

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**İDARİ YARGIDA YARGISAL DENETİMİN KAPSAMI VE
SINIRLARI**

DOKTORA TEZİ

Züleyha KESKİN

Ankara, 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**İDARİ YARGIDA YARGISAL DENETİMİN KAPSAMI VE
SINIRLARI**

DOKTORA TEZİ

Züleyha KESKİN

TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK

Ankara, 2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

İDARİ YARGIDA YARGISAL DENETİMİN KAPSAMI VE SINIRLARI

DOKTORA TEZİ

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK**

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

- 1- Prof. Dr. Ali D. ULUSOY**
- 2- Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ**
- 3- Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK**
- 4- Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**
- 5- Doç. Dr. D. Çiğdem SEVER**

Tez Savunması Tarihi: 26.11.2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK danışmanlığında hazırladığım “İdari Yargıda Yargısal Denetimin Kapsamı ve Sınırları (Ankara.2021)” adlı doktora tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 26.11.2021
Züleyha KESKİN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGISAL DENETİMİN GÜÇLENMESİ VE GENİŞLEMESİ

I. İDARİ YARGI DENETİMİ VE İŞLEVİNDE DÖNÜŞÜM	9
A. İdari Yargının Ortaya Çıkış Nedenleri ve Dönüşümü	9
B. İdari Yargıda İşlevsel Genişleme: Bireysel Yararın Koruyuculuğu	13
C. İdarenin Yargısal Denetiminin Dayandığı Temel İlkeler	17
1. Hukuk Devletinın Sağlanması	19
2. Yürütmenin Sınırlandırılması	23
3. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması	28
II. TAKDİR YETKİSİNİN DARALTIILMASI	31
A. İdari Usul Kurallarının Öngörülmesi	31
B. Takdir Yetkisi Veren Yasaların Denetimi	39
III. DENETİM ETKİSİNİN GÜÇLENDİRİLMESİ	48
A. Anayasallık Denetiminin Genişlemesi	49
B. Yargıç Bağımsızlığının Sağlanması	55
C. Denetim Tekniklerinin ve Araçlarının Genişletilmesi	62
1. Yargısal Emir ve Araştırma Yetkileri	66
2. Hukuk Yaratma ve Yorum Yetkileri	80
IV. YARGI KISITLAMALARININ AŞILMASI	86
A. Denetim Alanı: Yargı Bağımsızlıkları	86
B. Denetim Yetkisi: Yerindelik Yasağı	96
1. Tam Yargı ve İptal Davası Ayrımının Belirsizliği ve İptal Davasının Niteliğinden Doğan Sonuçlar Bakımından Sınırlamaların İşlevsiz Kalması	99
2. Olguların Denetiminin Yasallık Denetimine Dahil Edilmesiyle Yetki Sınırlamalarının İşlevsiz Kalması	111
V. ÖLÇÜT NORMLARDA GENİŞLEME	116
A. Anayasanın Ölçü Alınması	121
B. Hukukun Genel İlkelerinin Ölçü Alınması	128

C. İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ölçü Norm Alınması	132
---	-----

İKİNCİ BÖLÜM

DENETİMİN DERİNLİĞİ: YÖNTEM VE ÖLÇÜTLER

I. YARGISAL DENETİM YOĞUNLUĞUNU BELİRLEYEN AYRIMLAR	0
A. Dış Yasallık	1
1. Yetki Denetimi	4
2. Şekil Denetimi	8
B. İç Yasallık	20
II. HUKUKA AYKIRILIK TESPİTİ YÖNTEMLERİ	21
A. Hukuki Kavram Yorumu	21
B. Olguların Değerlendirilmesi	25
1. Olgusal Gerçekliğin Denetimi	28
2. Olguların Hukuki Sınıflandırılması	31
C. Yasal Amacın Yorumlanması	38
III. MADDİ DENETİM ÖLÇÜTLERİ	47
A. İchtihadi Ölçütler	47
1. Kamu Yararı ve Hizmet Gerekleri	49
a. Nesnel Amaç Unsuru Olarak Kamu Yararı ve Hizmet Gerekleri	53
aa. Kamu Hizmetinin Maddi Niteliğine İlişkin Kamu Yararı İlkeleri	53
i. Görevin Gerektirdiği Nitelikler	53
ii. Kamu Hizmetinin Gerekleri	56
bb. Dengeleme Unsuru Olarak Kamu Yararı ve Hizmet Gerekleri İlkeleri	58
i. Bilanço İlkesi	58
ii. Üstün Kamu Yararı	60
b. Öznel Amaç Unsuru Olarak Kamu Yararı ve Hizmet Gerekleri	65
aa. Yetki Saptırması	65
2. Açık Hata	72
B. Anayasal Ölçütler	80
1. Eşitlik İlkesi	86
a. Karşılaştırma Temeli ve Farklı Uygulamanın Sınıflandırılması	91
b. Haklı Nedenlerin Belirlenmesi	100
aa. Makul ve Nesnel Neden	100
bb. Anayasaya Dayanan Haklı Nedenler	104

c. Eşitlik Denetiminde Ölçülülük Kriterinin Kullanımı	107
d. Şüpheli Temeller ve Kanıt Standardı	109
2. Ölçülülük İlkesi	118
a. Ölçülük Denetiminin Ön Koşulu: Meşru Amaç ve Yasallık	127
b. Ölçülülük Denetiminin Aşamaları	130
aa. Elverişlilik	130
bb. Gereklilik	131
cc. Orantılılık	136
c. Ölçülülük Denetiminde Kanıt Standardı	147
3. Anayasanın Değer İlkeleri	155
a. Başlangıçta Yer Alan İlkeler	158
b. Laiklik İlkesi	161
c. Sosyal Devlet İlkesi	165
SONUÇ	183
KAYNAKÇA	195
ÖZET	221
ABSTRACT	222

KISALTMALAR

AFAM	Almanya Federal Anayasa Mahkemesi
AİD	Amme İdaresi Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
AYD	Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
B.	Bası/Basım
B.N.	Başvuru No
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CBK	Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CE	Conseil d'Etat
Çev.	Çeviren/Çevirenler/Çeviri
D.	Dairesi
Dan.	Danıştay
DBB	Danıştay Bilgi Bankası
DD	Danıştay Dergisi
DDDK	Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DİBK	Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu
DİDDGK	Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DİDDK	Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DKD	Danıştay Kararları Dergisi
E	Esas
Ed.	Editor/Editörler
Edn	Edition/Baskı
GSÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İDDK	İdari Dava Dairleri Kurulu

İHİD	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İHKAD	İnsan Hakları Kararlar Derlemesi
in	İçinde
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	Karar
md.	madde
n.	no
R.G.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TODAİE	Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
V.	Volume
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
Yay.	Yayınları/Yayını/Yayıncılık

GİRİŞ

Çalışmanın Amacı

İdarenin yargısal denetimi, idare ve kişinin karşılıklı hukuki durumuna; dava türlerinin oluşumundan iptal nedenlerine kadar pek çok anayasa ve idare hukuku konusu ile zorunlu bağlantılar içermekte ve kamu yararı, takdir yetkisi, yerindelik, idarenin yasallığı, hukuk devleti, insan hakları ve güçler ayrılığı gibi kurucu kavramlar etrafında şekillenmektedir. İdari yargı, yargı yetkisini kamu hukukunun genel kavramlarını yorumlayarak genişletebilir ya da daraltabilir. İdarenin yargısal denetimi, bu kavramlardan hangisinin merkeze alınacağına göre değişen farklı tutumları gösterir. Bu durumda yargısal denetim, idari işlemin yargılanabilirliğine dair görelî bir pozisyonu ifade eder. Üstelik idari yargı denetiminin yoğunluğu, yargı denetimine giren işlem sayısının artmış ve işlem üzerindeki denetim çekinceleri büyük ölçüde ortadan kalkmış olmasına rağmen, pozitif düzenlemeler ve yargısal içtihatlarla da öngörülebilir bir düzeye ulaşmış değildir. Bu yüzden yalnızca yargılanabilir işlem kategorileri, yargıç yetkileri ve yargısal maddî denetim ölçütleri üzerinden denetimin yoğunluğunu belirlemek hayli zordur.

Hukuk düzeni, bir yandan, bireylerin idarenin keyfî uygulamalarından korunmalarını, öngörülebilir ve rasyonel hukuk kuralları çerçevesinde eşit muamele görmelerini; öte yandan, bireysel davalarda adaletin tam olarak gerçekleşmesi ve idarenin pratik ihtiyaçlarının karşılanması için sınırları belirsiz bir kuralla özel koşulları ve etkileri belirleme ve tartma özgürlüğünü, yani takdir yetkisini gerektirir. Yargı, hukuk düzeninin iki önemli ve çelişkili hedefi arasında bir uzlaşî sağlayarak bireyleri temel hak ihlallerine karşı koruma ihtiyacını ile genel yararı koruma ve güçler ayrılığı ilkesi arasında yeterli açıklığı sağlayarak yol almak zorundadır. Yargısal denetimden beklenen, en rasyonel olanı seçmesi ve rasyoneli standartlaştırarak öngörülebilirlik sunmasıdır. Her işlem bakımından farklılıklar bulunması kaçınılmaz olsa da, denetimin her aşamasında yargının

asgari bir denetim standardı sağlaması gerekir. Yargı idari uyuşmazlıkların çözümü için gerekli kuralları uyguladığında, taraflar idari işlemin denetimi konusunda belli bir standardın uygulandığından emin olabilirler. Mahkemelerin benzer durumlarda benzer çözüm yolunu izlemeleri, öngörülebilirliği sağlar. İdari yargı, belli ilke ve usulleri takip ettiği ölçüde, belirli ve öngörülebilir bir denetim sağlayabilir.

Yargısal denetim yoğunluğunu idare hukuku açısından ele almayı amaçlayan bu çalışma, yargısal denetimi ve denetimi yapılandıran ve karakterize eden ilkelerin normatif içeriklerini ve uygulamada aldıkları görünümü ortaya koyarak denetimin hangi düzeyde gerçekleştiğini, asgari düzeyde bile olsa öngörülebilir ve rasyonel bir yargı denetiminin mümkün olduğunu göstermeye çalışmıştır. Yargısal denetimde belli ölçütlerin benzer davalarda tutarlı uygulanması, mahkemelere belirsiz ve öngörülemez bir yargı denetiminde “duruma göre” ölçüt uygulanmamasını ve bireysel hak ve özgürlüklerin maksimum düzeyde korunmasını sağlar.

Çalışmanın Konusu ve Sınırları

Bu çalışmada yargı denetiminin yoğunluğu, başlangıç olarak, yargılanabilirlik kavramına göndermede bulunmaktadır. Yargılanabilirlik, idarenin hangi işlemlerinin yargı denetimi kapsamına alınacağı ve idari yargının görev alanına giren bir konunun ne kadarlık kısmını inceleyebilme yetkisini haiz olduğu şeklinde iki boyutludur.¹ Yargılanabilirlik, ilk olarak denetlenebilir işlem kategorilerine atıfta bulunur. Yerleşik hukuk terminolojisini kullanacak olursak, idari yargı yetkisi çoğunlukla, idari işlemin denetiminin mahkemenin yetkisi içinde mi yoksa dışında mı olduğu sorununa odaklanmaktadır. Yargılanabilirlik, ikinci olarak, denetimin gerekçelerini ve

¹ Yargılanabilirlik kavramı, bu iki boyutu da içerecek şekilde Daly'nin *Justiciability and the 'Political Question' Doctrine* makalesinden ödünç alınmıştır. Paul DALY, “Justiciability and the ‘Political Question’ Doctrine”, s. 3, Çevrim içi, <https://www.canlii.org/en/commentary/doc/2010CanLIIDocs606>.

mahkemenin davayı çözmek için elinde bulunan araçlara sahip olup olmadığını ifade eder. Yani yargı yetkisi içinde kabul edilen işlemin nasıl ve ne kadar denetlendiği ile ilgilidir. Yargılanabilirlik kavramı bu yönüyle, mahkemenin dikkate aldığı “denetim yoğunluğu”na atıfta bulunur. Yargısal denetim yoğunluğu, denetim konusu karara müdahale yetkisi veren usuli araçların ve esasa yönelik gerekçelerin çokluğu ile tanımlanabilen denetimin düzeyidir. Bu açıdan yoğunluk, yargısal denetimin hangi ölçütler ve yetkilerle gerçekleştiğini gösterir.

Ancak bu tanım, tek başına, aldatıcı bir şekilde basittir. Denetim standardı bazı yönlerden maddi denetim ölçütleri ve kanıt standardı, kanıt yükü vb. usuli ilkelerle yakından ilgilidir; yine de sadece bunları ifade etmez. İdare hukuku bağlamında denetim yoğunluğu, idarenin kararına duyulan “saygı” düzeyine de atıfta bulunur.² Denetim yoğunluğunun en önemli sonuçlarından biri, işlemi yapan organ ile yargı organı arasındaki yetkinin paylaşılmasıdır. İdari bir işlemi denetleyen mahkemeler, uyguladıkları ölçüt ve yetkilerle denetim standardını, daha doğrusu yetki dağılımını belirlemektedir. İdari yargıya tanınan işlemin iptali, ret ya da işlemi değiştirme, yerine karar verme, yargısal emir gibi yetkiler yetki dağılımının açık sonuçlardır. Bununla birlikte, bu yetkilerin bir kısmının açıkça tanınmadığı hukuk sistemlerinde, denetim gerekçeleri ya da usuli yetkilerin kullanımı, bu sonuçlardan herhangi birinin yerine geçecek kararlar vermelerini sağlayabilir. Özellikle de iptal ve ret kararı ile sınırlı karar verme yetkisine sahip idari yargı sistemleri için bazı ölçüt ve yetkilerle yerine/ikame karar verip veremeyecekleri yönündeki okuma zorunludur. Çünkü idari yargı denetiminde kullanılan her yargılama yöntemi ve ölçütü, diğer organlara olan “saygı” düzeyini ya da denetim yoğunluğunu göstermektedir. Örneğin açık takdir hatası, minimum denetimi öngören ve aynı zamanda idareye geniş bir karar alanı sağlayan bir denetim iken; kamu

² Martha S. DAVIS, “A Basic Guide to Standards of Judicial Review”, South Dakota Law Review, 33, 1988, ss. 469- 483, s. 469-470.

yararı ve hizmet gerekleri ya da ölçülülük ilkesinin uygunlandığı denetim, idarenin takdir yetkisini oldukça sınırlandırdığı maksimum denetimdir.

Dış yasallık ve iç yasallık denetimi arasındaki ayrım da benzer bir amaca, yargı denetiminin yoğunluğunu gösterme amacına hizmet eder. Çoğunlukla yetki ve şekil unsurlarının denetimini öngören dış yasallık denetimi, yasaya dayanan bir denetim olduğu için sonuçları öngörülebilirdir ve yerine karar verme şansı oldukça kısıtlı olduğundan yetki dağılımını daha az etkilemektedir. Esas hakkındaki yargısal denetim, çoğunlukla mahkeme kararının, idarenin kararıyla ikame edilebilme kapasitesiyle değerlendirilir. Esas denetiminde hukuk kuralının yorumundan olgusal durumların değerlendirilmesine kadar geniş bir denetim kararın sonucuna eşlik eder. Esas denetiminde denetimin yoğunluğu, aslında mahkemenin verdiği karar sonucunda idarenin takdir yetkisini olabildiğince kısıtlayarak ve hukuka uygun çözümleri ortaya koyarak neredeyse yerine karar verme yetkisine sahip olmasıdır. Bu ölçütler, denetimin ne kadar yoğun olduğunu gösterirken yürütme yetkisini ne kadar sınırlandırıldığına da işaret etmektedir.

Bu yüzden denetim yoğunluğu belirlenirken kullanılan ölçütlerin dışında diğer olgusal durumların yürütme yetkisi üzerindeki etkilerine bakmak kaçınılmazdır. Denetim yoğunluğu, yalnızca yargı denetimine sokulan ya da denetimden bağışık tutulan işlem kategorilerini, denetim gerekçelerini ve ölçütlerini değil, kaçınılmaz olarak yargı yetkisini ve işlevini ortaya çıkaran bir dizi anayasal, kurumsal ve işlevsel faktörü de kapsar. İşlemin yargı denetimine sokulması ya da sokulmaması ve ne kadarın yargılandığının belirlenmesi, tek başına yargısal ölçüt ve yetkilere bağlı değildir. İdari yargının ve diğer erklerin değişen ve dönüşen işlevleri, yargı denetiminin tam yetki ile yapılmasını zorlayan gelişmeler yargısal denetim yoğunluğunu belirlemektedir. Yargısal denetim yoğunluğunun içeriğini belirleyebilmek için bütün bu boyutların bir arada değerlendirilmesi zorunludur. Yargı denetiminin yoğunluğu, yukarıda belirtilen iki yönlü

yargılanabilirliği ifade etmekle birlikte, birçok "dış" faktörün etkisiyle belirlenmektedir. Bu sebeple bu çalışmada yargı denetiminin yoğunluğu; referans normların genişliği, yargının anayasal pozisyonu ve kapasitesi, yargıç yetkileri, yargı kararının etkililiği ve mahkemenin idari kararın yerine bir karar üretip üretmediği ile, toplamda yargının idari karara müdahale araçları ile ortaya konmaya çalışmıştır.

Çalışmanın Planı

Yargısal denetim, yargılanmanın öncesini ve yargılama sürecinin tamamını kapsayan bir dizi ilke, kural ve değerle çevrelenmiştir. Yargısal denetimin yoğunluğu, temelde yargıcın kullandığı usuli araçlar ve maddi denetim ilkeleriyle belirlenir. Ancak herhangi bir denetim ilkesinin tek başına denetim yoğunluğunu belli bir düzeye çekme kapasitesi olmadığı için yargıcın denetim yetkisini sınırlayan ya da genişleten faktörleri tespit etmek önemlidir. Yargıcın denetim yapıp yapmaması ve ne ölçüde yapacağı birbiriyle ilişkili (hiyerarşik ve yargısal yetkilerin) koşulların tamamına bağlıdır. Bu nedenle iki bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde, yargı yetkisini ve işlevini belirleyen koşullar incelenmiştir. Burada, yargıçları başka türlü hareket edemeyecekleri şekilde davranmaya zorlayan, yargı denetimini zorunlu kılan kavram ve ilkeler ile yargısal tutumu yönlendiren, dolayısıyla yargı denetimini, kapsamını ve derinliğini etkileyen belirli “dış faktörlerden” bahsediyorum.

Dış faktörler, çoğunlukla daha yüksek ya da yargı yetkisi üzerinde sonuç doğurabilecek işlemlerde bulunma yetkisine sahip, bir yargıca yetki verip alabilen veya yargıcın kararını tersine çevirerek yargıcın denetim araçlarını ve yetkileri etkin bir şekilde kullanmasını engelleyen ya da etkin denetimi destekleyen kişi ve grupları içeren kurumsal yapıyı ifade eder. Bu kurumsal yapıyı kuran en üst otorite anayasadır. Bununla birlikte, bu kurumsal yapı içindeki Anayasa Mahkemesi, HSK, yasa/yasama organı, uluslararası yargısal mekanizmalar ve uluslararası sözleşmeler yargı işlevini etkileme ve dönüştürme gücüne sahiptir. Dolayısıyla denetim yoğunluğu; idari yargının diğer organlar

karşısındaki pozisyonu, yüksek mahkemelerin hiyerarşik gücü, yargılamada kullanılan yasalar ve bu yasaların dili ve açıklığı, ölçüt normlar ve yetki kısıtlamalarıyla şekillenmiş durumdadır.

Bu etkileri gösterebilmek için ilk bölümde de, ikinci bölümde olduğu kadar, yargı kararlarından hareket edilmiş; yoğunluğu etkileyen hususlar; hukuk devleti, güçler ayrılığı, temel hakların sağlanması gibi anayasal yapının temel değerlerinin somut görünümleri olan adil yargılanma hakkı, tam yargı yetkisi, yargı bağımsızlığı, yasaların anayasallık denetimine tabi olması vb. kurallar çerçevesinde yargısal denetim ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Bununla birlikte yargılama, yargının kendi işlevleri dışında diğer organların işlevleri ve katkısıyla ve idari yargının tarihsel ve güncel misyonlarıyla şekillenen bir süreçtir. Bu çalışmada yargısallaşma olgusuna idare hukuku bakımından yaklaşılması amaçlandığı için, idarenin yargısal denetiminin siyasal, anayasal ve tarihsel deneyimler ve seçimlerden farklı derecelerde etkilendiği gösterilmiştir. Çalışma, her ne kadar pozitif hukuk ekseninde kalmayı amaçlasa da, yargı yetkisinin bugünkü kapsamını ortaya koyabilmek için ilk bölümde idari yargı denetiminin amacı, özellikleri ve araçları ile denetimin nasıl ve hangi konularla sınırlandırıldığına dair kısa tarihsel açıklamalara yer verilmiştir. Türk idari yargı sistemi açısından yargısal denetimin yoğunluğunu ve bazı yargısal çelişkileri görebilmek için çalışmanın bazı bölümlerinde, denetimi genişleten kavram ve yöntemlere dair örnek hukuk sistemlerindeki bilgilere ve örneklerle de başvurulmuştur.

İkinci bölüm, yargı denetimine giren işlemlerin denetim yöntemi, ölçütleri ve yargıcın yetkileriyle birlikte hangi seviyede, ne kadar yargılanabildiğini ele almaya yönelik olmuştur. Bu bölümde, yargısal denetim başladıktan sonra idari yargının başvurduğu yöntemleri ve ölçü normlarını nasıl ve ne kadar kullandığı gösterilmeye çalışılmıştır.

Denetimin yoğunluğu, çoğunlukla, iç ve dış yasallık denetimi arasındaki ayrımla başlar. Bu yüzden ikinci bölümde, böyle bir ayrım tercih edilmiştir. Bu ayrım, iki denetim yöntemi arasındaki yoğunluk farkı, denetim yöntemleri ve kullanılan denetim ölçütlerine ve yargısal denetimin sonuçlarına dayanmaktadır. Yargı denetiminin sonucundan kasıt, mahkemenin idare yerine karar alabilme ya da idarenin kararının değiştirebilme gücüdür. Esas denetiminde denetimin yoğunluğu, mahkemenin verdiği karar sonucunda idarenin takdir yetkisini olabildiğince kısıtlayarak ve hukuka uygun çözümleri ortaya koyarak neredeyse yerine karar verme yetkisine sahip olması ve geniş anlamda yasallık denetimini içermesidir. Esasa ilişkin denetimde iptal kararının gerekçesi çoğunlukla idareye, bir dahaki sefere vereceği kararlar konusunda bir seçim hakkı bırakmaz ya da hakkını daraltır. Dış yasallık gerekçeleri, çoğunlukla, başvurana aynı işlemin tekrar yapılmayacağına dair güvence veremez. Burada mahkemenin rolünün, idarenin yapması gerekenin ne olduğuna karar vermesi değil, yalnızca kararın gerçekten idarenin yetkisinde olup olmadığına ve yasayla belirlenen şekle uygun yapıp yapılmadığına karar vermesi olduğu kabul edilir. Bununla birlikte, ikisi arasındaki ayrımın her zaman çok açık olduğu söylemez. İkisinin tamamen farklı yasallık unsurlarına denk geldiği ve ilkinin daha öngörülebilir olduğu açık olsa da, bazı kararlarda yetki ve şekil denetiminde yasallık sınırlarının aşıldığını da göstermek amaçlanmıştır.

İkinci bölümün devamındaki kısımlarda, tamamen esas denetiminde hukuka aykırılığın nasıl tespit edildiği incelenmiştir. Esas denetimi, dar ve geniş anlamda yasallığı içine alan bir denetim olmakla birlikte, çalışmanın konusunu oluşturan örnekler çoğunlukla, takdir yetkisine dayanan işlemlerdir. Çalışmada esasa ilişkin denetimin yoğunluğunun iki ana bileşeni olduğu kabul edilmiştir. Esasa ilişkin denetimin ilk bileşeni; hukuki kavramların yorumlanması, hukuk kuralının dava konusu olguların değerlendirilmesi, hukuk kuralının amacının ortaya konulması; sonrasında da ölçülülük, eşitlik ve diğer anayasal ve içtihadi testlerle hukuki etkinin belirlenmesi, yani hukuki

temellendirme süreçlerinden oluşmaktadır. Denetim yoğunluğu, bu aşamaların her birinde yargıcın ne kadar çok soruya cevap aradığıyla ilgilidir. Diğer bileşen, özellikle araştırma ve kanıt kabul etme usulleri, yani mahkemenin yetkileridir. Mahkemeler bu yetkilerini kullanarak idareden istenen kanıtların niteliğini ayarlayabilir (kanıt standardını yükseltebilir ya da düşürebilir) ve denetimin yoğunluğunu belirleyebilir. Bilgi toplamaya ilişkin dış sınırlar (yasa, gizli delil, olayın niteliği vb.) olsa da, bilgi üzerindeki ana sınır, bir yargıcın davaya ilişkin bilgileri araştırması için ne kadar yetkili olması gerektiğidir. Davanın olgusal gerçekleri böylece hukuki bir çerçeve içine alınacaktır. Bu şekilde mahkeme, tutarlı ve anlamlı bir yorumlayıcı hukuk bütününe ulaşmaya çalışacaktır. Bir yargıcın elindeki bilgiler, onun yorumu üzerinde büyük bir etkiye sahiptir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi yargıcın bu yetkilerinin ve referans normların çokluğu, denetim yoğunluğunu tek başına arttıran bir etkiye sahip değildir. Sonuç olarak, her bir ilkenin ve yöntemin ne kadar etkili kullanılacağını dış faktörlerin de etkisiyle şekillenen *yargılama politikası/yargısal tutum* belirlemektedir. Denetim yoğunluğu, denetim sürecinde yargıcın yetkilerini ne kadar etkin kullandığıyla ilgilidir. Denetim yoğunluğu, ikinci bölümde bu kapsamda ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGISAL DENETİMİN GÜÇLENMESİ VE GENİŞLEMESİ

I. İDARİ YARGI DENETİMİ VE İŞLEVİNDE DÖNÜŞÜM

A. İdari Yargının Ortaya Çıkış Nedenleri ve Dönüşümü

Fransız hukukundan mülhem olan idare hukuku sistemi,³ iki temel özellikle ön plana çıkmıştır: Birincisi, yargılama işlevlerine aykırı olarak yargıçların devlet görevlileri olarak uyuşmazlık çözme işlevini yerine getirmesi; ikincisi, idari faaliyetle ilgili işlemlerin adli yargı denetimine girmemesi.⁴ Bu özelliklere sahip idari yargı sisteminin doğumuna sebep olan ilk gerekçe, idari uyuşmazlıkların çözümünün idari işleyişe ilişkin bilgileri gerektirdiğini ve bu bilgilere adli yargı yargıçlarının sahip olmadığı yönündedir.⁵ Buna göre yürütme ve idarenin yargısal denetimi ancak özgün yargıç statüsündeki idari yargıç tarafından yapılabilir. İdari yargıçtan idarenin gereklerini

³ Fransız idari yargı sistemi örnek alınarak kuralan Şura'yı Devlet (1868), Anayasayla (1961) bağımsız bir idari yargı kabul edilinceye kadar, Fransa'dakine benzer dönüşümler geçirmiştir. Tanzimat dönemindeki arayışlar, merkezi yapıya en uygun idari uyuşmazlık çözme yöntemlerine sahip Fransa'yı model alarak; sadrazamın Şura'yı Devlet üyesi olduğu, başkan ve üyelerinin yargıç güvencelerine sahip olmadığı (tutuk) bir idari yargı sistemi oluşturmaları bu benzerliğin tesadüfi olmadığını gösterir. Bkz. Hasan Nuri YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, 2. B., XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 34.

⁴ Bkz. Martin LOUGHLIN, Kamu Hukukunun Temelleri, Çev. Dilşad Çiğdem Sever/Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yay., Ankara 2018, s. 365.

