapılmak istendiğinde taşınmazı kamulaştırılan kişinin itirazı, yargı merciince yaptırılacak keşif ve bilirkişi incelemesi⁸²⁸ neticesinde haklı görülebilir. İşte bu gibi durumlarda idare, tüm bilimsel imkânlarla başvurmalı, bu imkânları hukukun koruduğu değerler ile birlikte değerlendirip işlem tesis etmelidir.

İdare, bünyesindeki uzman kişilerden yararlanıp takdir yetkisine dayanarak idari işlemler tesis edebilir. Ancak idare veya bünyesindeki kişiler uzman olmakla birlikte, bunların alanlarında en yetkin kişiler oldukları, her zaman hukuka uygun hareket ettikleri veya bu yönde istekli oldukları söylenemez. İşte idari yargı yeri, idare dışında farklı alanlardaki uzmanlardan yararlanarak idarenin işlemini denetleyebilir⁸²⁹. Diğer bir söylemle idari yargı mercii, bilirkişi aracılığı ile idarenin takdir yetkisini kullanırken gerekli bilimsel araç, gereç ve verilere başvurup vurmadığını, bu konuda gereken çabayı gösterip göstermediğini, gerekli incelemeyi yapıp yapmadığını ve bunun sonucunda bilimsel imkânlar ile yapılan teknik değerlendirmeyi doğru yapıp yapmadığını denetler. İdari yargı yeri, takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen idari işlemleri denetlerken bilirkişiye başvurmazsa eksik

⁸²⁸ Yargı mercii, maddi unsurları ve maddi durumu araştırıp, maddi olayın çözümü için gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırabilir. DVDDK, KT, 04.10.1996, E. 1995/119, K. 1996/294, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 28.04.2020). Bu itibarla idarenin olayı değerlendirmesini denetlerken, yargı yerinin bilimsel ve teknik verilerden faydalanması gerekebilir ki bu durumda bilirkişiye başvurulması zaruridir. Bu bakımdan teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren alanlarda yargı mercii teknik yorum, değerlendirme ve nitelendirme için bilirkişiye başvurabilir. Karahanoğulları'na göre, yargı mercii tarafından "idarenin olayı incelemek için bilimsel verilere başvurup başvurmadığı, tüm bilimsel olanakları kullanıp kullanmadığı ve daha önemlisi bilimsel olarak varılan sonuçlarla hukukun koruduğu değerleri birlikte değerlendirip değerlendirmede denetlenir." Karahanoğulları, "İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", s. 58. Ayrıca bkz. Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 175.

⁸²⁹ Gözler, idarenin uzman olduğunu veya uzman kişilerden faydalandığını, bu itibarla idari yargının bilirkişiler aracılığı ile idareyi denetlemesinin mantıksız olduğunu belirtir. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1071.

inceleme yapmış olur ve bu nedenle bu şekilde tesis edilen kararın bozulması gerekir⁸³⁰.

İdare, tesis edeceği idari işlemin sebep unsuruna ilişkin bilimsel ve teknik imkânları doğru oluşturup değerlendirmeli ve işlemde neden sonuç ilişkisini doğru kurmalıdır⁸³¹. Örneğin Danıştaya göre, rüzgâr enerji santralleri gibi tesislerin yer seçimi konusunda, bilimsel ve teknik verilerin değerlendirilerek karar alınması gerekir. Buna göre, *“söz konusu tesislerin faaliyet göstereceği alanlara ilişkin öncelikle yer seçimi konusunda, enerji verimliliği ve koruma dengesi dikkate alınarak gereken özenin gösterilmesi, şayet söz konusu faaliyetin korunması gereken alanlarda yapılması verimlilik açısından kaçınılmaz ise doğal çevrenin korunması ve meydana gelebilecek tahribatın engellenmesi için bütün tedbir ve önlemlerin alındığının ortaya konulması gerekmektedir.”*⁸³² Aksi durumda eksik inceleme söz konusu ise idarenin hareketsizliğinden kaynaklı olarak idari işlemde hukuka aykırılık görülebilir.

c) Takdir Sakatlıkları

İdare, kendisine tanınan takdir yetkisini “hukuka uygun” kullanmalıdır. Ayrıca idare takdir yetkisini idari teamül, deneyim ve uygulamalara, idari ihtiyaç ve gereklere ve yargısal içtihatlarla da uygun kullanmalıdır. Balta, takdir yetkisinin hukuka aykırı şekilde kullanılmasını “takdir sakatlığı”, ihtiyaca aykırı şekilde kullanılmasını ise “takdir isabetsizliği” olarak ifade etmektedir. Yazara göre takdir

⁸³⁰ D8D, KT, 17.12.2018, E. 2016/7695, K. 2018/8538, <https://www.hukukturk.com> (E.T. 01.01.2021),

⁸³¹ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 181-182, 193. Teknik hususlara ait bazı işlemlerin denetiminde Conseil d’État’nın çekingen davrandığı hakkında bkz. Bayraktar, s. 283.

⁸³² D6D, KT, 16.02.2017, E. 2016/11234, K. 2017/1051, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 07.07.2020). Dosyadaki bilgi ve belgeler göz önüne alınarak ve gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılarak takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı mahkemelerce her zaman araştırılabilir. D8D, KT, 30.05.1997, E. 1996/2550, K. 1997/1937, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 28.04.2020). Danıştay, kişiye ait yerin *“çevrenin otopark ihtiyacını karşılayamayacağı, otoparkların tali yolu kenarında, kent merkezlerinde olması gerekirken dört yol kavşağında otopark yapılmasının şehircilik ve trafik ilkelerine aykırı düştüğü, otopark için daha uygun yerlerin mevcut olduğu, bu hususlar araştırılmadan yapılan imar planında mevzuata uyarlık bulunmadığı öne sürüldüğünden bu iddiaların yerinde olup olmadığının tespiti için yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra karar verilmesi gerektiğine”* karar vermiştir. D6D, KT, 11.06.1984, E. 1984/337, K. 1984/2396, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 28.04.2020).

sakatlığı, yargısal denetime tabi iken, takdir isabetsizliği yargısal denetime tabi değildir⁸³³. Fakat takdir isabetsizlikleri yargı dışı yollarla denetlenebilir⁸³⁴. Bu bağlamda yargı mercii tarafından denetlenen takdir yetkisinin, ihtiyaca uygun olup olmama konusundaki takdir yetkisi değil, hukuka aykırı kullanılan takdir yetkisidir. Takdir yetkisinin isabetli veya etkin kullanılmadığı yönünde yapılan denetim ise, idarece yapılan yerindelik denetimidir.

“Konuyla ilgili özel hukuk kurallarına aykırılık”, “anayasal ilke ve kurallara aykırılık”, “genel hukuk ilkelerine aykırılık”, “idarenin gerekli araştırma yapmadan takdir yetkisini kullanması”, “hukuki dayanağın takdirinde yanılma (yetki veren kanunun yanlış yorumlanması veya uygulanması gerekenden başka bir hükmün uygulanması veya kanunun amacına uyulmaması)”, “yasal dayanaktan yoksunluk”⁸³⁵, “maddi olayın takdirinde yanılma (dayanılan olayın gerçek dışı olması ya da yanlış tavsif edilmesi)” ve “yasanın özel amacına aykırılık” takdir sakatlığı olarak görülebilecek hukuka aykırı durumlardır⁸³⁶. Ayrıca “ölçülülük ilkesine aykırılık” ve “takdirde açık hata yapılması” da takdir sakatlığıdır.

5. Takdir Yetkisini Sınırlama

Hukuk devletinde yasama, yürütme ve yargı organı faaliyetlerini icra ederken birtakım sınırlamalara tabidir. Yürütmenin bir parçası olan idare de diğer faaliyetleri yanında takdir yetkisini kullanırken tamamen sınırsız olmayıp hukuka bağlı olmak zorundadır. Bu itibarla hukuk devletinde idare ancak hukuk içinde kalarak tasarrufta

⁸³³ Balta, s. 88-89.

⁸³⁴ Yüce, s. 188.

⁸³⁵ “Suç ve cezalar, Anayasaya uygun olarak yasayla konulabileceğinden, bir hukuk devletinde, cezai niteliği haiz olan idari yaptırımın da dayanağının yasayla düzenlenmesi gerekli bulunmaktadır. Yukarıda yer alan Yasa hükümleri uyarınca Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu’na, Yasa’nın gösterdiği çerçevede tütün ve tütün mamulleri piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisi verilmesine, Kanun’da adli kovuşturmalara ilgili olarak suç ve cezalar belirlenmesine karşın, Kurum’a idari yaptırım uygulama konusunda bir yetki verilmediği görülmekte olup, idarenin yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi düzenleme yetkisi çerçevesinde bu konuda kural koyması hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyeceğinden, Yönetmeliğin 15. maddesinin 6. fıkrasının son cümlesi uyarınca satış belgesinin askıya alınması veya iptal edilmesi yolundaki idari yaptırım uygulanmasına ilişkin dava konusu düzenleme, 4733 sayılı Kanun’a aykırı bulunmaktadır.” D13D, KT, 25.12.2006, E. 2005/9375, K. 2006/4919, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.07.2020).

⁸³⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Bayraktar, s. 275-277; Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 108-112.

bulunabilir⁸³⁷. Bu bağlamda takdir yetkisi, “*idarenin hukuk kuralları içinde hareket özgürlüğü*”⁸³⁸ veya “*idarenin hukuk kaideleri içinde hareket serbestliği*”⁸³⁹ olarak ifade edilebilir.

İdarenin yerine getireceği kamu hizmetlerinin artması ve bu hizmetlerin niteliğinin karmaşık hale gelmesi, idarenin takdir yetkisini değil de takdir yetkisine giren konuları artırmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, takdir yetkisinin sınırlanması ve denetlenmesi yönünde bir etkiye sahiptir⁸⁴⁰.

Dworkin, takdir yetkisini bir “donut”un içindeki boşluğa benzetir ve bu alanın sınırlanmış olduğunu belirtir⁸⁴¹. Takdir yetkisinin bu sınırı, her olaya özgü olmaktadır. Zira Danıştay da bütün olaylar için kesin ve belli sınırlar belirlememekte, takdir yetkisinin sınırını, olayın sınırları çerçevesinde olaya özgü yorumlamaktadır⁸⁴².

Uygulamada, “sınırsız ve mutlak olmadığı”, “keyfi ve kötü niyetle kullanılamayacağı” gibi ifadelerle takdir yetkisinin sınırlarının çizilmeye çalışıldığı görülmektedir. İdarenin takdir yetkisi, hukuk kuralı ile sınırlanabileceği gibi bizzat idare veya yargı organları tarafından da sınırlanabilir. Başka bir deyişle idarenin takdir yetkisi bakımından geçerli olabilecek nesnel ölçütler kanun koyucu veya idarenin düzenleyici işlemleri ile veyahut bizzat idare tarafından ortaya konulabilir. Bunun mümkün olmadığı veya yetersiz olduğu durumlarda bu ölçütleri yargı organları oluşturmaktadır.

a) Hukuk Normu ile Sınırlama

İdare, hukuk normlarının bağlı yetki dâhilinde tuttuğu hususlarda takdir yetkisini haiz değildir. Ayrıca hukuk normu (Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı

⁸³⁷ Ayrıca bkz. Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 180.

⁸³⁸ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 377.

⁸³⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 418 vd.

⁸⁴⁰ Bayraktar, s. 268, 275.

⁸⁴¹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1978, s. 31. Ayrıca bkz. Ahmet Ulvi Türkbağ, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2011, C. 28, s. 78.

⁸⁴² D5D, KT, 30.12.1987, E. 1987/550, K. 1987/2124; D5D, KT, 30.11.1988, E. 1987/199, K. 1988/2806; D5D, KT, 07.06.1988, E. 1986/1476, K. 1988/1823, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 12.07.2020).

kararnamesi, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler), takdir yetkisi vermekle birlikte, bu yetkinin idari işlemin hangi unsurunda söz konusu olabileceğini ve hangi objektif ölçütlere göre kullanılması gerektiğini açıkça belirtebilir. Hukuk normunda takdir yetkisinin kullanımında herhangi bir ölçüt belirlenmese bile, idare, takdir yetkisini keyfi olarak değil, ancak hukuk sınırları içerisinde kalarak kullanabilir. Bu bağlamda idarenin tercih ettiği seçenek yasal olmalıdır⁸⁴³. Zira takdir yetkisi, yasal olmayı tercih etme imkânı vermez.

Takdir yetkisi belli koşullara tabi olarak kullanılabilir. Örneğin hakkında verilen beraat kararı üzerine bir kişinin göreve alınma istemini, idare boş kadro, ihtiyaç durumu gibi hususları dikkate alarak takdir eder⁸⁴⁴. Yine örneğin 657 sayılı Kanun'un 125. maddesine göre, *“geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir.”* Buradan hareketle *“geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olmayan”* ya da *“ödül veya başarı belgesi almayan”* memurlar için takdir yetkisi kullanılamaz.

Kanunilik ilkesi gereğince idareye tanınan takdir yetkisi, hukuk kuralında nesnel ölçütlerle sınırlanmalıdır. Bu bağlamda hukuk kuralında idareye geniş takdir yetkisi tanınıp bu yetkinin hiçbir ölçüte bağlanmaması, bu yetkinin kötüye kullanılmasına sebebiyet verebilir. Bu itibarla her ne kadar hukuk kuralında idareye geniş takdir yetkisi tanınsa da bu yetkinin kullanım çerçevesinin açıkça belirlenmesi ve nesnel ölçütler bazında sınırlanması hukuk devleti ilkesi açısından önem arz eder.

⁸⁴³ Ernst K. Pakuscher, “The Use of Discretion in German Law”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 44, Iss. 1, Article 7, Chicago 1976, s. 96.

⁸⁴⁴ D12D, KT, 03.12.2008, E. 2006/2676, K. 2008/6823, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 14.07.2020). 26233 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2006/1 sayılı Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı Genelgesi’nde, *“657 sayılı Kanunu’nun 125. maddesinin (E) bendinde sayılan fiil ve hallerden dolayı veya tüzük ve yönetmelikleri gereği görevlerine son verilen personelin işledikleri fiil ve hallerin, 5525 sayılı Kanun’un 1. maddesinde sayılan suçlardan olmaması durumunda yeniden göreve alınmalarına mani hal ortadan kaldırılmış olmakla birlikte, devlet memurluğundan ya da meslekten çıkarılanlar ile sözleşmesi feshedilenlerin herhangi bir kuruma müracaatları halinde, yeniden göreve alınmaları; durumlarına uygun boş kadro veya pozisyon olması, hizmetlerine ihtiyaç duyulması ve bu kadro ve pozisyonlara ait nitelikleri taşımaları kaydıyla ilgili mevzuatı ve açıktan atama prosedürü çerçevesinde kamu kurum ve kuruluşlarının takdirinde bulunmaktadır.”* hükmü yer almaktadır. Ayrıca bkz. D12D, KT, 06.06.2012, E. 2009/3360, K. 2012/3969; D12D, KT, 05.04.2010, E. 2008/6666, K. 2010/1838; D12D, KT, 17.12.2008, E. 2006/4248, K. 2008/6949; D12D, KT, 26.12.2007, E. 2005/6776, K. 2007/6383, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 14.07.2020).

b) İctihat ile Sınırlama

İdarenin kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak işlem tesis ettiği durumlarda hukuka uygun hareket edip etmediğinin tespiti, yargı mercileri tarafından yapılacak denetim ile de mümkün olabilir. Bu itibarla tüm idari işlemler gibi takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen idari işlemler de yargı mercileri tarafından hukuka uygunluk denetimine tabi tutulacaktır. Bu bağlamda idarenin norm ve olgu düzeyindeki değerlendirmeleri denetlenmiş olur⁸⁴⁵.

Danıştay, hukuk kurallarını yorumlayarak içtihatlarıyla idare açısından takdir alanının sınırlarını çizmektedir⁸⁴⁶. Aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıca değinileceği üzere Danıştay, takdir yetkisini denetlerken birtakım içtihatlar ortaya koymaktadır. Bunlardan birkaçını “kamu yararı”, “kamu hizmetinin gerekleri”, “kanunun özel amacına uygunluk”, “eşitlik”, “açık hata”, “gerekçe ilkesi” şeklinde sıralamak mümkündür. Bu içtihadi ilkeler, idare açısından “ictihat yoluyla bağı yetki yaratma” olarak ifade edebileceğimiz sınırlamalardır. İdare, bu sınırlamalara uymakla mükelleftir. Ayrıca kanun koyucunun hiçbir sınır koymaksızın tanıdığı takdir yetkisine Danıştay, kendisi bazı sınırlar koyarak takdir yetkisini bağı hale getirmektedir⁸⁴⁷. Bu bağlamda örneğin Danıştayın, özellikle takdir yetkisini maksat unsuru (kamu yararı) yoluyla sınırlandırdığı görülmektedir⁸⁴⁸.

İdari yargının görevi işlemi hukuka uygunluk açısından denetlemek; idarenin görevi ise iptal edilen işlem sebebiyle ne yapılabileceğini belirlemektir. Yargı mercii, bazen idareyi ne yapabileceğine zorlayabilir. Ancak çoğunlukla idareyi ne yapabileceğine zorlayan hukuktur⁸⁴⁹. Bu itibarla her ne kadar idari işlemin hukuka aykırı bulunarak iptali, davacının talebini haklı çıkarsa da, burada esas olan hukuka aykırılığın giderilebilecek olmasıdır. Örneğin mahkemece inşaat ruhsatı verilmeme

⁸⁴⁵ “Takdiri yetkinin kullanılmasıyla ortaya çıkan işlemlerin denetimi idarenin aralarından seçim yapabileceği yasal seçenekleri (sonuçları) doğru oluşturup oluşturmadığının ya da oluşturma girişiminde bulunup bulunmadığının; bu sonuçlara götürecek verileri somut olayda düzgün seçip seçmediğinin; idarenin normu doğru yorumlayıp yorumladığının denetimidir.” Karahanoğulları, “İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 58.

⁸⁴⁶ D2D, KT, 06.11.2019, E. 2019/347, K. 2019/5916, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 15.07.2020).

⁸⁴⁷ Bayraktar, s. 289.

⁸⁴⁸ Bayraktar, s. 269.

⁸⁴⁹ Günday, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, s. 139-148.

işleminin iptali üzerine, yargı kararını yerine getirmek için idarenin yeni bir karar alması gerekir. Bu bağlamda aslında idare, aksine haklı başka bir sebep yoksa ruhsatı vermek zorundadır. İdare aynı gerekçeyle tekrar aynı işlemi yapamaz. Ama iptal edilen idari işlem ile aynı sonucu doğuran yeni bir işlemin yapılmasını gerektiren başka bir durum varsa, idare aynı sonucu doğuran işlemi tekrar tesis edebilir. Bu işleme karşı da yeniden dava açılabilir. Örneğin yetkili kolluk kuvvetinin görüşü alınmadan açılmak istenen kiraathanenin sahibine işyeri açma ruhsatının verilmemesi işleminin iptali üzerine idare, açılacak kiraathanenin tehlikeli maddeler satılan yerlere ilişkin mevzuatın öngördüğü yeterli uzaklıkta bulunmamasını gerekçe göstererek, yine işyeri açma ruhsatını vermeyebilir. Ancak idare, mahkemece iptal edilen işyeri açma ruhsatını vermemeyi haklı ve gerekli kılan başka bir sebep yoksa, ruhsatı otuz gün içinde çıkartıp kişiye vermek zorundadır. Buradan hareketle idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin bazı durumlarda azalabileceğini söyleyebiliriz. Zira yargı kararı ile hukuk kuralında öngörülen “seçeneklerden bir kısmı dışındakiler somut olayda hukuka aykırı hale gelmiş olabilir”⁸⁵⁰ ki bu durumda “yetki takdiri nitelikte olsa bile olayda idarenin varabileceği sonuçlar sınırlanmış”⁸⁵¹ tır. Başka bir deyişle takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda idari işlemin sebep veya konu unsurlarından bir kısmı hukuka aykırı hale gelmişse, idare, işlemini ancak hukuka aykırı olmayan sebeplere dayanarak veya hukuka uygun konuda veyahut yargısal karar doğrultusunda tesis edebilir. Bu durumda idarenin takdir yetkisi tamamen ortadan kalkmamakla birlikte azalmış veya sınırlanmış olur⁸⁵².

Ayrıca hukuk kuralı ile idareye verilmiş olan takdir yetkisinin kullanılabileceği sebeplerin yargıç tarafından tespit edilerek bağlı yetki haline dönüştürülmesi de mümkündür. Bu durum “içtihat yoluyla ortaya çıkan bağlı yetkiler” olarak ifade edilebilir. Burada yargı mercii, kanun koyucunun amacını yorumlayarak, idareyi bu

⁸⁵⁰ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 171.

⁸⁵¹ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 171.

⁸⁵² Takdir yetkisi söz konusu olmakla birlikte idari yargı kararı üzerine idarenin tesis edeceği işlemin sebepleri veya varabileceği sonuçlar teke inmişse söz konusu unsur (sebepler veya konu) açısından takdir yetkisinin bağlı yetkiye dönüşmesi söz konusudur. Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 171.

amacı takip etmeye zorlamaktadır⁸⁵³. Burada idari yargı mercii, idare yerine değil de, kanun koyucu yerine sebep ikame etmektedir⁸⁵⁴.

Sonuç olarak idari yargı mercii, takdir yetkisini denetlerken verdiği iptal kararında işlemin sakatlığını ortaya koymanın yanında takdir yetkisinin hukuka uygun kullanımının şartlarını da gösterirse idare, hukuka uygun işlem tesis etmek için, bu çerçevede hareket etmek zorundadır⁸⁵⁵. Böylece idarenin sahip olduğu takdir yetkisine yargı yeri tarafından sınırlar getirilmiş olur. Ancak bu durumda idarenin takdir yetkisi ortadan kaldırılmaz; hukuk sınırları içerisinde kullanımı sağlanır.

c) Yerindelik Gerekçesi ile Sınırlama

Çalışmamızda defaatle ifade ettiğimiz üzere, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen idari işlemler hukuka uygun olmanın yanında yerindelik açısından da uygun olmalıdır. Diğer bir ifadeyle idarenin hukuka uygun idari işlemleri, yerindelik yönünden de en isabetli olmalıdır. Zira idari işlemler hukuka uygun olmanın yanında kamu hizmetinin hedef ve amacına ve ihtiyaca da uygun olmalıdır. Bu bağlamda yürütmenin politikaları, kaynakların etkin ve verimli kullanımı, aciliyet arz eden durumların varlığı, idari denetimin etkinliği, kamu personelinin ve toplumun yetkinliği, kamu personelinin ve toplumun değer yargıları takdir yetkisinin kullanımı bakımından idare için birer sınır oluşturur.

d) Takdir Yetkisinin Bağlanması

Hukuk devleti ilkesi, idarenin takdir yetkisinin tamamen serbest ve belirsiz olmasına izin vermez. Zira hukuk devleti ilkesine göre idari eylem ve işlemlerin belirlenebilir ve öngörülebilir olması gerekir. Bu itibarla idare edilenler tarafından öngörülebilir ve öğrenilebilir olması açısından idare, kendisine tanınan takdir yetkisini somutlaştırmak üzere düzenleyebilir. Böylece idare, hukuka uygun davranmış, kararlarına karşı yargı yoluna başvurulma olasılığını azaltmış olur.

⁸⁵³ Bu konuda bkz. Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 57; Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 351-352.

⁸⁵⁴ Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 354.

⁸⁵⁵ Güran, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 60.

Örneğin Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin “*Disiplin cezası verilirken dikkat edilecek hususlar*” başlıklı 23. maddesine göre, disiplin cezasını verecek olan idarenin “*disiplin suçunu oluşturan eylemlerin ağırlığını, soruşturulan öğrencinin daha önce bir disiplin cezası alıp almadığını, davranış, tavır ve hareketlerini, işlediği fiil ve yaptığı hareket dolayısıyla pişmanlık duyup duymadığını*” dikkate alması gerekir. Bu itibarla idare, ancak anılan maddede çizilen sınırlar içerisinde takdir yetkisini kullanabilir.

Takdir yetkisi, özünde farklı durumlarda farklı şekilde uygulanabilmeyi barındırır da idare, bazen takdir yetkisini bizzat bağlamaya yönelik asgari kriterler belirleyebilir. İdarenin takdir yetkisini nesnel ölçülere bağlaması, takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasını engeller, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun biçimde kullanılmasını sağlar. Ancak idarenin takdir yetkisini bağlamak yerine genişleme yoluna gittiği de görülmektedir⁸⁵⁶.

Takdir yetkisini bağlamanın müspet ve menfi sonuçları olabilir. Zira idare, hükümetin politikalarını tam ve katı bir şekilde uygulayarak, ilgili yetkililer tarafından verilen tavsiyelere uyarak ve kamuoyundan gelen tepkileri dikkate alarak sahip olduğu takdir yetkisini bağlayabilir⁸⁵⁷. Ancak bu durumlarda idarece takdir yetkisinin kötüye kullanılması hususu ortaya çıkabilir. Örneğin idare bir konuda bağımsız olarak ve kamu yararı amacıyla değil de takdir yetkisini taraflı şekilde kullanabilir. Takdir yetkisinin saptırılmasının söz konusu olduğu bu durum, menfi bir sonuç barındırır.

İdare, müspet manada her ne kadar takdir yetkisine sahip ise de, iyi idare gereği kullanacağı takdir yetkisine dair ilke ve kuralları önceden belirleyebilir ve bunları duyurabilir⁸⁵⁸. Bu ilke ve kararlar idarenin takdir yetkisini sınırlamaya yönelik idare tarafından ortaya konulan hususları ifade eder⁸⁵⁹. Başka bir deyişle

⁸⁵⁶ Tan, “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, s. 43.

⁸⁵⁷ Bu yönde bkz. Alder, s. 377-378.

⁸⁵⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Diane Longley, Rhoda James, *Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law*, Cavendish Publishing Limited, London 1999, s. 170 vd.; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 514-516.

⁸⁵⁹ Karahanoğulları da, benzer hususları “*takdir yetkisinin bağlanması*” başlığı altında ele almaktadır. Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*,

idare, önceden oluşabilecek ihtimalleri öngörerek bu kapsamda takdir yetkisini hangi ilke ve kurallara göre kullanacağını belirleyip duyurabilir. Yine idare, sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarını uygun gördüğü şekilde belirleyebilir⁸⁶⁰. İdare bunu genellikle ilke (prensip) kararları⁸⁶¹ ile yapar.

İlke kararları, idare için takdir yetkisinin kullanımında dikkate alınacak hususları ifade eder. Bu kararlar takdir yetkisini bağlı yetkiye dönüştürmez. Başka bir deyişle idare, dikkate alacağı ilke kararlarını belirlediği durumlarda, takdir yetkisi ortadan kalkmadığı gibi bağlı yetkiye de dönüşmez. Örneğin Danıştayın karara bağladığı gibi nakil başvurusunun *“takdir yetkisi çerçevesinde ihtiyaç, kadro durumu ve ilgilinin kurumda çalıştığı döneme ilişkin hizmetleri yönünden incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekirken, bu konuda idareye tanınan takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikteki bir prensip kararından bahisle reddinde”* hukuka uyarlık görülmemiştir⁸⁶².

İlke kararlar belirlense de yeni ve öngörülmemiş ihtimallerin ortaya çıkmasına bağlı olarak idare, takdir yetkisini kullanmaya devam eder. Bunun dışında idare, aynı durumda olanlara aynı şekilde davranmak için ilke kararlarına uymalıdır. Yine de idare, zaman içinde ihtiyaçların gerektirmesi halinde ilke kararlarını takdir yetkisi dâhilinde doğrudan veya geçiş hükümleri koyarak değiştirebilir. Örneğin idare, üniversite eğitimi ile ilgili olarak yatay geçiş ve muafiyet ile ilgili konularda özellikle seçmeli derslerin durumu, ortak zorunlu derslerin durumu, hangi dersin hangi ders yerine sayılacağı, derslerin kredi uyumunun nasıl sağlanacağı, dikey geçiş ile gelenlerin ders saydırma işlemleri, farklı bölümler arası geçişlerin ders saydırma hususlarını ilke kararları ile belirleyebilir. Bununla birlikte ilke kararlar, özel durumların dikkate alınamayacağı anlamını taşımazlar. Ancak bu ilke kararlar veya

s. 216-219. Tan, benzer hususları “idarenin takdir yetkisini sınırlandırması” başlığı kapsamında değerlendirir. Tan, “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, s. 42-44.

⁸⁶⁰ D8D, KT, 09.03.2004, E. 2003/3756, K. 2004/1126; D10D, KT, 06.02.1986, E. 1984/1281, K. 1986/174, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

⁸⁶¹ İlke kararları, adsız düzenleyici işlemlerdir. İlke kararları ile idare, bir konuda genel usul ve esasları düzenleyebilir.

⁸⁶² D5D, KT, 07.02.1995, E. 1991/4248, K. 1995/586, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020).

prensip kararlar, hukuka uygun olarak tesis edilmelidir. Aksi durumda dikkate alınmaz⁸⁶³.

İdare bünyesinde oluşturduğu uzman ve teknik kurullar ile gerekli inceleme ve araştırmayı yaparak tespit ettiği önemli hususları ve bu konudaki önerileri dikkate alıp takdir yetkisini nesnel ölçütler bazında bağlayabilir. Böyle olunca da yapılacak yargısal denetim alanı da daralmış olur. Zira idari yargı hâkimi, objektif kurallar ve bilimsel veriler ile bağlanmış takdir yetkisinin denetiminde sınırlı bir denetim ile iktifa edebilir. Takdir yetkisinin hiçbir kural ve ilke ile bağlanmaması halinde ise yapılacak yargısal denetim daha geniş olabilmektedir. Fakat idarenin bu şekilde bağlanmasına koşut olarak idari yargının da bağlandığı söylenemez⁸⁶⁴. Zira bu durumda bile idare yargıcı, önüne gelen davada bilirkişi incelemesi yaptırabilir; idareye tanınan yetkinin objektif esaslara göre kullanılıp kullanılmadığını denetleyebilir.