⁵ Bkz. Friedrich A. von HAYEK, "Siyasal Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti (Hukuk Devleti Siyasî İdeali)", in Hukuk Devleti-Bir Hukuki İlke Bir Siyasi İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, 2. B., Adres Yay., 2008, s. 108. Günday için "idari yargının varlık nedeni, idarenin denetlenmesinde uzman yargı kolu olması ve bu denetimi adli yargıya oranla daha etkili bir biçimde yapabilmesi(dir)." Metin GÜNDAY, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", AYD, S. 14, 1997, s. 347. Anayasa Mahkemesi, idari yargı ayrılığını anayasal sistemin bir gereği olmanın yanında yargıçların nitelik ve uzmanlıklarına dayandırmaktadır. Bkz. AYM, 1988/32 E, 1989/10 K, 28.02.1989, R.G. 22.06.1989-20203.

kavraması ve idareci gibi hareket etmesi beklentisi, idari yargının adli yargıya göre farklı bir yargılama işleviyle⁶ özdeşleştirilmesine sebep olmuştur. İkinci gerekçe ise, idari işlem teorisi. İdarenin genel yararı korumakta oluşu ve bundan dolayı idari işlemin kamusal ayrıcalıklara sahip olması,⁷ idari yargı kararlarına, adli yargıya uygulanan basit yargılama kurallarının uygulanmasını zorlaştırmakta ve farklı bir yargılama usulü gerektirmektedir.⁸

Ancak yukarıdaki özelliklere sahip idari yargı sisteminin kurulmasının temelinde, yargılanan idarenin devlet olarak algılanması vardır. Devlet faaliyetlerindeki meşruluk ya da idari işlemlerin sahip olduğu ayrıcalıkların yarattığı farklılıklara, basit bir hukuki mesele olarak karar verilemeyeceğine inanılmaktadır. Bu hukuki konular, çoğu zaman idari politika ya da kamu yararı sorunlarını içermektedirler. İdare mahkemeleri, idarenin amaçlarıyla ilgilenir ve idari mekanizmanın bir parçası oldukları için tamamen bağımsız olmamalıdır. Bu yönüyle idari yargı, idarenin amaçlarına ve işlemlerine karışılmamasını güvence altına almak üzere kurgulanmıştır.⁹

Fransız hukukçulara göre idari yargı, tam da bu amaca hizmet etmek için ortaya

⁶ YAŞAR, Yargısal Emir, s. 5.

⁷ HAYEK, “Siyasal Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti (Hukuk Devleti Siyasî İdeali)”, s. 108-109.

⁸ YAŞAR, Yargısal Emir, s. 7.

⁹ HAYEK, Siyasal Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti, s. 108. Fransa’da Fransız İhtilali’nden sonra, 16-24 Ağustos 1790 tarihli Yasayla “idari ve adli makamların ayrılığı ilkesi” kabul edilmiş ve yargıçların idareye karşı açılmış davalara bakmaları yasaklanmıştı. Bu yasakla birlikte, idarenin eylem ve işlemlerinden zarar gören vatandaşlar mahkemelere başvuramadıkları için doğrudan doğruya idareye başvurup zararların giderilmesini istemiştir. Bu başvurular hakkında yine idare karar vermektedir (idareci yargıç sistemi). 1799 yılında Anayasa’yla Conceil d’Etat (CE) kuruldu ve idare ile vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıkları çözme görevi CE’ye verildi. Ancak Conseil’in uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi yoktu. CE uyuşmazlık hakkındaki görüşünü Devlet başkanına sunuyor ve kararı Devlet başkanı veriyordu (tutulmuş adalet sistemi). Ancak 1872 tarihli Yasayla CE, uyuşmazlıklar hakkında kesin karar verme yetki elde etmiş oldu. İdare hukukunun CE’ye bu yetkilerin verilmesiyle doğduğu ifade edilmektedir. GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 53-54.

çıkılmıştır. Örneğin *Hauriou*’ya göre, idari yargının doğuşu, bir taraftan böylesine özel bir uyuşmazlığın, özel bir yargıç tarafından görülmesi gereği ve kamu gücünün bir “mahkûmiyet”e maruz kalmaması gibi hukuksal gerekçelere, diğer yandan, Fransız merkezîyetçiliğinin anayasal özelliğine ve politik nedenlere göre gerçekleşmiştir.¹⁰ Adli yargıdan kaçış ve idarenin kendini başkasına teslim etmeme direncinin bir sonucu olarak “idareci yargıç” kavramına başvurulmuştur.¹¹ İdari dava, idareye havale edilince, artık dava devletin şahsına karşı bir husumete dönüşmez.¹² Burada esas olan, devletin sıradan kişiler gibi husumete maruz kalmasının önlenmesi yönündeki politik bir tercihtir.¹³ Bu anlayışa göre idari yargı uyuşmazlıklarının çözümünde adli yargının yetkisi kabul edilseydi, doğal olarak adli yargıç bu organa göre bir üstünlük sağlayacak, dolayısıyla idarenin hareket serbestisi adli yargı kararlarının etkisinde kalmış ve idarenin bağımsızlığı zayıflamış olacaktı. Böylece idare, adli yargıdaki uyuşmazlıkların taraflarıyla aynı konuma gelecekti.¹⁴

Bununla birlikte, yargısal denetimin temelleri sayılabilecek ilkelerin yerleşmesi, yargı denetiminin önemli bir dönüşüm geçirmesine neden olmuştur. İdari işlemlerin idari yargıç tarafından denetlenmesini teşvik eden ve öngören teori, işlemleri hakkında hesap vermek zorunda olan bir idarenin sorumluluğunun geliştirilmesini haklılaştırmıştır. Daha temelde, idare için artık ayrıcalık değil de yönetilenlere tanınan güvenceleri güçlendiren bir araç olarak düşünülen bir idare hukukunun yeniden inşasına yol açmıştır. Böylece, “hizmet” referansı, idarenin hukuka boyun eğme iradesini daha iyi ifade eden “iktidar”

¹⁰ M. Hauriou, “Précis de Droit administratif et de Droit public” rec. Sirey, 1927, s. 943-945. Aktaran YAŞAR, Yargısal Emir, s. 21; aynı yönde bkz. Roger BONNARD, İdarenin Kazai Murakabesi, Çev. Ahmed Reşid Turnagil, Devlet Basımevi, İstanbul 1939, s. 110.

¹¹ BONNARD, İdarenin Kazai Murakabesi, s. 110.

¹² BONNARD, İdarenin Kazai Murakabesi, s. 110.

¹³ YAŞAR, Yargısal Emir, s. 22.

¹⁴ Bkz. YAŞAR, Yargısal Emir, s. 19.

referansının yerine geçmiştir.¹⁵ Devlet erklerinin dengesi bu süreçte değişmiştir. Kamu gücü ayrıcalıkları (egemenlik kavramı) yerine kamu hizmeti ölçütü, yürütme işlevini belirleyen bir unsur haline gelmiştir.¹⁶ Bu anlayışta kamu hukuku, kamu hizmeti üzerine kurulmuştur; kamu hukuku sistemi yurttaşların beklenti içinde oldukları hizmete erişmesini sağlamak için yapılandırılmıştır.

Ancak bu dönüşümle birlikte devletin ayrıcalıklarına ilişkin bütün iddialar ortadan kalkmamıştır.¹⁷ Bu sebeple hukuku, devlet öncesi ve devlete üstün bir gerçeklik haline getirmeyi amaçlayan kamu hizmeti teorisi hedefine (önemli ölçüde) ulaşmayı başaramamıştır.¹⁸ Demokratik temeller ışığında halka hizmet etmek için var olan modern devlet, hizmet sunma sorumluluklarını gerçekleştirmesi için geniş kapsamlı idari aygıtlara, yani kamu gücü ayrıcalıklarına her zaman ihtiyaç duymaktadır.¹⁹ Örneğin, idare

¹⁵ Jacques CHEVALLIER, *Hukuk Devleti*, Çev. Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Yay., Ankara 2010, s. 27.

¹⁶ “Hukuk ve Devlet” başlığını taşıyan 1917 tarihli makalesinde *Duguit*, modern dönemde kamu hukukunun gelişimini kapsamlı eleştirel bir gözle değerlendirmiştir. İtaat, yönetenin otoriteye sahip olmasından kaynaklanmaz; “yönetenin hukuka uygun işleminden” kaynaklanır. Yönetenlerin kararı “kendiliğinden bağlayıcı değildir, hukuki ilkeye uygunluğunun etkisiyle bağlayıcıdır.” Duguit’in bu tezi, etkin devletler dünyasında belirgin bir etkiye sahiptir. Modern devlet giderek artan biçimde eğitim, sosyal güvenlik, ulaşım gibi hizmetlerin sunulmasına müdahale etmektedir. Fakat bu sistemin “kamu hukuku sistemiyle kurala bağlanması ve düzenlenmesi” gerekmesine karşılık, “emretme yetkisine ilişkin bir emare bulunmayacak eylemlere uygulandığı için” artık egemenlik fikrine dayalı olamaz. Devlet yetkisinin “gerçek temeli”, “toplumsal dayanışma”dır; burada güce sahip olmakla belli hizmetleri sunma yükümlülüğü arasında yakın bir ilişki vardır. Bkz. Leon DUGUIT, “The Law and the State”, *Harvard Law Review*, V. XXXI, November 1917, no 1.

¹⁷ Fransa’da adli yargı ile idari yargı arasında görev paylaşımı, 1830’dan 1873’e kadar münhasıran kamu gücü kriteri, daha sonra da kamu hizmeti kriteriyle belirlenmeye çalışılmıştır. Ancak kamu gücü ölçütünün tekrar belirleyici bir kriter olarak ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bkz. Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, C. I, 2. B., Ekin Yay., Bursa 2009, s. 75.

¹⁸ CHEVALLIER, *Hukuk Devleti*, s. 36.

¹⁹ LOUGHLIN, *Kamu Hukukunun Temelleri*, s. 363.

vergileri artırma veya hız sınırını aşan bir aracı durdurabilme (kamu gücü) ayrıcalıklı yetkilerine sahiptir. İdari makamlar kamu gücü kullandıklarında, özel hak ve çıkarlara müdahale edebilirler. Ancak yetkileri kullanırken idari makamlar, ilgili tüm tarafların çıkarlarını korumaya yarayan usuli ve maddi kurallarla yönlendirilmekte ve sınırlandırılmaktadır.

Bu süreçle birlikte, Fransa’da idari yargının kuruluş sürecine damgasını vuran “yargılamak aynı zamanda yönetmektir” düşüncesi süreç içinde eski gücünü yitirmiştir. Artık “yargılamak yargılamaktır” düşüncesi gelişmiştir. Buna göre idari uyuşmazlıklarda idarinin taraf olması ya da yargılayan tarafın idarenin içinde olması, ortada bir yargılama olduğu gerçeğini değiştirmez.²⁰ Bu düşünceden kopuşun başlaması, yargısal denetimin gelişmesine katkı sağlamıştır.²¹ Bunun yanı sıra idari yargı, idarenin etkin denetimini sağlamanın özgün bir yolu olarak günümüzde bağımsız yargı yeri niteliğinde, yürütmenin değil, yargının bir bileşenidir. İdarenin yargıcı, artık idare içinde özel görevli bir idareci olmaktan, yargı içinde özel görevli bir yargıca dönüşmüştür.²²

B. İdari Yargıda İşlevsel Genişleme: Bireysel Yararın Koruyuculuğu

Bir fonksiyon, işlemlerin maddi içeriğine bakılarak tanımlanabileceği gibi, bu fonksiyonun kim veya kimler tarafından yerine getirildiğine bakılarak da tanımlanabilir.²³ Yargı işlevinin organik açıdan “bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirildiği” genellikle kabul edilmektedir. Maddi açıdan bakıldığında yargı işlevi, hukuki

²⁰ Peter LINDSETH, “‘Always Embedded’ Administration: The Historical Evolution of Administrative Justice as an Aspect of Modern Governance”, University of Connecticut School of Law Working Paper Series, Paper 19, 2004, s. 10.

²¹ Onur KARAHANOGULLARI, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, İnternet Paylaşımı, Ankara 2005, s. 42.

²² M. Ayhan TEKİNSOY, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yay., Ankara 2013, s. 33.

²³ Kemal GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, Ekin Yay., Bursa 2011, s. 412.

uyuşmazlıkları çözmektir. *Juris*, (*Ius*) “hukuk” ve *diction* (*dicere*) “söylemek” fiilinin isim halinden meydana gelen jurisdiction²⁴ hukuku söylemek anlamına gelir. Yargı, taraflardan hangisinin iddiasının (uyuşmazlık konusunun) hukuken geçerli ya da doğru olduğunu söyler. Yargının işlevi, çatışan hak ve menfaatlerin yarattığı uyuşmazlıklara (yargısal usullerle) çözüm bulmaktır.²⁵ Yargı tanımı gereğı, uyuşmazlığı ortadan kaldırma demektir.²⁶ şu halde yargı, ister istemez, karşıt savların çatıştığını varsayacaktır.²⁷ Nitekim davacı tarafta genellikle menfaati ihlal edilen ya da idari bir eylemden zarar gören kişi, davalı tarafta hukuka aykırı işlem ve eylemi gerçekleştirdiğı iddia edilen idare vardır. Uyuşmazlık tanımında yer alan iki taraf arasındaki çatışma hali, bu durumda mevcuttur.²⁸ Davacı açısından iptal davasıyla hedeflenen, bir hakkın ya da menfaatin ihlaline son verilmesi ve davacıyı etkileyen hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasıdır.²⁹

Ancak Fransız hukukunda, “*idarenin yargısal denetimi, idarenin faaliyetlerinin hukuka uygun olup olmadığının, açılan davalar üzerinde incelenmesi*”³⁰ şeklinde tanımlanmıştır. İngiliz hukuk sisteminde de idare hukukuna ilişkin temel bir prensip olan yargısal denetim,³¹ yasama, yürütme ve idare işlemlerinin anayasa veya yasaya uygun

²⁴ GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, s. 413.

²⁵ Yıldızhan YAYLA, “İdari Yargılamada Veriler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2002-Ankara, Danıştay Yay., Ankara 2002, s. 49; Roger LATOURNERIE, Conseil d’Etat’nın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme, Çev. Yıldızhan Yayla, İÜSBF Yay., İstanbul 1982, s. 155.

²⁶ LATOURNERIE, Conseil d’Etat’nın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme, s. 155.

²⁷ Bkz. LATOURNERIE, Conseil d’Etat’nın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme, s. 69-155.

²⁸ Bkz. GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, s. 413.

²⁹ TEKİNSOY, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, s. 52.

³⁰ Charles Debbsch/Jean-Claude Ricci, Contentieux administratif, 7. B., Dalloz, Paris 1999, s.1-2. Aktaran KARAHANOGULLARI, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, s. 3.

³¹ Onur SIR, Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Adalet Yay., Ankara 2011, s. 213.

olup olmadıklarının tespit edilmesidir.³² Bu ifadelerde uyuşmazlık çözme değil, “inceleme-denetleme” söz konusudur. İdari yargı, anayasayla yetkili kılınan bir organın, karar alma ve kural koyma yetkisini denetlemektedir.

İdare hukukunda yargısal denetimin amacını ve işlevini ortaya çıkarmada belirleyici olan, idarenin yargısal denetiminin koruduğu menfaattir. Kıta Avrupası’nda idari yargının işlevi açısından iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş, Alman sistemine, yani öznel davaya (*recours subjectif*) dayanmaktadır. Buna göre idari davranış karşısında yargısal korumanın amacı, idarenin denetiminden ziyade bireyin hukuki durumunun korunmasıdır. Yargısal denetim yapan mahkemenin amacı, idarenin hukuka uygun hareket edip etmediğinin denetimi değil, bireyin hukuki durumunun ihlal edilip edilmediğidir. Diğer görüş, Fransız sistemi, yani nesnel dava (*recours objectif*) olarak bilinmektedir. Bu sistemde yargısal korumanın amacı, idarenin yasayla verilen yetki içinde ve hukuka uygun hareket edip etmediğinin tespit edilmesidir. Bu nedenle yargısal denetim, kamu yararına hizmet etmektedir ve burada kamu yararı idarenin hukuka aykırı hareket etmemesidir.³³

³² <https://www.britannica.com/topic/judicial-review>.

³³ Bkz. BACKES/ELIANTONIO, Administrative Law, s. 283 vd. Bu gibi durumlarda, hukuk sistemleri gerekli bağlantıyı, “menfaat” ya da “hak” kavramını kullanarak esasen iki ana yolla kurmaktadır. İdari yargı sisteminin amacı, idari işlemin nesnel yasallığını kontrol etmek ise, başvuru sahibi ile itiraz edilen idari işlem arasındaki oldukça gevşek bir bağlantı (menfaat-ilgi), başvuru sahibinin mahkemeye erişimi için yeterlidir. Dava ehliyeti için başvuru sahibinin yalnızca idari işlemle “ilgisi-menfaati” olduğunu kanıtlaması gerekecektir. Öznel davaya dayanan hukuk sistemleri, yalnızca itiraz edilen idari işlemin haklarını etkilediğini başarılı bir şekilde gösterebilen bireye dava açma hakkı verecektir. Bu durumda, örneğin çevre örgütlerinin kendi haklarının etkilendiğini göstermesi daha da zor olacaktır. BACKES/ELIANTONIO, Administrative Law, s. 290-291. Bununla birlikte, idari davaların subjektif denetim olarak nitelendirildiği Almanya’da bazı durumlarda (çevre hukukunda), objektif denetim imkanı vardır. Carsten GÜNTHER, “Administrative Justice in Europe – Report for Germany–“, Leipzig, Çevrim içi, http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/germany/germany_en.pdf, s. 10.

Tarihsel olarak idarenin yargısal denetiminin, yalnızca uyuşmazlığın çözümüne hizmet eden bir mekanizma olmadığını kabul eden Türkiye ve Fransa’da idarenin yargısal denetimi kavramı, idarenin hukuk ve yasa sınırları içinde kalarak hukuka uygun davranması nesnel amacına hizmet eder ki, burada uyuşmazlığın çözülmesi esası, yani bireylerin hakları üzerinde yarattığı etkinin giderilmesi, çok arkalarda kalır.³⁴ Burada birey, davada menfaati ihlal edilen olsa da, idarenin hukuka uygun davranması için bir araç olarak görülmektedir.³⁵ İdarenin yargısal denetimin birincil amacı bireyi korumak değil, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamaktır.³⁶ İdari davanın “nesnel” amaçlara hizmet ettiğinin kabul edilmesi, idari sistemin tamamının doğru çalışması amacıyla bağlantılıdır. Fransa’da yakın zamana kadar yargının adaleti gerçekleştirme ve bireysel hakları koruma “özel” amaçlarının ikincil olduğuna inanılmıştı.³⁷

İptal davasının nesnel niteliği gerçek anlamıyla taraf bulunmadığı, davanın işleme karşı açıldığı kabulüne dayansa da, dava açmak idareyle birey arasında çekişme-uyuşmazlık yaratmak demektir.³⁸ Bugün, idari yargı idarenin nesnel hukuk düzenine

³⁴ GÜNDAY, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, s. 347; İl Han ÖZAY, “Türkiye’de İdari Yargının İşlevi ve Kapsamı”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yay., Ankara 1982, s. 19.

³⁵ Bkz. A. Ülkü AZRAK, “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, Hukuk Kurultayı 2000, C. I, Ankara Barosu Yay., Ankara 2000, s. 332. Ayrıca bkz. S. Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, (C. I-II-III), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1772-1773; İstanbul Üniversitesi Yay., İdari Kaza, C. I, İdari Davalar, İstanbul 1949, s. 43-44.

³⁶ Bkz. BACKES/ELIANTONIO, Administrative Law, s. 262.

³⁷ BIGNAMI, "Comparative Administrative Law", s. 7.

³⁸ Dilekçede tarafların gösterilmesi kuralının idareyi davalı olarak göstermeyi hükme bağlaması idarenin davanın tarafı olarak görüldüğünü (Gürsel KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, 6. B., Ekin Yay., Bursa 2020, s. 218) ayrıca idarenin savunma vermesi, işlem sebebini bildirmesi, bilirkişi raporları ve yürütmeyi durdurma kararlarına itiraz etmesi ve kanun yollarına başvurusu gibi taraf işlemlerini yapması idari yargının idareyi değil, işlemi yargıladığına ilişkin kabulün geçersiz olduğu yönündeki görüşleri desteklemektedir. TEKİNSOY, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, s. 53-54.

uygunluğunu denetlemekten çok, zamanla uyuşmazlık çözen bir işleve, öznel bir niteliğe kavuşmuştur. Bunun sonucunda; idari yargıda denetim esas olarak, “yasaların doğru biçimde yorumlanıp yorumlanmadığına, takdir yetkisinin hukuka uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığına, kararı alan organın hakkaniyete uygun biçimde davranıp davranmadığına ve kullanılan kamusal yetkinin insan haklarını ihlal edip etmediğine ilişkin bir değerlendirmeyi içerecek”³⁹ şekilde genişlemiştir. Bu genişlemede, temel hak ve özgürlükler temelinde denetim yapan mahkemelerin, AİHM ve anayasa mahkemelerinin yargısal denetim sistemine katılmasının büyük rolü vardır. Bu etki, zaman içinde denetimin konu ve yetki bakımından kapsamının genişlemesine de sebep olmuştur.

Bunlarla birlikte, idari yargının genel yararın koruyuculuğundan özel yararın koruyuculuğuna geçişi, iptal davasının objektif niteliğinden kaynaklanan koruyucu işlevlerin bertaraf edilmesine yol açmamıştır. İdari yargılama usulüne ilişkin ilkeler halen (re’sen araştırma, yazılı yargılama) idarenin tek taraflı kamu gücü kullanması sebebiyle işlevseldir. Yargısal güvencenin kapsamı ve yoğunluğu, idare hukukunun üzerine kurulduğu kamu hizmeti ve kamu ayrıcalıkları teorisi ile bireysel hakların korunması ve diğer liberal güvenceler ikileminde yargı içtihatlarıyla belirlenmektedir.

C. İdarenin Yargısal Denetiminin Dayandığı Temel İlkeler

İdare hukuku ile anayasa hukuku arasındaki yakın ilişki, tüm hukuk sistemlerinde barizdir.⁴⁰ İdare hukuku, tamamen anayasal temeller üzerine inşa edilmiştir. Alman hukukunda, idare hukukunun anayasayla somutlaştırıldığı ifade edilmektedir.⁴¹ Bugün

³⁹ Hilaire BARNETT, Administrative&Constitutional Law, 5. B., Canvendish, Londra 2004, s. 709.

⁴⁰ Mahendra P. SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer 2001, s. 11

⁴¹ Fritz WERNER, Verwaltungsrecht asl konkretisiertes Verfassungsrecht, 74 DVBI 527, 1957,

tartışmasız idare hukuku; hukuk devleti, demokrasi, güçler ayrılığı vb.⁴² anayasal kavramlar ve değerler üzerine kurulmuş ve bu kavramlarla şekillenmiştir. Dolayısıyla idari yargı denetiminde, denetim yoğunluğu ve kapsamıyla ilgili soruların çoğunun doğası gereği anayasal sorunlarla ilgili olduğu görülmektedir. Devletin bağımsız olarak işlev görmesi ve özerk bir varlık olarak yönetmesi, yetkilerin ayrılması, yargının rolü ve yargısal denetimin meşruiyeti gibi fikirlerin dayandığı anayasal ilkeler, hem yargısal denetim işlevini hem de yargısal denetimin etkinliğini belirlemektedir.

Kamu otoritelerinin takdir yetkisini kullanmasında, devletin üç gücü ve birey ile devlet arasındaki ilişkilerle ilgili anayasal ilkeler zorunlu olarak gündeme gelir. Bu nedenle idarenin yargısal denetimi üç ana gerekçeye dayandırılabilir: hukuk devletinin, temel hak ve özgürlüklerin ve güçler ayrılığının sağlanması. Bu gerekçeler, aynı zamanda, mahkemelerin idarenin işlemlerine müdahale kapsamını belirleyen ya da meşrulaştıran anayasal referanslardır. Yargısal denetim çoğunlukla hukuk devletini iletme amacına yöneliktir. Bu ilke, idare açısından işlevseldir, kişilere bir sorumluluk yüklemeyi. Kamu idaresi yasalarla belirlenen sınırlar ve amaçlara uymak zorundadır, yoksa işlemler despot yönetimlerin keyfi işlemlerine dönüşür. Mahkemelerin görevi idareyi bu sınırlara uymaya zorlamaktır. İdari işlemlerin denetlenmesinin ikinci sebebi, idarenin bireyin temel hak ve özgürlükleri korumasını sağlamaktır.

İdari işlemin yargısal denetiminde gözetilmesi gereken diğer ilke, güçler ayrılığıdır. Bu ilke, denetimin yoğunluğunun düşürülmesine gerekçe gösterilen başat ilkelerden biri olmakla birlikte,⁴³ aynı zamanda, yargı bağımsızlığı ve yargısal işleve

s. 74. Aktaran SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s. 11.

⁴² SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s. 11.

⁴³ Bu gerekçe, daha çok saf güçler ayrılığı ve ilk dönem güçler ayrılığı kuramına dayanıyor görülmektedir. Yürütmenin takdirî kararlarına idari yargı organlarının müdahalesinin sınırlı olması gerektiğini savunanlar, yargının sınırlı işlevini savunmaktadırlar. Aşağıda da açıklanacağı gibi güçlerin ayrılığı, yargı rolünün güçlenmesi ve yargıcın bağımsızlığı ilkesiyle bir dönüşüm geçirmiştir. Güçler ayrılığı dengesinin genellikle yargı müdahalesiyle

içkin yetkilerin varlığı açısından güvence sağlayan bir ilkeye dönüşmüştür. İdarenin yargısal denetiminin dayandığı bu ilkelerin teorik ifadeleri, idari işlemlerin yargı tarafından yoğun olarak denetleneceği izlenimini verir. Başlangıçta idarenin yasallığının sağlanması amacına hizmet eden idari yargı, zamanla denetimin dayandığı kavramlardaki anlamsal dönüşümle birlikte işlevsel bir dönüşüm yaşamıştır.

1. Hukuk Devletinin Sağlanması

Hukuk devleti, tarihsel olarak farklı sıfatlarla⁴⁴ ve işlevlerle var olmuştur.⁴⁵ Temel tez, hukuk devleti ilkesinin kurumsallaşması ile iktisadi gelişme arasında doğrudan bir bağ olduğudur. Kavramın anlamı tarihsel olarak; liberal, sosyal ve neoliberal hukuk devleti vb. biçiminde sürekli yenilenmektedir. Bu bağlamda hukuk devletinin sadece şekli olarak kabul edilen kurallar bütünü olup olmadığı ya da yaşayan anayasal geleneğin özünde var olan diğer değerleri kapsayıp⁴⁶ kapsamadığı tartışmalıdır. Bu tartışma, yargı yetkisinin kapsamını da etkilemektedir. Dolayısıyla ‘yeni’ bir kavram olan hukuk devleti için genel geçer ya değişmez bir içerik ya da özden bahsetmek zor olabilir. Tanımın bir hukuk sisteminden diğerine önemli ölçüde değiştiğine dikkat etmek önemlidir. Ancak bu

bozulduğu ifade edilse de, diğer organlar (yasama ve yürütme) bu anayasal dengenin bozulmasına neden olan/olacak nitelikte “idari” işlemler yapmaktadır. Birel yasama işlemleri, bunun en belirgin örneklerdir. Bkz. AYM, 2015/61 E, 2016/172 K, 02.11.2016, R.G. 09.12.2016-29913; 2007/97 E, 2010/32 K, 04.02.2010, R.G. 10.12.2011/28138.

⁴⁴ “Rule of law”, “Rechtsstaat” ve “l’Etat de droit” ayrılığı çok karmaşıktır, daha geniş bir çalışmanın konusudur. Amacımız açısından üçü arasındaki ortaklıkları ve farklar olduğunu belirtmek yeterlidir. Bkz. LOUGHLIN, Kamu Hukukunun Temelleri, s. 273-274. Rechtsstaat ve Rule of Law kavramları arasındaki farklar için bkz. Mithat SANCAR, Hukuk Devletinin Genel Teorisi, Dipnot Yay., Ankara 2006, s. 23 vd.; Tolga ŞİRİN, “‘Hukukun Üstünlüğü’ (Rule of Law) ve ‘Hukuk Devleti’ (Rechtsstaat): Aralarında Fark Var mı?”, in Prof. Dr. Tuncer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yay., Ankara 2010, s. 679-696.

⁴⁵ Berke ÖZENÇ, Hukuk Devleti- Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 1. B., İletişim Yay., İstanbul 2014, s. 202.

⁴⁶ LOUGHLIN, Kamu Hukukunun Temelleri, s. 274.

başlık, başlangıç olarak, hukuk devleti açısından en düşük ortak payda olan yasallığı tanım olarak kabul eder.⁴⁷ Yani burada hukuk devleti, idare hukukunda rasyonelliği sağlayan biçimsel ilkelere kaynaklık etmesi bağlamında önemlidir.

Liberal hukuk devletinde, yasaların, özellikle de genel nitelikli yasaların hakimiyetine dair vurgu; toplumsal mücadeleler, iktisadi ilişkiler ve iktisadi olarak hakim sınıfı oluşturan burjuvazinin siyasi konumuyla yakından ilişkilidir.⁴⁸ Temel hak ve özgürlükler, güçler ayrılığı, hukuki güvenlik, yasanın üstünlüğü gibi unsurlarla belirlenen devlet anlayışı, siyasal egemenlik için mücadele ederek belli bir güce erişmiş olan burjuvazinin ihtiyaçlarıyla ve ekonomik yapısıyla birebir örtüşmektedir.⁴⁹ Kapitalist sistem, sözleşme özgürlüğünün ve mülkiyet hakkıyla birlikte, eşit ve özgür hukuki öznelerin varlığını gerektirmekte, bu da yasa önünde eşitliği gerekli kılmaktadır. Bu anlamda ayrıcalıklı yetkilere sahip siyasi iktidarın olası müdahalelerini öngörecekt ve siyasi iktidarı sınırlayacak bir kuram olarak hukuk devleti ideali, insani özelliklerinden soyutlanarak hukuki özneye dönüşen bireyler arasındaki sözleşmesel ilişkilerin gelişmesinde genel nitelikteki rasyonel yasalarla öngörülebilirliği karşılamaktadır. Siyasi iktidarın görevi modern devletlerde, bu ilişkilerde gerekli olan öngörülebilirliği sağlayacak bir hukuki düzeni kurmak ve korumaktır.

Öngörülebilirlik, hem devletin faaliyetlerini hem de özel kişiler arasındaki sözleşme ilişkilerinin yerine getirilmesini kapsar. İleriye dönük, açık ve genel nitelikteki

⁴⁷ “En kapsamlı kavramlar arasında muhtemelen ‘hukuk’ tanımının bir parçası olarak temel haklar ve sosyal adalet prensiplerini içeren ve doğuştan yürütme yetkisini tanımayan, ancak tüm idari işlemlerin parlamento tarafından yetkilendirilmesini gerektiren (Almanlara ait olan Rechtsstaat) hukuk devleti kavramıdır.” John S. BELL, “Comparative Administrative Law”, in The Oxford Handbook of Comparative Law, Ed. M. Reimann/R. Zimmerman, Oxford University Press, New York 2006, s. 1272. Aktaran BIGNAMI, “Comparative Administrative Law”, s. 24.

⁴⁸ ÖZENÇ, Hukuk Devleti- Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, s. 202.

⁴⁹ Mithat SANCAR, Devlet Aklı Kısılacında Hukuk Devleti, 3. B., İletişim Yay., İstanbul 2004, s. 36.

yasalarla, başta güçler ayrılığı ilkesiyle genel düzlemde ve ayrıca özel olarak da kurumsal silsilede, yetkilerinin sınırları belirlenmiş organların varlığı koşullarına⁵⁰ bağlı olan öngörülebilirlik, ancak toplumsal ve özellikle de ekonomik ilişkilerin bütünsel bir düzene yerleştirilmesi, yani normlaştırılmasıyla sağlanabilirdi. Normlaştırma işleminde başvurulacak temel araç da, hukuk devleti teorisinin merkezî kategorilerinden biri olarak kurgulanan “yasa”⁵¹ olmuştur.

Yasaların hakimiyeti, siyasi ve ideolojik işlevlerinin yanısıra, öngörülebilirliği sağlayan iktisadi işleviyle, burjuvazinin kurmaya çalıştığı hegemonyayı destekleyen bir söylem olarak ortaya çıkmıştır.⁵² “Vatandaşın özgürlüğüne ve mülkiyetine yönelik müdahaleler” bundan böyle ancak bağlayıcı niteliği mutlak olan ve bütün devlet faaliyetlerine egemen olacak olan yasa temelinde mümkün olabilir.⁵³ Hukuk kurallarının belli bir istikrar içerisinde yürürlükte kalması, bir yandan öngörülebilirliği sağlarken diğer yandan resmî görevlilerin (idari ve yargısal faaliyetlerde) yasalara bağlı hareket etmesi açısından önem taşır. Bu, takdir yetkisi kullanımının belli bir marj içerisinde kalmasını sağlamaktadır. İdarenin keyfî davranmasının engellenmesiyle özgürlükler de güvence altına alınmış olur. Bu bağlamda hukuk devleti teorisi başlangıçta, idarenin hukuka uymasını sağlar. İdare kendi işlemleri için yasalarca öngörülen normlara uymalıdır ve bu da (yasallık ilkesi de), yargısal bir denetimin varlığıyla güvence altına alınmalıdır.⁵⁴

Hukuk devletinin temel karakteristiğinde devlet, bireylerle önceden düzenlenmiş genel kurallarla ilişki kurmaktadır. Bu gereklilik, asıl anlamını idare bağlamında kazanır

⁵⁰ ÖZENÇ, Hukuk Devleti- Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, s. 205.

⁵¹ SANCAR, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, s. 36.

⁵² ÖZENÇ, Hukuk Devleti- Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, s. 205-206.

⁵³ SANCAR, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, s. 36.

⁵⁴ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s .7.

ve hukuk devletini polis devletinden⁵⁵ ayıran temel ilkeyi oluşturur.⁵⁶ Hukuk devleti doktrini, uygulamada, yasanın idare üzerindeki üstünlüğünün kabulüne götürür: idare, yasaya karşı hareket etmekten (contra legem) kaçınmalıdır; aynı zamanda, sadece yasal bir yetkilendirmeye dayanarak hareket etmelidir (secudum legem).⁵⁷ Yasallık, hukuk devleti ilkesinin varlığı konusunda bir karine teşkil eder. İdari işlem ve eylemlerin yasaya uygun olması ve yasaya uygunluğun yargı yoluyla denetlenmesi, “hukuk devleti ilkesinin modern anlamda ilk basamağını teşkil eder.”⁵⁸ Hukuk devletinin belirlilik, öngörülebilirlik amacına hizmet eden yasa, aynı zamanda; genellik, süreklilik, soyutluk, haklar için güvence teşkil etme vasıflarına sahip olmalıdır.⁵⁹

Nihayet hukuk devleti, sadece öngörülebilir ve rasyonel bir hukuki düzeni değil, aynı zamanda adil bir hukuk düzeninin ifadesi olarak da (maddi-özel hukuk devleti) vardır. Hukuk devleti, ister biçimsel özellikleriyle ister özel bir içerikle tanımlansın; temel işlevi, siyasi iktidarın meşruluğunu gayri şahsi bir düzene referansla, genel nitelikteki ve öngörülebilirliği sağlayan hukuki kurallarla kurgulamasıdır.⁶⁰ Bu kurgunun ana işlevi, sürekli dönüşen içeriğine rağmen tüm devlet faaliyetlerinin öngörülebilir ve hesaplanabilir olmasını sağlamaktır.

⁵⁵ “*Terimdeki ‘polis’, yönetim aygıtını ve gücünü anlatmaktadır.*” Onur KARAHANOĞULLARI, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 3. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 49.

⁵⁶ CHEVALLIER, *Hukuk Devleti*, s. 11.

⁵⁷ CHEVALLIER, *Hukuk Devleti*, s. 11, 12.

⁵⁸ SIR, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, s. 16.

⁵⁹ Bkz. Halil ALTINDAĞ, *İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi*, XII Levha Yay., İstanbul 2016, s. 20 vd.

⁶⁰ ÖZENÇ, *Hukuk Devleti- Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, s. 245.

2. Yürütmenin Sınırlandırılması

Güçler ayrılığı, Aristo'ya⁶¹ ve daha erken dönem düşünörlere⁶² dayanmakla⁶³ birlikte, modern anlamda güçler ayrılığının baskın unsuru olan devlet gücünün (siyasi iktidarın) bölünmesi öncelikle Locke ve Montesquieu'nun görüşlerinde görölmektedir. Locke doktrininin zayıflığı, yargı erkini tanımamasıydı.⁶⁴ Montesquieu, Locke'un aksine, yargı gücünü tanımıştır.⁶⁵ Ancak Montesquieu'nun üçlü ayrımında yargının “ayrı ve bağımsız” bir organ olarak nitelendirilmesi zordur. Çünkü Montesquieu yargıyı, yasanın

⁶¹ Karl DOEHRING, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul 2002, s. 192; Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, Kral Devletinden İmparatorluğa, 3. B., İmge Kitabevi, 2002, s. 355; Mehmet Emin AKGÜL, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2010, s. 82. Sam J. ERVIN, “Separation of Powers: Judicial Independence”, Law and Contemporary Problems, 35, 1970, s.108.

⁶² Bkz. Alaeddin ŞENEL, Siyasal Düşünceler Tarihi, 4. B, Bilim ve Sanat Yay., Ankara 1995, s. 210-211. “Montesquieu'nun güçler ayrılığı düşüncesi ve kurumların gelişimi üzerindeki etkisinde düşüncesi diğerlerinin etkisini çok geride bırakmakla birlikte Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı doktrinini icat etmediği açıktır.” M.J.C. VILE, Constitutionalism and the Separation of Powers, 2. B, Liberty Fund, Indianapolis 1998, s. 26, 107, Çevrim içi, https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/677/Vile_0024_EBk_v6.0.pdf

⁶³ ERVIN, “Separation of Powers: Judicial Independence”, s. 108.

⁶⁴ Modern anlamdaki kuvvetler ayrılığında yasama ve yürütmenin yanındaki üçüncü erk yargı iken, Locke'un düşüncesinde yasama ve yürütmenin yanındaki üçüncü erk federatif erktir. John LOCKE, The Second Treatise of Government, New York, The Liberal Arts Press, John Locke, Second Treatise of Government, 1952, 13 bölüm, Çevrim içi, <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>.

⁶⁵ Montesquieu'nun “Yasama gücü, tekil bir kişi veya yürütme gücüyle birleşirse, özgürlük yok demektir. ... Yargılama gücü, yasama ve yürütme gücünden ayrı olmazsa yine özgürlük yok demektir, yargılama gücü yasama gücüyle birleşirse, vatandaşların canı ve özgürlüğü üzerinde sahip olunan güç keyfi hale gelecektir, zira hakim bu durumda yasa koyucu olacaktır. Yargılama gücü yürütme gücüyle birleşirse, hakim bir zorbanın gücüne sahip olacaktır. Şu üç erk, ...aynı kurumun elinde olursa her şey mahvolur” sözleri güçler ayrılığına çokça referans verilmektedir. Bkz. Charles Louis de Secondat MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine, Çev. Berna Günen, 2. B, İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2017, s. 199.

sözünden fazlasına dayanmadan, yaratıcı işlevlerden uzak, yürütmeyi yalnızca yasayla sınırlayan bir güç olarak nitelemiştir.⁶⁶ Böylece yargı, siyasal bakımdan etkin ve hukuksal bakımdan biçimlendirici olmayan bir güç olarak konumlandırılmıştır.⁶⁷ Bu konumlandırmanın, günümüzde ne Anglo-Sakson hukuk sistemi ne Kıta Avrupası hukukunda gelişen içtihadi hukuk anlayışıyla⁶⁸ bağdaştığı söylenebilir. Bu yüzden Montesquieu'nun görüşlerini temel alan klasik güçler ayrılığı şeması, zaman içinde bağlam ve anlam farklılığına uğramıştır.

Montesquieu'nun güçler ayrılığı şemasında önemli sapmalar olmasına rağmen, güçler ayrılığı her şeyden önce yasama ve yürütme işlevlerinin ayrılmasını ve özellikle yürütmenin yetkilerinin yasayla sınırlandırılmasını içerdiğinden, bu sapmaların güçler ayrılığı doktrininin normatif anlamını dışlamadığını belirtmek gerekir.⁶⁹ Güçler ayrılığı kuramının oluşturulmasında yasa eksen alınmaktadır. Yasa zorunludur, ancak sorun onun baskıcı olmasını önlemektir.⁷⁰ Güçler ayrılığı teorisinin arkasında parlamentonun üstünlüğünün sağlanması ve güçler arasında yetki müdahalesinin engellenmesi vardır. Kamu idaresi, yasalarla belirlenen sınırlar ve amaçlara uymak zorundadır. Mahkemelerin birincil görevi, yürütmeyi bu sınırlara uymaya zorlamaktır. Bu, idarenin yasamaya karşı sorumlu olduğu bir görevdir. Yargının bu temel (yürütmeyi yalnızca yasayla sınırlama) işlevinde, hukuk düzenleri arasındaki farklılıklarla birlikte, temelde hukukun belirsizliği (idareye verilen takdir) ve yargısal denetime olan talebin artmasıyla, bazı değişiklikler olmuştur. Bu değişiklikler, yargısal güvencelerin ve yetkilerin genişletilmesi, dolayısıyla

⁶⁶ Bkz. MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine, s. 200.

⁶⁷ Ayşe ÖZKAN DUVAN, “Devlet Teorisonde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 1, 2019, s. 50.

⁶⁸ DOEHRING, Genel Devlet Kuramı, s. 196.

⁶⁹ Piotr MIKULI, “Separation of Powers”, Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL], Çevrim içi, <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e466?rskey=JlZofi&result=172&prd=MPECCOL>

⁷⁰ İbrahim Ö. KABOĞLU, Anayasa Hukuku Dersleri, 2.B., Legal Yay., İstanbul 2005, s. 103.

güçler ayrılığı sistemi içinde yargının yeniden konumlandırılmasıyla sonuçlanmıştır.

Devletin toplumsal hayattaki gelişmiş rolü temelde yürütme erkinin daha kapsamlı yetkilere sahip olması üzerinden döner.⁷¹ Yetkiyi genişletmenin en iyi aracı ise takdir yetkisidir. İdare, bu yetkiyle yasamanın belirsiz ve açık bıraktığı alanları doldurur. Yasalarla öngörülen kurallar genellikle belirsiz kavramlar içerdiğinden ve genel olduğundan, kamu hakları ve görevleri konusunda karar veren yasa koyucu değil, çoğunlukla idarenin kendisidir. Ancak idare, bu belirlemeyi her zaman hukuka uygun ya da yasamanın amacına uygun bir yol seçerek yapmaz. Bu noktada da yargı devreye girer. Yargıç da, artık Montesquieu'nün tarif ettiği "yasanın ağzı" olmaktan çok daha önemli bir işlev görmektedir.⁷² Yargıcın hukuku söyleme görevi, yorum yetkisini içerir ve bu da, yaratıcı bir işlevdir. Özellikle yasalar; belirsiz kavramlar, genel ilkeler, hedef normlar içerdiğinde, yargının biçimlendirici etkisi de artar ve yasamaya benzer bir faaliyet yürütür hale gelir.⁷³ Yasaların kalitesi göz önüne alındığında, yargıçların yorumlama yetkisinin büyük ölçüde artması anlaşılır bir durumdur. Aynı zamanda anayasaya ve uluslararası mevzuata aykırı sonuçlara yol açabilecek herhangi bir sonuçtan kaçınmaya yönelik yeni yorumlama yöntemlerinin başarısı, bu işleve destek sunmaktadır.

Diğer yandan temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasına yönelik talebin (dava sayısının) artması ve yargının daha aktif olmasını teşvik eden insan hakları ve anayasacılık kültürünün gelişmesiyle yargı daha önemli hale gelmiştir.⁷⁴ Yargıcın bireysel hakları güçlendirmedeki rolü, anayasal düşüncenin ürünüdür. Bu düşüncede,

⁷¹ LOUGHLIN, Kamu Hukukunun Temelleri, s. 328.

⁷² MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine, s. 200.

⁷³ Yasa, artık yalnızca yasama organının değil, farklı organların katılabileceği geniş bir istişare sürecinin sonucu olarak algılanmaktadır. *Kelsen* bu anlamda anayasa mahkemelerini olumsuz yasa koyucular olarak görmektedir. Bkz. Hans KELSEN, “Anayasanın Yargısal Teminatı”, Çev. Yasin Sönmez, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015, s. 884.

⁷⁴ Anthony F. MASON, “Judicial Independence and the Separation of Powers-Some Problems Old and New”, The University of British Columbia Law Review, 345-24, 1990.

güçlerin ayrıştırılmasında temel amaç, keyfi devlet müdahalelerini zorlaştıracı koşullara bağlayarak bireyin hak ve özgürlüklerini korumaktır. Bireysel hakları korumakla görevlendirilmiş mahkemeler, dava konusu toplumsal yaşamın yeni sorunlarının çoğunu bireysel haklar çerçevesinde ele almaktadır. Bazı durumlarda mahkemeler, olaya uygulanacak hüküm yeterli açıklıkta olmasa da karar vermek zorundadır. Yargıç burada da, yaratıcı bir pozisyonudadır. Dolayısıyla tümüyle yasanın emrinde yürütmeyi sınırlandıran bir yargısal güçten bahsetmek oldukça güçtür.

Yürütmeyi güçlendiren ve dolayısıyla temel insan haklarına müdahale yetkisi veren idari takdirin varlığı; asıl olarak yürütmeyi sınırlamaya, yasamayı güçlendirmeye yönelik güçler ayrılığı ilkesine ters düşmektedir. Bu yüzden yargının yürütmenin keyfiliğini sınırlandırma görevinin yaratıcı işlevlerle yerine getirilmesi ve yargının anayasal sistem içindeki rolünün güçlenmesi (bağımsızlık güvenceleri ve yetkilerle) idari yargının denetimini yasallık denetiminin ötesine taşımasına imkân vererek denetimin yoğunluğunu artırmaktadır.

Yürütmenin, yasamanın üstünlüğü ilkesine dayanılarak sınırlandırılması fikrine dayanan güçler ayrılığı, ancak yargının güçlendiği bir modelde daha işlevsel olabilir.⁷⁵ Güçler ayrılığı, idarenin yargısal denetimini öngören hukuk devleti ilkesiyle birlikte düşünüldüğünde yalnızca yasama lehine yorumlanarak yargı yetkisine ciddi sınırlar koymaz. Modern devlette güçler ayrılığının getirdiği teorik görev bölümünün pratikte uygulanması her zaman kolay değildir. Bu yüzden modern idari devlet, uzun zamandan

⁷⁵ Bu yüzden güçler ayrılığı sistemi, yargı bağımsızlığıyla karakterizedir. Artık güçler ayrılığı, yargı organı için yalnızca işlev-görev alanını belirleyen bir ilke değil, ayrıca yargıç bağımsızlığını sağlayan bir ilkedir. Yargı yetkisi genişledikçe ve bağımsızlık güvenceleri sağlandıkça yargı, temel hakları korumada daha etkin olabilmektedir. Hatta anayasal sistem içinde yargının yükselişi, yargı organına yönelik tehlikeleri ortaya çıkardığı için yargı bağımsızlığı, ayrıca güçlendirilmesi gereken bir olgu olmuştur. Güçler ayrılığı ilkesi, yargı organları için daha katı bir örgütsel ve esaslı ayırım gerektirmiştir. (MIKULI, “Separation of Powers”, 25. prg)

beri yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları arasındaki keskin ayrıma dayanan güçler ayrılığına katı bir şekilde uyum göstermekten vazgeçmiştir.⁷⁶ Dolayısıyla güçler ayrılığı, bütünüyle ayrılık prensibi değil ancak iktidarı kuran, paylaşan ve dengeleyen bir kavramdır.⁷⁷ İlkenin amacı, kamu gücünün tek elde toplanmasını engelleyerek söz konusu kurumların karşılıklı birbirini denetlemesi ve sınırlamasıdır.⁷⁸ Yargı da, bu düzen içinde kurallarla konulan hukuk düzeninin koruyucusu olarak denge ve denetleme (sınırlama) işlevini yerine getirir.⁷⁹

⁷⁶ Bkz. Eoin CAROLAN, *The New Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford 2009.

⁷⁷ Güçler ayrılığının saf tanımına göre (*saf güçler ayrılığı teorisi*) siyasi özgürlüğü korumak için, devlet aygıtını, her biri ayrı bir devlet işlevine sahip olan yasama, yürütme ve yargı organlarına ayırmak gerekir. Bu yetkilerin her biri, kendi işlevinin ifası ile sınırlandırılmalıdır ve herhangi birine bir diğerinin işlevine müdahale etme yetkisi verilmemelidir. Ayrıca bu tanıma göre hiçbir organın üyesi diğer bir organın üyesi olamaz. Bkz. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2.B., s. 14. Güçler ayrılığı, saf anlamının yanı sıra *denge ve denetim sistemi* olarak bilinir. Bu yaklaşımda, devlet organları arasında kesin bir işlev ayrımı bulunmamakla birlikte, gücün tek bir organda yoğunlaşmasına karşı koruma sağlayan bir dizi kural ve ilke vardır. Bu sistem, farklı yetkiler arasında kısmi bir işlev dağılımını gerektirir, öyle ki, devletin her organı, diğerleri üzerinde belirli yasal araçlarla kısmi kontrol uygulayabilir. Devlet yetkilerinin karşılıklı olarak sınırlandırılması, devlet aygıtı içinde göreceli bir denge sağlamayı amaçlamaktadır. Denetim sistemi ve devlet kurumları arasındaki diğer karşılıklı bağlar, teorik güçler ayrılığı kavramının sert, saf prototipinden farklılaşmaya neden olur. Ancak günümüzde, bir ülkede ayrılığın uygulanma derecesi bir sistemden diğerine değişmektedir. Aalt-Willem Heringa/Philipp Kiiver, *Constitutions Compared-An Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2nd Edn, Intersentia 2009, 23. Aktaran MIKULI, “Separation of Powers”, prg. 7.

⁷⁸ Anayasa Başlangıç 4. paragrafta da “*kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelme*” diği, tersine işbölümü ve işbirliği olduğu belirtilmiştir.

⁷⁹ LOUGHLIN, *Kamu Hukukunun Temelleri*, s. 125-126.

3. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması

Güçlerin ayrılığı, sadece güçlerin rasyonel örgütlenmesi sorunu değildir. Her insan ve bir bütün olarak toplum için bir özgürlük meselesidir.⁸⁰ Modern devlette hukukun siyasi iktidarı sınırlandırıcı işlevinin ortaya çıkışı, aynı zamanda insan hakları kavramının gelişimine de işaret eder. Liberal hukuk devleti teorisinde “yasa” kavramının sahip olduğu önem, ayrıca bireysel özgürlüğün geliştirilmesinin kurumsal çerçevesi anlamını da taşır.⁸¹ “Genellik” karakteriyle belirlenen yasa kavramı, eşitlik ilkesine de olanak sağlar. Bu düzen, aynı zamanda bireysel özgürlük ve hakları temin eder ve korur; çünkü aksi takdirde siyasal ve hukuksal eşitliği sağlamak mümkün olmaz.⁸²

İdare, “devletin toplumsal ve kişisel yaşama en yoğun ve güçlü biçimde müdahale eden fonksiyonu olduğundan, kişi hak ve özgürlükleri bakımından az çok tehlikeli olabilecek yetkiler içerir”.⁸³ Hukuk devleti, aynı zamanda belli bir hukuk ve devlet düzeni anlayışını yansıtır ve normlar hiyerarşisi ve güçler ayrılığı aracılığıyla devlet otoritesine karşı bireyi korur. Artık bütün liberal devletlerde, üstün hukuksal metinlerde yer alan temel hakların hukuk devletinin temelini oluşturduğu varsayılır.⁸⁴

Anayasalar, temel hak düzenlemeleriyle mahkemelere yasama ve yürütme faaliyetlerinin bireysel haklarla uyumluluğuna ilişkin açık denetim yetkisi vermektedir.

⁸⁰ Marta CARTABIA, “Separation of Powers and Judicial Independence: Current Challenges”, European Court of Human Rights the Authority of the Judiciary Seminar in the Occasion of the Solemn Hearing of the Court Strasbourg, January 26th, 2018, s. 1, Çevrim içi, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/news/cartabia_3.pdf.

⁸¹ SANCAR, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, s. 37.

⁸² SANCAR, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, s. 39.

⁸³ A. Ülkü AZRAK, “Türkiye’de İdari Yargının Etkisizleştirilmesi”, Yeni Türkiye, Cumhuriyet Özel Sayısı V, S. 23-24, Ankara 1998, s. 3914. Aktaran Cem AYAYDIN, “İdari Yargının Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, İÜHFM, C. 69, S. I-2, 2011, s. 512.

⁸⁴ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 104.

Haklar çağı olarak nitelenen⁸⁵ günümüzde anayasacılık, sınırlı devleti gerçekleştirmekten çok birey hak ve özgürlüklerini korumaya doğru kaymıştır.⁸⁶ Kamu hukukundaki vatandaş ödevleri ve egemenlik hakları anlayışı, vatandaş hakları ve devletin yükümlülükleri şeklinde tersine çevrilmiştir.⁸⁷ İdari yargı denetimi, eskiden olduğu gibi sadece idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamanın bir aracı değil, aynı ölçüde bireyin haklarının korunması amacına yaklaşmıştır.⁸⁸ Bu dönüşümde idari yargı içtihatlarının etkisi ve yargı denetiminin etkinleştirilmesi çabalarının yanı sıra, özellikle mahkemelerin idari işlemlere karşı koruması beklenen haklar kataloğunun genişlemesinde AİHM de önemli ölçüde etkili olmuştur.⁸⁹

İdarenin yargısal denetimi ve hukuk devleti arasındaki biçimsel bağ, bireysel hakların gerçekleştirilmesi için yeterli değildir. Hukuk devleti tanımında yer alan özel hukuk devleti; insan hakları, değerler ve adalet gibi kavramları barındırmaktadır.⁹⁰ Devlet faaliyetleri öncelikle özgürlüğün şekli olarak tasarlanması üzerine değil; erişim, koruma ve maddi adaletin sağlanması üzerinedir. Maddi hukuk devleti perspektifinin benimsenmesi idari kararın içeriğinin/esasının denetlenmesini, yani yasallığın ötesinde bir denetime tabi tutulmasını gerektirir. Maddi anlamda hukuk devletinde, devlet gücünün belirli, özel ve değiştirilemez anayasal ilkeler ve temel değerlerle bağlı olması istenir. Maddi hukuk devletinin içeriğini oluşturan içtihadi ve anayasal ilkeler de bu

⁸⁵ Bkz. Norberto BOBBIO, *The Age of Rights*, Çev. Allan Cameron, Polity Press, Cambridge 1996.

⁸⁶ Martin LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 197.

⁸⁷ Bkz. Mehmet TURHAN, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *AÜSBFD*, C. 62, S. 3, s. 380.

⁸⁸ Türkiye’de Danıştay’ın ve idare hukukunun anayasal niteliği ve bireysel hakların adli yargı önünde değil, idari yargı önünde gerektiği gibi korunabileceği Anayasa Mahkemesi’nin ODTÜ kararı ile vurgulanmıştır. *AYM*, 1976/1 E, 1976/28 K, 25.05.1976, R.G. 16.08.1976/15679.

⁸⁹ BIGNAMI, “Comparative Administrative Law”, s. 13.

⁹⁰ Hüseyin HATEMİ, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yay., İstanbul 1989, s. 164, 165.

amacı gerçekleştirmeye yardımcı olur. 1982 Anayasası'nda devletin temel niteliklerinin sayıldığı 2. ve 5. maddeler, temel hak ve hürriyetleri düzenleyen maddeler ve devlete koruma ve geliştirme yükümlülüğü yükleyen maddeler,⁹¹ maddi anlamda hukuk devleti kavramını güçlendirmekte ve desteklemektedirler.