II. TAKDİR YETKİSİNİN YARGISAL DENETİMİ

Takdir yetkisi ile idareye geniş bir esneklik ve serbestlik alanı tanınmış ise de idare, takdir yetkisini sınırsız ve keyfî olarak kullanamaz. Bu bağlamda takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını ve idarenin keyfiliğini engellemek ve buna bağlı olarak temel hak ve hürriyetleri korumak için idarenin takdir yetkisinin denetlenmesi gerekir⁸⁶⁵. Başka bir deyişle idarenin hareket alanı ve yürüttüğü faaliyetler

⁸⁶³ “... 4054 sayılı Kanun’un 44. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, sözlü savunma hakkının kullanılması taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının verilmesinin istenebileceği, isteme hususunda bir sınırlama bulunmamakla birlikte, Kurum tarafından her başvurunun soruşturmanın sürecini olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceği değerlendirilmeleri yapılarak, gerekçeleri belirtilmek suretiyle bir işlem tesis edilebileceği, ... belirtilen hususlar gözetilmeksizin yukarıda sözü edilen gerekçelerden hareketle tüm soruşturmalarda uygulanmak üzere alınan dava konusu ilke kararı, 4054 sayılı Kanun’un 44. maddesinin ikinci fıkrasına açıkça aykırı bulunmaktadır.” D13D, KT, 07.05.2007, E. 2006/891, K. 2007/2812, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 20.07.2020). Ayrıca bkz. D5D, KT, 14.01.1985, E. 1984/1143, K. 1985/22, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.07.2020); Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 515-516.

⁸⁶⁴ Aksi yönde bkz. Yayla, “Tartışmalar”, s. 82.

⁸⁶⁵ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 216 vd.; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 180 vd.; Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 16; Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, s. 120.

bakımından takdir yetkisinin gerekliliği⁸⁶⁶ yanında hukuk devleti ilkesinin gereği olarak da bu yetkinin hukuk kuralları içinde kullanılması ve denetime tabi olması gerekir. Bu bağlamda takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerde, idarenin takdirine bırakılan unsurlarla beraber işlemin öteki unsurları da yargı denetimine tabi tutulur.

Takdir yetkisine sahip olunan durumlarda idarenin hukuksal sınırın dışına çıkma ihtimali daha yüksek olduğundan takdir yetkisi kapsamında tesis edilen işlemlerin yargısal denetime tabi tutulması gerekir⁸⁶⁷. Bu durumda idarenin bağlı yetkiye tabi olarak veya takdir yetkisi dâhilinde tesis ettiği idari işlemlerin bütün unsurları yönünden yargı yolunun açık olması, hukuk devleti ilkesi açısından kaçınılmazdır. Bu bağlamda Anayasa'nın 125. maddesi gereği, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemler dâhil idarenin her türlü eylem ve işlemi yargısal denetime tabi tutulmuştur. “Her türlü eylem ve işlem” deyiminin takdir yetkisini de kapsadığından şüphe olmadığı kanaatindeyiz. Ancak kural olarak takdir yetkisini kaldırarak şekilde karar verilemez. Yerindelik alanıyla ilgili olarak idarenin takdir yetkisi ortadan kaldırılamaz.

Gözler, takdir yetkisinin yargısal denetiminin mümkün olmadığını belirtir. Yazara göre idare, takdir yetkisi ile idari işlemin hukukiliğini değil, yerindeliğini takdir eder. Yargı mercileri de idari işlemin yerindeliğini değil, hukukiliğini araştırabileceğinden idarenin takdir yetkisini denetleyemezler⁸⁶⁸. Gözler'in takdir yetkisinin yargısal denetimi konusundaki görüşlerinin bir kısmına katılmak zordur. Zira yazar, takdir yetkisi ve yerindelik ayırımına değinmemiş, takdir yetkisi ve yerindeliği neredeyse eş olarak görmüştür. Bunun yanında yazar, “takdir yetkisini ortadan kaldırarak nitelikte yargı kararı verilemeyeceği” kuralını, “takdir yetkisi” denetlenemez olarak değerlendirmiştir. Ancak “takdir yetkisini ortadan kaldırarak nitelikte yargı kararı verilemeyeceği” kuralı, takdir yetkisini yargısal denetim dışında bırakmaz.

⁸⁶⁶ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 211; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 174-175; Başpınar, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, s. 65.

⁸⁶⁷ Daştan, s. 324.

⁸⁶⁸ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1070 vd.

Özyörük, takdir yetkisinin özel bir yetki türü değil de, devlet yetkisinin bir “kullanış biçimi” olduğunu belirtir⁸⁶⁹. Aynı şekilde Karahanoğulları’na göre, “*takdir yetkisi ayrı bir karar alma gücü değil, var olan karar alma gücünün niteliğidir.*”⁸⁷⁰ Yazara göre, idareye tanınmış yetkilerden bazıları takdiri niteliktedir. Örneğin idarenin kamu görevlilerinin nakillerine dair bazı yetkiler, bu türdendir⁸⁷¹. Bu bağlamda idarenin takdiri nitelikteki işlemlerinin yargısal denetimi, hukuka uygunluk denetimi olup, bu işlemler için ayrı bir denetim yöntemi öngörülemez. Başka bir deyişle takdir yetkisi, özel ve idarenin yasallığı ilkesinin istisnası niteliğinde bir yetki değil, var olan idari yetkinin farklı bir kullanım şeklidir⁸⁷². Bu bağlamda esas olarak hukuka bağlı kalınıp kalınmadığı hususu, tüm işlemler gibi takdir yetkisi dâhilinde tesis edilen idari işlemler için de geçerli olup, bu durum takdir yetkisinin denetimini ifade eder.

İdarenin takdiri nitelikteki işlemlerinin hukukilik denetimi dışında tutulması düşünülemez⁸⁷³. Zira takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemlerin hukukilik açısından diğer işlemlerden bir farkı olmadığı gibi yargısal denetime tabi olmaları açısından da bir ayrıcalıkları yoktur. Bu bakımdan hukukilik denetimi ve takdir yetkisi, ayrılmaz bir ikilidir⁸⁷⁴.

İdare, sahip olduğu takdir yetkisi dâhilinde bir tercihte bulunarak idari işlem tesisinde bulunur. Yargı mercii ise hukuken geçerli olabilecek tercih yollarından birinin seçilip seçilmediğini denetler. Daştan’a göre, idarenin takdir yetkisini kötüye kullanması durumunda ise, idari yargı mercilerini takdir yetkisinin denetiminde hukuksallık sınırını aşmaya teşvik edebilir⁸⁷⁵. Ancak her durumda olduğu gibi bu

⁸⁶⁹ “... takdir yetkisi denilen nesnenin, özel bir yetki türü olmayıp, devlet yetkisinde bir “kullanış biçimi” olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.” Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 211.

⁸⁷⁰ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 535.

⁸⁷¹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 535; Karahanoğulları, “İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 56.

⁸⁷² Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 161; Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 535.

⁸⁷³ Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 180.

⁸⁷⁴ Başpınar, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, s. 65.

⁸⁷⁵ Daştan, s. 331.

durumda da, hem idare hem de yargı mercilerinin yetkilerini ancak hukuk sınırları içerisinde kullanabileceği çıktır.

Yargı mercii, takdir yetkisini denetlerken bir hukuk uzmanı gibi davranmalı, yargısal denetimin sınırını iyi çizmeli ve hukuksallık sınırını aşmamalıdır. Bu sınırın doğru çizilememesi, hukuk kurallarına aykırı olarak yerindelik alanının denetlenmesine yol açabilecektir⁸⁷⁶.

Sonuç olarak idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde yargı kararı verilemeyeceği kuralı, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemler açısından yargı denetimini (hukuka uygunluk denetimini) değil, yerindelik denetimini engellemektedir. Bireysel hak ve menfaatlerin korunması açısından idareye tanınan yetkinin amacı ve sınırlarını aşan hukuka aykırılıklar yargı mercileri tarafından denetlenecektir⁸⁷⁷.

A. İdari İşlemin Unsurları Bakımından Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi

Takdir yetkisinin idari işlemin sebep ve konu unsuru bakımından söz konusu olması, yetki, şekil ve amaç unsurlarının hukuki denetimini dışlamaz. Dolayısıyla idareye takdir yetkisi tanınmış bir idari işlemin yine de hukuken yargısal denetime tabi olması gereği reddedilemez⁸⁷⁸. Kaldı ki sebep ve konu unsurları bakımından tanınmış olan takdir yetkisinin hukuken çerçevesi belirlenmişse, idare, bu hukuki çerçevede kalarak takdir yetkisini kullanmalıdır. İdarenin bu hukuki çerçevede kalıp kalmadığı da, yargısal denetime tabidir. Bu konuda yapılacak denetim, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırmaz.

Ülkemizde idarenin takdir yetkisi üzerinde Conseil d'État'ya nazaran daha geniş bir yargısal denetim yapılmaktadır⁸⁷⁹. Danıştay, bir idari işlem takdiri nitelikte olsa da yargısal denetime konu olması halinde, bu işlemi “tüm unsurları” açısından

⁸⁷⁶ Daştan, s. 324, 331.

⁸⁷⁷ Yokuş, s. 310-311. Azrak'a göre, Anayasa'nın 125. maddesi ile Danıştay, idarenin, takdir yetkisini, hukuka ve bu yetkiyi veren yasanın amacına uygun bir biçimde kullanıp kullanmadığını eskisinden daha dikkatli bir incelemeye tabi tutmaya başlamıştır. Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 19.

⁸⁷⁸ Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 180.

⁸⁷⁹ Bayraktar, s. 290.

“tam” olarak denetlenmektedir. Bu itibarla bir idari işlem ister bağıli yetki ister takdir yetkisi dâhilinde tesis edilmiş olsun, tüm unsurları bakımından “hukuka uygunluk” denetimindeki genel kurallar kapsamında denetime tabi tutulur. Ancak Danıştayın aşağıda değineceğimiz üzere yargısal denetimde idari işlemin “sebeplere” ve “amaç” unsurları üzerinde ayrıca durduğunu belirtmekte fayda vardır.

Danıştay, takdir yetkisi dâhilinde tesis edilen bir idari işlemin Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen “hak arama özgürlüğü” ve 125. maddesinde düzenlenen “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” ilkeleri gereğince davaya konu edilebileceğini vurgulamaktadır. Akabinde Danıştay, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen bir işlemin, açılan bir davada Anayasa ve 2577 sayılı Kanun uyarınca tüm idari işlemler gibi amaç yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenebileceğini belirtmiştir⁸⁸⁰.

Doktrindeki bir görüşe göre, Danıştay, amaç unsuru üzerindeki denetimi, sadece “yetki saptırması halleri” ile sınırlı uygulamamaktadır. Amaç unsuru, yetki saptırması hallerinin dışına taşan bir anlayışla denetlenmektedir. Buna göre kararın gerekçesinde sebepler maddi ve hukuki yönden tartışılabilir, ancak amaç unsurundaki sakatlığa dayandırılabilir. Örneğin kararda belirtilsin ya da belirtilmesin idareye verilen takdir yetkisi, ancak “*kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygun olarak*” kullanılabilir. Bu itibarla idarenin takdir yetkisi alanı dâhilinde yaptığı işlemlerinde “*hukukî geçerli sebeplere dayanması*” gerekir. Yargı mercii, idarenin gösterdiği sebepleri tartıştıktan sonra hukuka uygun görmezse işlemi, “amaç” yönünden veya “sebeplere ve amaç” bakımından hukuka aykırı bularak iptal kararı vermektedir. Dolayısıyla idare, işlemini geçerli bir sebebe dayandırmamışsa, kamu

⁸⁸⁰ D5D, KT, 10.10.2014, E. 2012/4927, K. 2014/6653, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 22.07.2020). Ayrıca bkz. DİDDK, KT, 22.10.2009, E. 2009/230, K. 2009/1797; DİDDK, KT, 22.10.2009, E. 2006/4597, K. 2009/1790; DİDDK, KT, 22.10.2009, E. 2007/736, K. 2009/1793; D5D, KT, 04.05.2007, E. 2006/8525, K. 2007/2123; D5D, KT, 28.11.2006, E. 2006/2586, K. 2006/5740; D4D, KT, 13.06.2006, E. 2006/1584, K. 2006/3420; D5D, KT, 13.06.2006, E. 2005/3237, K. 2006/3457; D5D, KT, 13.06.2006, E. 2005/5357, K. 2006/3391; D5D, KT, 21.02.2006, E. 2005/4897, K. 2006/666, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 22.07.2020).

yararı dışında bir amaçla hareket etmiştir. Buradan hareketle işlemin sebebindeki hukuka aykırılık, işlemi amaç unsuru yönünden de sakatlamaktadır⁸⁸¹.

İdari işlemin sebebi, idari işlemin tesisinde yeterli olmalıdır. İdare, bu yeterliliği değerlendirip idari işlemi tesis etmelidir. Danıştay, idari işlemin tesisinde gösterilen nedenin elverişli olup olmadığını⁸⁸², işlemin tesisinde yeterli olup olmadığını ve buna yönelik idarenin değerlendirmesini yargısal denetime tabi tutar. Bu itibarla takdir yetkisinin görüldüğü idari işlemin sebep ve konu unsuru yanında diğer unsurlar da yargısal denetime tabidir.

B. Takdir Yetkisinin Yargısal Kararla Kaldırılmaması

1. Genel Olarak

“Takdir yetkisi” kavramına, ilk defa 1982 Anayasası’nın 125. maddesinde yer verilmiştir. 1982 Anayasası’nda takdir yetkisini kaldıracak bir yargısal denetimin, yargı yetkisinin bir sınırı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca İYUK’un 2. maddesinde, “*idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği*” belirtilmiştir. Bu düzenlemelerden idari yargı mercisinin idarenin takdir yetkisini denetleyebileceğini doğal olarak çıkartabiliriz. Zira burada yasaklanan idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi değil, idarenin takdir yetkisini kaldıracak şekilde yargı kararı verilmesidir.

İdari yargı mercii, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde denetim yapamaz; takdir yetkisinin kanuna ve hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını denetler⁸⁸³. Ancak bu durum, idare ve yargı mercii karşı karşıya getirmekte, buna bağlı olarak da yargı kararlarının eleştirilmesine yol açmaktadır⁸⁸⁴.

İdari yargı mercii, hukuken öngörülen tercih yollarından birini seçen idareyi, diğer tercihi seçmeye zorlayamaz. Örneğin belediye katı atık, şehir içi trafik, yeşil

⁸⁸¹ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 731-732. Ayrıca bkz. Memiş, “İdari Yargısal Korunma Alanı ve Sınırları Bağlamında Gözlemler”, s. 63.

⁸⁸² Danıştaya göre, fiilin işlenip işlenmediğinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olarak ortaya konulması gerekir. D13D, KT, 04.07.2019, E. 2019/1575, K. 2019/2412, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.07.2020). Yine Danıştaya göre varsayıma dayalı olarak işlemin tesisi iptal sebebidir. D4D, KT, 21.09.2006, E. 2006/2008, K. 2006/1670; D4D, KT, 23.02.2004, E. 2003/1501, K. 2004/310, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.07.2020).

⁸⁸³ Akyılmaz, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 25.

⁸⁸⁴ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 729.

alanla ilgili altyapı tesisi inşa edebilir. Ancak belediye mevcut imkânları ile öncelikli olarak tercihini yeşil alan yönünde kullanmışsa idari yargı mercii, katı atık veya şehir içi trafiğin daha öncelikli olduğu ve bu yönde tercihte bulunması gerektiği yönünde karar veremez. Fakat idarenin tüm eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi olduğundan, yeşil alan düzenlemesi tamamlanıncaya kadar yapılacak her türlü eylem ve işlem de şüphesiz ayrıca yargı yoluyla denetlenebilecektir. Ancak bu şekilde yapılan denetim, ihtiyaca uygunluğun denetimi olmayıp, yürütülen faaliyetin hukuka uygunluğunun denetimidir⁸⁸⁵.

Takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerde, idari yargı mercii yaptığı yargısal denetim sonucunda idari işlemi yetki, şekil veya amaç bakımından hukuka aykırı bulursa, iptal kararı için salt bu tespitle yetinmesi, uyumsuzluğun yerindelik ile ilgili esasına girmemesi gerekir. Zira takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen idari işlemin yetki, şekil veya amaç unsurlarında saptanan sakatlığa rağmen idari yargı mercisinin diğer esasa ilişkin noktalara girerek denetim yapması, daha sonra idari işlemi hukuka uygun tesis edecek idarenin takdir yetkisinin kaldırılmasına yol açabilir. Danıştaya göre, yargı merciiince işlemin yetkisiz idare tarafından tesis edildiğinin tespiti halinde bu tespit ile yetinilerek iptal kararı verilmesi, uyumsuzluğun esasına girilmemesi gerekir. Böylece yargı merciiince verilen karar doğrultusunda idarenin, farklı seçeneklerden birini tercih ederek yeni bir işlem tesis etmesine imkân tanınmış olur. Aksi durumda, yetkili idarenin, konuya ilişkin takdir yetkisini kullanarak serbestçe karar alma olanağı elinden alınmış olur⁸⁸⁶. Ancak yargı mercii, takdir yetkisi dâhilinde tesis edilen idari işlemleri yargısal denetime tabi tutmakla beraber takdir yetkisini kaldırarak şekilde karar veremez.

⁸⁸⁵ Benzer yönde bkz. Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 84.

⁸⁸⁶ “Olayda, dava konusu işlemin yetki ve şekil bakımından mevzuata aykırı olduğunu saptayan mahkemenin bu noktadan bahisle işlemi iptal etmesi doğru ise de, kararda ayrıca uyumsuzluğun esasına ilişkin değerlendirmelere yer verilmesinde ve “... davacının görevi ile ilişkisinin kesilmesi için yeterli sebep mevcuttur.” yolunda yetkili idare makamı da bağlayacak nitelikte kesin bir yargı ortaya koymasında takdir yetkisi ile ilgili ilkelere uyarlık bulunmamaktadır.” D5D, KT, 20.06.1989, E. 1988/1918, K. 1989/1425, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.07.2020). Ayrıca bkz. D5D, KT, 06.06.1990, E. 1990/1941, K. 1990/1274, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.07.2020).

2. Takdir Yetkisinin Yargısal Kararla Kaldırılması Yasağı Açısından Geçerli Olan Temel Şartlar

Kamu yararını ve kamu hizmetlerinin gereklerini belirlemede idareye sınırsız ve mutlak takdir yetkisi tanınması durumunda hukuk devleti açısından ortaya çıkabilecek sorunlar küçümsenmeyecek boyutlara ulaşabilir. Bu olumsuz durumları denetleyip önlemek için, idari yargıya ihtiyaç duyulmuştur. Ancak yargı mercii, “idare eden” kimliği ile değil, “yargılama faaliyeti yapan” kimliği ile idarenin takdir yetkisini denetlemektedir.

İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi mutlak şekilde yasaklanmamıştır. Diğer bir ifadeyle kural olarak idarenin takdir yetkisi yargısal denetime tabi olup yargı merciinin bu yargısal denetim yetkisi kapsamında yapamayacağı şeyler sınırlı olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda idari yargı mercii, idarenin takdir yetkisini her hâlükârda yargısal denetime tabi tutacaktır. Ancak yapılan yargısal denetim sonucunda “takdir yetkisinin hukuka uygun kullanıldığı tespit edildiği” takdirde, yargının, idarenin tercihine müdahalesi söz konusu olamayacaktır. İşte yargı merciinin idarenin takdir yetkisine müdahalesinden bahsedilebilmesi için aşağıda belirtilen şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir. “*Yerindelik Denetimi Yasağı Açısından Geçerli Olan Temel Şartlar*” başlığı altında değindiğimiz bu hususlara burada da kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

a) İlgili Mevzuatta İdarenin Takdir Yetkisinin Öngörölmüş Olması

İdarenin kanuniliği ilkesi gereği idarenin bir takdir yetkisinden ve dolayısıyla takdir yetkisine müdahaleden bahsedilebilmesi için söz konusu yetkinin ilgili mevzuatta açıkça öngörölmüş olması gerekir. Kanunilikten kastımız Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve idarenin düzenleyici işlemleridir. Diğer bir anlatımla diğer yetkiler gibi takdir yetkisi de ancak Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve diğer düzenleyici işlemlerden kaynaklanabilir. Bu durumda ilgili mevzuatta idareye harekete geçip geçmeme, harekete geçilecekse farklı tercihlerde bulunma yetkisi verilmedikçe takdir yetkisinden bahsedilemez. Bu bağlamda bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlar takdir alanı dışındadır. Zira

bağlı yetki durumunda hukuk kuralı ile idari işlemin yerindeliği önceden belirlendiğinden⁸⁸⁷ idarenin yapabileceği şey, bu belirliliği dikkate almaktır.

b) Takdir Yetkisinin Hukuka Uygun Kullanılması

Bağlı yetki halinde idarenin öngörülen yetkiyi mevzuata uygun şekilde kullanarak bir idari işlem tesis etmesi halinde, idari yargı merciinin ilgili işlemi iptal etmemesi gerekir. Ancak takdir yetkisinin amacı dışında kullanılması, bu yetkinin kullanımında açık hatalar yapılması veya ölçülülük ilkesine aykırı davranılması suretiyle hukuka aykırılık söz konusu olabilir. Bu halde belirtilen noktalar açısından yargı denetimi kaçınılmaz bir gereklilik olarak ortaya çıkar⁸⁸⁸.

İdarenin takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği idari işlemin hukuka uygun olması gerekir. Başka bir deyişle idari yargı merciinin idarenin takdir yetkisine müdahalesinden bahsedilebilmesi için takdir yetkisi hukuka uygun şekilde kullanılmalıdır. Aksi durumda işlemin iptaline karar verilmesi gerekir. Bu itibarla hukuka aykırı şekilde kullanılan takdir yetkisi, iptal edilmelidir.

c) Hukuka Uygunluk Denetimi Sınırının Aşılarak Farklı Yönde Karar Verilmesi

İlgili mevzuatta idarenin takdir yetkisinin öngörölmüş olması, bu yetki üzerinde yargısal denetimin yapılmasına engel değildir. Zira Anayasa'nın 125. maddesi gereği, *“idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır.”* Bu bağlamda takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen idari işlemler de yargısal denetime tabidir.

İdari yargı mercii, her idari işlemin yargısal denetimi gibi takdir yetkisi içerisinde tesis edilen işlemleri de hukuka uygunluk bakımından denetleyecektir. Yapılan denetim sonucunda herhangi bir hukuka aykırılık tespit edilirse iptal kararı verilecektir. Ancak yapılan denetim sonucunda herhangi bir hukuka aykırılık tespit edilmezse denetim sonlandırılacak ve davanın reddine karar verilecektir. Aksi durum, hukuka uygunluk denetimin sınırının aşılması ve idarenin takdir yetkisine müdahale anlamına gelir. Örneğin idare, yaptığı planlar doğrultusunda kaç adet

⁸⁸⁷ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 111; Bonnarda, s. 105.

⁸⁸⁸ Benzer yönde bkz. Alan, “İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü”, s. 524-525.

sözleşmeli personel bulunduracağını hesapladıktan sonra sözleşmeli personellerden bazılarının sözleşmelerini yenilemeyebilir. Bu bağlamda sözleşme süresi bitiminde idare, sözleşme yapmaya zorlanamaz. Başka bir deyişle mahkemece idarenin sözleşmeli personel alımı yapması gerektiği konusunda değerlendirme yapılarak, “idarenin ... kadar daha personel alması gerektiği” yönünde bir sonuca varılamaz. Bu durum, takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde iptal kararı verme anlamına geldiği için Anayasa’nın 125. maddesine aykırılık teşkil edecektir⁸⁸⁹.

C. Takdir Yetkisinin Denetiminde Uygulanan Yöntemler

Kamu hizmetlerinin etkin yürütülmesi için idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak takdir yetkisinin yargısal denetimi ile idarenin yetkileri hukuka uygunluk açısından denetlenip idare, hukuk sınırları içinde tutulur.

Takdir yetkisi, olaya özgü olarak denetime tabi tutulur. Takdir yetkisinin genişliği ile ters orantılı olarak yapılan yargısal denetim türleri genel olarak minimum denetim, normal denetim ve maksimum denetim olarak ayırma tabi tutulmuştur. Ancak bu denetim türlerini mutlak şekilde birbirinden ayırt edecek çizgiler çizmek neredeyse imkânsızdır.

Fransız hukukunda takdir yetkisinin denetiminde minimum denetimin geçerli olduğu, bu denetimin de “takdirde açık hata” ve “ölçülülük denetimi” ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir⁸⁹⁰. Hukukumuzda ise minimum denetim (asgari denetim) hususu, Fransa’daki uygulamadan farklı olarak ele alınmaktadır.

⁸⁸⁹ Bu konuda bkz. AYM, KT, 03.03.2016, Başvuru Numarası: 2013/9704, RG, 27.04.2016–29696. İlgili karar e-posta yazışmaları dikkate alınarak astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

⁸⁹⁰ Çağlayan, Fransız hukukundan hareketle takdir yetkisinin denetiminde minimum denetim veya sınırlı denetim seviyesinin geçerli olduğunu, bu denetimin de takdirde açık hata ve ölçülülük denetimi ile sınırlı olduğunu aktarmaktadır. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 220. Gözler, Fransız hukukunda takdir yetkisinin yargısal denetiminin mümkün olmadığını, ancak “açık takdir hatası” ve “ölçülülük denetimi”nin bu kuralın istisnaları olduğunu belirtmektedir. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1070-1093. Ulusoy’a göre, minimum denetim idarenin takdir yetkisinin “ağır ve bariz değerlendirme hatası” yönünden denetlenmesini kapsar. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 412-413. Akıllıoğlu, geleneksel yaklaşım bakımından ekonomik yönetim işlemlerinde takdir yetkisinin sadece açık hata veya yetki saptırması sebebiyle denetlenmesi gibi bir asgari denetiminin geçerli olduğunu ifade eder. Ancak yazar, zamanla denetim ölçütlerinin geliştirilerek normal denetime ulaşıldığını belirtir. Akıllıoğlu, “Kamu Yararı kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 21. Alan’a göre, asgari denetimde üç iptal sebebine (yetki, şekil ve yetki saptırması) dayanılarak hukuka aykırılık denetimi yapılır; vakıaların hukuki tavsifi, denetim dışında bırakılır. Yazara göre, yetki saptırması denetimi sınırlı olarak yapılır.

Hukukumuzda minimum denetim, idarenin takdir yetkisinin idari işlemin sebep, konu ve amaç unsuru açısından asgari derecede denetlenmesidir. Burada hâkimin yetkileri belli ölçüde sınırlanır. Buna göre idari işlemin sebebi mevcut ve doğru olmalı, hukuki hata⁸⁹¹ söz konusu olmamalı ve yetki saptırması⁸⁹² bulunmamalıdır⁸⁹³. Bu itibarla işlemin dayanağını oluşturan sebepler mevcut değil ya da doğru değilse veya hukuki hata yapılmışsa veyahut izlenen amaç yasal değilse işlem hukuka aykırı olur. Örneğin minimum denetimde yargı mercii, idarece dayanak olarak gösterilen sebeplerin, idari işlemin yapılmasına “yeterli olup olmadıklarını” denetlemez; bunu idarenin mutlak takdir yetkisi alanında kabul eder⁸⁹⁴. Buna göre minimum denetimde yargı mercii, idarece yapılan maddi olayların hukuki nitelendirmesini denetlemez. Yargı mercii tarafından idari işlemin dayanağı olan maddi sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği, yani olayların mevcut olup olmadığı somut olarak ve doğru şekilde tespit edilerek ortaya konulmalıdır. Bu husus, aslında tüm idari işlemlerin denetimi için geçerlidir. Ancak olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini ortaya koymak için delil araştırması davadan davaya değişebilmektedir. Örneğin kurumların iç işleyişine ilişkin düzenlemelerin veya ilan edilmeyen düzenleyici işlemlerin ispatı için mahkeme araştırma yapmaya ihtiyaç duyabilir.

Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 346-355. Oytan ise, asgari denetimin idareye en geniş takdir yetkisi alanı bıraktığını ve bu denetimde “idari işlemin sebeplerinin maddeten mevcut ve hukuken gerçek olup olmadığı”, “hukuki hatanın olup olmadığı” ve “yetki saptırmasının bulunup bulunmadığı” hususlarının denetleneceğini belirtir. Yazara göre, takdir yetkisi kapsamında tesis edilen idari işlem, bu hususlar dışında başka bir yönden denetlenmez. Oytan, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, s. 150-153. Erkut, asgari denetimde, mantık ve makullük kuralları açısından aranan ölçülülüğe değil, açık ölçüsüzlüklere (*décision manifestement disproportionnée*) bakılacağını belirtir. Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, s. 109-110. Bu itibarla asgari denetime her durumda değil de, özellikle bazı durumlarda başvurulabilir.

⁸⁹¹ Alan’a göre, hukuki hata genellikle kanunun hatalı yorumundan ileri gelir. Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 346. Örneğin disiplin cezası gerektiren bir fiil dolayısı ile memurun re’sen emekli edilmesi hukuki hata oluşturur. Bu yönde bkz. Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 46.

⁸⁹² Yetki saptırmasının (*le détournement de pouvoir, abuse of power*), içtihat ürünü olarak ortaya çıkan ve geliştirilen ve sakat bir idari işlemin iptali için kullanılan bir yöntem olduğu hakkında bkz. Auby, s. 549-551.

⁸⁹³ Bermann, s. 205. Ayrıca bkz. Ahmet Özer, “Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi”, *TİD*, Y. 64, S. 394, Mart 1992, s. 5-6.

⁸⁹⁴ Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 39. Ayrıca bkz. Oytan, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, s. 156.

Danıştayın bazı kararlarında minimum denetim yaptığı görülmektedir. Danıştay, yabancıların yurda giriş ve yurtda ikamet izni ile ilgili işlemlerde idareye tanınan takdir yetkisini, “devletin egemenlik hakları” ve “kamu düzeni” gibi kavramlara dayandırarak minimum düzeyde denetlemiştir. Örneğin Danıştay, ABD uyruklu davacının Hristiyanlık propagandası yaptığından bahisle ikamet tezkeresinin iptal edilerek Türkiye’ye girmesi yasak kişiler kapsamına alınması ve sınır dışı edilmesine ilişkin işlemi hukuka uygun bulmuştur⁸⁹⁵. Danıştaya göre, kanun hükümlerinden hareketle yurda girişine veya yurtda kalmasına izin verilecek yabancılarla ilgili olarak karar alma konusunda idareye geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Buna dair bir kararında Danıştay, *“Yabancı uyruklu şahsın ikamet tezkeresinin iptalini, sınır dışı edilmesini ve yurda girişinin yasaklanmasını gerektiren durumların mutlaka suç niteliği taşıması ve bunun yargı kararıyla belirlenmiş olması zorunluğu bulunmamaktadır. Bu haliyle, idareye tanınan takdir yetkisi, yabancılar hukuku açısından dikkate alındığında, devletin hükümranlık haklarının doğal sonucu olup, kamu düzeninin korunması amacı ile kullanılmaktadır.”*⁸⁹⁶ gerekçesini ileri sürerek tesis edilen işlemde hukuka aykırılığın söz konusu olmadığını belirtmiştir. Bu itibarla devletin hükümranlık hakkı içerisinde olan müteakabiliyet (karşılıklık) ilkesine dayalı “ret kararı verme”, “vatandaşlığa alıp almama”, “ikamet izni iptali”, “sınır dışı etme” veya “yurda girişi yasaklama” gibi durumlarda idarenin takdir yetkisi oldukça geniş tutulmuştur. Örneğin Türk vatandaşlığını almak isteyenler mevzuatta öngörülen koşulları sağlasalar bile vatandaşlığa alınıp alınmamaları hususu idarenin takdirindedir⁸⁹⁷.

⁸⁹⁵ D10D, KT, 19.10.1995, E. 1993/3535, K. 1995/4616, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.06.2020).

⁸⁹⁶ D10D, KT, 20.01.2000, E. 1997/6513, K. 2000/128, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.06.2020). Ayrıca Amerikalılardan oluşan protestan baptistlerinin pazar ayinlerine rahip olarak katılan yabancı uyruklu davacıya, bazı faaliyetleri nazara alınmak suretiyle idarece Türkiye’de ikamet izni verilmemesinde hukuka aykırılık olmadığı, idarenin mevcut takdir yetkisini kötüye kullandığı yolunda bir kanıt bulunmadığı hakkında bkz. D10D, KT, 25.10.1995, E. 1994/1573, K. 1995/4881, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.06.2020). Ayrıca bkz. D10D, KT, 20.10.2015, E. 2012/8512, K. 2015/4481, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.06.2020).

⁸⁹⁷ Danıştaya göre, Türk Vatandaşlığına alınıp alınmama konusunda idareye tanınan takdir yetkisi, Devletin hükümranlık hakkının bir sonucudur. Bu koşulları sağlayan bir kişinin isteği halinde Türk Vatandaşlığına kabul edilip edilmemesi idarenin takdirindedir. D10D, KT, 06.11.1997, E. 1996/2993, K. 1997/4168, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 05.05.2020).

Şu hususa dikkat etmekte fayda görüyoruz: Devletin hükümlerlik hakkı içerisinde olan müteakıbiyet ilkesine dayalı ret kararı verme, vatandaşlığa alıp almama, ikamet izni iptali, sınır dışı etme veya yurda girişı yasaklama gibi durumlarda idarenin sahip olduğu geniş takdir yetkisinin minimum denetime tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda tesis edilecek işlemlerin geçerli sebeplere dayanıp dayanmadığı, kamu yararı ve ölçölülük ilkesine uygun kullanılıp kullanılmadığı ve açık hatanın söz konusu olup olmadığı hususları açısından denetlenmesi gerekir.

Kısacası minimum denetime her durumda değil de, özellikle takdir yetkisinin geniş olduğu, siyasi yönün veya devletin hükümlerlik hakkının baskın olduğu durumlarda başvurulur. Burada idari işlem yetki, şekil, sebep ve amaç unsuru bakımından asgari düzeyde denetime tabi tutulur. Bu bağlamda yetkisizlik, usule aykırılık ve yetki saptırmasının olup olmadığı, idari işleme dayanak olarak gösterilen sebeplerin mevcut ve doğru olup olmadığı denetlenir. Ayrıca açık hata ve ölçölülük ilkesine aykırılık gibi hususların da minimum denetim kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Normal denetim, minimum denetimdeki unsurlar yanında, idarenin olayları dikkate alarak yaptığı değerlendirme sonucunda olayların kararı almak için yeterli olup olmadıkları, olayla karar arasında değerlendirmede bir hatanın olup olmadığı yönünde yapılan denetimdir⁸⁹⁸. Zira idare, olayın hukuki nitelendirmesini belirli hukuki şartların oluşup oluşmadığını dikkate alarak yapar. Ancak idare, kanun koyucunun iradesini, amacını, eğilimlerini, yetkinin idareye verilış sebeplerini yanlış yorumlayabilir. İşte idari yargıç, bu hususlar açısından kanunu yorumlar ve hukuk kuralı veya hukukun genel ilkelerini türetir. Bu durumda idari yargı mercileri, idari işlemin temelindeki olayların yorumlanması ve nitelendirmesini tam yargısal

⁸⁹⁸ Ayrıca bkz. Özer, s. 6. Oytan, objektif denetim de dediği normal denetimde, minimum denetimdeki unsurlar yanında, işlemin sebeplerinin işlemin yapılması için yeterli olup olmadıklarının, bu sebeplerin bu kararı almayı gerektirip gerektirmediğinin hukuken araştırılacağını belirtir. Yazara göre yargı mercii, idarece gösterilen sebep ve vakıaların bu idari kararın alınmasını hukuken haklı kılıp kıldığını inceler. Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 39. Ayrıca bkz. Oytan, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, s. 154. Erkut, normal denetimde, idarenin yaptığı hukuki nitelemenin doğru olup olmadığının yargı merciiince incelenmesi gerektiğini belirtir. Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, s. 110.

denetime tabi tutarlar ki buna “normal denetim” denir. Normal denetimde idari yargı mercii, idarenin hukuki yorumuna karşı kendi hukuki yorumunu yaparak idarenin işlemini hukuka aykırı bulursa iptal kararı verir⁸⁹⁹.

Maksimum denetim (azami denetim) ise, yargı merciinin idari işlemleri çok yoğun denetlemesidir⁹⁰⁰. Maksimum denetimde idari yargı mercii, idari işlemin sebep, konu ve amaç unsurlarında mükemmel bir uygunluk ve ölçü aramaktadır. Bu itibarla maksimum denetim, günümüz hukuk devletinin gereği olarak bazı durumlarda birey lehine başvuru denetimidir. Örneğin Conseil d’Etat, *Ville Nouvelle Est kararı*⁹⁰¹ ile kamulaştırma yetkisinin kamu yararı yanında sağlayacağı avantaj ve kârın, sebep olacağı dezavantaj ve zararın dikkate alınarak kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Danıştay da enerji projeleri, imar planları ile ilgili kararlarında ekonomik değerler ile çevresel değerlerin ya da bireysel yarar ile kamu yararının çatıştığı durumlarda hangisinin üstün kamu yararına olduğuna karar verirken bilirkişi, keşif ve resmi makamların raporlarından faydalanarak maksimum denetim yapmıştır⁹⁰².

Erkut’a göre, maksimum denetimde yargıç, idari işlem ile amaçlanan hukuken mümkün ve gerekli olan tüm faydaları ve bu işlemde kaynaklanan sakıncaları göz önüne alarak tam bir yarar-zarar analizi yaparak kararın ölçülü olup olmadığını ortaya koyar⁹⁰³. Ancak maksimum denetim, yargı mercilerinin sübjektif değerlendirmelerde bulunması, yerindelik denetimi yapması veya idarenin takdir

⁸⁹⁹ Bir kararın temelindeki olayları nitelendirmek, olayların belirli bir hukuki kategoriye girip girmediğinin belirlenmesi anlamına gelir ki, bu durum hem olgusal hem de hukuki bileşenlerle karışık bir işlemdir. G. Vedel, *Droit Administratif*, 5th Ed. 1973, s. 594, naklen Bermann, s. 212. Temel özgürlükler söz konusu olduğu durumlarda, idari yargı mercileri titiz davranmakta ve normal denetim gevşemektedir. Vedel, s. 319, naklen Bermann, s. 218.

⁹⁰⁰ Okay’a göre, örneğin hâkim, kolluk işlemlerinde yer olarak “umuma açık bir yer-özel yer”, zaman olarak da “gece-gündüz”, “iş günü-tatil günü” gibi farklılıkları dikkate alarak kolluk tedbirinin her somut durumunda tam ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını değerlendirecektir. Okay, s. 201. Oytan’a göre, maksimum denetimde “*idarenin ileri sürdüğü nedenlerin ve delillerin sübjektif olarak takdir edilmesi söz konusudur.*” Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 40. Ancak yazar, böyle bir yetkinin hâkime verilmediğini, aksi durumda hâkimin idarenin yerine geçeceğini, idarenin takdiri yerine kendi takdir ve tercihini koymuş olacağını belirtmektedir. Oytan, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, s. 156.

⁹⁰¹ Ville Nouvelle Est, [1971] Rec. Cons. D’Et. 409, [1972] D. Jur. 194, [1971] J.C.P. II 16873, [1971] A.J.D.A. 421 naklen Bermann, s. 223-224.

⁹⁰² DİDDK, KT, 31.10.2018, E. 2018/2484, K. 2018/4410; D6D, KT, 18.12.2009, E. 2007/8058, K. 2009/12254, <https://www.hukukturk.com> (E.T. 02.04.2020).

⁹⁰³ Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, s. 110.

yetkisini kaldırması demek değildir. Maksimum denetimde birey veya başka değerler lehine denetim alanı genişlemekle birlikte, yapılan denetim hukuka uygunluk denetimidir. Yargı mercii, olaya özgü olarak normal denetime oranla sadece daha yoğun bir denetim yapmaktadır.

Sonuç olarak takdir yetkisi kapsamında tesis edilen bir idari işlem, yetki ve şekil unsurları bakımından tam yargısal denetime tabidir. Ancak idari işlemin sebep, konu ve amaç unsurları bakımından yapılacak denetimin derinlik/yoğunluk derecesi, ayırma tabi tutulmuştur. Bu ayırım, doktrinde ve yargı içtihatlarında zaman zaman farklılık gösterebilmektedir. Zira böyle bir ayırımı kesin ve net çizgilerle birbirinden ayırmak güçtür. Bu ayırlardan her biri zamana ve olaya bağlı olarak bir diğerinin alanına doğru genişleyebilmekte veya daralabilmektedir. Ayrıca hangi ayırımda hangi ilkelerin kullanılacağı ve bu ilkelerin nasıl uygulanacağı da kesin değildir. Zira hukuki hata, açık hata, maddi hata, yetki saptırması, olayların hukuki nitelendirmesi, uygunluk ve ölçülülük, yarar-zarar analizi gibi Alman ve Fransız hukukunda kullanılan ilke ve kurallar, ayrı ayrı veya bir bütün olarak toplanılıp doktrinde ve yargı içtihatlarında kullanılmıştır. Bu durumda denetimin etkinlik derecesinin uyuşmazlığa göre değiştiğini ve bunun sınırını belirleyen yargı mercii olacağını söyleyebiliriz.

D. Takdir Yetkisinin Denetiminde Esas Alınan Ölçüt ve İlkeler

Genelde hukuk kuralında idareye takdir yetkisi tanınmakla birlikte, bu yetkinin sınırı ve denetimi düzenlenmemektedir. Hukuk devleti ilkesi ise, idarenin tüm işlemleri kapsamında takdir yetkisinin de denetimini gerektirir. Bu itibarla takdir yetkisinin sınırsız olmadığı⁹⁰⁴, yargı denetimine tabi olduğu çoğunlukla doktrin⁹⁰⁵ ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Danıştay, gerekçesine katılmadığımız bir kararında idarenin takdir yetkisini mutlak ve sınırsız kullanabileceğini belirtmiştir. Bu kararın gerekçesi şu şekildedir: “*Belirtilen Anayasa ve yasa kurallarına göre, idari yargı yerlerinin, idari işlemler üzerindeki yargısal denetimi, bu işlemlerin hukuka uygunluklarının saptanmasından ibarettir. Bu denetim, idarelere yapacakları eylem ve işlemler bakımından takdir yetkisi tanınan kimi durumlarda, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının, nesnel davranılıp davranılmadığının belirlenmesi ile sınırlı olmaktadır. Olayda, açık bulunan yardımcı doçentlik kadrosuna davacı ile birlikte bir başka kişinin daha başvurduğu, Yasanın öngördüğü biçimde oluşturulan jürinin görüşü esas alınarak, idarece takdir yetkisinin bu kadroya her ikisinin de*

Öncelikle şunu diyebiliriz ki, yargı mercilerinin benimsediği ölçüt ve ilkeler, takdir yetkisinin hukuk kuralında düzenlenip düzenlenmemesine, düzenlenmişse sınırlama öngörülüp öngörülmemesine göre değişmiştir. Örneğin 1924 Anayasası'ndan 1961 Anayasası'nda 1971 yılında yapılan değişikliğe kadar Danıştay, takdir yetkisine dayalı tesis edilen idari işlemler açısından takdir yetkisini dar yorumlayıp, yargısal denetimi, bugün bile geçerli olan hukuksal kavramlar (hizmet yararı, kamu yararı gibi) ışığında oldukça geniş bir şekilde yapmıştır. Zira bu dönemde idari eylem ve işlemlerin hiçbir suretle yargı denetimi dışında tutulamayacağı öngörülmüştür. 1971 yılından 1982 Anayasası'na kadar ki süreçte ise Danıştay, “hukukun genel ilkeleri”, “dayanaktan yoksunluk”, “amaca aykırılık”, “kamu yararı”, “yasanın amacı”, “eşitlik”, “Anayasa hükümleri” gibi ölçütler kullanmıştır. 1982 Anayasası ile birlikte Danıştay, “açık hata”, “kamu hizmetleri gerekleri”, “gerekçe” gibi yeni ölçütler kullanmıştır⁹⁰⁷.

Günümüzde takdir yetkisinin denetiminde gözetilen ilke ve ölçütler oldukça fazladır. Zira idareye tanınan takdir yetkisi, hukukun genel ilkeleri⁹⁰⁸ (eşitlik ilkesi⁹⁰⁹, ölçülülük ilkesi), hukuk kuralları⁹¹⁰, yargısal içtihatlar, anayasal ilkeler

atanmaması yolunda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Burada, davalı idare takdir yetkisini mutlak ve sınırsız kullandığından, oluşturulan işlemlerin kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırı olduğundan söz edilemeyeceği açıktır.” D8D, KT, 23.01.1997, E. 1995/131, K. 1997/206, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.07.2020). İdare, jüri görüşü ile birlikte başvuruları başarılı bulmadığında atamama yetkisine sahiptir. Ancak bu atamama işleminin bir gerekçesi “başarısızlık”tır. Danıştayın bu işlemi, mutlak ve sınırsız olarak tarif etmesi hukuk devleti ile bağdaşmaz.

⁹⁰⁵ Bkz. Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 502-514; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 217-220; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 183; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 111-112; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 74-75; Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, s. 126-175; Akyıldız, s. 97-129. Yokuş, takdir yetkisinin denetiminde hukuka aykırılık hallerini şu şekilde sıralamıştır: “Yetki ve şekil kurallarına aykırılık”, “yetki veren yasa hükmüne aykırılık”, “eşitlik ilkesine aykırılık”, “yetki saptırması” ve “gerekçenin gerçeğe aykırı olması veya yanlış yapılması”. Ancak yazar, yargı organının, hukuka uygunluğu denetlerken sayılan hukuka aykırılık halleri ile sınırlı olmadığını belirtir. Yokuş, s. 315-316.

⁹⁰⁶ “İdarenin takdir yetkisinin denetimine yargı organları yönünden getirilen ve idari işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk bakımından denetlenebilecekleri şeklinde ifade edilen bu kural, idarenin takdir yetkisini kullanmasında uyması gereken sınırları da ortaya koymaktadır.” D12D, KT, 07.11.2016, E. 2016/8969, K. 2016/4898, <http://www.danistay.gov.tr> (E.T. 07.07.2020). Ayrıca bkz. D15D, KT, 12.10.2016, E. 2016/6791, <http://www.danistay.gov.tr> (E.T. 07.05.2020).

⁹⁰⁷ Bu konuda ayrıca bkz. Yokuş, s. 325-327.

⁹⁰⁸ Bu konuda ayrıca bkz. Başpınar, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, s. 66; Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 358.

⁹⁰⁹ D5D, KT, 13.03.2003, E. 2001/5253, K. 2003/796, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.07.2020). “TRT Kurumu Personeline Ödenecek Teşvik İkramiyesinin Usul ve Esaslarıyla ilgili açıklamaları

(hukuk devleti ilkesi, sosyal devlet ilkesi, eşitlik, çevrenin korunması, çalışma ve sözleşme hürriyeti)⁹¹¹, kamu yararı⁹¹² ve hizmetin gerekleriyle⁹¹³

düzenleyen 26.6.1995 tarih ve 4003 sayılı Genelgede 1 Aralıktan itibaren 1 yıl içinde 40 günden fazla sıhhi izin kullanan personelin ikinci teşvik ikramiyesinin ödenmeyeceği, ancak 40 günden fazla sıhhi izin kullanan personelden, ünite amirlerinin teklifi ve Genel Müdürünün oluru ile ikinci teşvik ikramiyesi ödenmesi uygun görülenlerin teşvik ikramiyelerinin ödeneceği öngörülmüştür. Söz konusu Esaslar ile ünite amirlerinin teklifi ve Genel Müdürün oluru ile, 40 günden fazla izin kullanan personele ikinci teşvik ikramiyesinin ödenmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise de bu yetki mutlak ve sınırsız bir yetki olmayıp, anılan yetkinin objektif olarak eşit bir şekilde, aynı durumda olan personel arasında ayırım gözetilmeyecek şekilde kullanılması gerekmektedir. Genel Müdür oluru ile olumlu ya da olumsuz yönde kullanılan bu takdir yetkisinin diğer tüm idari işlemler gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat öğeleri yönünden yargısal denetime tabi tutulması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Dosyanın incelenmesinden, 17.12.1996 tarih ve 1926 sayılı yazıdan 1996 yılında 40 günden fazla sıhhi izin kullandığı halde beş kişiye 2. teşvik ikramiyesi ödenmesinin uygun görüldüğü davacının ise bu kişiler arasında yer almadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının ileri sürdüğü mazeret dikkate alındığında, aynı konumda olan diğer kişilere ikramiye ödenirken davacıya 1996 yılı ikinci teşvik ikramiyesinin ödenmemesinde davalı idarenin eşitlik ilkesine uygun davranmadığı ve takdir yetkisini objektif bir şekilde kullanmadığı sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.” D11D, KT, 08.04.2003, E. 2000/8963, K. 2003/1623, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 07.05.2020).

⁹¹⁰ Takdir yetkisi, ancak hukuk kuralının çizdiği sınırlar dâhilinde kullanılabilir. “Davalı idarenin idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamıyacakları ve lojman tahsisi konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu konusundaki iddiası kural olarak yerinde görülmekle birlikte, idarenin belirtilen konudaki takdir yetkisinin mutlak olmayıp, 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu ve Kamu Konutları Yönetmeliğine uygun olarak kullanılması gerekeceği doğal bulunduğu gibi, bu konuda tesis edilen işlemlerin özellikle sebep ve maksat unsurları yönünden yargı denetimine tabi bulundukları da açıktır.” D5D, KT, 24.10.1990, E. 1988/1309, K. 1990/1917, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.07.2020). Ayrıca bkz. Tekin Akıllıoğlu, “Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar”, *AİD*, C. 16, S. 3, Eylül 1983, s. 36.

⁹¹¹ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 218.

⁹¹² “Bir yerel yönetim kuruluşu olan İl Özel İdaresi, kanun ile verilen görevleri yerine getirmek amacıyla yine sınırları kanun ile çizilmiş yetkilerle donatılmıştır. Gerek merkezi yönetim gerekse yerel yönetim kuruluşlarınca kullanılacak yetkilerin yasa ile tanınan özerklik ve çerçeve içerisinde, ancak kamu yararına hizmet etmek amacıyla kullanılması gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır. Bu bağlamda, İl Özel İdarelerinin karar organlarınınca, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla tesis edilen işlemlerin yargısal denetime açık olduğu da tabiidir. Ancak bu denetim yapılırken, yargı yerlerince sadece hukukilik denetimi yapılmalı ve yerindelik denetimi niteliğinde yargı kararı verilmemelidir. Bakılan olayda, İl Özel İdaresi mülkiyetindeki taşınmazın bizzat kurum tarafından kullanılması veya üçüncü kişilere kiralanması suretiyle gelir elde edilmesinin kamu hizmeti için gereken kamu kaynağının sağlanması için bir yöntem olduğu; öte yandan dava konusu işlem ile karara bağlandığı üzere, taşınmazın satışı sonucu elde edilen gelirin, yürütülmesi gereken diğer kamu hizmetlerinde değerlendirilmesinin ise kamu hizmetinin sürdürülebilmesi için kullanılabilecek başka bir yöntem olduğu görülmektedir. Kamu hizmetinin yürütülebilmesi için birden fazla seçeneğin bulunduğu hallerde, hangi usulün tercih edileceği noktasında karar vermek, İl Özel İdaresinin seçilmişlerden oluşan yönetim organına ait bir yetkidir. Bu durumda, usulüne uygun şekilde toplanan ve karar alan İl Genel Meclisince, İl Özel İdaresi mülkiyetindeki taşınmazın satışına karar verilmesine ilişkin dava konusu kararda, kullanılan takdir yetkisinin kapsamı ve yönü doğrultusunda hukuka aykırılık bulunmamakta olup, aksi yönde değerlendirme yapılmak ve yerindelik denetimi yasağına aykırı şekilde, taşınmazın satışının kamu yararına aykırı olacağından bahsetmek suretiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” D17D, KT, 07.12.2015, E. 2015/6089, K. 2015/5672, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.07.2020).

⁹¹³ “Genç Belediyesinde altı teknikerin çalıştığı, davacının çalışmış olduğu tekniker kadrosunda personel ihtiyacı bulunmadığı, davacının yerine başkaca bir personel istihdamı yoluna gidilmediği, sözleşmenin süresi dolduğunda kamu yararı ve hizmet gerekleri göz önünde bulundurularak davacı ile

sınırlıdır⁹¹⁴. Takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemlerin hukuken geçerli sebeplere dayanması⁹¹⁵ gerekmektedir. Bu ölçütler, yargı mercileri için takdir yetkisinin denetiminde her olaya özgü olarak dikkate alınan “temel hükümler” niteliğindeki ölçütlerdir.

İdare, takdir yetkisini kullanırken yargı mercileri tarafından ortaya konulan yargısal içtihatlar ile bağlıdır. Bu içtihatlar, zamana bağlı olarak genişleme eğilimi göstermektedir. Pekiner, yargı mercilerinin bu yoldaki kararları ile ortaya koydukları kuralları “yeni bağlı yetkiler” olarak ifade etmektedir⁹¹⁶. Biz ise, yargı mercileri tarafından ortaya konulan ölçüt ve ilkeleri, idare açısından “içtihat yoluyla ortaya çıkan bağlı yetkiler” olarak nitelendiriyoruz.

İşte burada, öğreti ve yargı kararlarında takdir yetkisinin kullanılmasında uyulması gereken bazı ilke ve ölçütlere değinmekte fayda mülahaza ediyoruz⁹¹⁷.

1. Temel Hak, İlke ve Kurallar

Temel haklar hem iç hukukta hem de uluslararası kaynaklarda düzenlenmekte ve denetlenmektedir⁹¹⁸. Anayasa uyarınca temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesinin ancak kanunla mümkün olabilmesi karşısında, idarenin takdir

yapılan sözleşmenin yenilenmediği görülmektedir. Bu durumda; davacının sözleşmesinin 31/12/2014 tarihi itibarıyla bittiği ve sözleşmeyi yenileyip yenilememe konusunda da idarenin takdir yetkisinin bulunduğu gözönüne alındığında, kadro ve ihtiyaç durumuna göre kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılan takdir yetkisi sonucunda tesis edilen davaya konu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” D12D, KT, 31.01.2017, E. 2016/8868, K. 2017/66, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 06.06.2020).

⁹¹⁴ Ayrıca bkz. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 217-220; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 183; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 190-191; Memiş, “İdari Yargısal Korunma Alanı ve Sınırları Bağlamında Gözlemler”, s. 63-64; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 500-516; Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi “Takdir Yetkisi” ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme*, Beta, İstanbul 2015, s. 9-10; Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 14; Bayraktar, s. 275; Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 104; Gerçek, s. 26-28; Akyıldız, s. 97-129.

⁹¹⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 43-47.

⁹¹⁶ Pekiner, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 5-6.

⁹¹⁷ Takdir yetkisinin denetiminde esas alınan ölçütler ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 502-514; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 217-220; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 183; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 111-112; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 74-75; Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, s. 126-175; Akyıldız, s. 97-129.

⁹¹⁸ Tekin Akıllıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, *AÜSBFD*, Y. 1989, C. 44, S. 3, s. 157.

yetkisi ile temel özgürlüklere sınırlama getirilmesi Anayasa'ya aykırıdır⁹¹⁹. Bu itibarla idare, takdir yetkisini aile birliğinin korunması, savunma hakkı, düşünce ve kanaat hürriyeti gibi temel haklara uygun olarak kullanılmalıdır. Örneğin şeker fabrikasında görev yapan davacı, aile birliği gerekçesi ile Ankara'ya atanma isteminin reddine ilişkin işlemin iptali ile dava açmıştır. Açılan davada Danıştay, idarenin, takdir yetkisini “haklı beklenti ve temel hak arasındaki bağlantıyı dikkate alarak kullanması” gerektiğini belirtmiştir. Danıştaya göre, *“kamu hizmetinin olağan işleyişi içinde umulabilecek bir durum vardır ve kamu görevlilerinin böylesine haklı beklentiler içinde olması hizmetin gereğidir... Yönetim, yönetim olmaktan kaynaklanan gücünü ve olanaklarını, bu kişisel konumda kullanarak makul beklentiye karşılayabilir. Kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin korunması, ancak kişisel kararlarda, yönetimin takdir yetkisinin kullanma alanlarında söz konusu olduğundan, baskın kamu yararı olmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir. Bu nedenle, davacının yer değiştirme isteminin, Devletin aile birliğinin sağlanması yönündeki görevi de gözönünde tutularak haklı beklentiler ilkesi içerisinde idarece değerlendirilmesi gerekir.”*⁹²⁰ Bu itibarla idare, takdir yetkisini kullanırken kanunun öngördüğü sınırlar içinde kalmalı ve hakkın zedelenmesine yol açmamalıdır⁹²¹.

İdare tesis edeceği işlemi dikkate alarak takdir yetkisini adil, dürüst, tarafsız, objektif ve tutarlı bir şekilde kullanılmalıdır. Ayrıca idare, bu yetkiyi kullanırken hukukun genel ilkeleri olarak eşitlik, nesnellik, ölçülülük, adalet, hakkaniyet ve yerleşik uygulamalardan; sosyal devlet, hukuk devleti, demokratik yönetim gibi

⁹¹⁹ “... Anayasa uyarınca sözleşme özgürlüğünün sınırlanabilmesinin ancak kanunla mümkün olabilmesi karşısında, anılan Tebliğ düzenlemesi ile sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmesinin Anayasada güvence altına alınan sözleşme hürriyetine aykırı olduğu gibi, Yasadan kaynaklı bir hak olan bireyin avukatını serbestçe belirlemesi hakkının Tebliğ ile ortadan kaldırılması sonucunu doğuran düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” D15D, KT, 03.04.2018, E. 2016/6785, K. 2018/3262, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.06.2020).

⁹²⁰ D5D, KT, 14.03.2006, E. 2003/3647, K. 2006/1140, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.06.2020). Ayrıca bkz. Engin Saygın, “Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2016, S. 126, s. 228.

⁹²¹ Akıllıoğlu, “Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar”, s. 35.

anayasal kurallardan uzaklaşmamaya dikkat etmelidir⁹²². Bu bağlamda idare, takdir yetkisini kullanırken temel ilkelerden biri olan eşitlik ilkesine uymak zorundadır. Örnek karara konu olayda Bakanlar Kurulu, bir kararı ile, aynı hukuksal durumda olan diğer B grubu kadrolardan farklı olarak, kamu kurum ve kuruluşlarında hazine avukatı ve hukuk müşaviri kadroları ile avukat kadrolarına atanacaklar için Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi sınav olan Kamu Personel Seçme Sınavı dışında yazılı ve/veya sözlü olarak gerçekleştirilebilecek ikinci bir sınavın yapılmasını öngörmüştür. Danıştay 12. Dairesi, anılan kadrolara yapılacak atamalarda, adayların eşit şartlarda yarışmalarını sağlayan objektif bir yöntem olan merkezi sınavdan sonra her türlü öznel değerlendirmeye açık bulunan ikinci bir sınavın yapılmasını “eşitlik ilkesi”ne aykırı bulmuştur⁹²³. Yine Danıştay, işçi sayılmayan sözleşmeli personel statüsünde çalışan kişinin 1990 yılı sözleşme ücretinin 1989 yılı sözleşme ücretine göre daha düşük düzeyde belirlenmesi işleminin Anayasa’nın “sosyal devlet ilkesi”ne aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir⁹²⁴.

Takdir yetkisi, makul süre içerisinde kullanılabilir. Bu bağlamda idare, olası olumlu-olumsuz durumları, durumların aciliyetini, ilgili kişilerin haklı beklentilerini dikkate alarak takdir yetkisini makul bir süre içinde kullanmalıdır. Örneğin idarenin düzenleyici işlemi uygulamaya koyma konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak idarenin hukuki belirliliğin söz konusu olmadığı durumlarda düzenleyici işlemi yapıp uygulamaya koyma konusundaki takdir yetkisi makul süre ile sınırlıdır⁹²⁵.

İdarenin takdir yetkisine sahip olduğu konulardan biri de ihale işlemleridir. Danıştaya göre, ihale işlemleri bakımından takdir yetkisinin denetiminde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde yer alan “temel ihale ilkeleri”nin gözetilmesi

⁹²² Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 218-220; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 188-189; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 112; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 75; Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, s. 129-175; Akyılmaz, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 34 vd.; Ali Ülkü Azrak, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1992, C. 9, s. 330- 331.

⁹²³ D12D, KT, 08.02.2018, E. 2016/9090, K. 2018/528, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 07.07.2020).

⁹²⁴ D5D, KT, 23.06.1992, E. 1991/3725, K. 1992/1960, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 07.05.2020).

⁹²⁵ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1301.

ve idare hukukuna hâkim olan hukuki güvenilirlik, idari istikrar gibi ilkelerin dikkate alınması gerekir⁹²⁶.