İdari işlemlerin hak ve özgürlükler temelinde denetlenmesi, daha etkin bir yargısal koruma sağlar. Temel hakların korunması ve hukuk devletinin gerçekleştirilmesi bir çok usul güvencesiyle özdeşleşmiş durumdadır. İdari yargıda temel hakların denetlenmesini sağlayan en önemli haklardan biri, mahkemeye erişim hakkıdır. Her bireye kendi haklarının ihlaline karşı etkili bir hukuk yolu sağlamak, bireysel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması için temel bir şarttır.⁹² Hukuk devletinin biçimsel ve özsel anlamlarının, bireyin onur sahibi varlık olarak davranmayı ve bireylerin hukuka erişimlerini mümkün kılacak gerekleri içerdiği belirtilir.⁹³ Bu yüzden davacıların uyuşmazlığı idare mahkemelerine getirmeden önce dava açma ehliyeti, menfaat, ön karar, zaman ve konu bakımından belirli sınırlayıcı usuli önkoşulların mahkeme tarafından hak arama özgürlüğünü engelleyecek düzeyde “aşırı şekilci” yorumlanması durumunda, hak arama özgürlüğünün ihlal edildiği kabul edilir.⁹⁴

⁹¹ Bkz. Anayasa'nın 17-64. maddeleri arasında sayılan bütün haklar.

⁹² CARTABIA, “Separation of Powers and Judicial Independence: Current Challenges”, s. 1.

⁹³ Gülriz UYGUR, “Hukuk Devletinde Hukukun Önünde Olmanın Anlamı”, in Erdal Onar Armağanı II, Ankara Üniversitesi Yay., No: 391, Ankara 2013, s. 1168.

⁹⁴ Başvuru hakkı yasal koşullara tabi olacaksa mahkemeler, usul kurallarını uygularken hem hakkaniyete aykırı olacak aşırı usulcülüğün hem de yasalar tarafından belirlenmiş usul koşullarını ortadan kaldırmaya varacak bir aşırı esnekliğin önüne geçmek zorundadır. AİHM, *Walchli/Fransa*, B.N. 35787/03, 26.07.2007. AİHM, İYUK 9. maddenin son derece dar uygulanması ile idari yargı makamlarının aşırı usulcü davranarak başvuru sahipleri, mahkemeye başvuru hakkından ve böylece Sözleşme'nin 6/1 maddesi anlamında adil yargılanma hakkından yoksun bırakmış olduklarına karar vermiştir. AİHM, *Mesutoğlu/Türkiye*, B.N. 36533/04, 14.10.2008. Ayrıca bkz. Dan.14.D., 2011/6523 E, 2012/383 K, 06.20.2012, **DD**, Y. 2012, S. 129, s. 17-21. Dan.9.D., 2016/15550 E, 2016/5897 K, 09.06.2016.

Mahkemeye erişimin engellenmesi, davanın esası hakkında karar almayı engellediğinden dava konusu edilen diğer temel haklarının davacıya sağlanması yolunu kapatır. Bu yüzden, aynı zamanda, bireylerin adil yargılanma haklarının ancak tam bir yargılama sürecinin öngörüldüğü yargısal başvuru haklarının tanınması suretiyle sağlanacağı kabul edilmektedir.⁹⁵ Bu hak sağlandığında, bireyin hakkını ihlal eden ya da bireye zarar veren idari işlem ya da eylem de etkili bir şekilde denetlenir. Adil yargılanma hakkına verilen önem, birey haklarının gerçekleştirilmesine ve hukuk devletinin maddi amacına hizmet eden adımlardan biridir. Bu sebeple adil yargılanma hakkının korunması, idari yargının temel hakları sağlama işlevine katkı sunar, aynı zamanda denetim alanını genişletir.

II. TAKDİR YETKİSİNİN DARALTILMASI

İdareye takdir yetkisi verilmesi gerekliliği üzerindeki doktrinsel ve yargısal uzlaşısı ve hukuk devleti fikri, takdir yetkisinin keyfi kullanımına karşı kurumsal güvenceleri beraberinde getirmiştir. Bu güvencelerin işlevselliği sağlayan mekanizmaların başında idarenin yargısal denetimini gelmektedir. Ancak geniş takdir yetkisi veren yasal düzenlemelerin anayasal denetimi ve idari usul kurallarının varlığı, idarenin takdirini sınırlayarak ve işlemin yapılış sürecini daha açık ve objektif koşullara bağlayarak yargısal denetim etkisini güçlendirir. Ayrıca bu mekanizmalar, yerindelik denetimi itirazlarını hafifletebilir.

A. İdari Usul Kurallarının Öngörülmesi

Çoğunlukla özlü ifadelere dayanan hukuk devletinin değeri ve ilkeleri, iyi idare ilkesinden yola çıkarak oluşturulan idari usul kurallarıyla somutlaşır. İdari usul, bireyin

⁹⁵ AİHM, *Terra Woningen BV/Hollanda*, B.N. 20641/92, 17.12.1996 § 52-55; *Veeber/Estonya*, B.N. 37571/97, 07.11.2002, § 71; *Devlin/BK*, B.N. 29545/95, 30.10.2001 § 30-32.

haklarını ve idarenin yükümlülüklerini kapsayan idarenin “iyi” işleyişine katkı sunan kurallardan oluşur. Ancak idari usul ilkelerini, “en iyi” işlemi ortaya çıkaran kurallar olarak tanımlamak güçtür. Çünkü genel anlamda, *usul ilkeleri*, takdirî ya da bağlı yetkiye dayalı işlemin teknik içeriğine ilişkin temel standartları belirlemez. Örneğin usul, bir idarenin hangi tür inşaat projeleri için ruhsat verebileceğini belirleyen temel ölçütleri kapsamaz. Bunlar, idarenin takdirine bırakılmış ya da yasayla düzenlenmiş (bağlı yetki) olabilir. İdari usul ilkeleri, işlemin hazırlanmasını da içeren karar verme sürecine ilişkin genel kurallardır. Karar sürecinin temel haklar gözetilerek yürütülmesi, takdir yetkisinin objektifleştirilmesine ve en yerinde/etkili kararın verilmesine katkı sunar. Bu kurallar, yargısal denetime başvurmaksızın bireysel adaleti ve idari kararın kalitesini ve etkinliğini artıracak usule ilişkin koşulları içerir. Bu kalite, hem işlemin etkililiğine/yerindeliğine hem de birey haklarının korunmasında ilişkindir.

Usul ilkeleri, iki temel anayasal ilke çerçevesinde geliştirilmiştir: demokrasi ve hukuk devleti. İdari işleme katılım ilkeleri, daha çok demokratik yönetim gereklerine uygunluk ve işlemin etkililiği açısından önem taşır. Hukuk devletine uygunluk ise bireyin haklarını ön plana çıkaran ilkelere dayanır. Sonuç olarak idare için önceden belirlenmiş biçim gerekleri, bireysel hak ve çıkarları koruma ve işlemin etkinliğini sağlama amacı güder.⁹⁶ Makul olmayan veya yanlış amaca hizmet eden kararlar, bu iki ilkeye de aykırıdır.

İdari işleme katılımı sağlayan usul ilkeleri/hakları, demokratik yönetim işlevini yerine getirir. Demokratik yönetim, etkin politika oluşturma ve tartışmaya tüm vatandaşların katılımını ifade eder.⁹⁷ İyi idare ilkelerinin demokratik değeri, etkili politika

⁹⁶ Bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, 5. B., Afa Yay., İstanbul 1993, s. 99; A. Ülkü AZRAK, “Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi”, *İÜHF*, C. 33, S. 1-2, 1967, s. 73.

⁹⁷ Bkz. Amy GUTMANN/Dennis THOMPSON, *Democracy and Disagreement*, Belknap Press, Cambridge 1996.

oluşturulmasında ve uygulanmasında ortaya çıkmaktadır. Yürütmenin belirsiz nitelikte olan kamu yararını belirleme yetkisi “özel amaçlara”, “haklı nedenlere” ve “ortak yararlar” yapılan atıflarla geçirilemez. İdarenin politikası veya kararının etkinliği göz önünde bulundurulmadan, *ortak yararı* neyin oluşturduğu bilinemez. Ancak hukuka aykırı bir karar, ortak yararı arttırmaz veya haklı bir kamu amacına hizmet etmez. Bu nedenle, idari işlemin hazırlanışı sırasında uygulanan usul ilkeleri, bireyin idari işlemi etkilemesini sağlayabilir, ilgili sebepler ışığında işlemin gerekçesini tartışmaya açık hale getirir.⁹⁸

Demokratik katılım ve müzakere süreçleri öngören usul haklarıyla kamu yararının tespiti ve işlemin yerindeliğini belirleme yetkisi idarenin tekelinden çıkarılabilir. Bu usullerin idari işlemin yapım aşamasında gözetilmesi yargılama aşamasında da idari yargının kamu yararına/işlemin yerindeliğine ilişkin denetimini, yani denetim yoğunluğunu azaltır. Sonuç olarak katılım hakları; idareyi, yasa koyucuyu ve yargıyı kamu yararının tek belirleyicisi olmaktan çıkarmaktadır.

Hukuk devleti ilkesinin gerekleri de idari usul ilkeleri önemli ölçüde örtüşmektedir. Usul kuralları olarak karşımıza çıkan ilke ve esaslar, kişisel hak ve yükümlülüklerin içeriğini belirlediği için aynı zamanda birer maddi idare hukuku kuralıdır.⁹⁹ Gerekçeli karar hakkı, dinlenilme hakkı, bilgi edinme hakkı vb. diğer usul kurallarının da daha çok kişiyi koruyucu işlevi vardır. Ancak bu usul kurallarının birbiriyle bağlantısı karmaşıktır. Bunlar, demokratik yönetim hakkının bir parçası olmakla birlikte hukuk devletinde gözetilmesi gereken temel haklar arasında da yer alır. Bilgi ve belgelere erişim hakkı, dinlenilme hakkı, gerekçeli karar hakkı gibi usul hakları;

⁹⁸ DALY, “Administrative Law Values II: the Four Values” July 6, 2014, Çevrim içi, <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2014/07/06/administrative-law-values-ii-the-four-values/>.

⁹⁹ Bahtiyar AKYILMAZ, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemlerin Yapılış Usulü, Yetkin Yay., Ankara 2000, s. 65, 69, 71.

savunma hakkının ve hak arama özgürlüğünün birer parçası olduğu kadar bireyin haberleşme hakkı, ifade hürriyeti vb. temel hakların da birer parçasıdır.¹⁰⁰ Örneğin dinlenilme hakkı, demokratik katılım hakkının bir parçasıdır.¹⁰¹ Ancak Türkiye’de dinlenilme hakkı, disiplin hukukundaki savunma hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Benzer bir şekilde savunma hakkı, katılım değil kişiyi koruma işlevi anlamında dinlenilme hakkıyla iç içe bulunan ve onun uzantısı niteliğinde bir haktır.¹⁰² Gerekçe¹⁰³ hakkı ya yükümlülüğü de aynı zamanda; idarenin saydamlığı,

¹⁰⁰ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 215. Danıştay’a göre bilgi edinme hakkı ilgililerin karar alma süreçlerine katılabilmelerine, denetim mekanizmalarının etkin bir şekilde işletilebilmesine ve hak arama özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanılmasına olanak sağlamaktadır. Bkz. Dan.10.D., 2004/10375 E, 2007/891 K, 06.03.2007, DBB.

¹⁰¹ Bkz. Dan.8.D., 2009/8738 E, 15.12.2009, DBB.

¹⁰² Nuri ALAN, “Bürokrasi ve İnsan Hakları”, Bürokrasi ve İnsan Hakları Açık Oturumu, 10 Aralık 2006-Ankara, TBB Yay., No. 122, s. 15. Danıştay da savunma hakkını, özellikle memur ve diğer kamu görevlilerine verilen disiplin cezaları kapsamında ele almıştır. DİDDK, 2007/1846 E, 2011/6 K, 17.02.2011; Dan.12.D., 2008/7024 E, 2011/1314 K, 23.03.2011; Dan.12.D., 2011/1396 E, 2014/5924 K, 25.09.2014; DİDDK, 2007/1846 E, 2011/6 K, 17.02.2011; Dan.12.D., 2008/2174 E, 2009/1703 K, 27.03.2009; Dan.12.D., 2008/7024 E, 2011/1314 K, 23.03.2011; Dan.8.D., 1991/1706 E, 1992/549 K, 30.03.1992.

¹⁰³ Burada gerekçe, esasa ilişkin değerinden bağımsız biçimsel anlamıyla işlem sebebinin metinde gösterilmesi anlamına gelir. (KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 99). Ancak gerekçe gösterilmeyen kararların bir kısmı, sebep unsuru bakımından hukuka aykırı olabilir. Sebep ögesi, yargı denetiminde önem taşır ancak idari işlemin gerekçeli olması ilkesi, işlemi yapan idareyi uyguladığı yasayı kavramaya, doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve de denetim yapmaya zorlar. Bu etki, idarenin daha sonra işlemin sebebinde değiştirmesini, yani göz önünde almadığı bir hususu yargısal denetim sırasında ileri sürmesini engeller. *Öztürk* için sebep, işlemin dışsal unsuru olmaktan çıktığında, yani işlemle bütünleştiği kabul edildiğinde gerekçe işlemin sebebiyle özdeşleşmektedir. Dolayısıyla yargı denetimindeki işlevleri benzerdir. Bkz. K. Burak ÖZTÜRK, “İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi”, in Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, C. II, Atılım Üniversitesi Yay., Ankara 2020, s. 1047.

savunma hakları¹⁰⁴ ve hak arama özgürlüğü yönlerinden önem taşır.¹⁰⁵

İdare hukukundaki mevcut eğilimler, idari usul kurallarının yasalaştırılması yönündedir. Bu ilkeleri yasalaştıran hukuk sistemlerinin sayısı artsa da; hâlâ Türkiye, Belçika, İrlanda ve Birleşik Krallık gibi ülkelerde genel bir idari usul yasası yoktur.¹⁰⁶ Bununla birlikte, Almanya ve ABD’de bu ilkeler, bir idari usul yasası kapsamında ayrıntılı olarak yer almaktadır. Fransa’da ise idari usul yasası olarak kabul edilen bir düzenleme (Code des Relations entre le public et l’administration, CRPA) yakın bir tarihte (2015) yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁷ Ayrı bir idari yargı ve idare hukukunun olduğu Türkiye ve Fransa gibi ülkelerde idari usul ilkeleri, genellikle idari yargı içtihatlarıyla ortaya

¹⁰⁴ Akıllıoğlu’na göre gerekçenin gösterilmemesi, usuli bir hukuka aykırılık olmaktan çok savunma hakkının ihlali niteliğindedir. Bkz. Tekin AKILLIOĞLU, “Yönetmelik İşlemlerinde Gerekçe İlkesi”, AİD, 1982, C. 15, S. 2, s. 15. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 77/31 sayılı Kararı ekinde “dinlenilme hakkı deyimi(nin), sözlü olduğu kadar yazılı savunma hakkını da kapsa”dığı belirtilmektedir. Bkz. Tekin AKILLIOĞLU, “Bireyin Yönetmelik İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, AİD, C. 14, S. 3, Eylül 1981, s. 40-41.

¹⁰⁵ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 100; “İşlemlerde gösterilen sebep ve gerekçe, işlemin yasaya uygunluğu ve dayanağını değerlendirme, itiraz edip etmeme konusunda ilgililere yardımcı olmakla birlikte, idarenin **saydamlığı, savunma hakları ve idareye güven ilkeleri ve hukuk devleti anlayışının oluşumu noktalarında da büyük öneme sahiptir.**” Dan.8.D., 2009/7855 E, 11.01.2010; Dan.8.D., 2009/6617 E, 25.12.2009; Dan.8.D., 2009/8191 E, 15.01.2010, DBB.

¹⁰⁶ Bkz. Wolfgang RUSCH, “Procedures in Eu Member States”, Conference on Public Administration Reform and European Integration, Budva-Montenegro, 26-27 March 2009, SIGMA, Çevrim içi, <http://www.sigmaweb.org/publications/42754772.pdf>, s. 8.

¹⁰⁷ Karine GILBERG, Joint Project on Improving the Effectiveness of the Administrative Judiciary and Strengthening the Institutional Capacity of the Council of State-Reforms in the French Administrative Justice System and Alternative Dispute Resolution (ADR) Methods, Aralık 2020- Ankara, Council of Europe, Elektronik Baskı, s. 8. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Marzia De DONNO, “The French Code ‘Des Relations Entre Le Public Et L’administration’ A New European Era fejderor Administrative Procedure?”, Italian Journal of Public Law, V. 9, N. 2/2017, s. 220-260, Çevrim içi, http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2017_volume2/IJPL_volume2_2017.pdf.

çıkıştır. Hatta, Türkiye’de bu ilkelerin içtihatla geliştirilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹⁰⁸ Ancak içtihat, her zaman idari usul ilkelerine uyulmamasını tek başına hukuka aykırılık sebebi olarak görmeyebilir.¹⁰⁹

İdari usul yasası bulunmayan sistemlerde idari usule ilişkin bazı düzenlemeler ilgili yasalara yerleştirilmektedir. Türkiye’de yargı içtihatlarıyla geliştirilen usul ilkeleri olsa da, bu ilkelerin bir kısmının anayasal ve yasal dayanağı da vardır.¹¹⁰ Ayrıca bazı işlem türleri için öngörülen idari usul kuralları, özel yasalarda dağınık biçimde düzenlenmiştir.¹¹¹ Bütün idari işlemler için geçerli tek bir usul hükmünün belirli bir

¹⁰⁸ Bkz. Metin KIRATLI, “İsviçre’de İdari Usul Kodifikasyonu”, AİD, C. 6, S. 2, 1973, s. 47. Danıştay da eski tarihli bir kararında, idari usul kurallarının yargı içtihatlarıyla gelişmesi gerektiğini zira idarenin çok defa nerede, ne zaman, nasıl hareket edeceği kestirilemeyeceği için önceden düzenlenmiş kurallarla bu konuların düzenlenemeyeceğini ifade etmiştir. Dan.5.D., 1969/4331 E, 1970/1004 K, 26.03.1970.

¹⁰⁹ İşlemin şekil şartı olarak kabul ettiği gerekçeyi işlemin varoluş şartına ilişkin görmeyen Danıştay, gerekçesiz kararın işlemin esasının incelenmesini engellemeyeceğini gerekçesiyle gerekçesiz idari işlemi hukuka aykırı bulmamıştır. DİDDK, 1995/769 E, 1997/525 K, 17.10.1997, DBB.

¹¹⁰ Örneğin *savunma hakkı*, Anayasa’nın 129. maddesinde düzenlendiği gibi çeşitli düzeydeki düzenlemelerde de yer almaktadır. Anayasa, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceğini belirtmiş ve disiplin hükümleri içeren yasalar da buna paralel düzenlemeler getirmiştir. Bkz. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 130, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu md. 54, Yükseköğrenim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği md. 16. *Gerekçe bildirme yükümlülüğü* de, çeşitli düzenlemelerde dağınık bir şekilde bulunmaktadır: 4458 sayılı Gümrük Kanunu md. 6/3, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun md. 7, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu md. 12. Bununla birlikte Danıştay, kişi hak ve özgürlüklerini sınırlayan işlemlerde gerekçe bulunması zorunluluğunu (“*idari işlemin gerekçeli olma zorunluluğu*”nu) Yönetmelik hükümlerinden ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı’ndan çıkarmıştır. Bkz. Dan.10.D., 1993/1403 E, 1994/5633 K, 10.11.1994, DBB.

¹¹¹ Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu özel idari usulu düzenleyen hükümler içermektedir.

yasada düzenlendiği durumlar da vardır. 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu ve 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu bunun tipik örnekleridir. Bunun dışında, bütün idari işlemleri kapsayan bir usul hükmü, Anayasa’da mevcuttur. Anayasa’da başvuru yollarının ve sürelerinin gösterilmesini öngören düzenlemeye göre (AY md. 40) “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”¹¹²

İdari usul ilkeleri, kamu yararını elde etme amacının rasyonel ve hukuka uygun gerçekleşmesine katkıda bulunur. Bu ilkelere uygun yapılan idari işlemde, keyfilik ve takdir en aza inmektedir. Ancak yasalaşmadığı sürece bu ilkelerin birey açısından yeterli güvenceyi sağladığı söylenemez. Yasalaşan usul ilkeleri, aynı zamanda bireyin yargısal koruma ihtiyacının azalmasını da sağlamaktadır. Etkili bir hukuki himaye, idari mercilerin düzeni ve izledikleri usuller sayesinde sağlanabilir.¹¹³

Bu ilkelerinin yasallaşması; “yasallık, nesnellik, bilgi edinme hakkı, dinlenilme hakkı, gerekçe yükümlülüğü, ölçülülük, ayırım yapmama, eşit davranma yükümlülüğü”

¹¹² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İdari İşlemler Karşısından Bireyin Korunmasına İlişkin 77(31) sayılı Tavsiye Kararı’nda yer alan “*başvuru yollarının gösterilmesi*” ilkesi, bu değişiklikle anayasal bir ilke halini almıştır. Anayasa’nın anılan hükmü uyarınca var olan *bildirim yükümlülüğünün* kapsamına sadece idare girmemekte bunun yanında diğer devlet organları da aynı yükümlülüğe tabi olmaktadır. Devlet için böyle bir yükümlülüğün söz konusu olmasında, işlemin ilgilisinin hukuki durumunu olumsuz yönde etkilemesi zorunluluğu da yoktur. Anayasa koyucu, hangi işlemin ilgilinin hakkını ihlal eder nitelikte olduğunun tespiti her zaman kolay olmadığından ve bu konuda idareye takdir yetkisi vermek istememesinden dolayı herhangi bir ayırma gitmeden tüm işlemler için bu hükmü kabul etmiştir. Bu kural, karışık olan mevzuat karşısında hak kayıplarının önlenmesi açısından da önemlidir. Bu düzenleme ayrıca, hukuka aykırı kararların yargı önüne getirilebilmesine ve idarenin hukuk devletine bağlı bir idare yaratma ve temel hakları koruma işlevine katkı sunar. Konu hakkında bkz. Emre AKBULUT, “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, TBB Dergisi, S. 81, 2009, s. 1-21.

¹¹³ AZRAK, “Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi”, s. 66-82.

vb.¹¹⁴ kuralların yargısal süreçte yasallık denetiminin bir parçası olmasını sağlar. Böylece idare, bu ilkelere uygun yapacağı işlemin etkinliğini yükseltir ve etkinlik/yerindelik denetimine ihtiyaç kalmayabilir. İdari usul yasasında yer alan eşit ve ölçülü davranma gibi ölçütler, idarenin bu ölçütlere uyma zorunluluğuna yasal bir temel sağlar ve böylece bu ilkelere uyulmadan yapılan idari işlem üzerindeki yargısal denetimin yerindelik mi yoksa yasallık denetimi mi olduğu sorgulanmaz. Sonuçta, idare yasal olarak uymak zorunda olduğu ilkeyi dikkate almadığı için idari karar hukuka aykırı olur.

¹¹⁴ Bu ilkeler, tüm Avrupa idare hukukuna temel referans teşkil etmektedir. Avrupa Parlamentosu tarafından 6 Eylül 2001 tarihinde kabul edilen Avrupa İyi İdari Davranış Yasası bize demokrasi ve hukuk devleti ilkesine uygun idari davranış listesi sunar: yasallık, yetki aşımında bulunmama yükümlülüğü, rasyonellik, nesnellik, tutarlılık, verimlilik-etkinlik, erişilebilirlik, bilgi edinme, şeffaflık, tarafsızlık, ölçülülük, ayrımcılık yasağı, uygun amaçlar, meşru beklentiler, nezaket, hukuki güven, uyum ve yol gösterme, adil davranma görevi, mektuplara vatandaşın dilinde cevap verme, alındı belgesi ve sorumlu görevlinin gösterilmesi, kurumun yetkili birimine iletme yükümlülüğü, başvuru yollarının gösterilmesi, kararın tebliği, verilerin saklanması, kayıt tutma, yasa hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesi. Avrupa İyi İdari Davranış Yasası, Türkiye AB üyesi olmadığı için yasal olarak bağlayıcı değildir. Ancak Yasa'ya ait unsurlar, Avrupa Birliği'nin Temel Haklar Şartı'nın 41. maddesinde bulunan temel iyi idare hakkıyla örtüşmektedir. Bunun öncesinde, Avrupa Konseyi'nin 28 Eylül 1977 tarihli, 31(77) sayılı "Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması" başlıklı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'nda önemli beş idari usul ilkesi vurgulanmıştır; dinlenilme hakkı, belgelere erişim hakkı, temsil ve danışmanlık hakkı, idari işlemde gerekçe yükümlülüğü ve hukuki başvuru yollarının gösterilmesi. Ayrıca usul hakları, Avrupa düzeyinde çeşitli kararlarla hatırlatılmıştır. Bunlar arasında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1981 yılında kabul etmiş olduğu "İdarenin Sahip Olduğu Bilgiler Erişme Hakkında Tavsiye Kararı", 2002 yılında kabul etmiş olduğu "Resmî Belgelere Erişme Hakkındaki Tavsiye Kararı" ve 2009 tarihli "Resmî Belgelere Erişim Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi" ve 2007 tarihli Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere Cm/Rec (2007)7 sayılı Tavsiye Kararı yer almaktadır. Avrupa Konseyi üyesi bir devlet olarak Türkiye'nin Avrupa Konseyi'nin bu kararlarını dikkate alması beklenmektedir.

B. Takdir Yetkisi Veren Yasaların Denetimi

İdarenin yasayla kesin olarak bağlanması, hukuk devleti ilkesinin bir uzantısıdır. İdari faaliyetin hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan sınırlamalarından biri, idarenin yetkilerinin açık bir şekilde yasada belirtilmesidir. Yetki, yasayla belirlenmelidir. İdareye verilen takdirî yetkinin ilk önemli yönü, bu yetkinin yasada idareye açıkça izin verilmesi durumunda geçerli olmasıdır. İstisnalara yalnızca sınırlı koşullarda izin verilir. İlgili yasanın yasallık niteliğini kazanması için yasama organınca yapılması yetmez; içeriğinin yasallık ilkesinin belirlilik, öngörülebilirlik, ulaşılabilirlik vb. unsurlarına uygun olması gerekir.¹¹⁵ İdari işlemin denetiminde amaç araç ilişkisi yasada somutlaşmış olan amaca göre değerlendirileceğinden, yasakoyucu ulaşmak istediği amacı açık, belirgin ve somut bir şekilde belirtmelidir. İdareye takdir yetkisi veren yasada temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahalenin belirsiz ifadelerle dayandırılması yasanın güvence teşkil etme niteliğini ortadan kaldırmakta¹¹⁶ ve idarenin keyfî yorum yapmasına olanak tanımaktadır.

Bir özgürlük yasayla ne kadar korunursa takdir yetkisi o kadar sınırlı olur. Bu koşullarda, takdir kullanımının yol açtığı en temel sorunlar, anayasa tarafından korunan haklarla ilgilidir. Her ne kadar idari yargı yerleri takdir yetkisini sınırlandıran bir takım ölçütler geliştirmişlerse de, yasaların sıkı bir anayasallık testinden geçmeleri, idari yargı denetimini rahatlatır. Ayrıca, yasalarca idari faaliyete ilişkin gerekliliklerin ve koşulların mümkün olduğunca açık ve eksiksiz olarak tanımlanması, yargısal denetimin öngörülebilirliğini artırır. İdarenin takdir yetkisine ilişkin tereddüt, idari işlemin detaylarının mümkün olduğunca yasama organı tarafından öngörülmesiyle¹¹⁷ giderilir.

¹¹⁵ Bu, AİHM'in öngördüğü maddi yasa anlayışıdır. Bkz. KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 130; Sibel İNCEOĞLU, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi", in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme-, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. B., Beta Yay., İstanbul 2013, s. 30 vd.

¹¹⁶ Bkz. ALTINDAĞ, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, s. 28.