2. Somut, Geçerli ve Yeterli Sebep

Takdir yetkisi kullanırken tesis edilen işlemler geçerli sebeplere de dayanmalıdır⁹²⁷. Bu itibarla takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemlerin nedenlerinin gerçekleşmiş olması gerekir. Ayrıca takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemlere gösterilen sebepler, idarenin takdir ettiği sonuç için yeterli olmalıdır⁹²⁸.

Danıştaya göre, idarenin takdir yetkisine sahip olmakla birlikte bu yetkisini somut bir tespite dayandırmadan kullanması, tesis edilen işlemi hukuka aykırı kılar⁹²⁹. Örneğin, idarenin takdirinde olmakla birlikte somut olarak ortaya konulamayan ve hukuksal değeri olmayan bilgilere dayanılarak tesis edilecek naklen

⁹²⁶ “Dava konusu ihalede yaklaşık maliyetin 31.450.941,25-TL olduğu, ihaleye yedi istekli tarafından teklif verildiği, bu tekliflerden 30.934.441,00-TL ve 30.884.875,00-TL tutarlı tekliflerin geçerli teklif olarak kabul edildiği, ancak, ihale komisyonunun 03/10/2019 tarihli kararıyla, ihalede iki geçerli teklifin kaldığı, bu tekliflerin yaklaşık maliyete %98 ve %99,42 oranında yakın olduğu, teklifi daha düşük olan isteklilerin değerlendirme dışı kaldığı, ihalede yeterli rekabetin oluşmadığı ve tekliflerin değerlendirme aşamasında ihtiyaçtan kaynaklı işin niteliklerinin araç çeşitleri ve sayısı bakımından değiştiği belirtilerek ihalenin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, 4734 Sayılı Kanun hükümleri uyarınca ihaleyi yapan idarenin, anılan Kanun’un 5 . maddesinde belirtilen ilkeleri gözetmek zorunda olduğu ve söz konusu ilkelere uygun sonuçlanmayan ihalelerde kanunla idareye tanınan ihaleyi iptal etme yetkisini kullanabileceği dikkate alındığında, yedi teklif verilen ihalede geçerli kabul edilen iki teklifin de yaklaşık maliyete yakın olduğu ve yeterli rekabetin oluşmadığı gerekçesiyle ihale komisyonunca ihalenin iptaline karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” D13D, KT, 20.10.2020, E. 2020/1335, K. 2020/2655, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020). Ayrıca bkz. D13D, KT, 11.11.2020, E. 2015/4838, K. 2020/3093; D13D, KT, 09.07.2020, E. 2020/703, K. 2020/1899; D13D, KT, 10.02.2020, E. 2019/4279, K. 2020/380, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020).

⁹²⁷ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 217.

⁹²⁸ “Takdir yetkisine istinaden tesis edilen idari işlemlerin de, muhakkak surette gerçek ve hukuken geçerli sebeplere dayanması gerekmektedir. Takdir yetkisine dayalı idari işlemlerin dava konusu edilmesi durumunda, idarece işlemin tesisi için somut bir sebep gösterilememesi, sebep olarak gösterilen olay ve nedenlerin gerçeği yansıtmaması veya işlemin tesisi için yeterli bulunmaması halinde, dava konusu idari işlemin iptalinin gerekeceği, yerleşik yargı içtihatlarıyla kabul edilmiş bulunmaktadır.” D2D, KT, 15.10.2020, E. 2020/1642, K. 2020/2969, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020). Ayrıca bkz. D2D, KT, 06.02.2020, E. 2016/13412, K. 2020/662; D2D, KT, 17.12.2019, E. 2016/13618, K. 2019/7216; D2D, KT, 29.05.2019, E. 2019/207, K. 2019/3440, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020).

⁹²⁹ D5D, KT, 07.10.2015, E. 2013/7481, K. 2015/7594; D10D, KT, 18.11.2013, E. 2009/8293, K. 2013/8166, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 07.07.2020).

atama işlemi hukuka aykırı olur⁹³⁰. Aynı şekilde idarenin salt iradesi, istisnai haller⁹³¹ dışında idari işlemin sebebi olmaz. Örneğin her ne kadar sözleşmenin yenilenmesi idarenin takdir yetkisine bağlı ise de, hiçbir gerekçe veya somut sebep gösterilmeden sözleşme süresinin dolduğundan bahisle, sözleşmenin yenilenmemesine karar verilemez. Bu bağlamda, *“siyasi nedenlerle yeni yönetimi benimseyemediği, emir ve kurallara uymakta zorlandığı, bu şekilde belediye içindeki çalışma düzeninin bozulduğu”*ndan hareketle⁹³² veya *“görev yaptığı süre içerisinde göreviyle ilgili olarak yetersizliği veya başarısızlığına ilişkin somut hiç bir saptamada bulunulmadığı, sadece bir sosyal paylaşım sitesinde belediye başkanlığı aleyhine yapılan olumsuz yorumları beğenme”* şeklindeki eylem⁹³³ dikkate alınarak *“salt idareye tanınan takdir yetkisi kullanılmak suretiyle”* sözleşmenin yenilenmemesi işlemi hukuka uygun değildir⁹³⁴. Bu itibarla idarenin sadece salt idaresi, takdir yetkisinin meşru tek dayanağı değildir. Ancak idare somut ve geçerli bir sebep ileri sürerek sözleşmenin yenilenmemesine karar verebilir. Örneğin idarede sözleşmesi sona ermek üzere olan kişi ile birlikte birden fazla kişinin bulunduğu ve söz konusu kadroda personel ihtiyacı bulunmadığı ya da işe bağlı olarak artık kişinin hizmetine ihtiyaç kalmadığı veya gereksiniminin kalmadığı veyahut sözleşmenin yenilenmesi sınava bağlı ise yapılan sınavda başarısız olma durumlarında sözleşmenin süresi dolduğunda idare, kamu yararı ve hizmet gereklerini göz önünde bulundurarak kişi

⁹³⁰ D2D, KT, 17.12.2019, E. 2016/13618, K. 2019/7216, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 08.07.2020). Ayrıca bkz. D2D, KT, 12.05.2005, E. 2004/1822, K. 2005/1657, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 08.07.2020).

⁹³¹ D2D, KT, 12.12.2019, E. 2016/12643, K. 2019/7181, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.07.2020). *“...2802 sayılı Kanun’un 50’nci maddesi uyarınca yurtdışında görevlendirilecek hâkim ve savcılarının belirlenmesi ve görevlendirme süresinin uzatılması konusunda takdir yetkisine sahip bulunan Adalet Bakanlığı, yukarıda açıklanan nitelikteki bir görevlendirmenin süresinin uzatılmaması ya da bu görevlendirmenin sonlandırılması (kaldırılması) konusunda da takdir yetkisine sahip olduğundan, Adalet Bakanlığı’nın anılan yurtdışı görevde belli bir kişiyi görevlendirmesi hususunda yargı kararı ile zorlanması olanaklı olmadığı gibi aynı şekilde, daha önce yapılmış bir görevlendirmeyi sürenin sonuna kadar devam ettirmesi hususunda da yargı kararı ile zorlanması mümkün değildir. Bu itibarla; daha önce nesnel herhangi bir seçme kriterine tabi tutulmadan salt takdir yetkisine dayanılarak anılan yurtdışı görevde görevlendirilen davacının, takdir yetkisi kullanılarak aynı yöntemle (yetki ve usulde paralellik ilkesi) görevlendirmesinin kaldırılarak yerine başka bir kişinin yurtdışında görevlendirilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”* D16D, KT, 16.04.215, E. 2015/14032, K. 2015/1790, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.07.2020).

⁹³² D12D, KT, 31.01.2011, E. 2010/6880, K. 2011/394, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 08.07.2020).

⁹³³ D12D, KT, 30.01.2014, E. 2013/1265, K. 2014/278, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.07.2020).

⁹³⁴ Ayrıca bkz. D2D, KT, 24.12.2019, E. 2016/8993, K. 2019/7459; D5D, KT, 11.04.2016, E. 2016/198, K. 2016/2099, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.07.2020).

ile yapılan sözleşmenin yenilenmemesine karar verebilir⁹³⁵. Bu bağlamda idare, takdir yetkisini kullanırken idari işlemi, herhangi bir somut tespite dayanarak tesis etmesi gerekir⁹³⁶. Aksi durumda idari işlemin sebep unsurunda verilerin yanlış veya eksik değerlendirmesine bağlı olarak işlem sakat olur.

İdarenin takdir yetkisi kapsamında bir işlem yaptığında o işlemin sebebini ortaya koyması, idari işlemde gerekçe gösterme hususu ile yakından ilişkilidir. İdarenin takdir yetkisini gerekçeli kullanması⁹³⁷ ise, tesis ettiği işlemi düşünerek tesis etmesini sağlar. Danıştaya göre, işlemin gerekçesi konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu hallerde dahi, işlemin bir gerekçeye dayalı olması ve yargı mercii

⁹³⁵ D2D, KT, 20.10.2020, E. 2017/1363, K. 2020/3044; D12D, KT, 31.01.2017, E. 2016/8868, K. 2017/66; D5D, KT, 13.02.1984, E. 1980/7869, K. 1984/4398; D5D, KT, 20.01.1994, E. 1992/3846, K. 1994/11; D5D, KT, 26.11.1982, E. 1978/6283, K. 1982/11097, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.07.2020).

⁹³⁶ İdari büro, servis hizmet alanı, müşteri kabul alanı, yedek parça deposu, boya hazırlık ve boya alanı, gövde onarımı, alt bakım ve onarımı, doğrultma ve sosyal hizmet alanları dahil olmak üzere otomobil yetkili servisleri için asgari 600 m²'lik fiziki alan, Türk Standartları Enstitüsünce standarda bağlanmıştır. Ancak davalı idare, 2000 m² ve üzeri kapalı alana sahip işyerleri için değil, sadece 2000 m² den küçük olan oto plaza türü işyerlerinin sanayi sitelerine taşınmasını öngörmüştür. Açılan davada Danıştay, idarenin takdir yetkisini “kentleşme, ulaşım ve trafik, imar planlaması, çevre sağlığı gibi herhangi bir somut tespite dayanarak” kullanması gerektiğini belirtmiştir. D8D, KT, 21.10.2005, E. 2005/1680, K. 2005/4184, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.06.2020). Ancak Danıştay, bazı durumlarda işlemin diğer unsurları yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı sürece, idarenin işlemi haklı kılacak hukukten kabul edilebilir bir neden gösteremediği gerekçesine dayanılarak iptal kararı verilemeyeceğini belirtmektedir. “Davacı, tedviren yürüttüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı görevine kendisinin değil, başka bir kişinin atanmasına ilişkin ... işlemin iptali ... istemiyle dava açmıştır. Olayda, Teftiş Kurulu Başkanlığına atanan kişi ile davacının, özelleştirme nedeniyle başka kurumlardan Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü emrine atandıkları; Teftiş Kurulu Başkanlığı görevine getirilen kişinin davacıdan daha önce 19.2.2001 tarihinde başmüfettişliğe atanmış olduğu; atama tarihinde Genel Müdürlükte yedi başmüfettişin görev yaptığı; her iki başmüfettişin sicil raporlarının da çok iyi olduğu anlaşılmaktadır. Davalı idare, boş bulunan bir kadroya kamu yararı ve hizmet gereklerini gözeterek en uygun kişiyi atama konusunda, gerekli nitelikleri taşıyanlar arasında tercihte bulunma hak ve yetkisine sahip olduğundan, bu yetkisini belirli bir kişi lehine kullanmaya yargı kararı ile zorlanamayacağı gibi; bu husustaki yargısal denetimde, işlemin diğer unsurları yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı sürece, idarenin işlemi haklı kılacak hukukten kabul edilebilir bir neden gösteremediği gerekçesine dayanılarak iptal kararı verilemeyeceği açıktır. Belirtilen hukuksal duruma göre, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” D5D, KT, 27.02.2006, E. 2004/5066, K. 2006/751, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.07.2020).

⁹³⁷ Ancak hukukumuzda genel olarak idari işlemlerde gerekçe bulunma zorunluluğu yoktur. Bu konuda ayrıca bkz. Tekin Akıllıoğlu, “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, *AİD*, Y. 1982, C. 15, S. 2, s. 7 vd.

tarafından talep edildiğinde bu gerekçenin somut olarak ortaya konulması gerekmektedir⁹³⁸.

İdare, idari işlemin dayanağı olan maddi ve hukuki vakıaları ve işlemle ilgili bilgi ve belgeleri de yoruma tabi tutarak hukuk kuralında öngörülen sebepler ile karşılaşılan maddi ve hukuki vakıalar arasındaki ilişkiyi ortaya koyar. Hâkim ise, uyumsuzluk konusu ile ilgili olayların gerçekte mevcut olup olmadığını, mevcut ise bu vakıaların hukuki nitelendirmesini, ihtiyaç halinde keşif ve bilirkişi⁹³⁹ aracılığı⁹⁴⁰ ile bu vakıaların aydınlatılmasını, bu vakıalara uygulanacak hukuk kurallarını, dosya için gerekli bilgi ve belgeleri taraflar veya taraflar dışındaki ilgili diğer yerlerden toplayarak dosyanın tekemmülünü re'sen yapar⁹⁴¹.

⁹³⁸ D8D, KT, 05.02.2020, E. 2016/9775, K. 2020/583, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020). Danıştaya göre, mevcut yasal düzenlemelere rağmen, idarenin “yeni bir düzenleme yapılınca işlem tesis edilemeyeceği”nden hareketle yapılan başvurunun “gerekçe” gösterilmeksizin zımnen reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu durumlarda mevzuat çerçevesinde ve yasal düzenlemelerde belirtilen şartlara göre objektif ve somut bir değerlendirme yapılarak sonucuna göre işlem tesis edilmesi gerekmektedir. D8D, KT, 30.04.2019, E. 2014/7743, K. 2019/3975, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020).

⁹³⁹ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesi 2. fıkrası hükmü mahkemece istenilen belgelerin gönderilmemesi ve bilgilerin verilmemesi durumunda uygulanacak hüküm olup, bilirkişi, keşif hususunda söz konusu Kanunun 31. maddesinin göndermede bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir.” D7D, KT, 15.02.1985, E. 1985/91, K. 1985/483, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 13.02.2020).

⁹⁴⁰ “Hâkim davada, uyumsuzluğun taraflarının beyanları, sundukları deliller ve kendi topladığı dava malzemesini, mantığını ve tecrübelerini kullanarak, kendisinde bir kanaat oluşturacak ispat araçlarını kullanarak; örneğin bizzat yerinde görerek ya da hukuk dışında uzmanlık gerektiren konularda uzman görüşüne başvurarak vakıaların var veya yok olduğunu tespit eder. Başka bir ifadeyle delilleri takdir ederek vakıa hakkında hükmünü verir.” Bahtiyar Akyılmaz, “İdari Yargıda Hakim Hüküm Vermesi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 149. Yıl Sempozyumu*, 11 Mayıs 2017 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 93, s. 159.

⁹⁴¹ “Bu durumda her ne kadar dava dilekçesinde, davaya konu olarak sunulan imar planlarının sayı ve tarihleri gösterilmiş olsa da, idari yargı mercilerinin re'sen inceleme yetkisini kullanarak davaya konu parselasyon planının bulunduğu yere ait imar planlarının varlığı araştırılarak ve davacının dava dilekçesinde açıkça parselasyon planının dayanağı olan imar planlarının iptalini isteme iradesini gözönünde bulundurarak bir karar vermesi gerekirken aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararının imar planlarına dair kısmında hukuki isabet görülmemiştir.” D6D, KT, 16.02.2017, E. 2014/3563, K. 2011/1066, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 13.02.2020). Dosya tekemmül ettirilmeden karar verilmemesi gerekir. “Uyumsuzlukta; davacı tarafından açılan davada dava dilekçesinin davalı idareye tebliği üzerine davalı idare tarafından verilen savunma dilekçesinin davacıya tebliği gerekmekte iken savunma dilekçesinin tekrar davalıya tebliğ edildiği, böylece süresi içerisinde davacının cevap vermediğinden hareketle dosyanın tekemmül ettiği sonucuna ulaşılarak işin esası hakkında temyize konu kararın verildiği görülmüştür. Savunma dilekçesinin davacıya tebliğ edilerek 2577 sayılı Kanun'un yukarıda yazılı 16. maddesi hükmü uyarınca dosya tekemmül ettirildikten sonra bir karar verilmesi gerekirken, dosya tekemmül ettirilmeden verilen kararda usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.” D3D, KT, 29.12.2015, E. 2012/4808, K. 2015/10200, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 13.02.2020).

Dosya tekemmül ettikten sonra hâkim bir hukuki uyuşmazlığı esastan çözmek için önce dava konusu vakıanın incelemesini ve tespitini, sonrasında vakıaya uygulanacak hukuk kurallarını belirleyip bu kurallar ile birlikte maddi vakıa ve ilgili tüm bilgi ve belgeleri yorumlayıp vakıanın nitelendirmesini yapar ve en nihayetinde hüküm verir⁹⁴². Bu itibarla vakıaların gerçekliğini tespit ettikten sonra idari yargı mercii, bu maddi veya hukuki olayların o işlemin sebep unsurunu oluşturacak nitelikte olup olmadığını denetlemektedir. Örneğin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, yasalara uygun olarak kurulan bir bahis sitesinin bir televizyon kanalında yayınlanan reklamını, 6112 sayılı Kanun’un 8. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde yer alan “*yayın hizmetleri, kumar oynamayı özendirici nitelikte olamaz*” hükmünü ihlal ettiğinden bahisle ilgili televizyon kanalına uyarı cezası verebilir. İdari yargı mercii, söz konusu reklamın, uyarı cezasının sebep unsurunu oluşturacak nitelikte olup olmadığını denetler⁹⁴³.

Bazen idareye, idari işlemin yapılabilmesi açısından “*harekete geçmesi için uygun bir zamanın saptanmasında*” veya “*maddi olayların değerlendirilmesinde*” kısmi bir serbestlik tanınabilir⁹⁴⁴. Örneğin idare, imkânları ile genel güvenliği ve huzuru temin edemeyeceği durumlarda genel nitelikteki toplantı ve yürüyüşleri yasaklayabilir. Ancak yargı mercii, böyle bir durumda yapılacak toplantı ve gösterinin genel güvenliği ve huzuru bozacak nitelikte olup olmadığını ve idarenin imkânları ile toplantı veya gösteriyi kontrol altına alabilecek kuvvette olup olmadığını araştırır. Bu durumda idari yargı merciinin idarenin maddi vakıayı takdirini denetlediği görülmektedir.

Yine örneğin kent merkezinde bir taşınmazın “tören alanı” olarak belirlenmesine ilişkin imar planı ile bu plana dayalı olarak yapılan kamulaştırma işlemine karşı dava açılmıştır. Danıştay, ihtiyacın niteliği ve imar planının amacını dikkate alarak, “*bu nitelikteki bir ihtiyacın ilgili idarelerce imar planında başka amaçlara ayrılan yerlerin geçici olarak tahsisi suretiyle giderilebileceği, herhangi*

⁹⁴² Akyılmaz, Sezginer, Cemil, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 423-424.

⁹⁴³ Bu konuda bkz. D13D, KT, 12.11.2012, E. 2012/1257, K. 2012/2915, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 13.02.2020).

⁹⁴⁴ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 111.

bir taşınmazın sürekli olarak imar planında bu amaca tahsis edilmesinde bir zorunluluk bulunmadığı” gerekçesi ile hukuka aykırı bulmuştur⁹⁴⁵. Burada Danıştay, idarenin nitelendirmesinden bağımsız olarak olayı değerlendirip nitelendirmekte ve idarenin değerlendirmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermektedir. Aynı şekilde verilen bir disiplin cezasında idari yargı mercii, önce ileri sürülen maddi olayın gerçek olup olmadığını, sonra da bu olaya dayalı olarak memura isnat olunan fiilin bir disiplin cezasını gerektiren bir suçu teşkil edip etmediğini ve memura verilen disiplin cezasının hukuka uygun olup olmadığını inceler. Bu bakımdan Danıştay, maddi ve hukuki durumlara yönelik idarenin takdir yetkisini ve buna yönelik değerlendirmesini denetlemektedir⁹⁴⁶.

3. Kamu Yararı ve Hizmetin Gerekleri

Takdir yetkisi, “kamu yararı” dışında subjektif ve keyfi amaçlar doğrultusunda kullanılamaz⁹⁴⁷. Bu itibarla takdir yetkisi ancak kamu yararı için kullanılabilir⁹⁴⁸. Ayrıca takdir yetkisi, hizmetin gerekleri ile de sınırlıdır. Bu bağlamda idare, takdir yetkisini kamu yararı ve hizmetin gereklerine uygun şekilde yorumlamalı ve kullanmalıdır. Bu bağlamda Danıştay, işlemin sebep ve amaç unsurları arasındaki ilişkiyi ifade etmek üzere kamu yararı ve hizmet gerekleri terimlerini kullanmaktadır. Örnek karara konu olayda Danıştay, naklen atama konusunda nesnel ve hukuken kabul edilebilir bilgi ve belgenin ortaya konulmadığı durumlarda idareye tanınan yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir⁹⁴⁹.

⁹⁴⁵ D6D, KT, 24.02.2006, E. 2004/926, K. 2006/762, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 13.02.2020).

⁹⁴⁶ Daştan, s. 325.

⁹⁴⁷ D13D, KT, 14.11.2019, E. 2014/3386, K. 2019/3610; D8D, KT, 12.04.2018, E. 2016/5650, K. 2018/2092, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 07.07.2020).

⁹⁴⁸ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 217. “Doktrinde takdir yetkisinin sınırlandırılması bakımından maksat unsurlarına önemli bir yer verilmektedir: Takdir kudreti nihai gaye, finalité ile şartlandırılmış, sınırlandırılmış bir tercih kudretidir. Bundan ötürü takdir kudretinin sınırı nihai gaye yani amme menfaati, kamu yararadır.” Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 435.

⁹⁴⁹ D2D, KT, 05.11.2020, E. 2020/508, K. 2020/3278, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020). “... memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun, dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargı içtihatlarıyla kabul edilmiş bulunmaktadır.” D2D, KT, 22.10.2020, E. 2020/516, K. 2020/3132, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020). Ayrıca bkz. DİDDK, KT, 30.09.2020, E. 2020/1069, K. 2020/1661; D2D, KT, 30.09.2020, E. 2017/4055, K. 2020/2705; D2D, KT, 28.09.2020, E.

Başka bir kararında Danıştay, bir kamu görevine açıktan veya yeniden atamaya ilişkin bir işlemde takdir yetkisi kullanılmış ise, bunun kadro, ihtiyaç, kamu yararı ile hizmet gerekleri ve atama isteminde bulunan kişinin kişisel konumu gibi durumlar dikkate alınarak kullanılıp kullanılmadığı yönünden denetime tabi tutulacağını ifade etmiştir⁹⁵⁰.

Danıştay 5. Dairesi, başka bir kararında görev süresi dolan kültür ataşesinin, Bakanlık tarafından görev süresinin uzatılmamasını, sebep ve maksat unsurları açısından denetleyerek kişinin başarı durumunu dikkate alarak yararlı ve uygun olmadığını belirtmiş, kamu yararı ve kamu hizmetinin gereklerine aykırı bulmuştur. Böylece ilgili Bakanlık süre uzatmaya zorlanmıştır⁹⁵¹. Danıştay, kararında idareye tanınan yetkinin mutlak bir yetki olmadığını, kamu yararı ile hizmet gerekleri gözetilerek kullanılabileceğini belirtmiştir. İdarenin bu yetkisini kullanarak tesis edeceği işlemin, *“diğer tüm idari işlemler gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden yargısal denetime tabi tutulması”* gerektiğini vurgulamıştır. Anılan yetkinin kullanılması suretiyle tesis edilen işlemin mahkemece *“özellikle sebep ve maksat yönlerinden hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması”* gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda idareye tanınan görev süresini uzatma yetkisinin kullanılması üzerine yapılacak yargısal denetimin *“yerindelik”* denetimi olmadığı ifade edilmiştir. İlgilinin görev yaptığı sürede başarılı hizmetlerde bulunduğu, ancak buna rağmen görev süresinin uzatılmamasının keyfi nitelik taşıdığı, idarenin sahip olduğu takdir yetkisini hizmet dışı nedenlerle kullandığı, bu itibarla işlemin sebep ve maksat unsurları açısından hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir⁹⁵². Buradan hareketle yapılan denetim, yerindelik denetimi gibi görünse de, aslında idareye tanınan yetkinin keyfi kullanılamayacağı; işleme sebep olan hususlar değerlendirildiğinde işlemin kamu yararı dışında bir amaçla tesis edildiği, bu itibarla işlemin sebep ve

2019/2923, K. 2020/2645; D2D, KT, 08.03.2018, E. 2015/6328, K. 2018/1486, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020).

⁹⁵⁰ D12D, KT, 12.11.2019, E. 2016/3627, K. 2019/8620, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020).

⁹⁵¹ D5D, KT, 10.12.1997, E. 1997/1422, K. 1997/2952, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.03.2020).

⁹⁵² Azlık oyunda ise kararın yerindelik denetimi anlamına geldiği belirtilmektedir. Zira görev süresini uzatma hususunun idarenin takdir yetkisinde bulunduğu, Bakan’a ait bu yetkinin kullanılması hususunda davalı idarenin yargı kararıyla zorlanamayacağı vurgulanmıştır. D5D, KT, 10.12.1997, E. 1997/1422, K. 1997/2952, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.03.2020).

amaç unsurlarında sakatlığın söz konusu olduğu ifade edilmiştir⁹⁵³. Ayrıca diyebiliriz ki, yargı mercii, olaya özgü olarak idarece takdir yetkisi alanında tesis edilen bir işlemin keyfi olarak tesis edildiğini belirtmektedir. Zira görevde yükselme uzun zaman içerisinde hukuka uygun şekilde olmuş ve memur görevinde başarılı ise idare, tesis edeceği işlemde başarısızlığa dair bir gerekçe gösterememişse bu durumda idari yargı mercii, işlemi iptal edebilecektir.

İdari işlemlerde yegâne amaç kamu yararı olsa da kanunda yetkinin amacı özel olarak belirtilebilir. Takdir yetkisi kanunda öngörülen bu amaç dışında kullanılamaz⁹⁵⁴. Bu durumda, tesis edilen idari işlemin bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olup olmadığı hususu, yargı mercii tarafından denetime tabi tutulur. Örneğin 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'da özelleştirmenin amacı *“ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak”* esaslarına dayandırılmıştır. Bu bağlamda, özelleştirme kapsam ve programına alınan kuruluşlara ait taşınmazlarda öncelikle bu amaç doğrultusunda tasarruf edilmesi gerekir. Danıştay, Sümer Holding A.Ş.'ye ait taşınmazın yurt ve/veya kütüphane, okuma salonu v.b. amaçlar için *“eğitim ve kültür hizmetlerinde kullanılmak”* kaydıyla bedelsiz olarak Maliye Hazinesi'ne devrine karar verilmesinin, 4046 sayılı Kanun'da öngörülen özel amaç dışında kullanıldığı gerekçesi ile iptaline karar vermiştir⁹⁵⁵. Bu itibarla takdir yetkisi ancak kanunun objektif anlamı ve veriliş amacına uygun olarak kullanılabilir. Aksi durumda tesis edilen işlem *“usul saptırması”* veya *“yetki saptırması”* sebebi ile sakat olur.

4. Hukuk Kurallarına Uygun Yorum

İdari faaliyetler oldukça fazla, çeşitli ve karmaşık olduğundan hepsinin hukuk kuralında ayrı ayrı belirlenmesi ve en ince ayrıntısına kadar düzenlenmesi zordur. Bu

⁹⁵³ Bu konuda ayrıca bkz. D12D, KT, 11.09.2018, E. 2016/5477, K. 2018/3008, <https://www.hukukturk.com> (E.T. 01.01.2021); Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 207-209. Fransa'da da idari işlemin sebep ve amaç unsurunun birlikte yargısal demettime tabi tutulduğu hakkında bkz. Auby, s. 563-564.

⁹⁵⁴ Kemal Galip Balkar, *“Takdir Selahiyeti Kanunun Maksudına ve Amme Hizmetinin Nef'ine Kullanılmak Lazımdır.”* (Kronik), *AÜSBFD*, Y. 1959, C. 14, S. 4, s. 218-222; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 218-219.

⁹⁵⁵ D13D, KT, 27.03.2017, E. 2014/4583, K. 2017/764, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020). Ayrıca bkz. D2D, KT, 04.12.2019, E. 2016/8506, K. 2019/6834, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020).

itibarla hukuk kuralları bazen açık olmayabilir veya genel olabilir ya da muğlâk ifadeler içerebilir. Zira, hukuk kuralında bir tanımı verilmeyip, ancak, anlamı yere ve zaman göre değişen kavramlar söz konusu olabilir. Örneğin hukuk kuralında yetkinin kullanılması, “kamu yararı”, “kamu güvenliği”, “hizmetin gerekleri”, “kamu düzeni” veya “yüz kızartıcı suç” gibi belirsiz kavramlar veya geniş anlamlı kavramlara bağlanabilir⁹⁵⁶. Bu durumda idare, hukuk kuralını yorumlamak suretiyle bu kavramlara bir anlam vermek, bunları değerlendirmek ve nitelendirmek yönünde takdir yetkisini kullanır. Buna göre idare, uygulayacağı hukuk kuralını önce yorumlar, sonra değerlendirme ve nitelendirme yapar ve son olarak da bir seçim olanağı olarak uygulamaya geçer.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, disiplin cezasını gerektirecek tüm fiilleri tek tek belirleme ve saymanın zorluğu sebebi ile bazen genel suç tanımına yer vererek idareye fiili belirleme ve suçu tanımlama konusunda takdir yetkisi vermiştir. Ayrıca Kanun, duruma bağlı olarak “gibi”, “benzer” fiillerin de tanımlı suçun kapsamına alınabileceği konusunda idareye genişletici yorum ve takdir yetkisi vermiştir⁹⁵⁷. Örneğin 657 sayılı Kanun’un 125/E-g maddesinde, “*Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak*” fiili “*Devlet memurluğundan çıkarma*” cezasını gerektiren fiil ve hâller

⁹⁵⁶ Balta’ya göre bu ifadelerin, idarenin anlayışını ya da toplumda hâkim olan genel anlayışı yansıtmalarına göre idarenin yetkisi, bağlı yetki ya da takdir yetkisi olarak değişmektedir. Eğer bu kavramlar ile toplumda geçerli olan genel anlayış kastediliyorsa idarenin takdir yetkisinin varlığı kabul edilmemektedir. Örneğin, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun 9/F. maddesine göre, “*Polis, ahlâk ve umumi terbiyeye uygun olmayan şarkı veya sözleri yahut amme emniyetini bozucu hitabeleri muhtevi bulunan gramafon plaklarını ve bu kabil sair basma yazı ve resimleri alır.*” Kanunda geçen “ahlak ve umumi terbiye” kavramları ile polisin anlayışı değil, toplumda geçerli olan genel anlayış kastedildiğinden, polisin bu maddeye göre sahip olduğu yetki, bağlı yetkidir. Ancak hukuk kuralında geçen kavram, ilgili idarenin anlayışını ortaya koyuyorsa, bu durumda takdir söz konusudur. Balta, s. 87-88. Ayrıca bkz. Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 74; Bayraktar, s. 266; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 178. Yazarın bu düşüncesine katılmak mümkün değildir. Zira bu tür belirsiz kavramların kullanımı halinde toplumda geçerli olan genel anlayıştan öte idarenin değerlendirmesi geçerli olup takdir yetkisi söz konusudur. Ayrıca belirsiz bir kavramın toplum tarafından genel olarak kabul görülmesinin nesnel ölçütünün neye göre ve nasıl belirleneceği ise belirsizdir.