¹¹⁷ Bkz. Rainer GROTE, "Rule of law, Rechtsstaat and "Etat de droit"", in Constitutionalism,

Anayasallık denetimi, takdiri yetkiyi tam olarak dışlamasa da önemli ölçüde sınırlandırır. Yürütmeye devredilebilecek takdir yetkisi, takdiri seçimin niteliği ve temel hakların tehlikede olup olmadığı gibi faktörlere bağlı olarak çok çeşitlidir.¹¹⁸ Ancak genellikle anayasa mahkemeleri, yasayla verilen takdir yetkisinin hukuk devletine uygun olduğunu ve yasama ve yürütme arasındaki anayasal ilişkiye aykırı olmadığını dile getirmekle birlikte sınırsız takdir yetkisine izin vermemektedirler.¹¹⁹ Takdirin kullanılmasında anayasal sınırlar, hukuk devletinin sağladığı belirlilik ve öngörülebilirlik güvenceleri ile çizilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, takdiri yetki sınırını başlıca iki anayasal kuralla koyar: md. 2 ve md. 7.¹²⁰ Konuya ilişkin kararlar, çoğunlukla, yasanın maddi niteliğine ilişkin sınırlamalar ve belirlemeler (*açıklık, anlaşılabilirlik ve öngörülebilirlik*) içermektedir.¹²¹

Universalism and Democracy- A Comparative Analysis, Ed. Christian Starck, 1999, s. 269.

¹¹⁸ Ernst K. PAKUSCHERT, “The Use of Discretion in German Law”, The University of Chicago Law Review, V. 44, N. 1, 1976, s. 96-100.

¹¹⁹ Bkz. SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s. 153; PAKUSCHERT, “The Use of Discretion in German Law”, s. 96.

¹²⁰ Bkz. AYM, 2010/7 E, 2011/172 K, 22.12.2011, R.G. 14.02.2012-28204; AYM, 2006/35 E, 2007/48 K, 11.04.2007, R.G. 16.01.2008-26758. Bazı kararlarda Anayasa md. 13 de denetim ölçütü olarak kullanılmaktadır. Bkz. AYM, 2016/179 E, 2017/176 K, 28.12.2017, R.G. 08.02.2018-30326, § 17-19 ve 39-48. Mahkemenin özellikle yasayla düzenlenmesi gereken hususlarda verilen takdir yetkisini, Anayasa md. 128, 123, 38, 130 gibi özel hükümlerle birlikte değerlendirdiği kararlar da mevcuttur. AYM, 2019/28 E, 2019/57 K, 26.06.2019, R.G. 01.08.2019-30849; 2014/87 E, 2015/112 K, 08.12.2015, R.G. 28.01.2016-29607; 2016/139 E, 2016/188 K, 14.12.2016, R.G. 03.01.2017-29937. Özellikle disiplin suç ve cezalarıyla ilgili düzenlemelerde yasayla düzenleme zorunluluğu karşısında iptal kararı vermekte ve gerekçelerinde Anayasa md. 2’yi kullanma ihtiyacı duymamaktadır. AYM, 2015/22 E, 2015/37 K, 01.04.2015, R.G. 15.04.2015-29327; 2015/85 E, 2016/3 K, 13.01.2016, R.G. 29.01.2016-29608; 2018/14 E, 2018/112 K, 20.12.2018, R.G. 13.02.2019-30685; 2014/100 E, 2015/6 K, 14.01.2015, R.G. 07.04.2015-29319; 2016/182 E, 2017/111 K, 14.06.2017, R.G. 29.06.2017-30109.

¹²¹ Bazı kararlarında idareye verilen takdir yetkisini yalnızca AY md. 2’ye aykırılık yönünden değerlendirmektedir. AYM, 2012/157 E, 2013/79 K, 18.06.2013, R.G. 31.12.2013-28868.

Anayasa Mahkemesi, 1974-76 yıllarında verdiği ilk kararlarında; genel, soyut ve içeriği belirsiz olan sınırlama nedenlerinin olduğu gibi yasa metnine geçirilmesini Anayasa'nın amacına aykırı bulmuş, "ilk bakışta Anayasa kuralının kanuna aktarılışı" gibi gözüken bu uygulamayı "yasal düzenleme" niteliğinde görmemiş, sınırlama nedenlerinin yasada yargısal denetime elverişli bir belirginlikte somutlaştırılmasını aramıştır.¹²² Mahkeme, 933 sayılı Kanun'la ilgili kararında, yürütme ve idareye devredilen yetkiye ilişkin olarak "...İdarenin bir bütün olup düzenleneceği (Anayasa md. 112/2) kuralıyla Devletin sosyal bir **hukuk devleti** olması (Anayasa md. 2) dolayısıyla tüm yurttaşlara fırsat eşitliğinin tanınmasının ve idareye **kişisel ölçülere** yer bırakmayacak **nesnel kurallara** bağlanmasının gerekliliği ilkesi birlikte düşünülünce, yasakoyucunun yürütmeye ya da **idareye görev verdiği alanları eksiksiz olarak düzenlemesi** ve tanıdığı **takdir yetkisinin sınırlarını kişisel amaçlara yönelen uygulamaları önleyecek biçimde belirtmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.**"¹²³ diyerek takdir yetkisinin sınırlandırılması gerektiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 1982 dönemindeki erken dönem kararları, önceki Anayasa döneminde geliştirilen içtihat doğrultusunda olmasa bile¹²⁴ daha sonra Mahkeme, avukatlığa kabul isteminde dikkate alınacak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu

¹²² AYM, 1973/41 E, 1974/13 K, 25.04.1974, R.G. 14.09.1974-15006; aynı yönde bkz. 1976/27 E, 1976/51 K, 18-22.11.1976, R.G. 16.05.1977-15939; 1973/38 E, 1975/23 K, 11-14, 25.02.1975, R.G. 03.12.1975-15431.

¹²³ AYM, 1967/41 E, 1969/57 K, 23-25.10.1969, R.G. 12.03.1971/13776; aynı yönde bkz. 1987/18 E, 1988/23 K, 22.06.1988, R.G. 26.11.1988/20001; 1987/16 E, 1988/8 K, 19.04.1988, R.G. 23.08.1998/19908.

¹²⁴ Mahkeme, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'nda yapılan değişikliklerle ilgili kararında, keyfî uygulamalara yol açabilecek soyut, kapsamı belirsiz kavramlar kullanıldığı iddiasını hiç tartışmamış, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlama nedenlerinin somutlaştırılmadan yasaya geçirilmesinde Anayasa'ya aykırılık görmemiştir. AYM, 1985/8 E, 1986/27 K, 26.11.1986, R.G. 14.08.1987-19544. Ayrıca bkz. AYM, 1984/12 E, 1985/6 K, 01.03.1985, R.G. 17.05.1985-18757.

md. 5/1-c'deki "Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak" ifadelerin iptaline karar vermiştir. Kararın temel argümanı, Anayasa md. 2 ve bu hükme bağlanan hukuki güvenlik, belirlilik sonuçlarının karşılanmamış olmasıdır. Anayasa Mahkemesi gerekçesini şu şekilde açıklamıştır:¹²⁵ "...Kuralda yer alan '**avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar**' ile söz konusu tutum ve davranışların '**çevresince bilinmesi**' kavramlarının **muğlak ve objektiflikten uzak olduğu açıktır**. Kuralda, adayların hangi tutum ve davranışlarının avukatlık ile bağdaşmayacağına ve bunların çevrece bilinmesinin ne demek olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle avukat adaylarının mesleğe kabulünde barolara sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Dolayısıyla, mesleğe kabul edilmeme sonucunu doğuran nedenlerin tespiti noktasında barolara geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kural, avukat adayları için **öngörülebilir** olmadığı gibi baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından **hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır.**"

Anayasa Mahkemesi, bir başka kararında da idari işlemin konu unsurunu belirleme konusunda geniş takdir yetkisi tanıyan yasa kuralını, **belirlilik ilkesine** aykırı bulmuştur. Mahkeme, "idari makamların yasanın belirttiği sınırlar arasında cezanın

¹²⁵ AYM, 2012/116 E, 2013/32 K, 28.02.2013, R.G. 13.08.2013- 28734; aynı yönde bkz. AYM, 2012/157 E, 2013/79 K, 18.06.2013 R.G. 31.12.2013-28868. 4667 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 134. maddesinin "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır." şeklindeki düzenlemesinin "meslek kurallarına" ibaresinin Anayasa'ya uygunluğunun denetlendiği davada Anayasa Mahkemesi bu defa, "...Kanun'la verilen yetki çerçevesinde Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu tarafından kabul edilmek suretiyle oluşturulan, **yayımlanmak suretiyle herkes tarafından ulaşılabilir kılınan ve uluslararası alanda da genel kabul gören meslek kurallarının belirsiz olduğu söylenemez**" gerekçesiyle düzenlemeyi hukuka aykırı bulmamıştır. AYM, 2017/129 E, 2018/6 K, 18.01.2018, R.G. 13.02.2018-30331.

*takdirinde esas alacakları **objektif ölçütler** Yasa’da gösterilmemiştir. Yasa’yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa’da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda **belirli ve öngörülebilir** değildir. Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi **makul ve ölçülü** olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak **eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfilğe** yol açabilecek niteliktedir.”¹²⁶ Mahkeme, para cezasıyla bireylerin mülkiyet hakkını öngörülemez şekilde sınırlayacak işlem yapma yetkisi veren imara ilişkin düzenlemeyi iptal etmiştir.*

Bu kararlarla birlikte, idareye geniş takdir yetkisi bırakma eğilimi, özellikle 1982 Anayasası yakın dönem kararlarında daha sık görülmektedir.¹²⁷ Mahkeme özellikle son dönem kararlarında, idareye yasayla tanınan geniş takdir yetkisinden kaynaklanabilecek keyfî uygulamaların ve ayrımların idarenin yargısal denetimi ile engellenebileceğini belirtmekte¹²⁸ ve idarenin takdir yetkisini kullanırken hukukla bağlı olduğunu hatırlatarak

¹²⁶ AYM, 2005/5 E, 2008/93 K, 17.04.2008, R.G. 05.11.2008-27045.

¹²⁷ Anayasa Mahkemesi genel olarak 1961 Anayasa döneminden 2013’e kadar Anayasa’yla yürütmeye yetki veren düzenlemeler dışında (AY md. 73/son ve md. 167/II) tüm konularda yasa kaydı koşulu aramaksızın yürütmeye yetki veren düzenlemelerde genel esaslar ve temel ilkelerin belirlenmiş olmasını yeterli görmekteydi. Mahkeme, 2013’ten sonra yasa kaydı bulunan ve bulunmayan konular arasında bir ayrımı yaparak, yasa kaydı bulunun konularda yetki veren yasada genel esaslar ve temel ilkelerle bir çerçeve çizilmesi gerekliliğini ararken, diğer konularda genel ifadelerle yürütmeye yetki verilmesini yeterli görmüştür. AYM, 2013/72 E, 2013/126 K, 31.10.2013, R.G. 24.01.2014-28892. AYM, 2013/50 E, 2015/38 K, 01.04.2015, R.G. 15.04.2015-29327. Ayrıca bkz. Turan YILDIRIM, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 2, 2017, s. 21; Erdal ŞAHİN, Yasallık İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 37 vd.

¹²⁸ AYM, 2014/87 E, 2015/112 K, 08.12.2015, R.G. 28.01.2016-29607, § 246-247. Ayrıca bkz. AYM, 2015/94 E, 2016/27 K, 07.04.2016, R.G. 03.05.2016-29701; 2014/87 E, 2015/112 K,

yasaların “keyfi” uygulanması olasılığını tek başına Anayasa’ya aykırılık nedeni olarak görmemektedir.¹²⁹ Mahkeme, kararlarında idareye verilen takdiri yetkinin kamu yararı, hizmet gerekleri, yasanın amacı ve hukukun genel ilkelerine uygun olarak kullanılması gerektiğini ve ayrıca bu özel ve genel sınırlamalar yönünden yargı denetimine tabi olduğunu belirterek belirlilik ilkesini idarenin uyması gereken yasal/hukuki koşulların varlığına bağlamaktadır.¹³⁰ Mahkeme’ye göre idarenin uyması gereken yasal ve hukuki ilkeler, yargı denetimiyle birlikte hukuki belirliliği sağlamaktadır.¹³¹

Mahkeme, Türkiye İletişim Başkanlığı’na verilen yer sağlayıcılara idari para cezası verme yetkisini ve para cezasının alt ve üst sınırları arasında "on katı" fark olan idari para cezası verme yetkisi tanıyan yasa kuralını değerlendirirken *“İdareye tanınan takdir yetkisinin, somut olayın özellikleri, eylemin ağırlığı, oluşan zararın büyüklüğü gibi durumlar göz önünde bulundurularak eşitlik, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması ve işlenen fiil ile tayin edilecek ceza arasında adil bir dengenin gözetilmesi, hukukun genel ilkelerindendir. İdare, cezanın alt sınırının*

08.12.2015, R.G. 28.01.2016-29607; 2013/110 E, 2014/8 K, 16.01.2014, R.G. 09.05.2014-28995.

¹²⁹ Merih ÖDEN, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yay., Ankara 2003, s. 185. Bu savı destekleyen bazı erken dönem kararlar için ayrıca bkz. AYM, 1963/172 E, 1963/244 K, 21.10.1963, R.G. 01.02.1964-11622; 1967/41 E, 1969/57 K, 23-25.10.1969, R.G.12.03.1971/13776; 1977/1 E, 1977/20 K, 05.04.1977, R.G. 05.12.1977/16130; 1984/14 E, 1985/7 K, 13.06.1985, R.G. 24.08.1985-18852; 1986/5 E, 1987/7 K, 19.03.1987, R.G. 12.11.1987-19632.

¹³⁰ AYM, 2014/87 E, 2015/112 K, 08.12.2015 R.G. 28.01.2016-29607, § 44; AYM, 2017/110 E, 2017/133 K, 26.07.2017, R.G. 28.09.2017-30194, § 18, 37.

¹³¹ Yargısal denetim ilkelerinin hukuki belirliliği sağlama işlevi olmakla birlikte, geniş takdir yetkisi veren düzenlemeler karşısında yargısal denetim ve denetim ilkeelerinin hukuki belirliliği sağladığı kuşkuludur. Yargısal denetim ilkelerinin hukuki belirliliği sağladığı yönündeki görüş için bkz. Özge OKAY TEKİNSOY, “Yargı İçtihatları Kapsamında Disiplin Suç ve Cezalarında Hukuki Belirlilik İlkesi”, in Prof. Dr. Metin Günday’a Armağan, C. II, Atılım Üniversitesi, Ankara 2020, s. 977.

üzerine çıktığında, bunun nedenlerini ortaya koymak ve gerekçelerini açıklamak zorundadır. İdarenin, alt sınırın üzerinde ceza tayin etmesinin gerekçesini açıklayamaması veya açıklanan gerekçenin makul ve haklı olmaması, eylem ile ceza arasında olması gereken dengeye dikkat etmemesi veya bu dengeyi ölçsüz bir şekilde kurması durumunda, cezanın yargı yerlerince iptal edilebileceği tabiidir” demek suretiyle idareye geniş takdir yetkisi veren düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.¹³² 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 38. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “... gibi hususlarda...” ibaresinin iptalinin istendiği davada da Mahkeme, idarenin yasanın bütününde yer alan ilkeler ve amacı doğrultusunda işlem yapmakla yükümlü olduğu, ayrıca şikayetler ve ilgili kurumca verilen kararların yargı denetimine tabi olduğu gerekçesiyle dava konusu ibarenin belirsizlik taşımadığına ve Anayasa md. 2’ye aykırı olmadığına karar vermiştir.¹³³

Böylece Anayasa Mahkemesi, yasanın idareye tanıdığı takdir yetkisinin “keyfî ayrımlara ve farklı uygulamalar”a elverişli olması sorununun, dava konusu edilen yasa kuralından değil, yasa gereği kurulan işlem ya da eylemden kaynaklandığını ifade etmektedir.¹³⁴

Bu kararlarda, idareye verilen takdir yetkisinin hukuka uygun kabul edilmesinin tek gerekçesi, işlemlerin yargı denetimine tabi olması değildir. Bunun yanı sıra, verilen yetkinin sınırlarının yasayla belirlendiği gerekçesiyle belirli ve öngörülebilir olması¹³⁵ ve

¹³² AYM, 2014/87 E, 2015/112 K, 08.12.2015, R.G. 28.01.2016-29607, § 198.

¹³³ AYM, 2014/87 E, 2015/112 K, 08.12.2015, R.G. 28.01.2016-29607. Ayrıca bkz. AYM, 2014/87 E, 2015/112 K, 08.12.2015, R.G. 28.01.2016-29607, § 245-246. Aynı yönde bkz. AYM, 2014/122 E, 2015/123 K, 30.12.2015, § 81.

¹³⁴ Ayrıca bkz. AYM, 1985/16 E, 1986/5 K, 04.03.1986, R.G. 09.05.1986/19102; 1969/49 E, 1970/3 K, 08.01.1970, R.G. 05.07.1970/13539; 1976/51 E, 1977/16 K, 10.03.1977, R.G. 25.06.1977/15977; 1984/10 E, 1985/2 K, 22.01.1985, R.G. 17.06.1985/18787.

¹³⁵ AYM, 2014/139 E, 2015/36 K, 01.04.2015, R.G. 15.04.2015-29327; AYM, 2016/179 E, 2017/176 K, 28.12.2017, R.G. 08.02.2018-30326 § 30; AYM, 2014/87 E, 2015/112 K, 08.12.2015, R.G. 28.01.2016-29607, § 201:

idareye takdir yetkisi verilmesinin işin doğasından kaynaklanan (teknik ve uzmanlık gerektiren işler olması) bir zorunluluk olarak kabul edilmesi, hukuka uygunluk gerekçeleri olarak görülmektedir. Mahkeme, özellikle son dönem kararlarında “öngörülemez ve değişen sosyal, siyasal, ekonomik ve teknik”¹³⁶ koşulların idareye takdir yetkisi verme gerekliliğini doğurduğunu ve öngörülebilirliğin yürütme işlemleriyle de sağlanabileceğini kabul etmektedir.¹³⁷ Mahkeme’nin birçok kararında, eşyanın doğası gereği kabul edilen bu gereklilik,¹³⁸ işin doğasından kaynaklanan teknik ve uzmanlık gerektiren işlerin niteliğine dayandırılmıştır.¹³⁹ Örneğin Milli İstihbarat Teşkilatı’na görevlerini yerine getirirken “uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilme” yetkisi veren düzenlemedeki¹⁴⁰ “uygun koordinasyon” ifadesinin belirsiz olduğu ve keyfi uygulamalara imkân tanıdığı gerekçesiyle Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülmüştür. Mahkeme, “*Günümüzde istihbarat servisleri sadece ülkelerin istihbarat ihtiyaçlarının karşılanması görevlerini yerine getirmemekte, arabuluculuk başta olmak üzere çeşitli diplomasi araçları açısından da işlev görebilmektedirler. Bu çerçevede, MİT’e verilen her türlü kurum, kuruluş, örgüt, oluşum ve kişilerle ilişki kurabilme yetkisinin, veriliş*

¹³⁶ AYM, 2014/87 E, 2015/112 K, 08.12.2015, R.G. 28.01.2016-29607, § 195; AYM, 2016/179 E, 2017/176 K, 28.12.2017, R.G. 08.02.2018-30326; AYM, 2017/110 E, 2017/133 K, 26.07.2017, R.G. 28.09.2017-30194, § 20.

¹³⁷ AYM, 2014/87 E, 2015/112 K, 08.12.2015, R.G. 28.01.2016-29607, § 34.

¹³⁸ Mahkeme, öteden beri, idareye takdir yetkisi verilmesini “eşyanın tabiatı” gereği kabul etmektedir.. AYM, 1985/21 E, 1986/23 K, 06.10.1986, R.G. 14.03.1987/19400.

¹³⁹ Buna göre yasama organı temel, genel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin ayrıntılı ve açıklayıcı düzenlemeleri yürütme organına bırakabilir. Bkz. AYM, 2005/66 E, 2009/102 K, 02.07.2009, R.G. 07.10.2009-27369; 2005/19 E, 2009/85 K, 18.06.2009 R.G. 23.10.2010-27738; 2010/96 E, 2011/168 K, 22.12.2011 R.G. 14.02.2012-28204; 2002/32 E, 2003/100 K, 20.11.2003, R.G. 11.08.2004-25550; 2007/23 E, 2011/64 K, 14.04.2011, R.G. 27.10.2011-28097; 2001/346 E, 2003/63 K, 11.06.2003, R.G. 08.11.2003-25283.

¹⁴⁰ 17.04.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

amacına uygun ve etkin olarak kullanılabilmesi için, karmaşık ve çok boyutlu ilişkiler içeren temaslarda, farklı durumlara göre farklı ve uygun yöntemlerin uygulanması gereği ortaya çıkabilmektedir. Bu itibarla görevin niteliğinden kaynaklanan esnekliği sağlamak üzere dava konusu kuralın düzenlenmesinde, hukuki belirlilik ilkesine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır” diyerek dava konusu kuralı, Anayasa md. 2’ye aykırı bulmamıştır.¹⁴¹

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, idareye geniş takdir yetkisi veren düzenlemelerin Anayasa’ya aykırılığına karar vermese bile,¹⁴² esas olarak; “temel esasların yasayla gösterilmesi ve kişisel amaçlarla ve ölçülerle kullanılabilecek, yani keyfî uygulamalara yol açacak ve özellikle idarenin yargısal denetimini etkisiz bırakacak kadar geniş takdir yetkisi verilip verilmediği” koşullarını ölçüt olarak kullanmaktadır.¹⁴³ Mahkeme, takdir yetkisinin sınırını “uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması” şeklinde çizerken konuyu, aynı zamanda, güçler ayrılığı ilkesi bağlamında ele almaktadır. Bu anlamda Mahkeme, idareye verilen takdir yetkisini denetlerken hem yasayla düzenleme ilkesini hem de yasama yetkisinin devri yasağını ölçüt olarak kullanmaktadır.

Ancak Mahkeme, idarenin yasa ile yetkilendirilmesini oldukça geniş yorumlamakta ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini yasa yapma yetkisinin devredilmezliğine indirgeyerek, geniş takdir yetkisi veren düzenlemelerden kaynaklanan sorunlarının çözümünü, idari yargının sorumluluğuna bırakmaktadır.¹⁴⁴ Mahkeme,

¹⁴¹ AYM, 2014/122 E, 2015/123 K, 30.12.2015, R.G. 01.03.2016-29640 § 13. Ayrıca bkz. AYM, 2017/110 E, 2017/133 K, 26.07.2017, R.G. 28.09.2017-30194, § 20; AYM, 2014/139 E, 2015/36 K, 01.04.2015, R.G. 15.04.2015-29327.

¹⁴² Bkz. YILDIRIM, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s. 22; ayrıca bkz. Elvin Evrim DALKILIÇ, “Anayasa Mahkemesi’nin Son Dönem Kararlarında Yasa ile Yetkilendirmenin Anlamına İlişkin Gözlemler”, TBB Dergisi, S. 139, 2018, s. 25-26.

¹⁴³ ÖDEN, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s. 180.

¹⁴⁴ Bkz. DALKILIÇ, “Anayasa Mahkemesi’nin Son Dönem Kararlarında Yasa ile

idareye geniş takdir yetkisi veren yasa hükümlerinin anayasaya aykırı olmadığı sonucuna, geniş takdir yetkisi verilen işlemlerin yargısal denetime tabi olduğu ve bu denetimin hukuk devleti, kamu yararı, ölçülülük gibi hukukun genel ilkeleriyle ve ilgili yasalarda yer alan diğer ölçütlerle gerçekleştirileceğini göz önünde bulundurarak varmaktadır. Mahkeme, idareye verilen takdir yetkisinin hukuka uygunluğunu denetlerken takdiri kararların idari yargı tarafından “belli bir yoğunlukta” inceleneceğini kabul ederek idareye geniş takdir yetkisi veren düzenlemelerin hukuka uygun olduğuna karar vermektedir. Dolayısıyla bir yandan idareye geniş takdir yetkisi verilirken diğer yandan idarenin geniş takdir yetkisiyle yaptığı işlemlerin “yoğun” bir yargısal denetimden geçeceği kabul edilmiş olmaktadır.

III. DENETİM ETKİSİNİN GÜÇLENDİRİLMESİ

İktidarın iktidarı durdurabilmesi için her birinin karşılıklı engelleme araçlarına sahip olması gerekir.¹⁴⁵ İdari yargı için denetim etkisini güçlendiren araçlar, yargı

Yetkilendirmenin Anlamına İlişkin Gözlemler”, s. 25-26.

¹⁴⁵ *Barner*’e göre güçler ayrılığı kavramı içinde devlet organları, negatif (kalkanlar) ve pozitif (kılıçlar) kendini savunma mekanizmalarına sahiptir. Kalkanlar (negatif araçlar) bir kurumu diğerinin haksız müdahalesinden korumaya hizmet eden dokunulmazlık kümesi olarak tanımlanabilirken; kılıçlar (pozitif savunma mekanizmaları), 'bir kuruma başka bir anayasal kuruma karşı kullanabileceği bir silah-güç veren' (saldırı veya def etme) araçları olarak tanımlanabilir. Ancak bazen pozitif yetkiler, oldukça sık kullanılır ve bunlar “tehdit-tehlike” olarak karşımıza çıkarlar. Kalkanlar (negatif araçlar), örneğin, yasama dokunulmazlığı (AY md. 83), denetlenemeyen işlem kategorileri (AY md. 159, 125), mahkemelerin kararlarının yasama organının müdahalesinden korunması (AY md. 138), yargıç bağımsızlığının korunması (AY md. 138), yargı organlarının mali denetiminin yasama organının onayına bağlı olmaması (AY md. 160), yargıçların kendi kurulları aracılığıyla atama ve terfileri gerçekleştirilmesi (AY md. 139) gibi yetkileri içerirler. Kılıçlar, (pozitif araçlar) örneğin, yasama, yürütme organı üyelerini soruşturma açmak suretiyle görev alınmasına yol açan yetkilerine sahip olmasını (AY md. 105-106); yürütmenin, yasalar üzerinde engelleyici-geciktirici yetkilere sahip olmasını (örneğin Cumhurbaşkanı yasama organını önerilen bir tedbirin anayasaya uygunluğunu yeniden değerlendirmeye veya sorunu bir anayasa mahkemesine göndermeye

bağımsızlığı ve yargıç yetkileridir. Yürütmenin sınırlandırılması, yargıç yetkileri ve yargı bağımsızlığıyla yakından ilgilidir. Güçler ayrılığının amacına uygun olarak denge ve fren mekanizmalarının doğru bir şekilde işleyebilmesi için güçlerin işlevlerine uygun araç, yetki ve niteliklere sahip olmaları gerekir. Niteliği gereği yasama ve yürütme için bağımsızlık bir koşul olarak ortaya çıkmaz. Ancak yargı, her iki organın işlemlerini denetlediği için de bağımsız olmalıdır. Aksi durumda yasamanın ve anayasanın üstünlüğü fikrine dayanan güçler ayrılığı mekanizması işlemez hale gelir. Yürütme bütün yargı organlarının ve yasama ise anayasa yargısının kararlarına uymak zorunda olduğuna göre, yargının bağımsız olması ve kararlarının etkinliğine ilişkin bazı yetkilere sahip olması gerekir. Anayasa yargısının varlığı da bu etkiyi artırmaktadır.

A. Anayasallık Denetiminin Genişlemesi

Hem yasaların anayasallığına ilişkin norm temelli denetim hem de bireysel başvuru yoluyla yapılan olay temelli anayasallık denetimi çok önemli teorik ve pratik

zorlayabilir. (AY md. 89, 150, 104); yürütmeye yasamayı feshetme ve yeni seçimler yapma yetkisi verilmesi (AY md. 116) yürütmenin (bazen yasamayla birlikte) yargının kompozisyonunu değiştirebilme yetkisi (AY md. 146, 155); mahkemelerin, mahkemeye erişimi engelleyen yürütme veya yasama işlemlerini iptal etme yetkisi (AY md. 148-150); yasama organının bütçe ve vergilendirme yetkisiyle yürütmeye ihtiyaç duyduğu ekonomik desteği vermemeye hakkı (AY md. 89) içerebilir. *Barber*, öz savunma nedenleriyle kurumların anayasanın bazı kurallarına aykırı davranma kapasitesine de sahip olabileceğini eklemektedir. Örneğin mahkemeler, yasal olarak geçerli düzenlemeleri-işlemleri; yürütme organı ise, bir yargıcın kararını uygulamayı reddedebilir. Mahkeme, anayasal olarak güçlü bir konumda görünebilirken, uygulamada, birçok mahkeme, uygulamada yürütmenin desteğine büyük ölçüde bağımlıdır. Nicholas W. BARBER, “Self-defence for Institutions”, *The Cambridge Law Journal*, V. 72, N. 3, 2013, s. 560 vd.