⁹⁵⁷ Bu durumun “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine aykırılık oluşturduğu hakkındaki eleştiriler için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2002, C. 6, S. 2, s. 239-262; Metin Bulut, “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 2018, S. 12, s. 242 vd.

arasında sayılmıştır⁹⁵⁸. Kanun koyucu bu yönde tüm ayrıntıları ile bir belirlemeye gitmemiştir. Yüz kızartıcı suçların neler olduğunun, kanunları uygulamakla görevli yargı organlarınca saptanmasının daha uygun olacağını belirten yargısal içtihatlarla bakmakta fayda vardır⁹⁵⁹. Konuya ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.07.1996 tarih ve E. 1996/3-144, K. 1996/171 sayılı kararında⁹⁶⁰, “yüz kızartıcı suç”un, yasalarda tanımlanmadığı ve tek tek sayılmadığı, toplumun yapısına göre zaman zaman değişikliğe uğrayan bu suçların tek tek sayılmasının olanaksız olduğu, “gibi yüz kızartıcı suçlar” denildiğinde maddede sayılmamış olan diğer yüz kızartıcı suçların neler olduğunun yasaları uygulamakla görevli yargı organlarınca saptanacağı belirtilmiştir. Bu itibarla idarenin mevzuatı uygulama amaçlı olarak kullanacağı takdir yetkisi yargısal denetime tabidir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 5525 sayılı Kanun kapsamına ilişkin bir uyuşmazlıkta verdiği bir kararında⁹⁶¹, “gibi yüz kızartıcı suçlar” ibaresindeki “gibi” sözcüğünün yüz kızartıcı suç olarak anılan ve Kanunda sayma yoluyla belirtilen *“Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit veya nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas*

⁹⁵⁸ Anılan Kanun hükmü ile ilgili olarak, 09.05.2014 tarih ve 28995 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin 16.01.2014 tarih ve E. 2013/110, K. 2014/8 sayılı kararında; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125/E-g maddesinin, Anayasa’ya aykırı olmadığına hükmedilmiş olup, kararda “Dava konusu kuralda belirsiz olduğu ileri sürülen “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin” tümünün önceden öngörülmesinin ve tespitinin olanaksız olduğu ve söz konusu hareketlerin tek tek ortaya konulmasının mümkün olmadığı, normun daha kesin ve açık bir düzenlemeye olanak tanımaması nedeniyle kullanıldığı anlaşıldığından anılan kavramların kullanılmasında belirlilik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. Fıkra da genel bir belirleme yapılmış ve disiplin cezası gerektiren hareketlerin, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı ve utanç verici olması gerektiği düzenlenerek çerçeve çizilmiştir. Kaldı ki, itiraz konusu kural dayanak alınarak tesis edilen idari işlemlere karşı yargı yolu açık olup belirsiz olduğu ileri sürülen kavramlar ve bu kavramların belirttiği hareketler yargı kararları yoluyla da somutlaştırılmaktadır... memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler denilmek suretiyle disiplin cezası gerektiren fiil ve hareketlerin çerçevesinin çizildiği anlaşılmaktadır.” gerekçesi ile itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olmadığı vurgulanmıştır. AYM, KT, 16.01.2014, E. 2013/110, K. 2014/8, RG, 09.05.2014-28995. Ayrıca bkz. D5D, KT, 12.12.2017, E. 2016/18117, K. 2017/24013, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020).

⁹⁵⁹ D5D, KT, 12.12.2017, E. 2016/18117, K. 2017/24013, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020). Danıştayın bu kararı birçok yargı kararını içinde barındırdığından ve önemine binaen, uzun uzadıya konumuz bağlamında alınmış ve işlenmiştir.

⁹⁶⁰ YCGK, KT, 02.07.1996, E. 1996/3-144, K. 1996/171, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020). Ayrıca bkz. D5D, KT, 12.12.2017, E. 2016/18117, K. 2017/24013, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020).

⁹⁶¹ DİDDK, KT, 12.11.2014, E. 2012/482, K. 2014/3992, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020).

suçlarından biri”ni ifade etmek üzere kullanıldığını belirtmiştir. Aksi yorumda, “gibi” sözcüğünün, “sayılanlara benzer suçları” ifade ettiğinin kabulünü gerektirdiğini, bu kabulün, memurların memurluklarının sona erdirilmesine ilişkin durumların bizzat kanunda düzenlenmesi gerektiğine ilişkin memur güvencesine aykırı olacağını belirtmiştir. Ayrıca bu kabulün idarelere, kanunda gösterilen suçlar dışında benzer suçların yüz kızartıcı suç sayılması konusunda, ölçütleri belirsiz, geniş bir takdir yetkisi tanınması sonucunu da doğurabileceği ifade edilmiştir. Sonuç olarak örneğin, “5525 sayılı Kanunda sayma yoluyla belirtilen eylemler arasında yer verilmeyen “intihal” fiilinin yüz kızartıcı suç olarak kabul edilemeyeceğine ve bu fiile dayanılarak verilmiş disiplin cezasının, nitelik itibarıyla 5525 sayılı Kanun’un kapsamına girmediğine karar vermiştir.”⁹⁶²

İdari yargı mercii, idarenin uygulayacağı hukuk kuralındaki kavramları kendisi yorumlar. Başka bir deyişle idari yargı mercii, uyuşmazlığı çözerken öncelikle kavramların içeriğini ve ne anlama geldiğini açıklığa kavuşturur⁹⁶³. Örneğin 2547 sayılı Kanun’un 60. maddesinin (b) fıkrasına göre, “Yükseköğretim kurumlarından, mahkeme veya disiplin kararları ile çıkarılanlar hariç olmak üzere herhangi bir nedenle kendi isteği ile ayrılan öğretim üyeleri başvuruları üzerine bu kanun hükümleri çerçevesinde kadro koşulu aranmaksızın tekrar ayrıldıkları yükseköğretim kurumlarına dönebilirler.” Danıştay, söz konusu bu hükmü ve bu hükümdeki “kadro koşulu aranmaksızın” ibaresini şöyle yorumlamıştır:

“Sözü edilen madde hükmü uyarınca, sayılan haller nedeniyle üniversitelerinden ayrılan öğretim üyelerine yeniden eski görevlerine dönebilmeleri olanağı tanınmakla birlikte maddedeki “kadro koşulu aranmaksızın” ibaresinin her

⁹⁶² Ayrıca bkz. D5D, KT, 12.12.2017, E. 2016/18117, K. 2017/24013, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 11.02.2020). Ancak İdari Dava Daireleri Kurulu başka bir kararında, ““cinsel taciz ve sarkıntılık” fiili nedeniyle hakkında kamu görevinden çıkarma cezası verilen davacının fiilinin, 5525 sayılı Kanunda sayılan suçlardan olmamasına rağmen, şeref ve haysiyet kırıcı suçlar kapsamında olduğu, dolayısıyla 5525 sayılı Kanun ile öngörülen disiplin affından faydalanacak disiplin cezaları kapsamında bulunmaması nedeniyle dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar veren İdare Mahkemesinin ısrar kararını onamıştır.” açıklamasında bulunmuştur. DİDDK, KT, 04.03.2013, E. 2009/652, K. 2013/751, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 13.02.2020).

⁹⁶³ Elliott, Parlametonun genellikle yorumsal işlevleri sarahaten veya zımnen mahkemelere verdiğini ifade eder. Elliott, “The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law”, s. 96.

koşulda ilgililerin mutlak suretle eski görevlerine döndürülmeleri konusunda üniversite idarelerinin bağlı yetki içerisinde bulunduğu şeklinde yorumlanamayacağı, ilgililerin atanmak istedikleri alanda hizmetlerine ihtiyaç bulunması halinde kadro koşulu aranmayacağı şeklinde yorumlanmasının kamu yararı ve hizmet gereklerine daha uygun düşeceği sonucuna ulaşılmıştır."⁹⁶⁴

İdari yargı mercii, idarenin yorumu ile bağlı olmayıp kendisi hukuk kuralını yorumlar⁹⁶⁵. Bu bağlamda idari yargı merciinin yorumu, idarenin yorumunu geçersiz kılabilir ki bu durumda mahkeme, idarenin işlemini hukuka aykırı bulur⁹⁶⁶. Aksi durumda davanın reddine karar verir. Danıştay, aday memurun görev yaptığı dönemde "kamu kurum ve kuruluşlarındaki eşya hakkında hırsızlık" suçundan cezasının kesinleşmesine binaen hakkında yürütülen idari soruşturma sonucunda, "Devlet memuriyeti ile ilişkisinin kesilmesine karar verilmesi" işlemine karşı açılan davada "davacının isnat edilen fiili ile mesleğine yakışır tutum ve davranışlarda bulunmadığı hususunun sabit olduğu, söz konusu fiil ile ilgili mevzuat uyarınca tesis edilen dava konusu işlemin örtüştüğü, bu nedenle davacının eyleminin "memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" olarak nitelendirileceği, bu durumda aday memur olarak görev yapan davacı hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Adaylık devresi içinde göreve son verme" başlıklı 56. maddesi uyarınca tesis olunan dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı" gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen İdare

⁹⁶⁴ D8D, KT, 18.05.2004, E. 2003/4812, K. 2004/2291, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 13.02.2020). Danıştay, özelleştirme kapsamında bulunan kuruluşlardan diğer kamu kurum ve kuruluşlarına atanmalarının durumu ile ilgili bir kararında "... maddede yer alan "durumlarına uygun boş kadro ve pozisyon" ibaresinde yer alan pozisyon deyiminin, 657 sayılı Kanuna tabi kurumlarda "kadro ünvanını" ifade ettiği açıktır. "Durumlarına uygun pozisyon" deyimini, ... mutlak bir kadro ünvanı eşitliğini içermemekte; kadro tahsisinde bir yandan nakledilen kamu görevlisinin özelleştirilen kurumdaki görev, yetki, sorumluluk ve ünvanının ve nakledilen kurumun olanaklarının gözetilmesi, öte yandan kurumun örgüt ve hiyerarşik yapısının olabildiğince korunması gerekliliğini ifade etmek için kullanılmış bulunmaktadır." gibi açıklamalarda bulunmuştur. D5D KT, 27.05.1997, E. 1997/439, K. 1997/1110, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 13.02.2020).

⁹⁶⁵ Bertil Emrah Oder, "Anayasal Düzende İdari Yargı Sistemi", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2015 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 89, s. 97.

⁹⁶⁶ D12D, KT, 13.12.2016, E. 2016/3449, K. 2016/6362; DİBK, KT, 07.12.1989, E. 1988/6, K. 1989/4, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 13.02.2020). Ayrıca bkz. D5D, KT, 14.04.1988, E. 1987/2417, K. 1988/1286, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 13.02.2020); Emin Memiş, "Yasaların Anayasaya Uygun Yorumunda Danıştay Yargıcının Anayasa Yargıcı İşlevini Yüklenmesi (Karşılaştırmalı Hukuk Analizleri)", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu*, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, DTYBY, No: 68, Ankara 2004, s. 36 vd.

Mahkemesi kararını onamıştır⁹⁶⁷. Bu itibarla memurun tutum ve davranışlarının memuriyetle bağdaşmayacak nitelikte olup olmadığı yönünde yapılacak yorum ve değerlendirmede idare, takdir yetkisine sahiptir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki idare, bağlı yetki ile tesis edilen idari işlemler dâhil, hukuk kuralını uygulamak için idari işlemin tüm unsurları açısından yorum ve değerlendirmede bulunabilir. Bu bağlamda idare, takdir yetkisinin olmadığı yetki, şekil ve amaç unsurlarını yorumlayıp değerlendirmede bulunabilir. Ancak idarenin bu unsurları yorumlayıp değerlendirmesi bu unsurlarda takdir yetkisinin olduğu anlamına gelmez. Bu unsurlarda takdir yetkisi söz konusu olmamakla birlikte, örneğin, hukuk kuralına dayanma açısından idarenin yetkili olup olmadığı, işlemin ne şekilde tesis edileceği veya amaç unsurunun nasıl izah edileceği hususunda idare, hukuk kuralını yorumlayabilir veya değerlendirmede bulunabilir. İdarenin, işlemin bu unsurlarını yorumlayıp değerlendirmesi neticesinde bir karar vermesi halinde, yapılan yorum ve değerlendirmeye ve de tesis edilen işleme takdirilik özelliği vermez. Ancak idarenin hukuk kuralındaki “*kavramları içeriklendirmek için yorumlaması, kullanılan yetkinin neden ve konu ögesine ilişkinse yetkiye takdirilik özelliği verebilir.*”⁹⁶⁸ Bu bağlamda hukuk kuralında yer alan ve tesis edilecek idari işlemin sebep ve konu unsuruna ilişkin belirsiz hukuki kavramların yorumlanması yetkiyi takdiri hale getirebilir. Zira idare kurala yüklediği anlama göre işlem yapıp yapmamakta veya içeriğini oluşturmakta serbest olabilir⁹⁶⁹.

5. Ölçülülük İlkesi

Takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlem ile kişilerin temel hak ve hürriyetleri ve menfaatleri arasında uygun ve adil bir denge sağlanmalıdır⁹⁷⁰. ve açık takdir hatası yapılmamalıdır. Bu itibarla “ölçülülük ilkesi”, yargı mercilerinin

⁹⁶⁷ D12D, KT, 28.09.2017, E. 2017/1889, K. 2017/4437, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 16.02.2020).

⁹⁶⁸ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 169.

⁹⁶⁹ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 170.

⁹⁷⁰ Karahanoğulları, “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, s. 327-328; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 216; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 501; Akyıldız, s. 120-129.

yargısal denetimde kullandıkları ölçütlerden biridir. Ölçülülük ilkesine daha önce değindiğimiz için burada kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

Danıştay 5. Dairesi, eski tarihli bir kararında *“lojman ihtiyacını idarenin kendi parselleri içinde karşılamasına olanak bulunup bulunmadığı (kat arttırma, v.s. gibi), davacı parsellerine bu yönden gereksinim olup olmadığı”* hususlarını *“yerindelik denetimi sınırları içinde kaldığı”* gerekçesiyle denetlemeyen ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁹⁷¹. Burada, yerindelik denetimi yapılmış gibi görülse de, aslında mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülülük ilkesine (gereklilik) aykırılık oluşturduğu gerekçesi ile denetim yapılmıştır⁹⁷².

Danıştay, örnek bir olayda zabıt kâtibi olarak mesleğini yapan kişinin, *“göreviyle ilgili sırları açığa çıkardığı”* ve *“mahkeme dosyalarıyla ilgili bilgileri suç örgütü zanlılarına aktardığı”* eylemlerine ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-g. maddesi uyarınca devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemi, *“ölçülülük ilkesi”*ne aykırı görmüştür. Anılan olayla ilgili kararında Danıştay, idarelerin kamu görevlileri hakkında disiplin cezası verirken, suç ve ceza arasındaki hassas dengeyi gözetmesi ve kişinin zikredilen eylemleriyle ölçülü bir ceza ile cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir⁹⁷³.

⁹⁷¹ D6D, KT, 28.12.1983, E. 1983/1238, K. 1983/4337, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.03.2020). *“Davacı tarafından, tamamı 329,64 m2 olan yerin çevrenin otopark ihtiyacını karşılayamayacağı, otoparkların tali yolu kenarında, kent merkezlerinde olması gerekirken dört yol kavşağında otopark yapılmasının şehircilik ve trafik ilkelerine aykırı düştüğü, otopark için daha uygun yerlerin mevcut olduğu, bu hususlar araştırılmadan yapılan imar planının da mevzuata uyarlılık bulunmadığı öne sürüldüğünden bu iddiaların yerinde olup olmadığının tespiti için yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken bu hususun yerindelik denetimi sınırları içinde kaldığı gerekçesiyle davacının keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasına ilişkin isteğinin kabul edilerek davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”* D6D, KT, 11.06.1984, E. 1984/337, K. 1984/2396, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 21.03.2020).

⁹⁷² Karahanoğulları, Danıştayın burada ifade ettiği hususun işlemin *“neden ögesine ilişkin olasılıkların değerlendirilmesi”* olduğunu ve bunun yerindelik denetimi olmadığını ifade eder. Zira yazara göre, kamulaştırma işlemi ile mülkiyet hakkına bir müdahale olur. Bu müdahalenin ölçülü olup olmadığı yönünden bir değerlendirme yapılır ve haklara daha az müdahale ile aynı sonucuna ulaşılp ulaşılamayacağı araştırılır. Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 177, 193. Ayrıca benzer yönde bkz. Oğurlu, *“İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı”*, s. 143.

⁹⁷³ D5D, KT, 12.12.2017, E. 2016/18117, K. 2017/24013, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020). Danıştay, bazı kararlarında alt ve üst sınır arasında bir ceza belirleme konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin üst sınırdan kullanılmasını ölçülülük ilkesine aykırı görmemiştir. D1D3, KT, 06.07.2018, E. 2018/1463, K. 2018/2322; D13D, KT, 28.03.2017, E. 2016/1711, K. 2017/842, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020). Ayrıca Danıştay, uyarma ve kınama hariç disiplin

6. Açık Hata

Takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerde açık takdir hatası yapılmamalıdır. Bu itibarla “açık hata”, yargı mercilerinin yargısal denetimde kullandıkları ölçütlerden biridir.

Açık hata, idarenin takdirinin ilk bakışta, yani derhal yanlış olduğunun anlaşılmasıdır⁹⁷⁴. Açık hata, “açık takdir hatası”⁹⁷⁵, “takdirde açık hata”⁹⁷⁶ veya “açık bir hukuka aykırılık”⁹⁷⁷ olarak da ifade edilmektedir⁹⁷⁸. Örneğin kanunda öngörülmemesine rağmen düzenleyici işlem ile “idari yaptırım koyma”, kanunilik ilkesine aykırılık olup açık hata oluşturur. Hukuk kuralı yoruma ihtiyaç göstermeyecek açıklıkta ise, aksi yönde işlem tesis edilmesi halinde açık hata söz konusu olur. Yine örneğin mevzuata aykırı bir şekilde, koşulları taşımayan birinin devlet memurluğu kadrosuna atanması⁹⁷⁹, geçme notu 60 olan bir dersten 45 alan bir öğrencinin başarılı sayılması açık hata kapsamındadır.

Bariz bir eşitsizlik durumunda ya da yapılan hata fiziksel, belki de matematiksel olarak çok açık ise, açık hatadan bahsedilir⁹⁸⁰. Mesela debisi düşük ve sınırlı küçük bir akarsu, baraj yapımına elverişli olmadığından burada büyük bir

cezalarının atama engeli olarak öngörülmesine ilişkin olan ve idarenin sahip olduğu takdir yetkisini bu cezaları almamış olanlar yönünden kullanması sonucunu doğuran belirlemenin ölçülülük ilkesi yönünden hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. DİDDK, KT, 05.02.2020, E. 2018/3010, K. 2020/216, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2021).

⁹⁷⁴ Bayraktar, s. 290; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 220; Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 195.

⁹⁷⁵ DİDDK, KT, 25.09.2008, E. 2006/1872, K. 2008/1742, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020).

⁹⁷⁶ D5D, KT, 24.05.1999, E. 1998/2282, K. 1999/1682, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020).

⁹⁷⁷ “...her idari işlem için geçerli olduğu gibi, İl’de görev yapan valilerin merkez valiliğine atanmalarına ilişkin işlemlerin de yargı denetimine tabi olduğu açıktır. Ancak yapılacak yargısal denetimin, valilik statüsü için yukarıda yapılan açıklamalar ile bağdaşır nitelikte olması zorunludur. Bu çerçevede, valilerin atanmaları veya merkeze alınmalarına ilişkin işlemlerin yargısal denetimi yapılırken, idarenin sahip olduğu geniş takdir yetkisi dikkate alınarak, yetki ve şekil yönlerinden sakatlıklarda olduğu gibi açık hukuka aykırılıkların bulunup bulunmadığının ya da idarenin açık bir değerlendirme hatasına düşüp düşmediğinin incelenmesi ile yetinilmesi gerekmektedir. Uyuşmazlık konusu olayda da, açık bir hukuka aykırılık veya değerlendirme hatasının bulunmadığı anlaşıldığından, idareye yasalarla tanınan takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.” DİDDK, KT, 26.09.2012, E. 2007/36, K. 2012/1271, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020).

⁹⁷⁸ Ayrıca bkz. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 220. Açık takdir hatası hakkında bir eleştiri için bkz. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1084-1087.

⁹⁷⁹ D5D, KT, 09.06.2015, E. 2012/9592, K. 2015/6248, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 25.04.2020).

⁹⁸⁰ Bermann, s. 238-239.

hidroelektrik santralin kurulmasına karar verilmesi işleminin açık takdir hatası ile sakat olduğu ortadadır⁹⁸¹. Yine örneğin lojman tahsisi konusunda takdir yetkisi bulunmakla birlikte idarenin sıra tahsisli konutlar için yaptığı puanlamada dördüncü sırada yer alması gereken kişiye lojman tahsis etmesi gerekirken yanlış puanlama yaparak kişiye lojman tahsis etmemesi kararı açık hata dolayısıyla yargısal denetime tabidir⁹⁸². Aynı şekilde gerekli bütün şartları taşımasına rağmen, ilgili kişinin atamasının yapılmaması açık hata oluşturur. Bu itibarla idari yargıcın idari işlemin tesisinde ağır ve bariz bir hata tespit etmesi üzerine idari işlemin iptaline karar verilir.

İdarenin takdir yetkisini kullanırken çok açık, kolaylıkla fark edilen aşırı bir değerlendirme hatası ya da ağır bir tercih/takdir hatası yapması⁹⁸³ veya idarenin bir düzenlemeyi açıkça yanlış anlaması ve uygulaması⁹⁸⁴ açık hata olarak ifade edilir⁹⁸⁵. Bu bakımdan hem idarenin değerlendirmesinin hem de tercihinin açık hata olarak ele alındığını söyleyebiliriz.

Danıştay, eski kararlarında talebin, usule veya esasa ilişkin hiçbir neden gösterilmeden reddi yolundaki idari kararları, kanunun verdiği takdir yetkisinin kullanılmasında açık hata olarak yorumlamıştır⁹⁸⁶. Ayrıca Danıştay, aynı hukuki durum içinde bulunmalarına karşın, eşitliğe aykırı tesis edilen işlemleri de açık takdir hatası olarak kabul etmiştir⁹⁸⁷.

Danıştay, bir kararında idarenin değerlendirme payı kapsamında kullanılan takdir yetkisinin denetiminde önce ilgili kanun hükümlerini dikkate almış, sonra bu hükümleri yorumlamış, en sonunda yorumladığı kanun hükümlerini idarenin kararına

⁹⁸¹ Ayrıca bkz. Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 376.

⁹⁸² D5D, KT, 24.10.1990, E. 1988/1309, K. 1990/1917, <http://www.hukukturk.com> 06.02.2020.

⁹⁸³ Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 54. Ayrıca bkz. Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 195; D2D, KT, 30.04.2013, E. 2012/4531, K. 2013/2656; D7D, KT, 13.11.1991, E. 1987/4754, K. 1991/2744; D5D, KT, 23.11.1983, 1983/430, K. 1983/7702, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.04.2020).

⁹⁸⁴ Celal Erkut, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İHİD*, Y. 1988, C. 9, S. 1-3, s. 77.

⁹⁸⁵ Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 54; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 740.

⁹⁸⁶ D5D, KT, 11.05.1983, E. 1981/2387, K. 1983/3963; D5D, KT, 10.05.1984, E. 1980/492, K. 1984/2185, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.04.2020).

⁹⁸⁷ DİDDK, KT, 17.04.2008, E. 2005/270, K. 2008/1286, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.04.2020).

uygulayarak açık hatanın söz konusu olduğuna karar vermiştir⁹⁸⁸. Ayrıca Danıştay, altı yıl Karaelmas Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Başkanı olarak görev yapan kişinin, ayrıca Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Başkanlığı görevinde bulunduktan sonra TEDAŞ Genel Müdürlüğü emrine müşavir olarak atanmasına ilişkin işlemde “açık takdir hatası”nın bulunduğunu belirtmiştir⁹⁸⁹. Bu kararda Danıştay, aslında kişinin atanacağı kadronun belirlenmesinde, “*ilgilinin hizmet süresi, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihe kadar bulunduğu görevler, alındığı ve atandığı görevlerin unvan ve nitelikleri, bu iki görev arasındaki hiyerarşik kademeler ve değişik kadroların*” idarece dikkate alınması gerektiğini belirterek idari işlemin sebep unsurunda değerlendirmeye bağlı olarak açık hata yapıldığını belirtmiştir. Bu durumda, açık bir değerlendirme hatası söz konusudur.

İlk başta Danıştay, Conseil d’État’dan esinlenip açık hata ile sınırlı kararlar verse de sonra içtihat değişikliğine gitmiş ve “takdir yetkisinin tam denetimi” içtihadını geliştirmiştir⁹⁹⁰. Bu bağlamda Danıştayın açık hata kavramına son zamanlarda az başvurduğu görülmektedir. Danıştay, daha önce açık hata kavramı kullanarak verdiği kararlarını son zamanlarda “kamu yararı”, “hizmetin gerekleri”, “somut deliller” gibi kavramlar ile gerekçelendirmektedir. Örneğin Danıştay, 06.11.2019 tarihli bir kararında, “*davacının görevinde başarısızlığına, disiplinsizliğine veya liyakaten yetersiz olduğuna ilişkin hukuken kabul edilebilir herhangi bir durumun işleme sebep olarak sunulmadığı ve sırf takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen davaya konu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığını*” belirtmiştir⁹⁹¹. Aynı şekilde Danıştay 10.05.1984 tarihli bir kararında açık bulunan doçentlik kadrosuna atama yapılacağı konusunda ilan verilmesi üzerine başvuran ve

⁹⁸⁸ D5D, KT, 27.05.1997, E. 1997/439, K. 1997/1110, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.04.2020).

⁹⁸⁹ DİDDK, KT, 25.09.2008, E. 2006/1872, K. 2008/1742, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.04.2020). Ayrıca bkz. D5D, KT, 24.05.1999, E. 1998/2282, K. 1999/1682; DİDDK, KT, 22.03.1999, E. 1997/134, K. 1999/407, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 26.04.2020).

⁹⁹⁰ D5D, KT, 23.10.1986, E. 1985/596, K. 1986/1084, naklen Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 7-8. Ayrıca bkz. Karahanoğulları, *İdari Yargı İdaresinin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 213-214.

⁹⁹¹ D2D, KT, 06.11.2019, E. 2019/347, K. 2019/5916, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.07.2020). Ayrıca bkz. D5D, KT, 26.05.1982, E. 1981/2065, K. 1982/6570; D5D, KT, 24.03.1987, E. 1987/219, K. 1987/461, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.07.2020).

doçent kadrosuna atanabilmesi için kanuni her türlü şartları haiz olduğu değerlendirme jürisince belirtildiği ve bu kadroya atanması teklif edildiği halde, “*usule ya da esasa ilişkin hiçbir neden gösterilmeden reddetme işlemini yasanın verdiği takdir yetkisinin kullanılmasında açık hata yapıldığı*” gerekçesi ile hukuka aykırı görmüştür⁹⁹².

İdarenin takdir yetkisini kullanırken açık hataya düştüğü belirlenemiyorsa bu durumda yapılan denetim yerindelik denetimi olur⁹⁹³. Bu itibarla idarenin takdir yetkisinin geniş tutulduğu bazı durumlarda, tesis edilen işlemde açık hata söz konusu değilse, davanın reddine karar verilmelidir.

7. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Tavsiye Kararları

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin idarenin takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin tavsiye kararları da konumuz açısından önem arz etmektedir. Bu itibarla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince 11 Mart 1980 tarihinde kabul edilen *İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80) 2 sayılı Tavsiye Kararı*’na göre; takdir yetkisini kullanan bir idari makamın uyması gereken temel ilkeler, usul ve denetim önemine binaen burada verilmiştir. “*Temel ilkeler*” olarak şu hususlar belirtilmiştir⁹⁹⁴:

İdare, yetkinin verildiği amaç dışında başka bir amaç izlemez. İdare, objektifliği ve tarafsızlığı gözetir. İdare, kanun önünde eşitlik ilkesini gözetir. İdare,

⁹⁹² D5D, KT, 10.05.1984, E. 1980/492, K. 1984/2185, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 27.07.2020). “*Davacının, yukarıda belirtilen meslek nitelikleri ve olayın gelişim biçimi karşısında, açık bulunan; Malzeme ve İmal Usulleri bilim dalı asistanlığına atanması konusunda yaptığı isteğin Fakülte yönetim kurulunca kabul edildiği halde Üniversite Yönetim Kurulunca usule ya da esasa ilişkin hiçbir neden gösterilmeden reddi yolunda verilen kararda, takdir yetkisinin kullanılmasında açık hata yapıldığı ortaya çıkmaktadır.*” D5D, KT, 11.05.1983, E. 1981/2387, K. 1983/3963, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 28.07.2020). Ancak Danıştay, memur olarak görev yapan davacının, yapılan görevde yükselme sınavında başarılı olması sonucunda atanma talebinin reddini, “*ihityacı bulunan memur kadrolarına atama yapmak için açtığı sınavı kazananlar açısından da bağlı yetki içerisine girilmiş olması*” gerekçesi ile hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir. D2D, KT, 14.05.2007, E. 2004/7995, K. 2007/2085, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 28.07.2020).

⁹⁹³ D5D, KT, 07.03.1982, E. 1979/3745, K. 1982/255, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 28.04.2020).

⁹⁹⁴ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. <https://rm.coe.int/16804f22ae> (E.T. 25.02.2020). Ayrıca bkz. Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 176; Karahanoğulları, “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, s. 327-328; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 216; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 501; Akyıldız, s. 120-129.

alacağı karar ile temel hak ve özgürlükler arasında bir denge kurar. İdare, kararı, makul bir süre içinde alır. İdare, genel idari ilkeleri, her olayın özel durumlarını dikkate alarak tutarlı bir şekilde uygular.

Takdir yetkisinin kullanımında uyulması gereken “*usul kuralları*” olarak şu hususlar belirtilmiştir⁹⁹⁵:

Takdir yetkisinin kullanılmasını düzenleyen genel idari direktifler (ilkeler), alenileştirilir ve işlem uygun bir şekilde ve yeterli içerikte ilgili kişiye bildirilir. Ayrıca ilgili kişi, bu kararın gerekçeleri hakkında bilgilendirilir.

Takdir yetkisinin kullanımında uyulması gereken “*denetim kuralları*” olarak ise şu hususlar belirtilmiştir⁹⁹⁶:

Takdir yetkisi kullanılarak alınan bir işlem, yargı merciinin hukukilik denetimine tabidir. Bu denetim, hukukilik ve yerindelik konusunda karar verme yetkisi olan bir idari makamın öndenetim imkânını dışlamaz.

Komite’ye göre, yukarıdaki kararlar ile birlikte 77(31) sayılı *İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar*’ın da dikkate alınması gerekir⁹⁹⁷. Bunun yanında takdir yetkisinin kullanımında önem arz eden bir karar da *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) sayılı Tavsiye Kararı*’dır⁹⁹⁸. Bu kararlar, ülkemiz için de tavsiye niteliğinde kararlardır.

⁹⁹⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. <https://rm.coe.int/16804f22ae> (E.T. 25.02.2020). Ayrıca bkz. Karahanoğulları, “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, s. 327-328; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 216; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 501; Akyıldız, s. 120-129.

⁹⁹⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. <https://rm.coe.int/16804f22ae> (E.T. 25.02.2020). Ayrıca bkz. Karahanoğulları, “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, s. 327-328; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s. 216; Gözübüyük, Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 501; Akyıldız, s. 120-129.

⁹⁹⁷ <https://rm.coe.int/16804dec56> (E.T. 28.03.2020). Ayrıca bkz. İhsan Kuntbay, “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar”, *AİD*, C. 11, S. 4, 1978, s. 3-11; Tekin Akıllıoğlu, “Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, *AİD*, C. 14, S. 3, Eylül 1981, s. 37 vd.

⁹⁹⁸ <https://rm.coe.int/16807096b9> (E.T. 28.03.2020). Ayrıca bkz. Onur Karahanoğulları, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı”, *DD*, Y. 37, S. 116, 2007, s. I-X.

E. Takdir Yetkisi ve Yerindelik Etkileşimi

Bağlı yetki halinde idarenin ne yönde ve nasıl işlem tesis edeceği hukuk normu ile belirlendiğinden idarenin somut bir olayda ne şekilde hareket etmesi gerektiğini tespit etmek kolay olmaktadır. Bu durumda yargı merciince yapılacak hukuka uygunluk denetimi de herhangi bir sorun teşkil etmemektedir. Zira bağlı yetki halinde yargı merciinin yapacağı denetim, hukuka uygunluk denetimi olup yerindelik denetimi değildir. Çünkü bağlı yetki halinde hem idareye hareket serbestisi tanınmamış hem de idarenin alacağı idari işlemin yerindeliği, idare tarafından değil, hukuk kuralı tarafından tayin edilmiştir. Hukuk kuralının öngördüğü, zaten yerindedir. Takdir yetkisinin söz konusu olduğu hallerde ise idareye bir serbestlik ve dolayısıyla faaliyetlerinin yerindeliğini belirleme imkânı tanınmıştır.

Yerindelik, kavram itibarıyla takdir yetkisi ile ilgili olarak ele alınmaktadır. Bu itibarla takdir yetkisi ve yerindelik birbiri ile yakın ilişki içerisinde⁹⁹⁹. Zira yerindelik ve takdir yetkisinin tanımı, genellikle birbiri üzerinden yapıldığından takdir yetkisi ile yerindelik kavramının birbiri ile bağlantılı olduğu kabul edilmektedir.

Takdir yetkisi ve yerindeliğin etkileşimi ile ilgili doktrinde birçok görüş mevcuttur. Genel olarak bir kısım yazar, bu iki kavramı birbirine yakın ve hatta aynı görürken¹⁰⁰⁰, diğer bir kısım ise bu iki kavramın birbirinden farklı olduğunu iddia etmektedir¹⁰⁰¹.

Yenice ve Esin, ortak eserlerinde yerindeliğin söz konusu olabilmesi için takdir yetkisinin mevcut olması gerektiğini belirtirmektedir. Zira takdir yetkisine

⁹⁹⁹ “Bu kavramlar birbirlerini tamamlayan çiftler olarak kullanılmaktadır.” Akıllıoğlu, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, s. 8. Ayrıca bkz. Yokuş, s. 315.

¹⁰⁰⁰ Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1069; Yokuş, s. 312-315; Yenice, Esin, s. 136; Akıllıoğlu, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, s. 10; Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 53; Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 342; Daştan, s. 331; Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 114; Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 376; Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 374-376; Oytan, “Türkiye’de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniği Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 34-37; Güran, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 60; Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 85-87; Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 15-17.

¹⁰⁰¹ Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 27.

dayanılarak tesis edilen işlemin yerindeliği veya kararın uygunluğu tartışılabilir¹⁰⁰². Ancak idarenin takdir yetkisi kullanarak tesis ettiği idari işlemlerde hukuka uygunluk denetiminin sınırının nerede başlayıp biteceğini ve ne zaman yerindelik denetimine dönüşeceğini tespit etmek kolay değildir. Bu tespit ayrı bir bilgi, teknik ve basiret istemektedir¹⁰⁰³.

Alan’a göre yerindelik alanı, takdir yetkisinin içinde yer alır¹⁰⁰⁴. Ancak yazar daha sonraki bir eserinde, idarenin takdir yetkisinin yerindelik alanı üzerinde cereyan ettiğini ve daha doğrusu yerindelik alanı ile takdir yetkisinin uygulandığı alanın genellikle benzerlik gösterdiğini beyan eder¹⁰⁰⁵. Daştan’a göre de, yerindelik alanı takdir yetkisinin içinde yer alır. Yazara göre, takdir yetkisi veren hukuk kuralının kapsamına göre yerindelik alanının takdir yetkisi içindeki yeri genişlemekte veya daralmaktadır¹⁰⁰⁶.

Oytan, yerindelik alanını mutlak takdir yetkisi alanı olarak tanımlar. Yazar, idareye mahfuz tutulan bu alanda yargı merciinin denetim yapamayacağını, aksi halde hukuka uygunluk denetiminin sınırının aşılmış ve yargı merciinin idarenin yerine geçerek işlem tesis etmiş olacağını belirtir¹⁰⁰⁷. Yazar, ayrıca bu durumda Anayasa’nın “*takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez*” hükmünün ihlal edilmiş olacağını belirtir¹⁰⁰⁸. Ancak mutlak takdir yetkisi alanının nerede

¹⁰⁰² Yenice, Esin, s. 136. Yokuş’a göre, yerindelik takdir yetkisinin içinde yer alıp takdir yetkisinin genişlemesine bağlı olarak bazen iç içe geçip birbiri ile özdeşleşebilen kavramlardır. Bu itibarla takdir yetkisi alanı, kısmen veya tamamen yerindelik alanını içine alır. Yokuş, s. 312-315. Güran’a göre yerindelik, takdir yetkisinin denetlenen parçasından ayırt edilemez ve tanımlanamaz bir sözcüktür. Güran, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 60.

¹⁰⁰³ Oytan, “Türkiye’de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniği Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 36; Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 47.

¹⁰⁰⁴ Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 53. Akıllıoğlu, yerindeliği “*ayrı bir alan olarak değil, fakat takdir yetkisinin bir ölçüsü veya en az denetim türü*” olarak görür. Akıllıoğlu, “Yönetsel Yargı ve Denetimin Etkinliği”, s. 10.

¹⁰⁰⁵ Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 342. Karatepe’ye göre, “*takdir yetkisi uygulanacak hukuk normunun çerçevesi içinde idarenin serbest karar verme alanını oluşturduğu halde, yerindelik bu serbest karar verme alanı içerisinde kalarak verilen kararın konusunu oluşturur.*” Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 86. Yazar, ayrıca yerindelik ile takdir yetkisinin kullanıldığı alanın büyük bir benzerlik gösterdiğini hatta bazen bu iki kavramın eş anlam ifade ettiği durumların bile olabileceğini belirtir. Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 85-87.

¹⁰⁰⁶ Daştan, s. 331.

¹⁰⁰⁷ Oytan, “Türkiye’de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniği Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 34-35.

¹⁰⁰⁸ Oytan, “Türkiye’de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniği Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 36-37.

başlayıp nerede son bulacağı, yani kapsamının neyi içereceği belirsizdir. Ayrıca idare, mutlak takdir yetkisi alanında tesis edeceği idari işlemin yetki, şekil ve amaç unsurlarında takdir yetkisine sahip değildir. Kanaatimizce yazar, “mutlak takdir yetkisi alanı” ifadesi ile takdir yetkisinin hiçbir halde yargı denetimine tabi olmadığını ifade etmemektedir. Muhtemelen bu ifadeden kasıt, takdir yetkisi kapsamında olup hiçbir yargısal denetime tabi olmayan konulardır. Yani takdir alanından bir kısmının denetime tabi olması, diğer kısmının denetime tabi olmaması anlatılmak istenmektedir. Denetime tabi olmayan kısımlar yerindelik alanını oluşturmaktadır.

Takdir yetkisi ve yerindeliğin aynı şey olmadığını ifade eden Azrak, takdir yetkisinin “*yapılan idari işlemde bağımsız olup işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez kullanılmakla tükenen bir yetki*” olduğunu, yerindeliğin ise “*yapılan idari işlemin ortaya çıkardığı, az çok süreklilik arz eden bir durum*” olduğunu belirtir¹⁰⁰⁹. Yazar, ayrıca takdir yetkisinin “*uygulanacak hukuk normunun çerçevesi içinde idarenin serbest karar verme alanını*” oluşturduğunu, yerindeliğin ise “*bu serbest karar verme alanı içerisinde kalınarak verilen kararın konusunu*” oluşturduğunu ifade eder¹⁰¹⁰. Ancak yazara göre yerindelik, takdir yetkisinin yargısal denetim dışında kalan kısmıdır. Başka bir deyişle yerindelik, takdir yetkisinin yargı denetimi dışında kalan çekirdek alanıdır¹⁰¹¹.

Çağlayan’a göre, takdir yetkisi ve yerindelik iç içedir¹⁰¹². Yazara göre, idarenin, faaliyetinin yer ve zamanını belirleme, uygun araç-gereç ve yöntemi belirleme konusundaki tercihi, yerindelik kavramı içinde yer alır ki, bu aslında takdir yetkisinden başka bir şey değildir¹⁰¹³.

Atay’a göre, yerindelik, idarenin takdir yetkisi içerisindeki serbest değerlendirmesidir. İdare bir işi yapıp yapmamada, belirli bir yönde hareket edip etmemede ve harekete geçme zamanının belirlenmesinde bir serbestiye sahip ise takdir yetkisi, takdir yetkisi içerisinde de serbest değerlendirme ve nitelendirme

¹⁰⁰⁹ Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 27.

¹⁰¹⁰ Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 27.

¹⁰¹¹ Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 27.

¹⁰¹² Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 215-216.

¹⁰¹³ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 215.

yetkisine sahip ise yerindelik yetkisinden bahsedilir¹⁰¹⁴. Buna göre yerindelik, idarenin takdir yetkisinin en yoğunlaştığı yerdir¹⁰¹⁵. Yazar, takdir yetkisi ve yerindeliği, kesişen, örtüşen, yani iç içe girmiş kavramlar olarak ele alır. Yazar, bazı durumlarda yerindeliğin takdir yetkisi ile aynı anlamı taşıyabileceğini vurguladıktan sonra yerindelik alanının takdir yetkisi içinde yer aldığını belirtmektedir¹⁰¹⁶.

Giritli ve arkadaşlarına göre ise takdir yetkisi, kendini “yerindelik” alanında gösterir¹⁰¹⁷. Özay’a göre, takdir yetkisi “yerindelik” alanı içinde olup yerindelik ile doğrudan ilişkilidir¹⁰¹⁸. Zabunoğlu’na göre takdir yetkisinin varlık nedeni “yerindelik”tir¹⁰¹⁹.

Yerindeliğin söz konusu olduğu hallerde idare, bir serbest alana sahiptir. Yerindelik alanı diyebileceğimiz bu alanda idare, öncelikle serbest değerlendirme ve nitelendirme, sonrasında ise bu serbest değerlendirmeye bağlı olarak serbest hareket etme ve karar alma ya da seçim yapma hakkına sahiptir. Örneğin idare ulaşım imkânları, şehircilik ilkeleri, kamu ihtiyacı, kamu yararı, kamu sağlığı açısından bir değerlendirmede bulunduktan sonra şehrin ortasında geniş bir meydan yapılmasına

¹⁰¹⁴ Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 15-17; Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 207-208.

¹⁰¹⁵ Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 15. Yazar ayrıca, takdir yetkisini “*idarenin alacağı kararda kararın kamu yararıyla uyum sağlaması ve yerindeliği anlamındaki değerlendirme yetkisi*” olarak ele alır. Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 16.

¹⁰¹⁶ Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 17-18.

¹⁰¹⁷ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 114. Yayla’ya göre, yerindelik takdir yetkisinin çekirdeği olmakla birlikte tamamen takdir yetkisine dâhil edilemez. Yayla, *İdare Hukuku*, s. 193; Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 207-208. Yazara göre, takdir yetkisi, yerindelik alanına inhisar eder. Ancak yerindelik alanı tamamen takdir yetkisi içine sokulamaz. Zira “*yerindelik alanı, tek bir bütün değildir... birden fazla unsurdan meydana gel(mektedir).*” Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 207. Ayrıca bkz. Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 45.

¹⁰¹⁸ Özay, *Günüştüğünde Yönetim*, s. 376. Danıştay, eski bir kararında takdir yetkisinin yerindelik alanı içinde olduğuna ve idari yargının denetimi dışında kaldığına karar vermiştir. “*Davacı, değerlendirmenin ve en yüksek puan alan adayların yönetmeliğe aykırı olarak saptandığı konusunda herhangi bir iddiada bulunmamış, ancak kendi puanının daha yüksek olmasına rağmen diğer adayın ilköğretim müdürlüğün(e) atanmasının yönetmeliğe aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Söz konusu yönetmelikte belirtilen görevlere en yüksek puan alan adayın değil, Bakanlıkça yapılan inceleme sonunda en uygun görülen adayın atanacağı hükmü yer almış olup, bu konuda yönetmeliğin idareye tanıdığı takdir yetkisi, yukarıda sözü edilen (İ)dari (Y)argı (U)sulü Kanununun... 2. maddesinde belirtilen yerindelik alanı içinde olduğundan idari yargının denetimi dışında kalmaktadır.*” D5D, KT, 07.03.1982, E. 1979/3745, K. 1982/255, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 02.06.2020). Kanaatimizce burada somut takdir yetkisinin tamamen yerindelik alanında kaldığı, yani somut olayda takdir alanı ile yerindelik alanının tamamen örtüştüğü ifade edilmektedir.

¹⁰¹⁹ Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 374-376. Ayrıca bkz. Gözler, *İdare Hukuku I*, s. 1069.

karar verebilir. Ancak bazen bu serbest alanda idare, görünür bir değerlendirme ve nitelendirme yapmadan doğrudan hareket edebilir veya karar alabilir. Örneğin idare yeni kurulacak ilçenin büyüme kapasitesi ve konumu yönünden bir değerlendirmeye gitmeden ilçenin anayollarının geniş tutulmasına karar verebilir. Bu kararın yerindeliği uzun yıllar sonra anlaşılabilir. Bazen de idarenin değerlendirme ve nitelendirmesi karar alma ile iç içe ya da yan yana olabilir. Örneğin kurulacak şehir hastanesi için yolların genişletilmesi, köprü ve alt geçit yapılması, otopark ve konaklama tesislerinin inşası karar alma ile iç içe veya yan yana olabilecek değerlendirmelerdir. İşte bu sürecin tamamında idareye tanınan serbest hareket edilebilecek alana “yerindelik alanı” denir. Yerindelik alanı da takdir alanı içinde kalmaktadır. Dolayısıyla hangi faaliyetin yerinde olduğuna karar verilmesi takdir yetkisinin kullanılmasından başka bir şey değildir¹⁰²⁰. Değindiğimiz üzere bazen bir konuda herhangi bir değerlendirme veya nitelendirme yapılmadan da bir karar alınabilir; bazen de herhangi bir değerlendirme veya nitelendirme ile birlikte bir karar alınabilir. Her iki durumda da, yerindelik, takdir yetkisinin kullanılmasının bir sonucu olarak ortaya çıkar¹⁰²¹. Bu bakımdan yerindelik alanı, takdir yetkisinin içinde olup duruma göre takdir yetkisinin tamamı veya bir kısmı olabilecek şekilde genişleyip daralabilmektedir¹⁰²². Bu itibarla takdir yetkisi ve yerindelik, yakın ilişki içinde olup iç içe geçen kavramlardır¹⁰²³.

¹⁰²⁰ Atay’a göre bu durumda alınan “*idari karar, maddi vakıanın unsurlarından tamamıyla bağımsız*” olup “*takdir yetkisi*” olarak ifade edilir. Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 17. Ayrıca bkz. Azrak, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, s. 330.

¹⁰²¹ Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 27. Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 207. Ayrıca bkz. Oytan, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 45.

¹⁰²² Ancak doktrinde kimi yazarlara göre yerindelik, takdir yetkisinin içinde yer alır. Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 53; Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, s. 17; Daştan, s. 331. Aksi yönde bkz. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s. 114.

¹⁰²³ Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 196; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 215; Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 6; Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 83 vd.; Yayla, *İdare Hukuku*, s. 194. Zabunoğlu’na göre takdir yetkisinin yerindelikle buluşması ve ilişkide bulunması kaçınılmaz olup bu iki kavram yakınlaşabilir, karışabilir, kaynaşabilir ve bütünleşebilir. Ancak bu iki kavram arasında ilişkinin bulunması, bunların tamamen birbirinin içine girmiş, tümüyle kaynaşmış olmaları veya tam bir özdeşlik ilişkisinin kabulü demek değildir. Zira yerindelik, takdir yetkisinin hukuksal anlamda işgal ettiği alan bittikten sonra, ama o alana bitişik ve sınırdaş olmak üzere başlar. Fakat yerindelik teknik, eylemsel, çoğu kez politika yoğun bir durum ve kavram iken, takdir yetkisi hukuksal bir durum ve kavramdır. Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, s. 376-378.

Ayrıca yerindelik ile takdir yetkisi birbirini tamamlamaktadır. Zira verilen örneklerde de görüleceği üzere bir konuda harekete geçip geçmeme, harekete geçilecekse ne şekilde hareket etme veya karar alma yer ve zamanını seçme veyahut araç ve yöntemini belirleme serbestisi takdir yetkisi olup, bu yetki duruma göre yerindelik alanında da kalabilir¹⁰²⁴. Başka bir deyişle idareye en yerinde olacak şekilde hareket etmek, en makul kararı almak için takdir yetkisi tanınır. Örneğin bağlı yetkinin söz konusu olmadığı hallerde bir kadro ilanı verip vermeme hem takdir yetkisi hem de yerindelik ile ilgilidir. Zira kadro ilanı, hizmetin gereği olup en uygun zamanda, en uygun kişiyi almak için idareye verilmiştir. İdarenin bu konuda tamamen serbest olduğu haller de yargı denetimi dışındadır. Ortada bir idari başvuru yokken kadro ilanı vermedi diye idareye karşı dava açılmaz; açılrsa bile hiçbir yargı mercii, idareyi belli bir “kadro ilanı vermek” zorunda bırakamaz veya idareye bu yönde bir telkinde bulunamaz. Ancak kadro ilanı verildiğinde hiç kimsenin alınmaması veya A kişisi değil de B kişinin alınması takdir yetkisi olmakla birlikte yargısal denetime tabidir. Bu bakımdan ilan edilen kadroya başvuran kişiler arasından birini seçme konusunda idarenin takdir yetkisi olsa bile, idare, takdir yetkisini hangi yönde kullandığını, yargı merciince talep edildiğinde gerekçesi ile bildirmek zorundadır. Bu bağlamda mahkemece yapılacak değerlendirme ve nitelendirme sonucunda hukuka aykırı olarak kullanıldığı kanaatine varılan takdir yetkisine dayalı idari işlemin iptali, yerindelik denetimi yasağının ihlali demek değildir¹⁰²⁵. Ancak hiçbir hukuka aykırılık söz konusu olmadığı halde bir kadronun kullanılmasına, şu veya bu fakülteye verilmesine yönelik yargı mercii incelemesi ve akabinde verilen karar yerindelik denetimi ile ilgilidir¹⁰²⁶.

¹⁰²⁴ Bereket, s. 184.

¹⁰²⁵ Oytan, “Türkiye’de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniği Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, s. 36.

¹⁰²⁶ Karatepe’ye göre, yargı denetimi, hukuk kuralında öngörülen seçeneklerden birinin tercih edilmediğinin denetimi biçiminde olur. Zira hukuken geçerli seçeneklerden birini tercih eden idareye, artık öteki seçeneği neden tercih etmediği sorulmaz. Aksine yapılacak bir yargısal denetim, yargı organının idari işlem niteliğinde karar vermesi anlamına gelir. Ancak çözüm yollarından birinin seçimi süresince yapılacak her türlü eylem ve işlem, yargı yoluyla denetlenebilecektir. Ancak bu şekilde yapılan denetim, yerindelik denetimi olmayıp, hukuka uygunluk denetimidir. Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 84.

İdari yargı merciinin öğrenci azlığından dolayı bir alanda kadro ilanı verilmesinin yersiz ve yararsız olacağı veya kadronun başka bir fakülteye kullandırılmasının daha uygun ve yerinde olacağı gibi gerekçelerle idari işlemi iptal etmesi halinde yerindelik denetimi söz konusu olacaktır. Bu bağlamda kamu yararını gerçekleştirmek üzere idareye tanınan hareket serbestisi ve seçme özgürlüğü kapsamında tesis edilen idari işlemler, bunların türünün, yerinin, zamanının ve yönteminin yerinde olmadığı gibi gerekçelerle iptal edilmesi mümkün değildir.

Yerindelik, takdir yetkisi içinde var olan bir alandır. Bu alanda idare, en uygun ve en yerinde olan işlem veya eylemin hangisi olacağını serbestçe belirleme yetkisine sahiptir. Takdir yetkisi kural olarak bir serbest hareket alanını ifade eder iken, idarenin bu alandaki hareket özgürlüğü bazen sınırlanabilmekte ve yargı denetimine tabi olabilmektedir. Buna karşın yerindelik, takdir yetkisi kapsamında tamamen serbest bir şekilde hareket edilebilecek ve hiçbir şekilde kayıt altına alınmamış bir alanı ifade etmekte ve bu alan içinde yapılacak tercihleri, yani hukuka uygun tercihler arasında en uygun ve en yerinde olanı belirleme yetkisini içermektedir. Bu durumda idareye takdir yetkisi tanınmasının amacı, en yerinde ve en uygun olan eylem veya işlemin tayin edilmesidir. İdare, “yerindeliğin hâkimi”¹⁰²⁷ olup hukuk kuralları ile herhangi bir sınırlamanın söz konusu olmadığı hallerde en uygun ve en yerinde olanı seçme hak ve özgürlüğüne sahiptir.

İdare takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullanmak durumunda olduğu ve takdir yetkisi konuyla ilgili bazı hukuk kuralları veya yargı içtihatları ile sınırlanabildiği için takdir yetkisi alanı yerindelik alanına göre daha geniştir. Yerindelik alanı takdir yetkisinin kullanılabildiği alan sınırları içinde olmakla birlikte, bu alana göre daha dardır. Zira takdir yetkisinin sınırlandırıldığı alanlar yerindelik alanı olmaktan çıkmaktadır. Takdir yetkisi alanı içinde kalmakla birlikte idarenin faaliyetlerinde gözetmesi gereken kuralların varlığı halinde bu alanlar yargı denetimine de tabi olacaklarından, bu alanlar yerindelik alanı dışındadır. Bu itibarla yerindelik alanı takdir alanının içinde olmakla birlikte, takdir alanından daha dar bir

¹⁰²⁷ Benzer yönde bu kavramın kullanımı hakkında bkz. Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, s. 36; Alan, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, s. 342, 344.

alanı, idarenin tamamen serbest bir şekilde hareket edebildiği ve dolayısıyla yargı denetimine tabi olmayan bir alanı ifade eder.

Takdir yetkisi, idarenin idari işlemi tesis ederken sahip olduğu özgürlük alanı ile ilgili iken; yerindelik denetimi, yargı merciinin yargısal nitelikten kaynaklı olarak yapamayacağı faaliyetler ile ilgilidir. Yerindelik denetimi, takdir yetkisi kapsamında idarenin herhangi bir hukuki sınırlamaya tabi olmadan faaliyette bulunabildiği konularda ilgili faaliyetin yargı mercilerince denetlenmesi olup yargı merciine yasaklanmıştır.

İdarenin denetlenmesinde yargının etkinliğinin sağlanması çok önemli ise de, takdir yetkisini kaldırarak şekilde yargı kararı verilememesi ve yerindelik denetimi yasağı, bu etkinliğin sınırını oluşturmaktadır. Ancak idareyi yargısal denetim dışında tutacak ve işlevlerini aşacak şekilde takdir yetkisine ve yerindeliğe bir anlam yüklenmesi¹⁰²⁸ ve bu kavramların çok geniş yorumlanması yargısal denetimi işlevsizleştirebilir. Yargısal denetimin etkinliğini artırma adına takdir yetkisi alanının daraltılması ve yerindeliğin çok dar yorumlanması ise idareyi işlevsizleştirebilir. Bu itibarla yargısal denetimin çok sıkı ve geniş yapılması idarenin faaliyette bulunmasına, dar yapılması ise hak arama özgürlüğüne engel oluşturabilir.

Yerindeliğin tanımı, genellikle takdir yetkisi üzerinden yapıldığından takdir yetkisi ile yerindelik kavramının birbiri ile bağlantılı olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda takdir yetkisi, yerindelik denetimin sınırının tespitinde odak noktası olarak ele alınmaktadır¹⁰²⁹. Zira kural olarak idarenin takdir yetkisi yargısal denetime tabi iken, yerindelik alanı yargısal denetime tabi değildir.

Yargı mercii, “tesis edilen işlem yerindelik ile ilgilidir” deyip yerindelik alanı dışında kalan takdir yetkisini denetlemekten kaçınamaz. Yargı mercii, başta idari işlemi inceler, takdir yetkisini içeren bir işlem ise hukuka uygunluk açısından denetler. Ancak idari işlemin yerindelik hususu dâhilinde olduğunu tespit ettikten sonra işlemi yerindelik açısından denetleyemez¹⁰³⁰. Bu durumda davanın reddine

¹⁰²⁸ Güran, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 60.

¹⁰²⁹ Yokuş, s. 312-315.

¹⁰³⁰ “İdari yargı yerlerinin, idarece yapılmış bulunan bir idari işlemin üzerindeki yargısal denetimi, işlemin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi ile sınırlı olup, bu denetim idarenin

karar verir¹⁰³¹. Bu bakımdan takdir yetkisi yargısal denetime tabi iken, yerindelik tespiti üzerine yargı mercii yerindelik yönünden yargısal denetim yapamaz. Bu bağlamda takdir yetkisinin denetimi ile yerindelik denetimi ayrı şeylerdir.

Daha önce değindiğimiz üzere yerindelik alanı, ancak takdir yetkisinde söz konusu olabilir. Bu itibarla takdir yetkisi yerindeliği de kapsayan, idarenin hukuk kuralları çerçevesinde belli bir ölçüde serbestliğe sahip olduğu alanı oluşturur. Bu bakımdan takdir yetkisini ayrı bir alan olarak değil, yerindeliği kapsayan ve onun dışında ayrıca idarenin serbest hareket edebileceği bir zemine de sahip olan bir alan olarak görmek gerektiği kanaatindeyiz¹⁰³². Ancak yerindelik, yargısal denetime tabi tutulmazken, takdir yetkisi kısmen de olsa denetlenebilmektedir. Yerindelik denetimi yasağının istisnası da yoktur. Bu itibarla takdir yetkisi, hukukilik alanına dokunduğu oranda yargısal denetim artar ve yoğunlaşır, yerindelik alanı ile çakıştığı veya bütünleştiği oranda ise yargısal denetim söz konusu olmaz.

takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde kullanılamayacaktır. İdarenin sahip olduğu seçeneklerden birini tercihe zorlayacak şekilde veya belli bir yönde işlem tesis edilmesi yönünde karar verilmesi hâlinde, hukuka uygunluk denetimi aşılarak yerindelik denetimi yapılması anlamına gelecektir ki, bunun Anayasada düzenlenen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır.” D13D, KT, 17.03.2017, E. 2013/3793, K. 2017/690, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 10.06.2020).

¹⁰³¹ Belediye encümeni tarafından, vatandaşlardan gelen şikâyetler, asayiş ve güvenlik sorunları gibi sebeplerden dolayı alkol tüketilen lokantaların kapanış saatinin 22:00 olarak belirlenmesine karar verilmiştir. Bunun üzerine açılan davada Danıştay 8. Dairesi, yargı mercilerince yapılacak denetimlerde idarece kullanılan yetkinin yerinde kullanılıp kullanılmadığının değil, hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Devamında ise ilk derece mahkemesinin “Mahkemenin, içkili yerlerle ilgili asayiş ve güvenlik gibi sorunların, içkili yer bölgesi ve çeşitli müeyyidelerin uygulanması suretiyle giderileceği” şeklindeki gerekçesi ile idarenin yerine geçerek yerindelik denetimi yaptığını belirtmiştir. D8D, KT, 29.03.2013, E. 2010/8660, K. 2013/2616, <http://www.hukukturk.com> (E.T. 15.06.2020).