Barber’in ayrımını takip edersek yargı organı bakımından bağımsızlığı bir kalkan olarak, düşünebiliriz. Kılıçlar konusunda yargı organının zayıf araçlara sahip olduğu söylenebilir. BARBER, “Self-defence for Institutions”, s. 573.

etkilere sahiptir.¹⁴⁶ İdari yargının hak ve hürriyetleri koruma işlevinin güçlenmesi, norm denetimi ve bireysel başvuru yoluyla hak ihlali denetimi yapan anayasa mahkemelerinin yargılama sürecine katılmasıyla gerçekleşmiştir. Davalarda anayasa mahkemelerinin kullandığı yöntemler ve ölçütler, bu mahkemelere gerçek bir “içtihat siyaseti” yürütme araçları sağlayarak onların siyasal sistem üzerindeki etkilerinin giderek artmasına katkıda bulunur.¹⁴⁷ Anayasa yargısının varlığı, mahkemelere ve hukuka aykırı gördükleri yasaları Anayasa Mahkemesi’ne itiraz yoluyla götürerek uygulamayı reddetme imkânı verir. Bu imkân, yasama işlemine katılmayı sağlar.¹⁴⁸ Böylece güçler ayrılığı şeması, yargı lehine yumuşamış olur. Denetim etkisinin güçlenmesinde, güçler ayrılığı sisteminin yumuşatılması büyük rol oynar. Hem yorum yetkisi hem de yargısal usul yetkilerini kullanan idari yargı için bu etki, denetimi genişletmesi için bir fırsattır.

Anayasa yargıcısı, uyguladığı referans normlar üzerinde hem yorum hem de norm inşa etme hakimiyetine sahiptir.¹⁴⁹ Bütün hukuk dallarında yerleşik yöntemler olarak saptanan geleneksel yorum yöntemleri (sözel, sistematik, tarihsel ve teleolojik) ve zaman içinde gelişen ve anayasal denetim türüne ve normların niteliğine göre farklılaşan çağdaş yorum yöntemleri¹⁵⁰ anayasa yargıcısına anayasal ilkelerin içeriğini, anlamını ve etkisini

¹⁴⁶ Benzer bir ayırım için bkz. Sibel İNCEOĞLU, “Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime İHAS’a Uyum Işığında Bir Değerlendirme, AYD, C. 30, 2013, s. 83-106.

¹⁴⁷ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 80.

¹⁴⁸ Anayasa yargısının doğası gereği yasama benzeri bir faaliyet yürüttüğü; hatta anayasa koyuculuk ile yarışan bir hukuk kaynağı karakterine sahip olduğu belirlemelerine sıkça rastlanmaktadır. Kelsen’e göre “*bir yasanın anayasaya uygunluğunun denetlenmesi sırasında bir anayasa normuna atlanan maddi olgu, bir norm değil... bir norm üretmedir.*” Hans KELSEN, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?” Die Justiz 1931, s. 590, 609. Aktaran Mithat SANCAR, Temel Hakların Yorumu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1995, s. 288. Çapraz atıf?? Yasin...

¹⁴⁹ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 80.

¹⁵⁰ Yorum yöntemleri hakkında bkz. Bertil E. ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, 1. B., Beta Yay., İstanbul 2010, s. 33-281.

belirleme olanağı sunar.¹⁵¹ Bu olanak yorum yoluyla, hakların anlamını evrimleştirme ya da mevcut ilkelerden yeni haklar çıkarma serbestliği vererek, hakları toplumun evrimiyle/gelişimiyle eşleştiren bir anayasal koruma işlevini yerine getirir.¹⁵² Anayasa yargıcısı, basit seçeneklerin, anayasaya aykırılık iddiasının reddi veya kabulünün ötesine geçerek, kuralların üretim süreci üzerinde de etkide bulunma eğilimindedir.¹⁵³ Fransa ve Almanya’da anayasa yargıçlarının yeni anayasal hakların keşfine açık, bir tür “jürisprüdansiyel anayasal şart” oluşturmaları aynı zamanda yorum faaliyetinin bir sonucudur.¹⁵⁴

¹⁵¹ Bertil E. ODER, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık” , AYD, C. 30, 2013, s. 50.

¹⁵² İbrahim Ö. KABOĞLU, Anayasaya Hukuku Dersleri, 2. B., Legal Yay., İstanbul 2005, s. 386.

¹⁵³ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 81. Bu konuda Anayasa Mahkemesi’nin “yürürlüğü-yürütmeyi durdurma” kararları, tipik örnektir. Mahkeme, mevcut ilke ve haklardan yola çıkarak (örneğin AY md. 36) Anayasa’da kanun ya da kanun hükmünde kararname hükümlerinin yürürlüğünün durdurulabileceğine ilişkin açık kural olmamasına rağmen kendisini *yürürlüğü durdurma kararı* verme konusunda yetkili görmüş, yargılama yetkisini genişletmiştir. Mahkeme kendisine hukuk yaratma yetkisini açıkça tanımıştır. Gerekçede bu yetkinin “*yargısal denetimin etkinliğinin özünde var olan bir araç*” olduğu, bu yetkinin olmadığı durumlarda kamu düzeninin anayasal korumadan yoksun olacağı, Anayasa’da bu yetkiyi yasaklayan bir hükmün bulunmadığı, bu konudaki yasa boşluğunun içtihatla doldurulabileceği yolunda görüşlere yer verilmiştir. AYM, 1993/33 E, 1993/40K-42 K, 21.10.1993, AMDK, S. 29, C. 1, s. 574-581. Aksi yöndeki önceki karar için bkz. AYM, 1972/13 E, 1972/18 K, 06.04.1972, R.G. 24.07.1972/14255. Bu konu hakkındaki eleştiriler için bkz. Sait GÜRAN, “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, AYD, Ankara 1986, s. 158-159; Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yay., 15. B., Ankara 2014, s. 470; Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yay., Bursa 2000, s. 970-976.

¹⁵⁴ Bakır ÇAĞLAR, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, AYD, C. 3, 1986, s. 174. 1950’li yılların sonlarından başlayarak CE, Anayasa’nın Başlangıcına başvurarak 1789 tarihli Haklar Beyannamesi’ne hukuki değer tanırken (CE, 7 Haziran 1959) Fransız Anayasa Konseyi’nin 16 Temmuz 1971 tarihli kararıyla 1958 Anayasası’nın yollama yaptığı Haklar Bildirgesi ve 1946 Anayasası Başlangıcında yer alan “*Cumhuriyet yasalarınca tanınan temel ilkeler*” ve “*çağımız için*

Türk Anayasa Mahkemesi de, güncel insan hakları içtihadına uygun olarak özgürlüklerin sınırlanması ve güvence ölçütlerini yorumlamıştır. Mahkeme'nin insan hakları alanında önemli bir içtihat birikimine sahip olduğunu söylenebilir.¹⁵⁵ Türkiye'de 1982 Anayasası'na göre Anayasa metninin tamamı ve Başlangıcı, Anayasa md. 176 gereği ölçü normlar blokuna dahildir.¹⁵⁶ Başlangıç'taki ilkeler ve devletin niteliğine ilişkin değiştirilemez ilkeler, Anayasa'nın ölçü normları olarak kabul edilmiştir. Mahkeme, anayasallık blokuna dahil diğer ilkeleri geliştirerek idari yargı alanında yasallık denetiminin içeriğini genişletmiştir.¹⁵⁷

özellikle gerekli siyasi, sosyal ve ekonomik ilkeler” de anayasal değer kazanmıştır. Conseil d’Etat, anayasa yargıcının yorumunu dikkate alarak ve hatta “Cumhuriyet yasalarında öngörülen bazı temel ilkeleri” bizzat ortaya koyarak, bu metinlere giderek daha fazla başvurmuştur. CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 72.

¹⁵⁵ Abdurrahman EREN, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri, AYD, C. 32, 2016, s. 232. *Oder’in aksi yöndeki değerlendirmesi şu şekildedir: “Türkiye uzun yıllar, kaçınılmaz ve haklı olarak siyasal bir bakış açısıyla temel hak ve özgürlük sorununa eğildi. Ancak bu siyasal bakış açısına rağmen, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hukuksal kuram geliştirme konusunda yeterli gelişme gösteremedi. Bireysel başvuru nedeniyle bu alanda bir atılım yapmamız mümkün olabilir ve bunu başarabilirsek hak ve özgürlük alanındaki yargısallaşmanın kalitesini artırabiliriz.”* Bkz. ODER, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması ...”, s. 52. Ayrıca bkz. TURHAN, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, s. 379-404;

¹⁵⁶ *Özbudun*, Anayasa dışında yargısal denetiminde ölçü alınan hukuk kurallarını; millerarası hukuk kuralları, hukukun genel ilkeleri ve Atatürk ilke ve inkılapları olarak belirlemiştir. Bkz. ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 424.

¹⁵⁷ Anayasa Mahkemesi olağan KHK’ler açısından Anayasa md. 91’de öngörülme-yen “zorunluluk, ivedilik, gereklilik” ölçütleriyle anayasaya uygunluk denetimi yapmıştır. Bkz. AYM, 1988/64 E, 1990/2 K, 01.02.1990, R.G. 21.04.1990-20499; 1990/1 E, 19990/21K, 17.07.1990, R.G. 16.07.1991-20931; 1995/35 E, 1995/26 K, 04.07.1995, R.G. 02.11.1995-22451. Yine Anayasa Mahkemesi, 2001 Anayasa değişikliklerinden önce 13. maddede yer almayan öze dokunma yasağını, demokratik toplum gereklerinin bir parçası kabul etmiştir. Bkz. AYM, 1985/8 E, 1986/27 K, 26.11.1986, R.G. 14.08.1987-19544; 1986/11 E, 1987/17 K, 22.05.1987, Lexpera. Mahkeme aynı yaklaşımı, ölçülülük ilkesi için de göstermiştir. 1961 Anayasası döneminde 11. maddede olmamasına rağmen ölçülülük ilkesini kararlarında kullanmıştır. Bkz. AYM, 1970/22 E, 1971/20K, 18.02.1971, R.G. 07.07.1972-14238;

Anayasa Mahkemeleri, kişi hak ve özgürlüklerini korumaya yasamayı denetleyen bir organ olmanın yanında önemli bir katkı daha sunmaktadır. Türkiye’de, bireysel başvurunun AIHS’i uygulamakla yükümlü mahkemelerin bu yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik bir işlevi vardır.¹⁵⁸ İdari bir faaliyetle temel hak ve özgürlüklerinden herhangi biri ya da birkaçı ihlal edilen kişi olağan başvuru yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunarak idari işlemi anayasaya uygunluk denetimine sokabilir (AY md. 148). Böylece idarenin takdirî işlemlerinin veya yasal düzenlemeye dayanmayan idari işlemlerin anayasal normlar çerçevesinde denetimi sağlanır. Bireysel başvuru, somut olayın koşulları temelinde hem yasanın ihmal edilmesi¹⁵⁹ hem de doğrudan yasa üstü normların uygulanması konusunda idari yargı denetimine destek sunar.¹⁶⁰ Bireysel başvuruda, anayasal temel hak ve

1970/48 E, 1972/3 K, 08/09.02.1972, R.G. 19.10.1972-14341.

¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü md. 80/2’ ye göre kişi subjektif hakkının korunmasından vazgeçse bile, “*Bölümler ya da Komisyonlar; yukarıdaki fıkrada belirtilen nitelikteki bir başvuruyu, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde incelemeye devam edebilir.*” Bu düzenleme, bireysel başvurunun objektif niteliğini ve buna uygun yorumun yapılmasını da öngörür.

¹⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, somut norm denetiminde kadınların evlilik öncesi soyadlarını tek başına kullanmalarına engel olan Medeni Kanun’un ilgili hükmünü iptal etmediği halde (bkz. AYM, 2009/85 E, 2011/49 K, 10.03.2011, R.G. 21.10.2011-28091) bireysel başvurularda ihlal kararı vererek bu hükmü, ihmal etmiştir. Bkz. AYM, *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, B.N. 2013/2187, 19.12.2013, R.G. 07.01.2014-28875; *Gülsim Genç Başvurusu*, B.N. 2013/4439, 06.03.2014, R.G. 25.04.2014-28982; *Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu*, B.N. 2014/5836, 16.04.2015, R.G.11.07.2015-29413.

Mahkeme bu uyuşmazlıklar hakkında AIHM’nin Türkiye aleyhine vermiş olduğu ihlal kararları ve Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler çerçevesinde 1982 Anayasası’nın 90. maddesi uyarınca uluslararası hukuk kurallarının TMK’nın 187. maddesini **zımnen ilga** ettiğini ifade etmiştir. AYM, *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, B.N. 2013/2187, 19.12.2013, § 44; *Gülsim Genç Başvurusu*, 2013/4439, § 39; *Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu*, B.N. 2014/5836, 16/4/2015, § 44.

¹⁶⁰ EREN, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru...”, s. 252.

özgürlüklük normlarının yorumu birincil değer taşır. Özellikle, bireysel başvuru kararına konu yargısal bir karar söz konusu olduğunda, o karardaki temel hak ve özgürlük yorumu ile Anayasa Mahkemesi'nin yorumu arasındaki çatışmada, Anayasa Mahkemesi'nin yorumunun belirleyici olmakta ve bu da diğer yargı organlarının gelecekteki içtihatlarını biçimlendirilmektedir.¹⁶¹

Bireysel başvuru usulü ayrıca anayasa mahkemelerinin somut ve soyut norm denetimi yoluyla verdiği yanlış kararların olumsuz etkilerinin giderilmesi işlevi de görmektedir.¹⁶² İdari yargı da idari işlem-eylemin temel haklara uygunluğunu denetlemekte, dolayısıyla anayasa yargısındaki bireysel başvuruyla benzer işlev görmektedir. Ancak idari yargı denetimi, düzenleyici ve birel idari işlemler ile anayasa arasında konumlanmış olan yasaların varlığı sebebiyle daha sınırlıdır.

¹⁶¹ ODER, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması...”, s. 51.

¹⁶² AİHM'in *Ünal Tekeli-Türkiye* kararı sonrasında Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine ilişkin olarak Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş; Anayasa Mahkemesi eski Türk Medeni Kanunu'nun 153. maddesi ile ilgili verdiği kararı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi için de tekrarlamış, Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır (AYM, 2009/85 E, 2011/49 K, 10.03.2011, R.G. 21.10.2011-28091). Bu kararın 21.10.2011 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıl süreyle aynı konuda tekrar Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmasının yolu kapanmıştır. 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklik sonucunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılmasıyla birlikte Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Söz konusu başvuruda (AYM, *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, B.N. 2013/2187, 19.12.2013, R.G. 07.01.2014/28875) Mahkeme, evlenme sonucunda kadına kendi soyadını kullanma hakkının yetkili idari ve yargısal merciler tarafından verilmemesi şeklindeki uygulamanın Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Benzer kararları için bkz. AYM, *Gülsim Genç Başvurusu*, B.N. 2013/4439, 06.03.2014, R.G. 25.04.2014-28982; *Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu*, B.N. 2014/5836, 16.04.2015, R.G.11.07.2015-29413.

B. Yargıç Bağımsızlığının Sağlanması

Yasallık ilkesi, ancak ve ancak, idari yargıç belli bir bağımsızlıktan yararlanıyorsa gerçekten güvence altına alınmış olur.¹⁶³ Bağımsızlık, yargıç yetkilerinin ve yargı denetiminin yoğunluğunu güvence altına alan, onu yürütmeden ayıran, hukuka uygunluk denetiminde yargıcın etkin bir rol almasını sağlayan ilkelerden biridir. Bu sebeple anayasa mahkemeleri¹⁶⁴ ve özellikle de AİHM, adil yargılanma hakkını güçler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkesini sistem içinde yeniden üretmekte; denetimin etkinliğini artırmaya çalışmaktadır. Hukuka uygunluk denetimi, ancak yürütme ve idarenin faaliyetlerini denetleyen yargıç belli bir bağımsızlıktan yararlanıyorsa ve tam yargılama yetkisine sahipse gerçekten güvence altına alınmış olur. Bu yüzden, bireysel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olma misyonu yüklenen AİHM yargıcının yargı bağımsızlığına dikkat çekmesi şaşırtıcı değildir.

AİHM; mahkeme üyelerinin atanma makamı, atanma biçimi, görev süreleri ve güvencelerine ilişkin hükümleri bağımsızlık incelemesinde dikkate alır.¹⁶⁵ Bu denetimde AİHM, öznel ve nesnel bağımsızlık testleri öngörür. Örneğin Mahkeme, yargının iptal ettiği kuralların yasalaştırılmasını güçler ayrılığı ilkesine aykırı bularak yargılamada

¹⁶³ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 74.

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesi de, “*yasal yargıç güvencesi(nin), Sözleşmenin 6 ve Anayasanın 36. maddelerinde ifade edilen adil yargılanma hakkının en önemli ögesi olan ‘kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma’ hakkının temeli*” (AYM, 2002/170 E, 2004/54 K, 05.05.2004, R.G. 20.07.2004-25528) ve “... *savunma özgürlüğünün güvencesi olan yargı bağımsızlığı(nın) hiçbir nedenle sınırlandırılmaz, olumsuz yönde etkilemelere açık bırakılmaz*” (AYM, 1988/32 E, 1989/10 K, 28.02.1989, R.G. 22.06.1989-20203) olduğu değerlendirmeleriyle yargı bağımsızlığını savunma hakkının güvencesi ve bireysel bir hak (yargılanma hakkı) olarak görmüştür. Bakır ÇAĞLAR, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Demokrasi’”, AYD, C. 7, 1997, s. 118.

¹⁶⁵ “Bağımsız” ifadesi, diğer erkler (yürütme ve yasama) (AİHM, *Beaumartin/Fransa*, B.N. 15287/89, 24.11.1994, § 38) ve yanı sıra dava tarafları (AİHM, *Sramek/Avusturya*, B.N. 8790/79, 22.10.1984, § 42) karşısında bağımsızlığı ifade eder. Mahkeme bağımsızlığı, yargı erkini diğer erklerden ayırmak için usuli güvencelerin varlığını gerektirir.

yasama müdahalesini önlemekte ve taraf devletleri daha sınırlayıcı bir tutum benimsemeye zorlamaktadır.¹⁶⁶ Ayrıca son zamanlarda, sadece bağımsızlığın kalitesini ve gerçekliğini değil, aynı zamanda algısını da güçlendirmek için çaba sarf edilmiştir.¹⁶⁷ Bu çaba, AİHM'nin İngiliz hukukundan yola çıkarak sık sık dile getirdiği bir soruna yanıt olarak ortaya çıkmıştır: “*Adaletin sadece tesis edilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de gerekir.*”¹⁶⁸ Bu yüzden Avrupa çapında çeşitli devlet konseylerinin genel olarak hem yürütmeye danışmanlık yapması hem de yürütme işlemlerinin yasallığını denetlemesinden -ikili rolünden- kaynaklanan gerginlik bir çok davanın konusu olmuştur.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Bkz. CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 74.

¹⁶⁷ MASSOT, “The Powers and Duties of the French Administrative Judge”, s. 2.

¹⁶⁸ Bu “özdeyiş” İngiltere’de 1924’deki McCarthy kararına kadar uzanır. Bkz. *R v Sussex Justices; Ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, 259 (‘*R v Sussex Justices*’). AİHM’in “görünüş” kriterini kullandığı bazı kararlar için bkz. *Delcourt/Belçika*, B.N. 2689/65, 17.01.1970, § 31; *Campbell ve Fell/Birleşik Krallık*, B.N. 7819/77; 7878/77, 28.06.1984, § 81.

¹⁶⁹ Bir kurum içerisinde danışma ve adli görevlerin birbiri ardına ifa edilmesi, belli durumlarda, nesnel açıdan görüldüğü şekliyle söz konusu kurumun tarafsızlığı hakkında Sözleşme’nin 6/1 maddesi kapsamında soruna yol açabilir. Sorun “aynı dava”, “aynı karar” veya “benzer sorunlar” hakkında yargısal ve idari-danışma görevlerinin ifa edilip edilmediğiyle ilgilidir. Danıştay üyelerinin idari görev almalarının bağımsızlıklarına zarar verip vermediği konusunda AİHM’in yaklaşımı, zarar verdiği yönündedir. *Procola/Lüksemburg* davasında Danıştay üyelerinin davacıyı etkileyen bir konuda idari görevleri kapsamında olumlu görüş bildirdikten daha sonra yargısal görev üstlenmeleri Mahkeme tarafından yargı makamlarının tarafsızlığı konusunda kuşku doğurmaya elverişli bulunmuştur. Danıştay dava dairesi üyelerinin, danışma dairesi üyeleri olarak görev yaparken verdikleri kararın iptali istemiyle açılan davalarda kendi kararlarına bağlı hissedeceklerinden endişe duyabileceklerini, bu basit ve küçük şüphenin ispatlanamasa bile, dava konusu mahkemenin tarafsızlığını ortadan kaldırmaya yeteceğini değerlendirerek; Lüksembourg Danıştay’ının idari ve yargısal görevlerini aynı yargıçlarla görmesinden dolayı tarafsız olmadığına karar vermiştir. AİHM, *Procola/Lüksemburg*, B.N. 14570/89, 28.09.1995, § 45; AİHM, Ulaştırma Altyapı Planlama Kanun Tasarısına ilişkin verilen danışma görüşü verilmesinden sonra aynı konuya ilişkin güzergah belirleme kararının temyiz sürecinde yer alınması durumunun aynı davaya ya da

İdari yargının doğuş yeri Fransa’da güçler ayrılığı düzleminde tarihsel olarak ayrı ve önemli bir sorun yaratmış olan ayrılık ilkesinin,¹⁷⁰ Türkiye’de idari yargının, güçler ayrılığı ilkesine göre konumlanmış yargı erki içinde yer alması sebebiyle organik bakımdan pek sorun yaratmadığı¹⁷¹ kabul edilmektedir.¹⁷² Ancak Şura’yı Devlet’in 1924 Anayasası döneminde yürütme içinde örgütlenmesi, üyelerinin seçiminde TBMM’nin yetkili kılınması,¹⁷³ bazı idari itirazların yasama komisyonlarınca denetlenmesi,¹⁷⁴ dava

aynı karara ilişkin olduğunun söylenemeyeceğini belirterek ihlal görmemiştir. *Kleyn ve Diğerleri/Hollanda*, B.N. 39343/98, 39651/98, 43147/98, 46664/99, 06.05.2003, § 200; aynı yönde bkz. *Sacilor Lormines/Fransa*, B.N. 65411/01, 09.11.2006, § 74 – ihlal bulunmayan kararı).

¹⁷⁰ YAŞAR, Yargısal Emir, s. 11.

¹⁷¹ Bkz. YAŞAR, Yargısal Emir, s. 14-15.

¹⁷² Merkezî yapıya uygun olarak Tanzimat, I. ve II. Meşrutiyet döneminde yürütme içinden seçilen üyelerin yanında Şura’yı Devlet başkanının da bakanlar kurulu üyesi olması, kararlarının sadrazamın onayı ile yürürlüğe girmesi, sadrazamın Şura’yı Devlet üyesi olması, başkan ve üyelerin niteliklerinin somut kurallara bağlanmaması, yargıçlık teminatına sahip bulunmaması, ayrıca millet adına karar verme yönünde idare ve yargı ayrılığı ihtiyacının kendini hissettirmemesi ve yargının tutuk kalması gibi benzerlikler dolayısıyla idarenin yargılanması konusunda Türkiye’deki sistemin de benzer eğilimlere sahip olduğu söylenebilir. Türk idari yargı tarihi hakkında bkz. Yüzyıl Boyunca Danıştay, Danıştay Yay. 2. B., Ankara 1986; Ahmet AKGÜNDÜZ, “Arşiv Belgeleri Işığında Şura’yı Devletten Danıştay’a İdari Yargı Teşkilatı”, II Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993- Ankara, Danıştay Yay., 1993, s. 120-135; Süleyman ARSLAN, “Tanzimat Döneminin Yarattığı Bir Yargı Organı Şura’yı Devlet”, Jale G. Akipek’e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya 1991; Orhan ÖZDEŞ, “Danıştay’ın Tarihi Gelişimi ve Cumhuriyet Döneminde Danıştay”, Danıştay 50. Yıl Özel Sayısı, s. 167-183; KARAHANOGULLARI, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi.

¹⁷³ 1924 Anayasası’nın 51. maddesinde Danıştay başkan ve üyelerinin daha önce önemli görevlerde bulunmuş, uzmanlıkları, bilgileri ve görgüleriyle belirgin kimseler arasından Büyük Millet Meclisince seçileceği belirtilmiştir. Bunun nedeni 1924 Anayasası’nın Meclis hükümeti modelini benimsemesidir.

¹⁷⁴ 1924 Anayasası döneminde TBMM Dilekçe Komisyonu’na itiraz yoluyla yapılan başvurular, Devlet Şurası’nın bağımsız bir yargı yeri olduğu gözardı edilerek Komisyon tarafından incelenmiş ve Mahkeme kararlarının bozulması yoluna gidilmiştir. Yasama organı daha sonra

ve uyuşmazlıkları çözme görevi yanında idari görevler de verilmesi¹⁷⁵ dolayısıyla ayrılık ilkesi önemli bir dayanak noktası bulmuştur.¹⁷⁶ Bu sebeple idari yargının, Türkiye’de kuruluşundan 1961 Anayasası’ndaki düzenlemeye kadar Fransa ile neredeyse aynı denilebilecek bir hukuksal konuma sahip olduğu söylenebilir.¹⁷⁷

1961’den sonra idare ve idari yargı ayrılığı ilkesi anayasal olarak düzenlenmiş ve idari yargı, güçler ayrılığı ilkesine uygun olarak yargı fonksiyonunun içinde yer almıştır.

bu uygulamadan vazgeçmiş ve 1934 yılı Nisan ayında 803 sayılı kararla Devlet Şurası’nın bağımsız bir yüksek yargı yeri olduğunu ve yargı kararlarının kesin karar niteliği taşıdığını onamıştır. Bkz. A. Ülkü AZRAK, “Yasama ile İdarenin Yargısal Denetimi ve Siyaset”, in Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı, Hyperlink, İstanbul 2001, s. 74.

¹⁷⁵ 1924 Anayasası’nın 51. maddesine göre “*İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıklarını çözmek, Hükümetçe hazırlanarak kendine verilecek kanun tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerine düşünişünü bildirmek, gerek kendi özel kanunu ve gerek başka kanunlarla gösterilen görevleri yapmak üzere bir Danıştay kurulur.*”

¹⁷⁶ YAŞAR, Yargısal Emir, s. 44. Onar’a göre de idari yargı organı, yürütme organı içinde olmasına rağmen bağımsızlığa sahiptir ve bu bağımsızlık, “*İdare teşkilatı içinde faal idare organları ve teşkilatı ile istişare organları ve teşkilatı arasında tefrik yapmak suretiyle sağlanmaktadır.*” ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, s. 1828. Onar istişari idareyi, şu şekilde tanımlamaktadır: “*(İ)stişari idare, rey ve mütaaları ile faal idareye yol gösteren ihtisas heyetleri (uzmanlık kurulları)dir: Danıştay idari daireleri, il ilçe idare heyetleri gibi*”. Onar, bu kurulların idare teşkilatı içinde yer almakla birlikte kamu hizmetinin ifasına doğrudan katılmadıkları, kamu gücünü kullanarak icrai karar almadıkları ve idari makamlardan emir ve talimat almadıkları gerekçesiyle idari hiyerarşinin dışında olduklarını; dolayısıyla idareden bağımsız/ayrı (istiklal) olduklarını kabul etmektedir. Bkz. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, s. 1828-1829. (Onar, faal idare içindeki istişari kurul (hatta kimilerine yargısal yetkiler verilmiştir, vergi komisyonları gibi) işlemlerinin bağlayıcı olmadığına, görüş niteliğinde olduğuna dayanarak bağımsız olduklarını savunarak bunların idari yargı içindeki varlığının bağımsızlıklarına zarar vermediklerini dile getirmiştir.