¹⁰³² Akıllıoğlu, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, s. 10.

SONUÇ

İdarenin yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin en temel gereklerinden biridir. Ancak yargısal denetim, sınırsız ve mutlak olmayıp doğası gereği bazı sınırlamalara tabidir. Zira yargısal denetimin herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadan geniş ölçüde yapılması idarenin hareket alanını daraltarak idari fonksiyonların icrasında aksaklıklara neden olabilir. Etkin ve etkili bir idarenin olmaması nedeniyle de kamu hizmetleri gereği gibi yürütülemeyebilir; kamu düzeni bozulabilir. Bu itibarla hukuk ve adaleti gerçekleştirecek, ama idarenin etkinliğini de engellemeyecek şekilde yargılama yetkisine sınırlamalar getirilebilir.

Ülkemizde 1982 Anayasası ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu yargısal denetimde var olması gereken sınırlamaları genel hatları ile düzenlemektedir. Bu sınırlamaların doğru bir biçimde tanımlanması ve farklı görünümünün ortaya konulması çalışmamızın temelini teşkil etmektedir. Bu bağlamda yargısal denetimde var olması gereken sınırlamaların neler olduğu ve bu sınırlamaların doktrin ve yargı yerleri tarafından nasıl yorumlandığı detaylı olarak incelenmeye çalışılmış ve çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Çalışmamız özelinde tespit ettiğimiz önemli hususları ve çözüm önerilerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

1) 1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında, yargı merciinin neyi denetleyebileceği, yani *yargısal denetimin kapsamı* düzenlenmektedir. Buna göre, yargı mercii, idarenin her türlü eylem ve işlemlerini denetlemekle yetkilidir. Ancak kanun koyucu tarafından bazı idari işlemlerin yargı denetimi dışında tutulduğu görülmektedir ki, buna yasama kısıntısı denir. Yargı mercileri de, siyasi niteliği gereği bazı işlemleri denetlemekten kaçınmışlardır ki, buna yargı kısıntısı denir. Yargısal denetimden bağışık tutulan işlemlerin istisnai ve asgari düzeyde tutulması ve böyle işlemler açısından mevzuat ve içtihadta makul ve mantıklı gerekçelerin ortaya konulması gerektiğini düşünmekteyiz.

2) Yargı merciinin neyi, nasıl ve ne kadar denetleyebileceği ise idari yargı yetkisinin sınırları ile ilgilidir. İdari yargı yetkisinin sınırları, “idari yargı yetkisinin

niteliği ve tekniği”nden kaynaklı sınırlardır. Bunlar, yargılama faaliyetinin ne ölçüde gerçekleşmesi gerektiğiyle ilgili, yani yargılama faaliyetinin yoğunluğu ve derinliği ile ilgili sınırlardır. İdari yargı mercileri, bu sınırlara en çok uyması gereken ve bunları en doğru şekilde tatbik etmesi gereken yargı yerleridir. Zira yargı mercilerin bu sınırlara uyarak vereceği kararlar ile bu sınırları aşp tesis edeceği kararlar aynı etki ve gücü sahiptir.

3) 1982 Anayasası’nın 125. maddesinin 4. fıkrasının ilk cümlesinde idari yargı yetkisinin sınırları ile ilgili olarak yargı mercilerinin sadece hukuka *uygunluk denetimi* yapabileceği belirtilmiştir. Zira idari yargı denetiminden kasıt, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimidir. Hukuk devleti ilkesi de, doğası gereği hukuka uygunluk denetimini zaten içerisinde barındırmaktadır. Bu bakımdan, hukuk kurallarında yargı mercilerince sadece hukuka uygunluk denetimi yapılması gerektiği yönünde bir düzenlemenin bulunması, bilinen bir kuralı vurgulamaktan ibarettir.

4) Konumuz bağlamında hukuka uygunluk denetimini yapan idari yargı mercileridir. İdari yargı mercileri, bu denetimi yaparken birtakım sınırlara tabidirler. Bu itibarla idari yargı mercii, önündeki uyuşmazlığa özgü olarak hukuk kuralı üretip uygulayamaz. İdari yargı mercii, tüm hukuk kuralları ve hukukun genel ilkelerini göz önünde bulundurarak denetim yapabilir. İdari yargı mercii, öncelikle idari işlem veya eylem hakkında uygulanacak hukuku belirlemelidir. Akabinde ise, vereceği kararda hukukun ne olduğunu, nasıl anlaşılması ve nasıl yorumlanması gerektiğini söylemelidir. Ayrıca işlemin hukuka aykırı olduğu kanaatine varan yargı mercii, işlemin hangi hukuk kuralına aykırı olduğunu kararında belirtmelidir.

5) Hukuka uygunluk denetimiyle yetinilmesi gerektiği, yargısal denetimin sınırına ilişkin temel kuraldır. Anayasa’nın 125. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinde ise yargısal denetim yetkisinin sınırlarıyla ilgili olarak öncelikle “yerindelik denetimi yasağı”na, akabinde ise “yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı” verilemeyeceğine değinilmiştir. Bu hususlar, hukuka uygunluk denetimi kuralının

temel sonuçlarıdır. Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasının ilk cümlesi, yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğunu ifade ettiğinden, aslında ikinci cümleye gerek yoktur. Zira ilk cümlede ifade edilen “hukuka uygunluk denetimi” kuralı, zaten ikinci cümlede zikredilen hususları engellemektedir. Ayrıca “yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun uygun şekilde yerine getirilmesinin kısıtlanması yasağı”, “idarenin yerine geçerek işlem tesis etme yasağı” ve “takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verme yasağı” zaten yerindelik denetimi yasağının bir sonucu olarak belirlenen ilkelerdir. Kanaatimizce yerindelik denetimi yasağından bahsedildikten sonra, anılan diğer hususların ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Fakat anayasa koyucu, bu hususları önemli görmüş olmalı ki, her birini ayrıca vurgulama yoluna gitmiştir.

6) İdari yargı yetkisinin sınırları bağlamında takdir yetkisi ve yerindelik en fazla üzerinde durulan hususlardır. Nerede ve nasıl bir tasarrufta bulunacağı önceden kesin bir şekilde belirlenemediği zaman, durumun gereklerine göre idareye takdir yetkisi tanınır. Zira kanun koyucu, idare hukukundaki bütün meseleleri önceden öngörüp bu konuda uygulanması gereken kuralları düzenleyemez. Bu durumda oluşabilecek boşluklar, idareye takdir yetkisinin tanınması ile giderilebilir. Takdir yetkisinin kullanılmasının bir sonucu olarak ise yerindelik ortaya çıkar. Yerindelik, kavram olarak “amaca en uygun olanın tespiti” ve “idarenin şartlara göre belli bir esneklik ve serbestliğe sahip olduğu alanı” ifade eder. Kural olarak yargı merciinin bu alanda denetim yapması mümkün değildir. Yerindelik denetimi, idari makam gibi düşünme ve değerlendirmede bulunmayı gerektirdiğinden, ancak yargı dışı denetim mercileri tarafından yapılabilir. İdarenin sahip olduğu yetkinin yargı mercileri tarafından kullanılması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlalini oluşturur. Bu itibarla yargı merciinin hukuka uygunluk sınırını aşıp yerindelik alanına müdahale etmesi yasaklanmıştır.

7) İdari işlemin yetki, şekil ve amaç unsurlarında yerindelik ve takdir yetkisi söz konusu değildir. Dolayısıyla yargı mercii, dava konusu edildiğinde bir idari işlemi yetki, şekil ve amaç unsurları yönünden tam denetime tabi tutar. Yerindelik ve

takdir yetkisi, asıl olarak idari işlemin sebep ve konu unsurlarında söz konusu olabilmektedir. Sebep ve konu unsurlarının denetiminde ise yargı mercii, temkinli davranmalı, bu iki unsurda yerindeliğin varlığını tespit ettiğinde denetime son vermeli ve davayı reddetmelidir. Takdir yetkisi söz konusu olduğunda ise bu yetkinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını belirlemeli, idari işlemin hukuka aykırılığı halinde sakatlığın işlemin hangi unsurunda olduğunu ortaya koyup iptal kararı vermelidir.

8) Yerindelik denetimi yasağına, önce İYUK'ta, akabinde 1982 Anayasası'nın gerekçesinde açıkça değinilmiştir. Son olarak da bu yasa, 2010 yılında Anayasa'nın metnine eklenmiştir. Zira uygulamada bazı ihlallerin olduğundan hareketle bu ihlallere son vermek amacıyla yerindelik denetimi yasağı, 1982 Anayasası'nın madde metnine işlenmiştir. Bu bakımdan Anayasa ve yasal düzenlemelerde açıkça yerindelik denetimi yapılması yasaklanmıştır. Hukukumuzda yerindelik denetimi yasağının bir istisnası da öngörülmemiştir. Ancak Anayasa ve yasal düzenlemelerin amir hükmüne rağmen kamulaştırma ve kolluk ile ilgili bazı işlemlerde hukuka uygunluk denetimi yanında yerindelik denetiminin yapıldığı da görülmektedir. Bu durum, bu işlemlerin doğasından kaynaklanmaktadır. Zira kamulaştırma işlemlerinde kamu yararı, kolluk işlemlerinde ise ölçülülük hem işlemin tesisinde hem de yargısal denetiminde göz önünde bulundurulur. Kamu yararı ve ölçülülük kavramları ise hem hukukilik hem de yerindelik alanında yer alabilir. İdarenin kamulaştırma işlemlerinde kamu yararına, kolluk işlemlerinde ise ölçülülük ilkesine uygun hareket edip etmediği yönünden yapılan yargısal denetim, yerindelik denetimine yol açabilir. Kamulaştırma işleminde neyin kamu yararına uygun, neyin aykırı olduğunun, yararlı hususlar arasından ise idarenin tercihinin kamu yararına olarak kullanıp kullanmadığının araştırılıp denetlenmesi yerindelik denetimi yapılması anlamına gelebilir. Aynı şekilde ölçülülüğün gerekli olup olmama, seçilen aracın sonuca ulaşmada yeterli ve etkili olup olmama gibi ilkeleri yönüyle yapılan denetim yerindelik denetimi gerektirebilir. Bu itibarla bazı işlemlerde hukuka uygunluk denetimi yerindelik denetimini gerektirmektedir. Bu bakımdan bazı işlemler açısından uygulamada yerindelik denetimi yapılmasının, yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu kuralının istisnasını oluşturduğunu söyleyebiliriz.

9) Doktrinde yerindelik denetimi konusunda farklı tanım ve tespitler yapılmaktadır. Danıştay da, yerindelik konusunda her olaya farklı yaklaşmış, her olayın özgünlüğü ve farklılığını dikkate alarak kararlar vermiştir. Fakat kanaatimizce Danıştayın kimi zaman “yerindelik denetimi” dediği, ama “yerindelik denetimi” olarak değerlendirilemeyecek; kimi zaman “yerindelik denetimi değil” dediği, ama “yerindelik denetimi” olarak değerlendirilebilecek kararları da söz konusudur. Bu bağlamda yerindelik denetimi yasağının kapsam ve sınırının belirlenmesi konusunda doktrin ve yargı mercilerinin işinin zor olduğunu kabul etmek gerekir.

10) Yargı merciinin yaptığı denetimin yerindelik denetimi olarak kabul edilebilmesi birtakım şartlara bağlıdır. Bunun için öncelikle “*idarenin yerindelik alanı dâhilinde tesis ettiği bir işlemin varlığı*” gerekir. İkinci olarak bu “*işlemin hukuka uygun olması*” gerekir. Üçüncü olarak da yargı merciinin “*hukuka uygunluk sınırını aşıp yerindelik alanına müdahale etmesi*” gerekir. Bu şartların varlığında “gerçek anlamda yerindelik denetimi”nden bahsedilir. Gerçek anlamda yerindelik denetimi yasağından kasıt, idarenin yerindelik ve takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği hukuka uygun işlemin yargı merciince iptal edilerek farklı yönde karar verilmesini engellemektir. Ancak yerindelik denetimi, yargı merciinin idarenin yerindelik ve takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği işlemlere müdahalesi olan “gerçek anlamda yerindelik denetimi”nden ibaret değildir. Yargı mercilerinin, uygulamada “gerçek anlamda yerindelik denetimi” dışında yerindelik denetimi olarak algılanabilecek şekilde karar verdikleri de görülmektedir. Bunlar için ise, “gerçek olmayan yerindelik denetimi” ibaresi kullanılabilir. Zira bağlı yetki hallerinde, yargı mercii hukuk normunda öngörüleni tespit edip, bunun üzerine ancak iptal veya ret kararı verebilir. Bu itibarla bağlı yetki hallerinde idarenin bir idari karar alması üzerine yargı merciinin idarenin işlemini yerindelik açısından denetleyip iptal kararı vermesi “gerçek olmayan yerindelik denetimi”dir. Aynı şekilde hukuka aykırı bir işlemin yargı merciince yerindeliğinin tartışılması ve üstelik “yerindedir” denilip davanın reddedilmesi durumunda da “gerçek olmayan yerindelik denetimi” söz konusudur. Ancak adı ne olursa olsun kural olarak yerindelik denetimi, yargı mercilerine yasaklanmıştır.

11) Yerindelik ve takdir yetkisi doktrin ve yargı mercilerinin üzerinde tam olarak uzlaşamadıkları kavramlardır. Zira bunlar kesin değil, esnek nitelikte anlam taşıyan kavramlardır. Buna rağmen bu kavramların taşıdığı esnek anlam duruma göre faydalı olabilir. Nitekim bu konular, zamana ve olaya özgü olarak yargı mercileri tarafından yorumlanıp uygulanmaktadır. Tesis edilen bir idari işlemin gerçekte takdir yetkisi ve yerindelik alanında olup olmadığı, ancak yargı mercii tarafından yapılan denetim ile saptanabilir. Bu durumda ise idari yargı hâkiminin mesleki bilgisi, vicdani kanaati ve muhakeme gücü, “hukuka uygunluk denetimi”, “yerindelik denetimi yasağı” ve “takdir yetkisinin yargısal kararla kaldırılması yasağı” konularında ayrı bir öneme sahiptir.

12) Takdir yetkisi ve yerindeliğin söz konusu olduğu işlemlerde yargı mercii, içtihatlarıyla birtakım nesnel ilke ve ölçütler ortaya koyarak yargısal denetimin sınırlarını belirgin hale getirmeye çalışmaktadır. Kanaatimizce yargı mercileri tarafından ortaya koyulan bu ölçüt ve ilkeler, idare açısından “ıctihat yoluyla ortaya çıkan bağılı yetkiler” niteliğindedir. Bu ilke ve ölçütlerin istikrarlılığı, bilimselliğı ve isabetliliğı, kanun koyucuya yapılacak düzenlemelerde ve idareye yetkilerini kullanırken karşılaşılabileceğı belirsizliklerde yardımcı olacak ve de idari yargıya duyulan güveni ve idari yargının saygınlığını artıracaktır.

13) Yargı mercii, verdiği kararlar ile idareyi hukuka bağılı kılacak kadar etkili ve idareyi yürütmekle yükümlü olduğı hizmetleri yerine getirmede engellemeyecek kadar ayrı bir organ olmalıdır. Bu itibarla yargı merciiinin kendini idarenin hiyerarşik amiri konumuna getirip idareye emir ve talimat vermesi mümkün değildir. Zira hukukumuzda yargısal emir müessesesi açıkça düzenlenmemiştir. Ancak yargısal kararların niteliğinden kaynaklı olarak hukukumuzda yargısal emir müessesinin tezahürleri görölmektedir. Uygulamada da yargısal emir müessesini çağrıştıracak şekilde kararlar verildiğı de görölmektedir. İdari yargı mercii, idareye emir ve talimat veremese de, idari işlemleri iptal ettikten sonra kararın gerekçesinde idareye yol gösterebilir. Bu yol gösterme bağılı yetki durumunda geniş ölçüde, takdir yetkisi alanında ise ancak kısmi ölçüde olabilir. Zira bağılı yetki durumunda idari yargı mercii, iptal kararı üzerine kararın gerekçe kısmında tesis edilmesi gereken işlemin

kim tarafından ve ne şekilde alınabileceğini gösterebilir. Takdir yetkisi söz konusu ise idari yargı mercii, iptal kararının gerekçesinde tesis edilecek işlem açısından kısmen açıklamada bulunabilir. Bu bağlamda idari yargı mercii, tesis edilecek idari işlemin hukuka uygun olması için işlemin yetki, şekil ve amaç unsurları yönünden idareye yol gösterebilir. Ancak idari işlemin sebep ve konu unsurları bakımından yargı merciinin bir değerlendirmede bulunup idarenin takdir yetkisini engelleyecek veya kaldırarak şekilde yol göstermesi mümkün değildir. Bahsedilen bu durumlar dışında yargısal emir müessesinin hukukumuzda uygulanabilmesi için açık bir düzenlemenin yapılması gerekir.

14) Son olarak diyebiliriz ki, hukuk devletinde takdir yetkisi alanında tesis edilen işlemler dâhil, idarenin tüm eylem ve işlemleri yargısal denetime tabidir. İdarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin yargısal denetim dışında kalmayacağı yönündeki düzenlemeler ve uygulamalar, toplumda idareye olan güven duygusunu artırır. Bunun yanında idari eylem ve işlemlerin asgari bazı sınırlar dışında yargısal denetime tabi tutulması ve yargısal denetim sonucunda hukuka uygun bulunması ise idare ve yargıya olan güveni artırır. Bu bağlamda yargılama yetkisine yönelik bazı sınırların varlığı kaçınılmazdır. Bu itibarla yargılama yetkisine yönelik sınırların zamana ve olaya özgü olarak yorumlanması ve değerlendirilmesi önemlidir. Fakat sadece yasama organı tarafından idari yargı yetkisine dair sınırlara yönelik düzenleme yapılması yolu tercih edilmemelidir. Bunun yanında yargı organının kendi yargılama yetkisine sınırlar çizmesi de göz ardı edilmemelidir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AÇDOYURAN, S. Burak, “İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1999, C. 7, S. 1-2, s. 1-19.
- AKAN, Atalay, “İdarenin Takdiri Tasarruflarının Kazaî Kontrolü”, *İdare Dergisi*, Y. 21, S. 205, Temmuz – Ağustos 1950, s. 3-18.
- AKBABA, Ahmet, “Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Ankara 2014, s. 433-463.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, *AÜSBFD*, Y. 1989, C. 44, S. 3, s. 155-173.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Bireyin Yönetmelik İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, *AİD*, C. 14, S. 3, Eylül 1981, s. 37-56.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar”, *AİD*, C. 16, S. 3, Eylül 1983, s. 32-47.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İHİD*, Y. 1988, C. 9, S. 1-3, s. 11-22.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü”, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm> (E.T. 30.03.2020).
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, *AİD*, Y. 1982, C. 15, S. 2, s. 7-19.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, *AİD*, Y. 1990, C. 23, S. 1, s. 3-11.
- AKKOYUNLU, Sencer Abdullah, “İdarenin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerini Erteleme/Yasaklama Yetkisi ve Bu Yetkinin Olağanüstü Hallerde Kullanımının Sınırları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, S. 3-4, 2017, s. 83-119.

- AKTAŞ, Sururi, AKKOYUNLU, Sencer Abdullah, “İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 1-2, Haziran 2016, s. 1-25.
- AKTAŞ, Sururi, “Hukuk Devleti İdealine Felsefî Bir Bakış”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 1, 2020, s. 1-32.
- AKYILDIZ, Ali, “İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 151. Yıl Sempozyumu*, 10 Mayıs 2019 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 106, s. 57-133.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, Ankara 2002, s. 239-262.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, “İdari Yargıda Hakimin Hüküm Vermesi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 149. Yıl Sempozyumu*, 11 Mayıs 2017 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 93, s. 154-167.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat, CEMİL, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat, CEMİL, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, Y. 1998, S. 1, s. 23-57.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, “Tarihi Gelişim İçinde ve Özellikle Montesquieu’de Kuvvetler Ayrılığı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1995, s. 43-60.
- ALAN, Nuri, “Açılış Konuşması”, *“İdari Yargı” Panel*, 11-12 Nisan 2003 Mersin, Şen Matbaa, TBBY, Ankara 2003, s. 12-25.
- ALAN, Nuri, “(Demokratik) Hukuk Devleti ve Anayasa”, *AÜSBFD*, C. 58, S. 1, 2003, s. 1-9.

- ALAN, Nuri, “İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü”, *TBBT*, Ankara 1998/2, s. 517-560.
- ALAN, Nuri, “İdari Yargının Sorunları ve Çözüm Önerileri”, *DD*, Y. 29, S. 97, 1999, s. 3-27.
- ALAN, Nuri, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, *DD*, Y. 13, S. 50-51, s. 22-50.
- ALAN, Nuri, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili incelemeler I*, Güneş Matbaası, DTYBY, No: 21, Ankara 1976, s. 330-371.
- ALAN, Nuri, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, DTYBY, No: 33, Ankara 1983, s. 31-61.
- ALDER, John, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, Fourth Edition, Palgrave Macmillan, New York 2002.
- ALPAR, Erol, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Yargılama Yetkisi ve Sınırlandırılması”, *AİD*, Y. 1988, C. 21, S. 1, s. 39-62.
- ANTHONY, Gordon, “Administrative Justice in the United Kingdom”, *Italian Journal of Public Law*, Vol. 7, No. 1, 2015, s. 9-33.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Oxford 2002.
- ARAT ÖZKAYA, Nilay, *Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi “Takdir Yetkisi” ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme*, Beta, İstanbul 2015.
- ASLAN, Zehredin, *İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması*, 2. Bası, Alfa, İstanbul 2001.

- ATAY, Ender Ethem, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, S. 1, Ankara Aralık 2014, s. 1-30.
- ATAY, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- ATAY, Ender Ethem, “İptal Davasının Nitelikleri ve Kararlarının Uygulanması”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu*, 11 Mayıs 2007, Danıştay Matbaası, DTYBY, No: 74, Ankara 2008, s. 13-95.
- ATAY, Ender Ethem, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2008, Danıştay Matbaası, DTYBY, No: 77, Ankara 2009, s. 123-148.
- AUBY, Jean-Marie, “The Abuse of Power in French Administrative Law”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 18, No. 3, 1970, s. 549-564.
- AVCI, Alpertunga, *Çağdaş Yüksek Denetim ve Etkin Türk Sayıştayı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- AYAYDIN, Cem, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, *İÜHF*, Y. 2011, C. LXIX, S. 1-2, s. 505-592.
- AYBAY, Rona, “Yönetim Hukuku ve Yönetmelik Yargı Açısından “Yabancı”nın Konumu (İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu*, 9 Mayıs 2003, DTYBY, No: 68, Ankara 2004, s. 155-185.
- AZRAK, Ali Ülkü, *Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları*, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3072, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayın No: 8, Gür-Ay Matbaası, İstanbul 1982.
- AZRAK, Ali Ülkü, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, *İHİD*, Y. 1985, C. 6, S. 1-3, Aralık 1985, s. 17-28.

- AZRAK, Ali Ülkü, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1992, C. 9, s. 323-340.
- AZRAK, Ali Ülkü, “İdarenin Yargısal Denetiminin Diyalektiği”, *Hukuk Kurultayı 2004*, C. I, Ankara 06/10 Ocak 2004, s. 117-125.
- AZRAK, Ali Ülkü, “Yargı ve İdare (İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme)”, *İÜHFM*, Y. 1968, C. 34, S. 1-4, s. 129-155.
- AZRAK, Ali Ülkü, “Türkiye’de İdari Yargının Bağımsızlığı”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2008, C. 25, s. 213-225.
- AZRAK, Ali Ülkü, “Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi”, *İÜHFM*, Y. 1967, C. 33, S. 1-2, s. 66-82.
- BALKAR, Kemal Galip, “İdarenin Takdir Salahiyeti”, *AÜSBFD*, Y. 1956, C. 11, S. 4, s. 124-134.
- BALKAR, Kemal Galip, “İdarenin Takdir Salahiyetine Dair Devlet Şurası Dava Daireleri Umumi Heyetinin Bir Prensip Kararı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 16, S. 4-5, 1959, s. 214-215.
- BALKAR, Kemal Galip, “Takdir Selahiyeti Kanunun Maksadına ve Amme Hizmetinin Nef’ine Kullanılmak Lazımdır.” (Kronik), *AÜSBFD*, Y. 1959, C. 14, S. 4, s. 218-222.
- BALTA, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş I*, Türkiye ve Ortadoğu Amme Enstitüsü Yayınları, No: 117, Ankara 1968-1970.
- BAMFORTH, NICHOLAS, “Ultra Vires and Institutional Interdependence”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 113-139.
- BARNETT, Hilaire, *Constitutional & Administrative Law*, Fourth Edition, Cavendish Publishing Limited, London 2006.
- BAŞPINAR, Recep, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, *DD*, Y. 1, S. 3, 1971, s. 59-86.

- BAŞPINAR, Recep, “Sayıştay Kararlarının Yargısal Denetimi”, *DD*, Y. 4, S. 12-13, s. 18-29.
- BAYRAKTAR, Erman, “Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili incelemeler I*, Güneş Matbaası, DTYBY, No: 21, Ankara 1976, s. 254-294.
- BECKER, Florian, “The Development of German Administrative Law”, *George Mason Law Review*, Vol. 24, No. 2, Winter 2017, s. 453-476.
- BENNETT, David, “Balancing Judicial Review and Merits Review”, *Admin Review*, No. 53, 2000, s. 3-35.
- BEREKET, Zuhale, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- BERMANN, George A., “Scope of Judicial Review in French Administrative Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 16, No. 2, 1977, s. 195-254.
- BİLGİN, Pertev, *İdare Hukuku Dersleri İdare Hukukuna Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.
- BİLGİN, Pertev, “Sayıştay’ın Yargı Düzeni İçindeki Yeri”, *İstanbul Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Y. 1994, S. 7, s. 37-54.
- BİLGİN, Hüseyin, SEZER, Yasin, “Not Tespit Davaları”, *TBB*, Y. 22, S. 81, Mart-Nisan 2009, s. 113-148.
- BİNGÖL SCHRIJER, Bilge, “Sınav Hukukunun Kuramsal Temelleri”, *Çocuk Hakları-Eğitim Hukuku-Vatandaşlık Eğitimi: Prof. Dr. Emine Akyüz’e Armağan*, ed. Yasemin Karaman Kepenekçi, Pelin Taşkın, Pegem Yayınları, Ankara 2018, s. 418-433.
- BLUNDELL, David, “Ultra Vires Legitimate Expectations”, *Judicial Review*, 2005, s. 147-155.
- BONNARD, Roger, “İdarenin Takdir Selâhiyeti”, Çev. Samim Bilgen, *TİD*, Y. 15, S. 171, Kasım – Aralık 1944, s. 102-111.

- BULUT, Metin, “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 2018, S. 12, s. 227-277.
- BULUT, Nihat, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, *AÜEHFD*, Y. 2000, C. IV, S. 1-2, s. 29-42.
- CAN, Bilal, “Yüksek Askeri Şura Kararlarının Yargısal Denetimi”, *TAAD*, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, s. 683-710.
- CANDAN, Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- CELÂYİR, Selâmi, “İdarenin Takdir Hakkı Prensibi ve Görülen Lüzum Telâkkisi”, *TİD*, Y. 30, S. 257-258, Mart, Nisan-Haziran 1959, s. 95- 101.
- CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15e édition, Montchrestien, Paris 2001.
- COHEN, Matilde, “Sincerity and Reason Giving: When May Legal Decision Makers Lie”, *DePaul Law Review*, Article 3, Vol. 59, Iss. 4, Summer 2010, s. 1091-1150.
- COŞKUN, Sabri, “İdari Yargıda Son Gelişmeler”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları, No: 53, Ankara 1991, s. 45-66.
- COŞKUN, Sabri, KARYAĞDI, Müjgan, *İdari Yargılama Usulü, Örnek İçtihatlar-Yorumlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.
- CRAIG, Paul, *Administrative Law*, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, London 2008.
- CRAIG, Paul, “Competing Models of Judicial Review”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 373–392.
- CRAIG, Paul, “Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 47–71.

- ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti”, *AÜEHFD*, C. II, S. 1, Erzincan 1998, s. 41-54.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2001.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İdarî Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi”, *DD*, Y. 2016, S. 141, s. 9-39.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *AÜEHFD*, Y. 2003, C. VII, S. 3-4, s. 171-208.
- ÇAĞLAR, Bakır, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1985, C. 2, s. 163-195.
- ÇAKIR, Tezcan, “İptal Davalarının Objektifliği”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000-1*, 12-16 Ocak 2000 Ankara, <http://www.ankarabarosus.org.tr/siteler/2012yayin/hukukkurultayi/>, <http://www.ankarabarosus.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/untill2007/00-01.pdf>, s. 331-347 (E.T. 30.08.2020).
- ÇAKMAK, N. Münci, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- ÇİTİL, Bünyamin, “Türk İdari Yargı Sisteminde Yerindelik Denetimi Yasağı ve Vergi Uyuşmazlıklarındaki Yansımaları”, *AD*, Y. 2018, S. 60, Ankara 2018, s. 51-73.
- DAŞTAN, Deniz, “Takdir Yetkisi, Yargısal Denetim ve Yerindelik”, *İBD*, C. 77, S. 2, İstanbul 2003, s. 321-332.
- DEMİRKOL, Selami, “İptal Davasında İdari İşlemin Beş Unsuru”, *Sayıştay Dergisi*, Y. 1998, S. 29, s. 65-89.