¹⁷⁷ YAŞAR, Yargısal Emir, s. 14; Duran, Fransız sisteminde “*yargıçların, esasta icra kuvvetinden çıkmaları asıldır*” biçiminde ifade edilen ilkenin Türk idari yargı sisteminde 1924 Anayasası’nın 51. maddesiyle bertaraf edildiğini ifade etmektedir. Bkz. Lütfi DURAN, “Atatürk Döneminde Danıştay”, in Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yay., İstanbul 1988, s. 214.

1961¹⁷⁸ ve 1982 Anayasalarında yüksek yargı organları arasında sayılan Danıştay,¹⁷⁹ idari görevlerinin¹⁸⁰ yanında aslen idari yargı mercii olarak düzenlenmiş ve üyelerine yargıçlık

¹⁷⁸ 1961 Anayasası'nın 140. maddesi, Danıştay'ı, "kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece mahkemesi", 521 sayılı Danıştay Kanunu ise, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş yüksek idare mahkemesi, danışma ve inceleme mercii" olarak tarif etmek suretiyle hem bir yüksek mahkeme hem de tarihi gelişimine uygun olarak danışma ve inceleme mercii olarak nitelemiştir. Orhan ÖZDEŞ, "Danıştay ve Tarihi Gelişimi", **DD**, Y. 1, S. 1, 1971, s. 30. 1961 Anayasası 140. maddenin ikinci fıkrasına göre, "*Danıştay, idari uyuşmazlıkları ve dâvaları görmek ve çözümlemek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*" Anılan ilk iki fıkra, 1971 tarihli Anayasa değişikliklerinden etkilenmemiş, 1961 Anayasası yürürlükte olduğu süre boyunca ilk halleriyle kalmıştır. Danıştay'ın idari davalara ilişkin görevi, ilk kez 1961 Anayasası metninde geçmemekle birlikte, yüksek mahkeme niteliğinin anayasal düzeyde tanınması 1961 Anayasası ile olmuştur. 1924 tarihli 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 51. maddesine göre, "*İdari dava ve ihtilâfları rüyet ve hal, hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun layihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalaa, gerek kendi kanunu mahsusu ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere bir Şura'yı Devlet teşkil edilecektir.*" Şûra-yı Devlet, 1924'te Vazife-i İcraiye altında düzenlenmişken 1961 Anayasası'nın 3. kısmının yargı ile ilgili 3. bölümünün yüksek mahkemeler ile ilgili kısmında düzenlenmiştir. Nuri ALAN, "İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü", TBB Dergisi, S. 2, 1998, s. 521. Danıştay'ın idari daireleri ve idari görevleri de bulunduğu için, genel olarak karma bir nitelik taşımaktadır. Ancak bir yargı mercii olarak Danıştay, yürütme organları arasında değil, yargı organları arasında yer almaktadır. Bu bakımdan 1961 Anayasası, 1924 Anayasası'ndan ayrılmış bulunmaktadır. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, s. 1850.

¹⁷⁹ 1924 Anayasası dilinin, 10.01.1945 tarih ve 4695 sayılı Kanun'un sadeleştirilmesiyle 51. maddede düzenlenen "Şûra'yı Devlet" teriminin yerini "Danıştay" almıştır. Bu tarihten sonra 1946 yılında Şûra'yı Devlet Kanunu'nda değişiklik yapan 4904 sayılı Kanun'da da "Danıştay" adı kullanılmıştır. 1952 yılında 5997 sayılı Kanun ile Anayasa'nın eski diline dönmüştür. Buna uygun olarak da 1954'teki Kanun değişikliğinde Devlet Şurası, 1959 yılındaki yasa değişikliğinde ise tekrar Şûra'yı Devlet terimleri kullanılmıştır.

¹⁸⁰ 1961 Anayasası döneminde 24.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu çıkarılmıştır. Danıştay'a idari uyuşmazlıkların çözümü, istişari görevler ile idari görevler de verilmiştir. Bazı idari uyuşmazlıkları çözme yetkisi il idare kurullarına, vergi uyuşmazlıklarını çözme

güvencesi verilmiştir.¹⁸¹ Danıştay'ın idari görevlerinin giderek azalmasının,¹⁸² onun gerçek görevi olan yargısal görevini ortaya çıkardığı ve özellikle Cumhuriyet döneminde idari yargının gelişiminde, idari kurullar ve Danıştay'ın oluşturduğu sistemin 1982 düzenlemeleriyle idareden ayrı bir yargı sistemine dönüştüğü, dolayısıyla Danıştay'ın işlevi çerçevesinde tarihsel olarak da idarenin iç denetimi niteliğinde bir idari yargı geleneği olmadığı ifade edilmektedir.¹⁸³ Bu sebeple Türkiye'de idari yargı-idare ayrılığı, idari yargının oluşum sürecine ilişkin geleneklerin ışığında değil, idari yargı üyelerinin yargıç statüsünde olmaları dolayısıyla güçler ayrılığına uygun görülmektedir.¹⁸⁴

İdari yargının anayasal sistem içindeki konumu, idare ile ayrı konumlandırılması ve yargıçların statüsü bakımından herhangi bir sorun yoktur.¹⁸⁵ Yargı-idare ayrılığı

yetkisi itiraz ve temyiz komisyonlarına ve bazı uyuşmazlıkları çözme görevi gümrük komisyonlarına verilmiştir. Bu komisyonların kararlarına karşı Danıştay'a başvurulmaktaydı.

¹⁸¹ Bununla birlikte, Fransa'da ve benzeri ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de, idari yargının örgütlenmesinin-danıştay tipi örgütlenmenin AIHM nezdinde bağımsızlık ve tarafsızlık açısından bir sorun teşkil etmediğini yinelemek gerekir.

¹⁸² Son Anayasa değişiklikleriyle hem kanun tasarıları hakkında görüş bildirme görevi hem de tüzüklerin ortadan kalkmasıyla birlikte Danıştay'ın tüzük incelemesi görevi ortadan kalkmıştır. Anayasa md. 155 ve md. 115, 21.01.2017-6771 sayılı Kanun md. 16 ile ilga edilmiştir.

¹⁸³ TEKİNSOY, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, s. 33.

¹⁸⁴ YAŞAR, Yargısal Emir, s. 48. Anayasa Mahkemesi, idari yargının ayrılığı ve idari yargının görev alanının korunması gerektiğini ifade etmiştir. AYM, 1988/32 E, 1989/10 K, 28.02.1989, R.G. 22.06.1989-20203, ayrıca bkz. AYM, 1976/1 E, 1976/28 K, 25.05.1976, R.G.16.08.1976-15679 (ODTÜ kararı). Mahkeme'nin aksi yöndeki kararları için bkz. AYM, 2003/75 E, 2006/114 K, 21.12.2006, R.G. 31.03.2007-26479; 2010/65 E, 2011/169 E, 22.12.2011, R.G. 25.01.2012-28184.

¹⁸⁵ Anayasa md. 9 “*yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*” Bağımsızlık ve tarafsızlık, Anayasa md. 36 maddenin zımni unsurudur. Anayasa'nın 37, 138, 139, 140, 141, 132, 145. maddeleri de bu hakkı destekleyen düzenlemeler içerir. Bkz. Sibel İNCEOĞLU, “Adil Yargılanma Hakkı” in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme-, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. B., Beta Yay., İstanbul 2013, s. 231. Ayrıca yargıcın

konusunda, yargıç statüsü ve örgütlenme bağlamında bir sorun olmasa da, idari yargının yürütme ve yasama karşısındaki bağımsızlığını ve tarafsızlığını belirleyen başka etkenler vardır. Türkiye özelinde, yargı bağımsızlığına ilişkin temel sorunlar eskiden beri yargıçları atayan makamlar,¹⁸⁶ yargıçların atanma biçimleri ve HSK¹⁸⁷ çerçevesinde tartışılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, AİHM içtihatlarında şimdiye kadar yargıçların atanma biçimleri ve onları atayan makamların niteliği, bağımsızlık ilkesini tek başına ihlal eder nitelikte görülmemiştir.¹⁸⁸ Ancak Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu’nun gerek genel gerek Türkiye’ye özel raporlarında, yargıçları atayan makamlarının niteliği ve atanma biçimlerinin, yargı bağımsızlığını ihlal edecek nitelikte olduğu çeşitli kereler gösterilmiştir.¹⁸⁹ Ayrıca Anayasa Mahkemesi, HSYK’de genel

çekilmesi ve reddi ile ilgili yargılama usulü düzenlemeleri mahkeme üyelerinin davayla bağlantıları noktasında bir güvence sağlamaktadır.

¹⁸⁶ Bkz. Artuk ARDIÇOĞLU, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2017, s. 23-24.

¹⁸⁷ HSK hakkında geçmişten bugüne yapılan değişiklikler ve eleştiriler hakkındaki çalışmalar için bkz. Lütfi DURAN, “Tükiyenin Yargı Düzeni” in Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yay., İstanbul 1988, s. 25-35; Levent GÖNENÇ, Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı, Adalet Yay., Ankara 2015, s. 88; Bülent TANÖR, Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD Yay., İstanbul 1997; Serap YAZICI, “Yargı Reformu Projesi: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, in Yargısal Düşüm: Türkiye’de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, Ed. Serap Yazıcı, TESEV, İstanbul 2010, s. 17-20. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeni Yapılanması ve İşleyişi ile Bu Süreçte Anayasa Mahkemesinin Tutumu Üzerine Bir Değerlendirme”, GSÜHFD, C. 13, S. 1, 2014, s. 717-751.

¹⁸⁸ AİHM, Mahkeme üyelerinin tamamının veya bir kısmının yürütme ve meclis tarafından seçilmesini tek başına bağımsızlık ilkesine aykırı görmemiştir. (AİHM, *Belilos/İsviçre*, B.N. 10328/83, 29.04.1988, § 66; *Sramek/Avusturya*, B.N. 8790/79, 22.10.1984, § 38; *Campbell ve Fell/Birleşik Krallık*, B.N. 7819/77; 7878/77, 28.06.1984, § 79; *Crociani-Palmiotti-Tannassi-Lefebvre d’ovidio/İtalya*, B.N. 8603/79; 8722/79; 8723/79; 8729/79, 18.12.1980, § 12). Aynı şekilde *Uslu/Türkiye* (B.N. 29860/96, 20.05.1998) kararında HSYK tarafından yapılan atamanın bağımsızlığa ilişkin bir kuşku duymak için yeterli olmadığına karar vermiştir.

¹⁸⁹ Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) 2007 yılında

kurula tanınmış yetkilerin birçoğunun adalet bakanına devrine ilişkin HSYK Yasası'nda yapılan değişiklikleri yargıç bağımsızlığına aykırı bularak iptal etmiştir. İptal gerekçeleri Anayasa md. 159'a dayandırılmıştır.¹⁹⁰ Bu çerçevede 2017 Anayasa değişikliğiyle oluşan mevcut durumda,¹⁹¹ HSK yapısı ve yargıç atama makamlarının niteliğinin yargı bağımsızlığı aleyhine bozulduğu söylenebilir.¹⁹²

C. Denetim Tekniklerinin ve Araçlarının Genişletilmesi

Yargıç yetkilerinin genişlemesi ve bağımsızlığın sağlanması, idari takdirin en aza indirilmesi, idari usul kurallarının öngörülmesi, takdir yetkisi veren yasaların anayasal denetimi gibi gelişmeler, idari yargının yasallık denetiminin ötesine geçmemesi gerektiği yönündeki önermeye (sınırlı denetim yapması gerektiği savına) meydan okusa da,

yargısal atamalar konusunda kabul ettiği rapora göre yargı mensuplarının özlük işlerinde yetkili olan yargı konseyinin üyelerinin önemli bir bölümü veya çoğunluğu yargı organının kendisince, bir bölümü de gerekli hukuki nitelikleri haiz kişiler arasından yasama organınca seçilmelidir. (Venice Commission, Judicial Appointments, 15.03.2007, CDL-JD 2007-001 rev.) Aynı Komisyon'un 2011 yılında kabul ettiği raporda da 2010 yılında 6087 sayılı Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu Yasası'nda –HSYK'nin yürütme organı karşısındaki bağımsızlığını güçlendirici hükümlere yer verilmesi- örneğin teftiş yetkilerinin adalet bakanlığından alınarak HSYK'ye verilmesi olumlu karşılanmıştır. (Venice Commission, “Opinion on the Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey”, 29.03.2011, CDL-AD 2011-004, § 101-102.)

¹⁹⁰ AYM, 2014/57 E, 2014/81 K, 10.03.2014, R.G. 14.05.2014-29000.

¹⁹¹ 2017 Anayasa değişikliği sonrası güçler ayrılığı dengesi hakkında bkz. Tolga ŞİRİN, “2017 Anayasa Değişikliği'nin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 6, S. 11, 2017, s. 85-116; Nihan YANCI ÖZALP, “2017 Anayasa Değişikliklerinin Yasama Yürütme İlişkilerine ve Yargı Bağımsızlığına Etkileri”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 6, S. 11, 2017, s. 117-136.

¹⁹² HSYK Yasası'nda birçok değişiklik getiren ve özellikle kurul içinde adalet bakanının yetkilerini arttıran düzenlemenin (6524 sayılı 15.04.2014 tarihli Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun) yargı bağımsızlığı üzerindeki etkileri hakkında bkz. Demirhan Burak ÇELİK, “16 Nisan Anayasa Değişikliği ve Yeni Hâkimler ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme”, AÜSBFD, C. 73, S. 4, 2018, s. 1057 -1094.

idarenin yargısal denetimi ve denetimin etkinliği/yoğunluğu arasındaki bağ, mahkemeler ile idarenin yetki ve ayrıcalıklarının nasıl değerlendirildiğiyle ilgilidir. Yargısal denetim yoğunluğu, çeşitli yetkilerin varlığına ya da yokluğuna göre değişebilir.

İdari yargıya geniş yetkiler verilmesi, yargısal denetimin işlerliğini ve etkisini güçlendirdiği kadar, ister istemez güçler ayrılığı şemasında yürütme ve yargı arasındaki ilişkide esaslı değişimleri kaçınılmaz kılmaktadır. Ancak geleneksel güçler ayrılığı ilkesini ihlal etmeden yargısal korumanın etkinliğinin nasıl artırılacağı, pek çok ülkede tartışılan bir konudur.¹⁹³ Yürütme ve yargı arasındaki potansiyel çatışma noktası, mahkemenin araştırmasının kapsamı ve alternatif bir sonuç getirme gücüyle ilgilidir.¹⁹⁴

Bu çatışan menfaatler ve işlevler, optimal dengeyi sağlayacak formüller konusunda sürekli bir arayışa yol açmıştır. Bu formüllerden birçoğu, yargıç yetkilerinin artırılması ile birey haklarını geliştirme yolunda olmuştur. Bu sebeple idari yargının yapısı, yasama işlemlerinin yürütülmesinden sorumlu olan idare ile bireyleri idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden korumaktan sorumlu olan yargı ve diğer anayasal organların çatışan çıkarlarını dengelemek üzere yeniden tasarlanmaktadır.¹⁹⁵

Etkin yargısal denetimi AİHM, “tam yargı yetkisi”ne sahip mahkeme formülüyle adil yargılanma hakkının bir gereği olarak ülkelere dayatmaktadır. Etkili bir yargı denetimi, birey haklarının gerçekleştirilmesinin önünü açmaktadır. Adil yargılanma hakkının geniş yorumuyla idari yargının elindeki araçların genişletilmesi istenmektedir. Tam yargı yetkisi, yasallık denetiminin ötesinde uyuşmazlığın esasının çözülmesine ve yargılama sürecinde kişinin korunmasına ilişkin araçlar sunmaktadır. AİHS’in 6/1 maddesi anlamında, ancak tam yargı yetkisini haiz bir kurum “mahkeme” niteliğindedir.¹⁹⁶

¹⁹³ BACKES/ELIANTONIO, Administrative Law, s. 208.

¹⁹⁴ PAKUSCHERT, “The Use of Discretion in German Law”, s. 108.

¹⁹⁵ PAKUSCHERT, “The Use of Discretion in German Law”, s. 107.

¹⁹⁶ AİHM, *Beaumartin/Fransa*, B.N. 15287/89, 24.11.1994, § 38.

Mahkemeye başvuru hakkı, ancak mahkeme tarafların iddialarını hem olaylar hem de hukuk kurallarına uygunluk açısından inceleyebildiği ve davanın esası hakkında karar verme yetkisine sahip olduğu sürece vardır.¹⁹⁷ Bir mahkemenin tam yargı yetkisine sahip olması, onun yargı işlevinin unsurlarından hiçbirini dışarıda bırakmamasını gerektirir.¹⁹⁸ Bazı davalarda “idari yargı yetkisinin yalnızca hukukilik denetimi ile sınırlı olması”,¹⁹⁹ “gerektiği zaman birtakım idari tedbirleri kaldırma yetkisinin bulunmaması”,²⁰⁰ “olguların kamusal güvenlik gibi gerekçeler ile mahkeme tarafından değerlendirilmemesi”,²⁰¹ “resen araştırma yetkilerinin olmaması ya da etkili kullanılmaması”,²⁰² hatta “ölçülülük gibi işlemin esasına ilişkin ölçütlerin

¹⁹⁷ Yargı yolu açık olmasına rağmen, ulusal mahkemenin önündeki yargılama sırasında, hem davadaki olaylar hem de hukuki konulara ilişkin tam bir yargı yetkisine sahip olmaması adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmaktadır. AİHM, *Terra Woningen BV/Hollanda*, B.N. 20641/92, 17.12.1996, § 52-55. *Veeber/Estonya*, B.N. 37571/97, 07.11.2002, § 71; *Devlin/Birleşik Krallık*, B.N. 29545/95, 30.10.2001, § 30-32; *Fazia Ali/Birleşik Krallık*, B.N. 40378/20.10.2015, § 78.

¹⁹⁸ AİHM, *Chevrolet/Fransa*, B.N. 49636/99, 13.05.2003, § 63.

¹⁹⁹ Mahkeme, olayları araştırma yetkisini tam yargı yetkisinin bir parçası olarak görmektedir. Bir yargı organının tanımlanan özellikleri arasında, tüm olgusal ve hukuksal sorunları ve bunların her noktasını denetleme yetkisi yer almaktadır. AİHM, *Schmautzer/Avusturya*, B.N. 15523/89, 23.10.1995, § 36; *Gradinger/Avusturya*, 15963/90, 23.10.1995, § 44; *A. Menarini Diagnostics S.R.L./İtalya*, B.N. 43509/08, 27.09.2011, § 59.

²⁰⁰ Örneğin AİHM bazı polis tedbirlerine karşı idari yargıya başvuru yolu açık olmasına rağmen idari yargı yetkisinin sadece hukukilik denetimi ile sınırlı olmasını ve yargı yerlerinin bu tedbirleri hukuka uygun bulmamaları durumunda, kaldırma yetkilerinin olmamasını, 6. madde ihlali olarak değerlendirmiştir. AİHM, *Veeber/Estonya*, B.N. 37571/97, 07.11.2002, § 71.

²⁰¹ AİHM, *Tinnelly ve Mc Elduff/Birleşik Krallık*, B.N. 20390/92-21322/92, 10.07.1998, § 77/78. Davanın taraflarından birisinin iddiasına temel oluşturan, örneğin ulusal güvenlikle ilgili bazı belgeler ulusal mahkeme tarafından incelenemediğinde AİHM, mahkemeye etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini kabul eder. AİHM, *Devlin/Birleşik Krallık*, B.N. 29545/95, 30.10.2001, § 30-32.

²⁰² Davanın “anlamının ve kapsamının anlaşılmasının” mümkün olmaması nedeniyle reddedilmesi, mahkeme tarafından belirsiz bir şekilde ortaya konulan davada resen araştırma

kullanılmaması” durumunda AİHM, mahkemenin tam yargı yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir.²⁰³

yapılmamış olması ihlal nedenidir. AİHM, *Dattel (No. 2)/Luksemburg*, 30.07. 2009, § 36-47. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Uygulamacılar İçin El Kitabı, Hazırlayan Dovydas Vitkauskas, 2. B., Avrupa Konseyi, 2018 s. 37.

²⁰³ Tam yargı yetkisi, idare mahkemelerinin yasaya uygunluğun “biçimsel olarak” gözden geçirilmesinin ötesinde, yargısal bir denetim yürütmesini ve idari makam tarafından verilen cezanın orantılılığının ve uygunluğunun detaylı bir şekilde incelenmesini içermektedir. AİHM, *A. Menarini Diagnostics S.R.L./İtalya*, B.N. 43509/08, 27.09.2011, § 63-67.

AİHM, salt idari makamlarca kullanılan takdirin yasanın amaç ve konusuna uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını belirlemeye yetkili kılınmış idare mahkemesinin (AİHM, *Obermeier/Avusturya*, B.N. 11761/85, 28.06.1990, § 70), cezanın kusurla orantılı olup olmadığını değerlendirme yetkisi olmaksızın, meslek kuruluşlarının disiplin bölümlerine ait kararlara karşı yapılan temyiz başvurularını inceleyen mahkemenin (AİHM, *Diennet/Fransa*, B.N. 18160/91, 26.09.1995, § 34) tam yargı yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir. Ancak *Zumtobel/Avusturya* davasında Mahkeme, Avusturya İdare Mahkemesi’nin yalnızca idari makamların takdir yetkisi içerisinde yer almayan konularla ilgili olarak 6/1 maddesinin gerekliliklerini karşılamış ve iddiaları, noktası noktasına ve bu iddialara yanıt verirken ve çeşitli olguları araştırırken hiçbir zaman yetkisizlik kararı vermek zorunda kalmaksızın esas yönünden incelemiş olduğuna karar vermiştir. AİHM, *Zumtobel/Avusturya*, B.N. 12235/86, 30.06.1992, § 31-32.

Potocka ve Diğerleri/Polonya davasında, Yüksek İdare Mahkemesi’nin yargı yetkisinin kapsamı, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda belirlendiği şekliyle, hakkında itirazda bulunulan idari kararların hukuka uygunluğunun değerlendirilmesiyle sınırlıydı. Bununla birlikte mahkeme, bir kararın alınmasıyla sonuçlanan yargılamalarda adil yargılamaya ilişkin usuli gerekliliklerin karşılanmamış olduğunu tespit ettiğinde, söz konusu kararı kısmen veya tümüyle iptal etme yetkisine de sahipti. Yüksek İdare Mahkemesi’nin gerekçesi, mahkemenin gerçekte davanın *yerindeliğini* incelemiş olduğunu göstermektedir. İncelemesini, başvuranların başvurusundaki şekli ve maddi hatalar ışığında, hakkında itirazda bulunulan kararların onanması gerektiğine hükmetmekle sınırlaması mümkündüyse de; mahkeme, başvuranların esasa ilişkin tüm itirazlarını noktası noktasına dikkate almış, öne sürdüğü hususları yanıtlamada veya ilgili olguların doğruluğunu araştırmada hiçbir zaman yetkisizlik kararı almak zorunda kalmamıştır. Buna göre Yüksek İdare Mahkemesi’nin gerçekleştirdiği denetimin kapsamı 6/1. maddesinin gerekliliklerinin karşılanması açısından yeterli olmuştur. AİHM, *Potocka ve Diğerleri/Polonya*, B.N. 33776/96, 06/04/2000, Final

1. Yargısal Emir ve Araştırma Yetkileri

Yargısal Emir Yetkisi

Mahkemelerin hukuka aykırı kararların düzeltilmesi için iptal kararı verme yetkisi çoğunlukla yetersiz kalmaktadır. Bu durum, bazı hukuki sorunlara yol açmaktadır. Yargıç, bu sorunları önlemek için idareye yol göstererek yardımcı olabilir. Bunun için de yasal olarak bazı yetkilere sahip olmaları gerekir. Bu yetkiler, mahkemelerin hukuka aykırı kararların iptalinden önce idarenin yasallığını yeniden tesis etmesine izin verir.

Farklı yasal sistemlerde idari yargı yetkisi kapsamındaki yetkiler, bu sistemlerin altında yatan mantığın sonucudur. Eğer bir sistem “objektif/nesnel başvuru” görüşüne bağlı kalırsa, genellikle mahkemelere yalnızca idari işlemin yasallığının sağlanması için gerekli olan yetkiler verilir. “Subjektif/öznel dava” fikrini benimseyen bir sistemde davanın amacı, bireyin haklarının korunması olarak görüldüğü için mahkemelere daha kapsamlı yetkiler verilecektir.²⁰⁴ Bunun için, bazı hukuk sistemlerinde, idari yargı yararına bir takım (declaration ve injunction -icra/uygulama emri- gibi) yetkiler geliştirilmiştir. Bu tip yetkiler, “öznel dava” kavramının yerleştiği sistemlerde daha yaygındır. Bu tür yetkiler, birey haklarını korumaya yöneliktir. Örneğin İngiliz yargıca, taç (the crown) hariç, idari makamlara emir verme yetkisi tanınmıştır. Bu emirler, çok çeşitli olabilir; zorlayıcı emir (mandatory order),²⁰⁵ yasaklayıcı emir (prohibitory

27.03.2002, § 56-59.

²⁰⁴ BACKES/ELIANTONIO, Administrative Law, s. 207.

²⁰⁵ *Zorlayıcı yargısal emir (mandatory order)*, idareyi kamu hukukundan kaynaklanan bir görevi yerine getirmeye zorlayan, idareye yap emri veren bir yargısal emir türüdür. Bkz. Adem AVCI, “İngiliz Hukukunda Mandamus (Mandatory Order) İlkesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2014, s. 171.

order)²⁰⁶ ve tam yargısal emir (injunction-geçici ve kalıcı).²⁰⁷ Bu yetkilerin yanı sıra, mahkemenin elinde başka yaptırım araçları da vardır.²⁰⁸

Nesnel ve öznel dava kavramları, kabul edilebilirlik koşulları, usul kuralları ile denetim kapsamı bakımından birbirinden farklıdır. Ancak günümüzde bu iki yaklaşımın tamamlayıcı niteliği vardır ve gelişmiş yargı sistemleri bunları birleştirme girişimi içine girmiştir.²⁰⁹ Örneğin iki farklı idari yargı sistemi benimseyen Almanya’da ve Fransa’da mahkemeler idareye emir verebilirler.²¹⁰ Almanya’da, 1960 tarihli İdari Mahkemeler Yasası’nın 167. maddesiyle, Usul Yasası’nın 8. bölümünde düzenlenen, yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin kuralların, bazı istisnalar dışında, idari yargıya da uygulanması kabul edilmiş, tek idari yargı yeri olan idare mahkemesi yargıcının idari

²⁰⁶ *Yasaklayıcı yargısal emir (prohibition-prohibiting order)*, bir idarenin hukuka aykırı davranmasını önlemek amacıyla verilen emirlerdir. Bu yol, bir (alt) mahkemenin idarenin yetkisini aşarak işlem yapmasını engelleyen bir denetim yoludur. İptal kararları zaten alınmış olan hukuka aykırı eylemi bertaraf ederken, yasaklayıcı emirler uygulandığı halde hukuka aykırı olacak ve henüz alınmamış olan kararların alınmasını önlemek için kullanılır. Bkz. AVCI, “İngiliz Hukukunda Mandamus (Mandatory Order) İlkesi”, s. 171. Ayrıca bkz. Hafize Sevinç AYDAR, İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2007, s. 87-88.

²⁰⁷ *Tam yargısal emir*, mahkemenin taraflardan birinin belirli bir işlem ya da eylemi yapmasını ya da yapmaktan kaçınmasını sağlamak amacıyla verdiği bir emirdir. AYDAR, İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, s. 95.

²⁰⁸ Mahkeme aynı zamanda, hukuki durumu *açıklayıcı karar (declaration)* da verebilir. Deklarasyonla Mahkeme, idareye herhangi bir emir vermeden, tarafların ilgili hak ve yükümlülüklerini ve söz konusu yasanın nasıl yorumlanması gerektiğini açıklayabilir. Bkz. Ziya Bekir BUĞUÇAM, “Common Principles of Judicial Review of Administration in Europe: A Comparative Study of France, the UK, the ECHR and the EU”, Law & Justice Review, Y. 3, S. 5, Aralık 2012, s. 124-125.

²⁰⁹ Jean-Marie WOEHLING, “Judicial Control of Administrative Authorities in Europe: Toward a Common Model”, Hrvatska Javna Uprava, V. 6. N. 3, 2006, s. 38.