- DEMİRKOL, Selami, “İdari Yargı(nın)/cın Kendini Sınırlaması Olgusu Sözlü İşlem Teorisi ve İptal Davasına Konu Edilebilirliği Üzerine Bir Çalışma Taslağı”, *İÜHFM*, Y. 2011, C. 69, S. 1-2, s. 907-926.
- DICEY, Albert Venn, “The Development of Administrative Law in England”, *The Law Quarterly Review*, Vol. 31, No. 2, 1915, s. 148-153.
- DICEY, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Palgrave Macmillan, London 1979.
- DİNÇKOL, Hulusi Alphan, “İdari Yargı’da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Sayısı, C. 19, S. 2, İstanbul 2013, s. 1567-1593.
- DIPLOCK, Lord, “Devlet Yönetiminde Hâkimlerin Rolü”, Çev. Tayfun Akgüner, *İHİD*, Y. 1980, C. 1, S. 2, s. 11-20.
- DIPLOCK, Lord Justice, “Devlet Yönetiminde Yargıya Düşen Görev”, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, *AÜHFD*, C. 36, S. 1, Ankara 1979, s. 27-37.
- DUEZ, Paul, “Yetki Saptırması-İdari Tasarruflarda Maksat Unsuru”, Çev. Hakkı Demirel, *DD*, Y. 19, S. 74-75, 1989, s. 38-40.
- DURAN, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- DURAN, Lütfi, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, *AİD*, Y. 1987, C. 20, S. 4, 1987, s. 3-17.
- DURAN, Lütfi, “İdari Muhakeme Usulü”, *İÜHFM*, Y. 1967, C. 33, S. 3-4, s. 390-418.
- DURAN, Lütfi, “İdari Yargı Adlileşti”, *İHİD*, Y. 1982, C. 3, S. 1-3, s. 53-83.
- DURAN, Lütfi, “Sayıştay Yüksek Mahkeme Değil, Ama İdari Yargı Mercidir”, *AİD*, Y. 1974, C. 7, S. 1, s. 3-10.
- DURAN, Lutfi, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1984, C. 1, s. 587.

- DÜĞER, Sırrı, *Anglosakson Hukuk Sistemlerinde İdarenin Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- DÜĞER, Sırrı, “Anglosakson ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde İdarenin Yargısal Denetiminin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 1, 2019, s. 61-88.
- DÜNDAR, Erol, “Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştay İçtihatlarına Göre)”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili incelemeler I*, Güneş Matbaası, DTYBY, No: 21, Ankara 1976, s. 161-189.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1978.
- ELIAS-ROBERTS, Alicia, “A Comparative Analysis of the UK and Commonwealth Caribbean Approach Towards Legitimate Expectation”, *Commonwealth Law Bulletin*, Vol. 39, No. 1, 2013, s. 143-152.
- ELLIOTT, Mark, “Fundamental Rights as Interpretative Constructs: The Constitutional Logic of the Human Rights Act 1998”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 269-288.
- ELLIOTT, Mark, “Legislative Intention Versus Judicial Creativity? Administrative Law as a Co-operative Endeavour”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 341-369.
- ELLIOTT, Mark, “The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 83-109.
- ERATH, Franz, “Scope of Judicial Review in German Administrative Law”, *Stellenbosch Law Review*, Vol. 8, Iss. 2, 1997, s. 192-204.

- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2013.
- ERGEN, Cafer, *İdari Yargı Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008
- ERHÜRMAN, Tufan, “Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires İlkesi”, *AÜHFD*, C. 61, S. 2, 2012, s. 599-646.
- ERKELLİ KIZIL, Neşe, “Kamulaştırma Fenomeni”, *İHİD*, Y. 1988, C. 9, S. 1-3, s. 209-216.
- ERKUT, Celal, *Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, Kavram Yayınları, İstanbul 1996.
- ERKUT, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İHİD*, Y. 1988, C. 9, S. 1-3, s. 69-91.
- ERKUT, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara 1990.
- ERKUT, Celal, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004.
- EROĞLU, Hamza, *İdare Hukuku (Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi)*, 5. Bası, Olgaç Matbaası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1985.
- ESİN, Yüksel, “Yönetmelikler, İdarenin Yetkisi ve Denetimi”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III*, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1980, s. 131-162.
- EVERSLEY, Calvin, “Legitimate Expectation and the Creation of Procedural and Substantive Legal Rights in Commonwealth Caribbean Public Law”, *Common Law World Review*, Vol. 33, Iss. 4, 2004, s. 332-351.
- FELDMAN, David, “Convention Rights and Substantive Ultra Vires”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 245-268.

- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- FORSYTH, Christopher, “Heat and Light: A Plea for Reconciliation”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 393-409.
- FORSYTH, Christopher, “Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 29-46.
- FRYDMAN, M Patrick, “Administrative Justice in France”, *11th Annual AIJA Tribunals Conference in association with the Council of Australasian Tribunals*, 5-6 June 2008, <https://aija.org.au/wp-content/uploads/2017/11/Frydman.pdf>, s. 1-20.
- GERÇEK, Adnan, “Vergi Hukuku Alanındaki Takdir Yetkisinin Kullanılmasında İdarenin ve Memurun Sorumluluğu”, *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. XXIX, S. 2, 2010, s. 23-50.
- GİRİTLİ, İsmet, “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması”, *İÜHF*, Y. 1957, C. 21, S. 1-4, s. 81-174.
- GİRİTLİ, İsmet, *Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No. 770, İstanbul 1958.
- GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun, BERK, Kahraman, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2012.
- GÖKALP, Ali Sıtkı, “İptal Davaları”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968, s. 440-480.
- GÖRGÜN, Emin, AYDIN, Yakup, “Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu”, *Sayıştay Dergisi*, S. 84, Ocak-Mart 2012, s. 63-88.
- GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin, Bursa 2018.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku I*, 3. Baskı, Ekin, Bursa 2019.

- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku II*, 3. Baskı, Ekin, Bursa 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, TAN, Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, TAN, Turgut, *İdari Yargılama Hukuku*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Yönetmelik Yargı*, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- GÜÇLÜ, Yaşar, *Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
- GÜLAN, Aydın, “Conseil D’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, DTYBY, Ankara 2000, s. 23-33.
- GÜL ERDEM, Jülide, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2013.
- GÜL ERDEM, Jülide, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, *AÜHFD*, Y. 2013, C. 62, S. 4, s. 971-1005.
- GÜLTEKİN, Hasan Basri, “İdari Yargıdaki Son Gelişmeler Yönetim-Örgütlenme-İşlerlik”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, DTYBY, No: 33, Ankara 1983, s. 147-160.
- GÜNDAY, Metin, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları, No: 53, Ankara 1991, s. 139-148.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Kitabevi, 10. Baskı, Ankara 2011.
- GÜNEŞ, Felemez, “İYUK Madde 28/4 Değişikliği: Yargı Kararlarının İdare Tarafından Uygulanmaması ve Çözüm Önerileri”, *TAAD*, Y. 7, S. 28, Ankara 2016, s. 103-128.

- GÜNEŞ, Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, AÜSBFY, Ankara 1965.
- GÜRAN, Sait, “Anayasanın Kuvvetler Ayrılığı İlişkisine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1994, C. 11, s. 191-200.
- GÜRAN, Sait, “İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi”, *İÜHFM*, Y. 1963, C. 29, S. 1-2, s. 157-184.
- GÜRAN, Sait, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2008, Ankara 2008, s. 57-61.
- GÜRAN, Sait, “İdari Yargılama Usulü Üzerine Düşünceler”, *Tahsin Bekir Balta'ya Armağan*, AÜSBFY, Ankara 1974, s. 199-248.
- GÜRAN, Sait, “Yargı Denetiminin Kapsamı”, *İÜHFM*, Y. 1987, C. 52, S. 1-4, s. 35-45.
- GÜRAN, Sait, “Yönetimde Açıklık”, *İHİD*, Y. 1982, C. 3, S. 1-3, s. 101-112.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “Yeni Anayasa Çalışmalarında İdari Yargı”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2015 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 89, s. 101-110.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti”, *GÜHFD*, Y. 2010, C. 14, S. 2, s. 387-406.
- HARBO, Tor-Inge, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Brill Nijhoff, Leiden- Boston 2015.
- HARBO, Tor-Inge, “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, *European Law Journal*, Vol. 16, No. 2, March 2010, s. 158-185.
- HARLOW, Carol, **Rawlings**, Richard, *Law and Administration*, Third Edition, Cambridge University Press, The Edinburgh Building, New York 2009.
- HART, H.L.A., *The Concept Of Law*, Second Edition, Clarendon Press – Oxford, New York 1994.

- HELD-DAAB, Ulla, “Review of Administrative Decisions of Government by Administrative Courts and Tribunals”, *The 10th Congress of The International Association of Supreme Administrative Jurisdictions Sydney and Canberra, 2010*, <https://www.aihja.org> (E.T. 09.09.2021).
- JENKS, Edward, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, Çev. Mukbil Özyörük, *AÜHFD*, Y. 1950, C. 7, S. 1, s. 40-79.
- IŞIKLAR, Celal, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Sonrası Yasama Kısıntıları”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 17, Ocak 2019, s. 71-132.
- İKİNCİOĞULLARI, Firuzan, “Hukuk Devleti”, *GÜHFD*, C. 1, S. 1, Ankara 1997, s. 28-30.
- KAHN, Jean, “Discretionary Power And The Administrative Judge”, Çev. Carol Harlow, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, No. 2/3, April-July 1980, s. 521-530.
- KALABALIK, Halil, “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, *GÜHFD*, C. 1, S. 1, 1997, s. 172-211.
- KALABALIK, Halil, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 8. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2015.
- KAPLAN, Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, 5. Baskı, Ekin, Bursa 2019.
- KARABULUT, Mustafa, “İngiltere’de İdarenin Yargısal Denetimi Üzerine Bir İnceleme”, *DD*, Y. 30, S. 102, 2000, s. 16-28.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı”, *DD*, Y. 37, S. 116, 2007, s. I-X.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, *AÜHFD*, Y. 1996, C. 45, S. 1-4, s. 323-337.

- KARAHANOĞULLARI, Onur, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, Prof. Dr. Gözübüyük’e Armağan, Ankara 2005, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/idariislemniteligindeyargikararlari.htm>, s. 199-215 (E.T. 26.03.2020).
- KARAHANOĞULLARI, Onur, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitapevi, 3. Baskı, Ankara 2015.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, *Türkiye’de İdarî Yargı Tarihi*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, “İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *Mülkiye Dergisi*, Y. 2011, C. 35, S. 270, s. 43-64.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, “İngiliz Hukukunda İkincil Yasama”, *AÜSBFD*, C. 50, S. 3-4, Haziran-Aralık 1995, Prof. Dr. Turan Güneş’e Armağan, http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/ingilizhukukundaikincilyasama.htm#_Toc135041352, s. 211-230 (E.T. 17.05.2020).
- KARATEPE, Şükrü, “İdarenin Takdir Yetkisi”, *TİD*, Y. 63, S. 392, Eylül 1991, s. 63-119.
- KARAVELİOĞLU, Celal, *Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 7. Baskı, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara 2009.
- KARGIN, Baha, “İdarenin Takdir Hakkı”, *TİD*, Y. 28, S. 245, Mart–Nisan 1957, s. 71 – 84.
- KARGIN, Baha, “Takdir Hakkının Şumulü ve Sınırları”, *TİD*, Y. 30, S. 256, Ocak–Şubat 1959, s. 11-21.

- KAVRUK, Hikmet, “İptal Davasında Hukuki Tasarrufların Konu Unsuru Yönünden İptale Esas Olan Hukuka Aykırılık Halleri”, *TİD*, Y. 64, S. 397, Aralık 1992, s. 143-167.
- KAYA, Cemil, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümrancılık / Egemenlik Hakkı Teorisine”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 2016, S. 7, s. 637-663.
- KAYA, Cemil, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- KAYA, Seyithan, *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- KELSEN, Hans, “Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)”, Çev. Yasin Sönmez, *AÜHFD*, C. 64, S. 3, 2015, s. 855-914.
- KIRIŞIK, Fatih, AYDIN, Nizamettin, “İdari İşlemin Unsurlarında Takdir Yetkisinin Varlığı Sorunu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y. 2002, C. 7, S. 2, s. 331-344.
- KING, Edward, HAWLEY, Joseph, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, Çev. İlhan Lütem, *AÜHFD*, Y. 1959, C. 16, S. 1, s. 178-233.
- KİPER, Osman, “Bir Kamu Hukuku Sorunu Olarak “Takdir Yetkisi” (İdarenin ve Yargıcın Takdir Yetkisi) ve Yorum”, *İBD*, C. 54, S. 1-2, Ocak-Şubat 1980, s. 14-21.
- KOCH, Charles H. Jr., “Judicial Review of Administrative Discretion”, *George Washington Law Review*, May 1986, Vol. 54, No. 4, s. 469-811.
- KUNTBAY, İhsan, “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar”, *AİD*, C. 11, S. 4, 1978, s. 3-11.
- KURT, Süleyman, “Britanya İdari Yargı Yerleri (Tribunal Sistem) ve Yargısal Denetim”, *DD*, Y. 34, S. 107, 2004, s. 73-125.
- KUZU, Burhan, “Hukuk Devleti ve Re’sen Emeklilik”, *İÜHFM*, C. LIV, İstanbul 1994, s. 103-123.

- KÜÇÜK, Adnan, “Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi”, *TAAD*, Y. 8, S. 31, Ankara 2017, s. 259-314.
- KUNNECKE, Martina, *Tradition and Change in Administrative Law An Anglo-German Comparison*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007.
- LAWS, Sir John, “Illegality: The Problem of Jurisdiction”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 73–81.
- LONGLEY, Diane, JAMES, Rhoda, *Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law*, Cavendish Publishing Limited, London 1999.
- LOUGHLIN, Martin, “Whither the Constitution?”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 425-546.
- MAIDOWSKI, Ulrich, “Yargı Ayrılığının Düşündürdükleri”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu*, 10 Mayıs 2013 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 84, s. 21-27.
- MASHAW, Jerry L., “Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance”, *The George Washington Law Review*, Vol. 76, No. 1, Paper. 1179, November 2007, s. 99-124.
- MATHEWS, Jud, “Proportionality Review in Administrative Law”, 2017, s. 1-28, https://law.yale.edu/sites/default/files/area/conference/compadmin/compadmin16_mathews_proportionality.pdf, s. 1 (E.T. 20.06.2020).
- MCCORMICK, Conor, “Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom: The Status of Standards Between 1890 and 1910”, *Italian Journal of Public Law*, Vol. 10, No. 1, 2018, s. 49-96.
- MEMİŞ, Emin, “Yasaların Anayasaya Uygun Yorumunda Danıştay Yargıcının Anayasa Yargıcı İşlevini Yüklenmesi (Karşılaştırmalı Hukuk Analizleri)”,

- Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu*, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, DTYBY, No: 68, Ankara 2004, s. 11-62.
- MEMİŞ, Emin, “İdari Yargısal Korunma Alanı ve Sınırları Bağlamında Gözlemler”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2008, Danıştay Matbaası, DTYBY, No: 77, Ankara 2009, s. 63-122.
- MERMUT, Güler, “İptal Dâvalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili incelemeler I*, Güneş Matbaası, DTYBY, No: 21, Ankara 1976, s. 295-329.
- METİN, Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 7, S. 1, s. 1-74.
- MODERNE, Franck. “İdari Yargıcın Yeni Emir Verme (Injonction) Yetkisi Üzerine”, Çev. Ramazan Çağlayan, *AÜEHFD*, Y. 2004, C. VIII, S. 1-2, s. 651-675.
- MOFFETT, Jonathan, “Resiling From Legitimate Expectations”, *Judicial Review*, Vol. 13, No. 4, 2008, s. 219-231.
- MOULES, Richard, *Environmental Judicial Review*, Hart Publishing Ltd, United Kingdom, Oxford 2011.
- MUMCU, Uğur, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı”, *AÜHFD*, Y. 1970, C. 27, S. 1, s. 37-66.
- MUMCUOĞLU, Maksut, “Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 46, S. 2, Ankara 1989, s. 262-306.
- MURATOĞLU, Tahir, “İmar Para Cezalarına Karşı Açılan Davalarda Görev Sorunu ve Göreve İlişkin Hükümlerin Ölçülülüğü”, *TAAD*, Y. 6, S. 20, Ocak 2015, s. 221-277.
- MURATOĞLU, Tahir, *Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku*, Seçkin, Ankara 2019.

- NOLTE, Georg, “General Principles of German and European Administrative Law - A Comparison in Historical Perspective”, *The Modern Law Review*, Vol. 57, No. 2, March 1994, s. 191-212.
- NOTE, “The Statement of Reasons in French Administrative Law”, *Holdsworth Law Review*, Vol. 5, No. 1, Spring 1980, s. 55.
- ODER, Bertil Emrah, “Anayasal Düzendeki İdari Yargı Sistemi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2015 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 89, s. 91-100.
- OĞURLU, Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- OĞURLU, Yücel, “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu*, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, DTYBY, No: 68, Ankara 2004, s. 133-154.
- OĞURLU, Yücel, “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, *AÜEHFD*, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 147-180.
- OĞURLU, Yücel, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- OKAY, Özge, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009.
- OLCAY, Bülent, “Türk Danıştay’ı ve Yargı İçindeki Önemi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu*, 10 Mayıs 2013 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 84, s. 15-19.
- OLIVER, Dawn, “Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?”, *Judicial Review and the Constitution*, ed. Christopher Forsyth, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, s. 3-27.
- ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

- ONAR, Sıddık Sami, “Türkiye’de İdarenin Kazai Murakabesi”, *İÜHFM*, Y. 1935, C. 1, S. 1, s. 21-40.
- OSTER, Jan S., “The Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal System”, *German Law Journal*, Vol. 9, No. 10, October 2008, s. 1267-1297.
- OYTAN, Muammer, “1982 Anayasası’nda Yasama ve Yargı Erkları Karşısında Güçlendirilmiş Yürütme Organı ve Güçlendirilme Nedenleri”, *TİD*, Y. 56, S. 364, Mayıs 1984, s. 1-34.
- OYTAN, Muammer, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, *TİD*, Y. 57, S. 366, Mart 1985, s. 17-56.
- OYTAN, Muammer, “Türkiye’de Mevzuat Açısından ve Yargılama Tekniğı Yönünden İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Bildiri Özetleri, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s. 34-37.
- OYTAN, Muammer, “Türk Toplumunda Danıştay’ın Yeri ve Rolü”, *TİD*, Y. 57, S. 367, Haziran 1985, s. 76-84.
- OYTAN, Muammer, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları, No: 53, Ankara 1991, s. 148-158.
- OZANSOY, Cüneyt, “İdarenin Yargısal Denetiminin Diyalektiğı”, *Hukuk Kurultayı 2004*, C. I, Ankara 06/10 Ocak 2004, s. 137-139.
- ÖRÜCÜ, Esin, “Avrupa Hukukunda İdare Hukukunun Genel İlkeleri”, *İHİD*, Y. 1988, C. 9, S. 1-3, s. 243-254.
- ÖZAY, İl Han, “XVI. Yüzyıl ve Sonrası Batı Avrupa Ülkeleri Kamu Yönetimine İlişkin Notlar – Çağrışımlar I”, *İHİD*, Y. 1980, C. 1, S. 2, s. 73-90.
- ÖZAY, İl Han, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari ve Kolluk Etkinlikleri”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2002, C. 19, s. 275-286.

- ÖZAY, İl Han, “Egemenliğin Kaydı ve Şartı”, *İHİD*, Y. 2000, C. 13, S. 1, s. 321-361.
- ÖZAY, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa, İstanbul 2002.
- ÖZAY, İl Han, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, *İÜHFM*, Y. 1981, C. 45, S. 1-4, s. 315-319.
- ÖZAY, İl Han, “İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000-1*, 12-16 Ocak 2000 Ankara, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/2012yayin/hukukkurultayi/>, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/00-01.pdf>, s. 307-328 (E.T. 28.06.2020).
- ÖZAY, İl Han, “Kendine Özgü Bir “Hukuk Devleti””, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları, No: 53, Ankara 1991, s. 115-137.
- ÖZAY, İl Han, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, DTYBY, No: 33, Ankara 1983, s. 11-30.
- ÖZBUDUN, Ergun, “İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1961, C. 18, S. 1, s. 333-372.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2013.
- ÖZBUDUN, Ergun, “Türkiye Büyük Milleti Hükûmetinin Hukukî Niteliği”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Y. 1985, C. I, S. 2, s. 476-503.
- ÖZDEMİR, Gürbüz, “Yüksek Seçim Kurulu’nun Niteliği”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2010, C. XIV, S. 1-2, s. 111-133.
- ÖZDEMİR, Selman, “Yerindelik Yasağı Kuralının İdarî Yargı Bakımından İncelenmesi”, *AD*, Y. 2018, S. 60, Ankara 2018, s. 9-50.
- ÖZER, Ahmet, “Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi”, *TİD*, Y. 64, S. 394, Mart 1992, s. 1-19.

- ÖZTÜRK, K. Burak, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1972–1973.
- PACTEAU, Bernard, “Fransız Danıştayı”, Çev. Durmuş Tezcan, *AÜSBFD*, Y. 1997, C. 52, S. 1, s. 597-610.
- PAKUSCHER, Ernst K., “The Use of Discretion in German Law”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 44, Iss. 1, Article 7, Chicago 1976, s. 94-109.
- PEKİNER, Visalettin, “İdarenin Takdir Yetkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1961, S. 4, s. 1-8.
- PETROVIĆ, Milan, “The “Acts of Government” and The Legal Notion of Politics”, *Facta Universitatis Series: Law and Politics*, Vol. 9, No 2, 2011, s. 85-97.
- RUMPF, Christian, “Ölçölülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1993, S. 10, s. 25-48.
- SARICA, Ragıp, *İdarî Kaza*, Kenan Matbaası, İstanbul 1949.
- SARICA, Ragıp, “Türk Devlet Şurası Kararlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, *İÜHFM*, Y. 1942, C. 8, S. 3-4, s. 457-472.
- SAYGIN, Engin, “Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2016, S. 126, s. 211-234.
- SAYGIN, Engin, “Ölçölülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/2, s. 57-88.
- SAYHAN, Şebnem, “İdari Yargı Sistemlerinin Karşılaştırmalı Analizi”, *İÜSBFD*, İstanbul 1996, s. 67-74.
- SCHNEIDER, Hans, “Alman İdare Sisteminde Modern Temayüller”, Çev. Nermin Abadan, *AÜSBFD*, Y. 1954, C. 9, S. 4, s. 105-112.

- SEVİNÇ, Murat, “2010 Anayasa Değişiklikleri Yöntem ve İçerik Eleştirisi”, *AÜSBFD*, C. 65, S. 2, 2010, s. 287.
- SEYHAN, Serkan, “Yargı Kararlarının İdarece Uygulanmaması Durumuna Fransız Hukukunda Getirilen Çözüm: Yargısal Emir”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 15, S. 2, s. 561-583.
- SEZER, Yasin, BİLGİN, Hüseyin, “Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi”, *TBBĐ*, Y. 22, S. 86, Ocak-Şubat 2009, s. 168-187.
- SEZGİNER, Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- SHAPIRO, Martin, “Administrative Discretion: The Next Stage”, *The Yale Law Journal*, Vol. 92, 1983, s. 1487-1522.
- SHAPIRO, Martin, “The Giving Reason Requirement”, *University of Chicago Legal Forum*, 1992, s. 179-220.
- SINGH, Mahendra P., *German Administrative Law In Common Law Perspective*, Springer- Verlag Berlin Heidelberg, 1985.
- SOYSAL, Mümtaz, “Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasalar (Karşılaştırmalı)”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1984, C. 1, s. 11-20.
- SÖYLER, Yasin, “İdari Yargılama Usul Hukukunda Sebep İkamesi”, *TAAD*, Y. 8, S. 31, Temmuz 2017, s. 533-566.
- SULLIVAN, E. Thomas, FRASE, Richard S., *Proportionality Principles in American Law*, Oxford University Press, Oxford New York 2009.
- SÜRBEHAN, Sadrettin, “İdarede Takdir Hakkı”, *TİD*, Y. 41, S. 325, Temmuz – Ağustos 1970, s. 77-106.
- ŞEN, Mahmut, “Kanun ile Bir Kurumdaki Kamu Görevinin Sona Erdirilmesine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargısal Denetim ve Adalete Erişim Hakkı”, *TBBĐ*, S. 116, Ankara 2016, s. 179-212.

- TAGGART, Michael, “Proportionality, Deference, Wednesbury”, *New Zeland Law Review*, 2008, s. 423-481.
- TAN, Turgut, “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1984, C. 1, s. 31-47.
- TAN, Turgut, “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, *AİD*, Y. 1975, C. 8, S. 2, s. 33- 49.
- TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- TAN, Turgut, “Sınav Notları ve Yargısal Denetimi”, *DD*, Y. 5, S. 18-19, s. 188-192.
- TAN, Turgut, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, *AÜSBFD*, C. 51, S. 1-4, Ankara 1996, s. 409-423.
- TARHANLI, İftar B., “Amerikan İdari Usul Kanunu”, *İHİD*, Y. 1985, C. 6, S. 1-3, s. 225-264.
- TAŞIR, Ahmet, “Sayıştay’ın Anayasal Konumu Üzerinde Tartışmalar”, *TBBD*, Y. 2017, C. 30, S. 133, s. 81-96.
- TEMİZ, Özgür, GÜNEŞ, Felemez, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği”, *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 2020, C. 24, S. 2, s. 959-979.
- THOMAS, Robert, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000.
- TUNCAY, Aydın H., *İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları*, Başbakanlık Basımevi, DTYBY, Ankara 1972.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2011, C. 28, s. 77-88.
- ULER, Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, AÜHFY, No: 281, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

- ULUSOY, Ali, “İdari Yargı”, *İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara 9 Mart 2012, ARCS OFSET Matbaacılık, Ankara Barosu Başkanlığı 2013, s. 23-36.
- ULUSOY, Ali D., *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2020.
- UYANIK, Halit, *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin, “1876 Anayasasının Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler”, *AÜHFD*, Y. 2004, C. 53, S. 1, s. 173-184.
- ÜNLÜÇAY, Mehmet, “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü”, *DD*, Y. 34, S. 107, Ankara 2004, s. 1-8.
- ÜNLÜÇAY, Mehmet, “İdarî Yargının İşlevi ve Görev Alanı”, *“İdari Yargı” Panel*, 11-12 Nisan 2003 Mersin, Şen Matbaa, TBBY, Ankara 2003, s. 33-65.
- ÜNVER, Yener, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, *İÜHFM*, Y. 1990, C. 53, S. 1-4, s. 153-196.
- VELLEY, Serge, “Bir Efsanenin Anayasallaşması Kuvvetler Ayrılığı ve İdari Yargı”, Çev. Selçuk Soybay, *İHİD*, Y. 1989, C. 10, S. 1-3, s. 171-180.
- VIGOUROUX, Christian, “Fransız Danıştay’ı ve Yargı İçindeki Önemi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu*, 10 Mayıs 2013 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 84, s. 9-13.
- WALINE, Marcel, “İdare Yargıcının İdari Tasarruflar Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, Çev. Kutlu Türkeş, *DD*, Y. 6, S. 20-21, s. 103-113.
- WALINE, Marcel, “Le Pouvoir Discretionnaire de l’Administration et sa Limitation par le Controle Juridictionnel”, Tome 47, 37e Année, *Revue de Droit Public*, Paris 1930, s. 197-223.
- WOOLF, Harry, “The Role of the English Judiciary in Developing Public Law”, *William & Mary Law Review*, Vol. 27, Iss. 4, 1986, s. 669-683.

- YANIK, Murat, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Yargı Ayrılığı Sistemi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu*, 10 Mayıs 2013 Ankara, Danıştay Yayınları, No: 84, s. 29-53.
- YANIK, Murat, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK’nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2010, C. 27, s. 161-216.
- YAŞAR, Nuri, *İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.
- YAYLA, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta, İstanbul 2009.
- YAYLA, Yıldızhan, “İdarenin Takdir Yetkisi”, *İÜHFM*, Y. 1964, C. 30, S. 1-2, s. 201 – 211.
- YAYLA, Yıldızhan, “İdari Yargının İç Barışa ve Demokrasiye Katkısı”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları, No: 53, Ankara 1991, s. 15-26.
- YAYLA, Yıldızhan, “Tartışmalar”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, DTYBY, No: 33, Ankara 1983, s. 77-82.
- YENİCE, Kazım, ESİN, Yüksel, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, Ankara 1983.
- YENİCE, Kazım, “Hak Arama Özgürlüğü ve Danıştay”, *DD*, Y. 10, S. 38-39, 1980, s. 5-16.
- YENİCE, Kazım, “Not Takdiri ve Denetimi”, *DD*, Y. 11, S. 42-43, 1980, s. 15-17.
- YET, Orhun, “Erkler Ayrımı Türkiye Uygulaması ve Yargının Konumu”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2008, DTYBY, No: 77, s. 9-20.
- YILDIRIM, Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2017, C. 23, S. 2, s. 13-28.

- YILDIRIM, Turan, *İdari Yargı*, Beta, İstanbul 2008.
- YILDIRIM, Turan, “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2001, C. 18, s. 438-449.
- YILDIRIM, Turan, YASİN, Melikşah, KAMAN, Nur, ÖZDEMİR, H. Eyüp, Üstün, Gül, OKAY TEKİNSOY, Özge, *İdare Hukuku*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- YILMAZ, Dilşat, “Alman İdare Hukuku’nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *İÜHFM*, Y. 2011, C. 69, S. 1-2, s. 1019-1032.
- YILMAZ, Halit, “Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar”, *TBB*, Y. 23, S. 93, 2011, s. 35-52.
- YILMAZOĞLU, Yunus Emre, PERDECİOĞLU, İsmail Emrah, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Mart 2019.
- YOKUŞ, Sevtap, “Yönetmelik Yargının Takdir Yetkisi Üzerindeki Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *İBD*, C. 72, S. 4-5-6, Haziran 1998, s. 309-329.
- YOUNGS, Raymond, *English, French & German Comparative Law*, Third Edition, Routledge, New York 2014.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, *İdare Hukuku I*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, *İdare Hukuku II*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, “İngiltere’de İdare Hukuku Anlayışı”, *AÜHFD*, Y. 1961, C. 18, S. 1, s. 373-411.
- ZANOBINI, Guido, *İdare Hukuku*, Çev. Atıf Akgüç, Sahir Erman, M. Sadık Kâğıtçı Matbaası, İstanbul 1945.

İTERNET KAYNAKLARI

<http://www.ankarabarsu.org.tr> (E.T. 30.08.2020).
<https://www.anayasa.gov.tr> s. 14. (E.T. 30.08.2020).
<http://tdk.gov.tr> (E.T. 14.12.2019).
<http://www.hukukturk.com> (E.T. 23.10.2019).
<https://www.tbmm.gov.tr> (E.T. 20.10.2019).
www.ysk.gov.tr (E.T. 05.02.2020).
<http://www.bailii.org> (E.T. 17.05.2020).
<https://oup-arc.com> (E.T. 17.05.2020).
<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr> (E.T. 26.03.2020).
<https://law.yale.edu> (E.T. 20.06.2020).
<http://www.danistay.gov.tr> (E.T. 09.02.2020).
<https://rm.coe.int> (E.T. 10.02.2020).
<https://www.memurlar.net> (E.T. 17.09.2020).