²¹⁰ BACKES/ELIANTONIO, Administrative Law, s. 207.

işlem niteliğinde karar²¹¹ ve idareye emir vermesi kabul edilmiştir.²¹² Yargısal emir olarak kabul edilen yürütmeyi durdurma, Alman hukukunda etkin hukuki koruma ilkesinin bir gereği olarak anayasa güvencesi altına alınmıştır.²¹³ Üstelik bu güvence, idari yargıda dava açılır açılmaz devreye girmektedir.²¹⁴

Kıta Avrupası idari yargı sisteminin en belirgin örneği olan ve geleneksel yapısını belli ölçüde koruyan Fransız idari yargı sisteminin kendine özgü nitelikleri de sorgulanmıştır. Bu sorgulama, AİHS'in 6. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkı bağlamında gerçekleşmiştir.²¹⁵ Avrupa yargı organları nazarında bu kurumun meşruluğunu güçlendirmeye dönük olarak hukuk devleti anlayışını yeniden gözden geçirmeye mecbur kalmıştır.²¹⁶ Fransa'da idari davanın nesnel niteliğinin sonuçlarından²¹⁷ ilki, kararın nesnel hukuka uygunluğuna -yasallığına- odaklandığı için sistem birey haklarının yerine getirilmesi bakımından sınırlı bir güvence oluşturmaya 1980'den önce, CE idari işlemleri iptal edebiliyordu ancak elinde idareyi buna uymaya zorlayacak ve davayı kazanan tarafın idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden

²¹¹ SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s. 133.

²¹² Bkz. YAŞAR, Yargısal Emir, s. 163.

²¹³ Şebnem SAYHAN, "İdari Yargı Sistemlerinin Karşılaştırılmalı Analizi", İÜSBFD, S. 15, 1996, s. 71.

²¹⁴ Bkz. General Reports of Congresses, International Association of Supreme Administrative Jurisdictions, Madrid, 2004 VIIIth Congress, s. 24. Çevrim içi, <https://www.aihja.org/images/users/1/files/germany.en.0.pdf>.

²¹⁵ AİHM, *Procola/Luxembourg*, B.N. 14570/89, 28.10.1995, § 45; *Kleyn/Hollanda*, B.N. 39343/98; 39651/98; 43147/98; 46664/99, 06.05.2003, § 200; *McGonnel/Birleşik Krallık*, B.N. 28488/95, 08.02.2000, § 55-58; *Kress/Fransa*, B.N. 39594/98, 07.06.2001.

²¹⁶ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 76. Fransa'da yargılama işleviyle danışma işlevinin aynı organda toplanması sorgulanınca bu iki işlev arasında net bir ayırım yapılmıştır (06.03.2008 tarihli Kararname). Hükümet komiserinin mahkeme kararına katılmasının ' tarafların eşitliği' ilkesine aykırı olduğu kabul edilmiştir. MASSOT, "The Powers and Duties of the French Administrative Judge", s. 3.

²¹⁷ BIGNAMI, "Comparative Administrative Law", s. 7.

kurtulmasını garanti edecek yargısal araçlara sahip değildi.²¹⁸

1980'den bu yana Fransa'da yargısal denetimin etkinliğinin güçlendirilmesi ihtiyacını karşılamak üzere 1980'de cebri icra prosedürü, 1995 reformuyla (8 Şubat 1995), kararın uygulanmamasını önlemeye dönük yeni araçlar (yargısal emir ve koruyucu karar alma yetkisi-kararlara uymayan idareye ceza verme yetkisi),²¹⁹ son olarak 30 Haziran 2000 tarihli Yasayla *référé*²²⁰ gibi iyileştirici araçlar seti oluşturuldu.²²¹ İdari yargının hukuk sistemini koruma işlevini yerine getirmesi ve etkin yargısal denetim yapabilmesini sağlayacak idari yargılama usulü ilke ve esaslarının (örneğin menfaat ve resen araştırma ilkesinin veya mahkeme kararlarının etkisine ve bağlayıcılığına ilişkin özel düzenlemelerin) öngörülmesi de gerekmiştir.²²² Bu yetkilerle mahkeme, işlemi iptal etmekle bırakmayıp idareye düzenlemeyi yapması için para cezası ile desteklenen süre de verebilmektedir.²²³

²¹⁸ BIGNAMI, "Comparative Administrative Law", s. 7.

²¹⁹ Bkz. SAYHAN, "İdari Yargı Sistemlerinin Karşılaştırılmalı Analizi", s. 68; YAŞAR, Yargısal Emir, s. 137.

²²⁰ "*Référé-liberté*, bir temel hak ve özgürlüğün açıkça ve ciddi biçimde ihlal edildiği hallerde kişinin, bu duruma karşı acil önlemlerin alınması için başvurabileceği yoldur. Kamu özgürlükleri yargıcı olarak da nitelendirilen *référé* yargıcı, kararını en fazla 48 saat içinde vermek zorundadır." Bkz. Deniz Bilge HAN, "Pandemide Özgürlüklerin Koruyucusu Olarak Danıştay: *référé-liberté* Usulü", 5 Ekim 2020, Çevrim içi, http://publicisteturc.org/pandemide-ozgurluklerin-koruyucusu-olarak-danistay-refere-liberte-usulu/#_ftn4.

²²¹ Bkz. CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 78; Erdoğan BÜLBÜL, "Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu", Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2002-Ankara, Danıştay Yay., 2002, s. 63-95; Aydın GÜLAN, "Fransa'da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları", İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2001-Ankara, Danıştay Yay., No 63, 2001, s. 23-36.

²²² AYAYDIN, "İdari Yargının Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar...", s. 518. Ayrıca bkz. GÜLAN, "Fransa'da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları", s. 23-36.

²²³ Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, C. II, s. 541.

İdari yargılama konusunda Fransa'yla benzer özelliklere sahip Türkiye'de idari yargı yetkisinin; yasal-anayasal hükümlerle (yasama kısıntılarıyla), yargı kısıntılarıyla daraltılması ve Anayasa md. 125 ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulu Kanunu (İYUK) md. 2 gerekçeleriyle denetim yoğunluğunun azaltılması, denetim sınırlamasının farklı görünümleridir. Ayrıca yargılama yetkisi, AİHM kararlarıyla birlikte değerlendirildiğinde; yargıcın tam yargılama yetkisi olmaması sebebiyle adil yargılama hakkını ihlal edecek sonuçlar yaratabileceğini görmek gerekir. Türkiye'de idare yargının kararlarını uygulatma yetkisinin olmaması²²⁴ veya bazı konularda yürütmeyi durdurma kararı verememesi,²²⁵ yürütmeyi durdurma kararının zor ve belirsiz koşullara (telafisi imkânsız zarar-açık hukuka aykırılık vb.) bağlı olması²²⁶ ve konu bakımından idari yargı

²²⁴ İYUK md. 28, bu yetkilere dâhil değil, sadece tazminat öngörmektedir. İYUK md. 28'de düzenlenen tazminat türü tedbirler, olsa olsa yargı kararının uygulanmasının tazmin zorunluluğuna indirgenmesi anlamına gelir. Bkz. Cüneyt OZANSOY, "İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna", Hukuk Kurultayı 2000, C. I, Ankara Barosu Yay., Ankara 2000, s. 373, 386.

²²⁵ Örneğin, 6292 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ile Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun'un 9. madde 1 fıkrasına göre "(1) 2/A alanları için orman sınırları dışına çıkartma ile orman sınırlandırması ve tespit, tefrik ve tescil işlemlerine karşı yapılan itirazlar ve açılan davalar bu Kanuna göre yapılacak işlemleri durdurmaz. Bu konuyla ilgili davalarda yürütmeyi durdurma ve tedbir kararı verilemez." Ancak Anayasa Mahkemesi bu yürütmeyi durdurma kararı verilmesini engelleyen düzenlemeleri iptal etme eğilimindedir. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasında; bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilmesi ve bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği hükmü düzenlenmişti. Bu hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. AYM, 2012/87 E, 2014/41 K, 27.02.2014, R.G. 26.07.2014-29072.

²²⁶ 521 sayılı Danıştay Kanunu, md. 94'e yürütmeyi durdurma kararı için hiç bir koşul konulmamıştı. Ancak yürütmeyi durdurma kararı siyasal iktidarın mühalesi sonucu, 1973 yılında çıkarılan 1740 sayılı Kanun ile belli koşullara bağlanmıştır. Yasa'daki koşullar:

yetkisine ilişkin kısıtlamalar bu kapsamda değerlendirilebilir. Ayrıca yargısal denetimin hızının bugünkü idari ve ekonomik yaşam hızına uyarlanması ve oluşacak hak kayıplarını önlemek için ivedi yargılama usulü kapsamında verilen bir takım yetkiler de (sürenin kısaltılması vb.) denetim etkisinin güçlendirilmesini sağlayacak niteliklerden uzaktır.²²⁷ Bu yetkiler, bazı ülkelerde davaların düzgün akışı ve usuldeki gecikmeleri azaltmak için geliştirilen -fast track- hızlı takip usul modellerinden farklılaşmaktadır. Türkiye’de yargılamanın hızlandırılmasına ilişkin yetkilerin birey hakları bakımından etkinliği tartışmalı olmakla birlikte, idari yargıya resen araştırma ilkesi ve ilk aşamada belirlenmesi güç koşullara bağlanmış yürütmenin durdurulması dışında başka bir yetki de tanınmamıştır.

“yürütmeyi durdurma kararları telafisi güç durumlar ortaya çıkması veya dilekçede ileri sürülen hususların dosyanın durumuna göre ciddi ve idari veya yargı kararlarının iptalini haklı gösterecek nitelikte olması halinde verilir.” 1982 Anayasası md. 125’te ve 2577 sayılı İYUK md. 27’de yürütmeyi durdurma kararı verilmesi daha da zorlaştırılmıştır. 1994 yılında İYUK’ta yapılan değişikliklerle yürütmeyi durdurma kararı verilmesi önündeki bir çok engel kaldırılmıştır. 2012 yılında (6352 sayılı Kanunla) İYUK md. 27’de düzenlenen yürütmenin durdurulması şartlarında önemli değişiklikler yapılmış ve bu konuda mahkemenin takdir yetkisi biraz daha sınırlandırılmıştır. Değişikle, uygulama etkisi tükenecek işlemler dışındaki idari işlemler hakkında davalı idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulmasına karar verilmeyeceği, yine sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilmeyeceği, dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istemin reddedilebileceği, aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulamayacağı düzenlenmiştir. 2014 yılında da 6526 sayılı Kanun 17. maddesiyle İYUK md. 27’ye bir hüküm eklenmiş ve kamu görevlileri hakkındaki atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici ve sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemlerinin, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmayacağı ve bu işlemler hakkında davanın açıldığı aşamada açıkça hukuka aykırı oldukları tespiti yapılsa bile idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararının verilemeyeceği düzenlenmiştir.

²²⁷ Bkz. N. İrem YEŞİLYURT, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı”, AÜSBFD, C. 70, S. 2, 2015, s. 403-433.

Araştırma Yetkisi

Bir hukuk sistemi içindeki mahkemeler, daha rasyonel ya da daha güçlü bir denetim uygulamak istediklerinde bu amaca ulaşmak için idareden daha fazla neden talep etmekte ve bu nedenleri denetime tabi tutmaktadırlar. İtiraz edilen kararın altında yatan temel nedenleri araştırma yetkisi, idareden istenilen bilgilerin verilmesiyle ilgilidir. Mahkeme, idareyi işlemin nedenini açıklamaya zorlar. İdarenin sunduğu gerekçeler, işlemin ilgili yasaya ve yasanın amacına uygun olup olmadığının belirlenmesi konusunda mahkemenin işini kolaylaştırır. Bu nedenle, olguların sunulması, mahkemelerin “makullük”, “açık hata” veya “kamu yararı” çerçevesinde yapılan testler aracılığıyla takdirî kararların denetlemesinde önemli bir araçtır. Bu yönüyle, yargıç yetkileri (usuli yetkiler) ile maddi inceleme arasında yakın bir bağlantı vardır.²²⁸

İptal davasının amacı, idari işlemlerin hukuka uygunluğunu saptamaktır, bu saptama genellikle belge üzerinde, işlemin unsurlarının denetimiyle gerçekleşir. İşlemin iptal nedenleri olarak da bilinen bu unsurların bazılarının her zaman belge üzerinden tespit edilmesi güçtür. Özellikle, işlemin dayandığı maddi sebeplerin (olgular) idarece sunulan belgeler dışında aranması, denetim yoğunluğunu belirleyen esas unsurdur. İdari uyumsuzluğun hem olgulara hem de normatif alana ait yönleri vardır. İşlemin yapılması anından geriye gidilerek işlemi meydana getiren sebeplerin varlığına dair bir inceleme, maddi gerçeği ortaya çıkaracaktır. Yargıcın kararı, dava konusu olguların durumuna (varlığına veya yokluğuna) göre değişecektir. Bir anlamda, olguların tespitiyle hukuki uyumsuzluk çözülecektir. Maddi sebep araştırılıp ortaya çıkarılmadan kamu yararı ve kamu düzenine ilişkin (ihlaline ilişkin) bir yargıya varmak güçtür. Bu amaç için, birçok yargı sisteminde araştırma yetkileri verilmiştir.²²⁹

²²⁸ Paul CRAIG, “Law, Fact And Discretion in UK”, internet paylaşımı, s. 28-29. Çevrim içi https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/paul_craig.pdf,

²²⁹ Almanya’da yargıya verilen resen araştırma yetkisinin kaynağı ve kapsamı hakkında Bkz. Yutaka ARAI-TAKAHASHI, “Discretion in German Administrative Law: Doctrinal

Yargıcı işlem üzerindeki kanıtların ötesine götüren elindeki en güçlü araç, resen araştırma ilkesidir. Geniş araştırma yetkilerine sahip olan idari yargıç, gerçeklerin ortaya çıkarılmasına önemli ölçüde katkıda bulunmaktadır. Yargıç gerekli görürse ilgili belgeleri inceleyebilir ve belli araştırmalara katılabilir, bunu doğrudan işlem belgesini inceleyerek; ilgili yerlere giderek (keşif); bir uzman (bilirkişi) aracılığıyla ya da bazı yargı sistemlerinde tanık dinleyerek yapabilir.

Türk hukukunda, İYUK'un 20. maddesi²³⁰ ile idari yargıca verilen resen araştırma yetkisi, tanık dinlemeyi dışarıda bırakmasına rağmen kapsamlı bir yetkidir.²³¹ Bu yetkiyle idare yargıcı, tarafların iddia ve savunmalarıyla yetinmeyerek gerekli her türlü inceleme, bilgi edinme ve araştırma yollarını tüketmek zorunda olduğundan, taraflardan ve üçüncü

Discourse Revisited”, *European Public Law*, V. 6, N. 1, 2000, s. 71. Fransa’da resen araştırma yetkisinin kaynağı ve kapsamı hakkında bkz. BERMANN, “The Scope of Judicial Review...”, s. 210; Neville L. BROWN/John F. GARNER, *French Administrative Law*, 2d Ed. 1973, s. 47-48. Tekin AKILLIOĞLU, “İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü”, 11 Ağustos 2004, Çevrim içi, www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm, prg 39.

²³⁰ İYUK md. 20: “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.*”

²³¹ Yargıca tanınan resen araştırma gereği ortaya çıkan kuralların daha çok yargılama usulüne ilişkin işlemlerin ve ilk inceleme koşullarının araştırılmasını kapsadığına dair görüşler ve yargı kararları vardır. (Bkz. Celal ERKUT, “Danıştay’ın 1402’lik Kararı: Türk Kamu Hukuku’nun Yüz Akı”, Tarık Zafer Tunaya Armağanı, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 1992, s. 82; H. Aydın TUNCAY, *İdare Hukuku ve İdari Yargının Sorunları*, Danıştay Yay., Ankara 1972, s. 602; Dan.5.D., 1985/815 E, 1987/1723 K, 08.12.1987, **DD**, S. 70-71, s. 277.) Uygulanacak hukuk ilkesinin tespiti, resen araştırma yetkisi kapsamında değildir. 6100 sayılı HMK md. 33 gereği yargıç hukuku resen uygular, İYUK’da böyle bir hüküm bulunmaması idari yargıç açısından farklı bir sonuç yaratmaz. Bunun için ayrıca bir araştırma yetkisi de verilmesine gerek yoktur. Yargıç, uygulanması gerekli hukuk ilkesini bilmek ve uygulamakla yükümlüdür. Resen araştırma, maddi olaya ilişkin kanıtların araştırılması ve toplanması için vardır. VDDGK, 1995 209 E, 1997/127 K, 21.02.1997, **DD**, S. 94, s. 247. Aynı yöndeki karar için bkz. Dan.3.D., 1990/2057 E, 1990/3199 K, 21.11.1990.

kişilerden her türlü bilgi ve belgeyi isteyebileceği²³² gibi; dava konusu işleme dayanak olan sebebin gösterilmesini de isteyebilir,²³³ keşif incelemesine katılabilir ve bilirkişi incelemesi yaptırabilir.²³⁴ Mahkemenin resen araştırması, “idarenin yerine geçmek” olarak da düşünülemez.²³⁵ Bu yetki, denetim usulünün bir parçasıdır. Mahkeme, resen araştırmayla yasallığın iç ve dış sınırlarının aşıp aşılmadığını her zaman araştırabileceği gibi, bu araştırmasında her türlü delilden de yararlanabilir.²³⁶ Ancak idarenin işlemde yer vermediği başka bir sebebin bulunması, işlemin ayakta tutulması için kullanılmamalıdır.²³⁷ İdari işlemin geçerliliğini koruması amacıyla işleme yeni ve

²³² Ancak İYUK md. 20/3’e göre istenen bilgi ve belgeler, Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez. Bu fıkra da sözü edilen gizli kelimesinden idarede gizli olan ve yetkili memurların dışında hiç kimseye gösterilmemesi gereken belge ve dosyaları anlamak gerekecektir. Danıştay da, idarenin gönderirken “gizlidir” kaydını koyması veya ek bir yazıyla gizli olduğunu belirtmesinin kendiliğinden o belge veya dosyaya gizlilik niteliğini kazandırmayacağını, Mahkeme’nin bu çerçevede gerekli incelemeyi resen yaparak belge ve dosyanın gizli olup olmadığını bizzat saptaması ve sonucuna göre usuli işlemleri yapması gerektiği sonucuna varmıştır. (Dan.5.D., 1990/4297 E, 1991/1099 K, 06.06.1991, **DD**, S. 84-85, s. 345) Ancak, fıkranın 4001 sayılı Kanunu’nun 10. maddesiyle eklenen 2. bendinde de, verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Dolayısıyla mahkemelerin verilmeyen bilgi ve belgelere dayalı olarak yapılmış olan savunmaya göre karar vermesine hukuken olanak bulunmamaktadır. (Dan.5.D., 1996/1345 E, 1996/2819 K, 25.09.1999, **DD**, S. 93, s. 305.)

²³³ Bkz. DİDDGK, 1995/769 E, 1997/525 K, 17.10.1997, **DD**, S. 95, s. 84.

²³⁴ A. Ülkü AZRAK, “Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 10-14 Mayıs 1993-Ankara, Danıştay Yay., 1993, s. 31.

²³⁵ VDDGK, 1995/18 E, 1996/269 K, 16.06.1996, **DD**, S. 92, s. 236.

²³⁶ A. Ülkü AZRAK, “Yargı ve İdare, İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme”, İÜHFİM, C. 34, S. 1-4, 1969, s. 132. Ayrıca bkz. GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, s. 146.

²³⁷ Aksi yöndeki Danıştay kararında “...idari yargı yerleri, uyumsuzluk konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta

geçerli sebepler bulmak,²³⁸ resen araştırma yetkisinin sınırı olmalıdır.²³⁹

İdari yargı sisteminde, idari yargıcın araştırma yetkileriyle tarafların eşitsizliği büyük ölçüde dengelenmiştir. İdari yargı davalarında ileri sürülen deliller daha çok yazılı belge niteliğindedir. Tanık ifadelerine başvurulmamaktadır. Yazılı yargılama, aynı zamanda, taraflar için bir güvence sağlar. Davacı açısından bu güvencelerden biri, mahkemenin incelemeyi daha çok idare üzerinde yoğunlaştırmasıdır. Ayrıca yazılı yargılama, davacıya, iddia ve savunmalarını hazırlarken düşünme ve danışma fırsatı sağlar. Davalı idare de (kendi) savunmasını, dosyaları inceleme ve uzman ve yetkili

hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilecekleri gibi tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebilirler” denilmektedir. Dan.3.D., 1990/2057 E, 1990/3199 K, 21.11.1990, Legalbank. Danıştay’ın sebep ikamesi yaptığı örnek kararlar için ayrıca bkz. DİDDGK, 2007/2208 E, 2012/246 K, 06.04.2012; Dan.10.D., 1994/5036 E, 1995/6574 K, 18.12.1995; DİDDK, 1999/775 E, 1999/1200 K, 03.12.1999, Kazancı.

²³⁸ İdari yargıda dosya dışında inceleme yapma yetkisinin sınırsız olduğunu belirtenler olmakla birlikte, (bkz. Erçetin YORGANCIOĞLU, “Danıştay Yargılama Usulünde Resen İnceleme Yetkisi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler-I, Danıştay Yay., Ankara 1976, s. 243, 244) İYUK md. 20’deki resen araştırma yetkisinin koşullarının belirtilmediği, “her türlü inceleme” ifadesinin mevzuatta açıklanmadığı ancak bu açıklama görevinin Danıştay’a ait olduğu belirtenler de vardır. Bkz. Mahmut CEYLAN, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, XII Levha Yay., İstanbul 2017, s. 112)

²³⁹ Bkz. ÖZTÜRK, “İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi”, s. 1047; Resen araştırma yetkisi idari yargıda, idarenin idari faaliyetlerini gerçekleştirmesi için tanınmış olan araştırma ve inceleme yetkisini kapsamamaktadır. Güçler ayrılığı ilkesi ve idari rejim yapısı gereği idari faaliyetin gerçekleştirilmesi için tanınmış olan araştırma ve inceleme yetkisi, idare tarafından kullanılmalıdır. Aksi halde idari yargı yeri idari işlem niteliğinde karar verebilecektir. Burkay Can KARA, İptal Davasında Sebep İkamesi, Yetkin Yay., Ankara 2020, s. 7, 59. *Karahanoğulları*’na göre yargı yeri, idarenin eksik inceleme sonucu tesis ettiği bir işlemle karşılaştığında buradaki eksikliği gidermek yerine, işlemi eksik inceleme sebebiyle iptal etmelidir. KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 60.

makamların görüşleri doğrultusunda daha iyi bir şekilde yapabilme fırsatı bulur.²⁴⁰ Bu yönüyle yazılı yargılamanın, sözlü yargılama usulüne göre “çelişme” ilkesine ve tarafların çıkarlarını korumaya daha elverişli olduğu söylenebilir.²⁴¹

Yazılılık unsuru duruşma yapılmasına engel değilse²⁴² bile, tanık dinlenilmesini dışarıda bıraktığı için bazı davalar özelinde adil yargılanma ilkesini ihlal anlamına gelebilir.²⁴³ Duruşma sırasında tanık dinlenmemesi, maddi gerçeğin sadece belgelerde var olan şekliyle kabul edilmesine neden olmaktadır. İYUK’un md. 21’in sağladığı olanak²⁴⁴ bir yana bırakılırsa, duruşma zabıt kâtibinin bulunmaması, tutanak tutulmaması, sebebiyle duruşmada tanık dinlenmesinin çok işlevsel olmadığı savunulabilir.²⁴⁵ Ancak tanık beyanı yazılı olarak diğer kanıtlarla birlikte dava ve cevap dilekçelerine ekli olarak mahkemeye sunulabilir. Bilirkişi ve keşif gibi kanıtlara ihtiyaç duyulduğunda bilirkişi ve

²⁴⁰ ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, s. 1936.

²⁴¹ Bkz. Gürsel KAPLAN, “İdari Yargıda Sözlülük Usulü”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 13, C. 13, S. 1, Çevrim içi, <http://www.idare.gen.tr/KAPLAN-tanik.pdf>, s. 3.

²⁴² 2577 sayılı İYUK md. 1. maddesine göre, “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.*” Ancak yazılı yargılama usulü mutlak nitelikte değildir. Bkz. İYUK md. 17-19 arasındaki hükümler.

²⁴³ Fischer davasında idare, arazinin atıklarının yeraltı suyuna karıştığı gerekçesiyle atık depolanması amacıyla kullanımını yasaklamıştır. Fischer başvurusunda idari makamlar önünde duruşma yapılmadığını, iddialarını kanıtlama fırsatı verilmediğini de öne sürmüştür. Mahkeme açık duruşma hakkının genel olarak, istisnai şartlar yoksa, sözlü duruşma hakkını da kapsadığını belirtmiştir. AİHM Fischer/Avusturya, B.N. 16922/90, 26.04.1995, § 43-44.

²⁴⁴ İYUK md. 21 “*Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez.*”

²⁴⁵ Duruşmanın bu şekilde sınırlandırılmasının gerekli olduğunu ifade eden Onar, aksi takdirde sözlü yargılama usulünün sakıncalarının baş göstereceğini ve yazılı yargılama usulünden beklenen yararların azalacağını kaydetmektedir. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, s. 1986.

keşif sırasında yargıç veya mahkeme tarafından resen dahi tanık dinlemeye başvurulabilir. Duruşma ve keşif sırasında tanık dinlenebileceğine dair açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yasa koyucunun bu konuda idari yargı yerlerini serbest bıraktığı düşünülebilir. Bu durum, idari yargılama hukukunun belirleyici özelliklerinden biri olan resen araştırma ilkesiyle tamamen uyumludur. Dolayısıyla, sözlülük usulünün ivedi durumlarda ve dosyada ihtiyaç duyulduğunda uygulanmasında bir sakınca yoktur. Danıştay, özellikle memurlara ilişkin disiplin cezalarına ilişkin soruşturma dosyalarında bulunan (idarenin dinlediği) tanıkların beyanlarını yargılamada dikkate almaktadır.²⁴⁶ Yine de Danıştay, katı ve şekilci bir biçimde, yazıllık ilkesinin tanık dinlenmesini dışladığını kabul etmektedir.²⁴⁷

Bu ilke, maddi olayların/olguların denetimi konusunda kendini gösterdiğine göre, olguyla ilgili bilginin tanık aracılığıyla edinilmesi, resen araştırma ilkesini zedelemeyiz. Yasada açıkça düzenlenmeyen hallerde resen araştırma ilkesinin sınırları, idari yargılama usulünün özellikleri ve idari davaların yapısıyla belirlemelidir.²⁴⁸

Fransız hukukunda da yazıllık ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasından vazgeçilmiş, duruşma ve keşif sırasında tanık dinlenmesine olanak tanınmıştır. Böylece idari yargıda sözlülük usulü giderek önemli bir yer teşkil etmeye başlamıştır.²⁴⁹ İdari Yargı Yasası (R. Art. 776-1 a 13) dışında ayrıca özel bir yasal düzenlemeye tabi tutulan yabancıların sınırdışı edilmesiyle ilgili uyuşmazlıklarda da sözlülük usulü uygulanmaktadır.²⁵⁰ Bu usulle birlikte dava dilekçesinin/yazıllık ilkesinin işlevi ve önemi de azalmıştır.²⁵¹ Bir takım uyuşmazlıkların ilgili yasal düzenlemeler uyarınca

²⁴⁶ Bkz. Dan.12.D., 2016/8855 E, 2017/461 K, 23.02.2017.

²⁴⁷ Dan.8.D., 2003/3369 E, 2004/917 K, 25.02.2004. Ayrıca bkz. Dan.8.D., 2003/3369 E, 2004/917 K, 25.02.2004, DBB.

²⁴⁸ ONAR, İdare Hukukun Umumi Esasları, C. III, s. 1980-1981.

²⁴⁹ KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 414.

²⁵⁰ KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 414.

²⁵¹ CE, 27.06.2001, Mohamed H. no 225251. Aktaran KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 416.

“mümkün olan en kısa süre zarfında” karara bağlanması zorunluluğu, Fransız hukukunda sözlülük usulünün önem kazanmasında etkili olmuştur.²⁵² Fransız hukukunda seri yargılama usulüne tabi uyuşmazlıklarda telefonla dahi çağrılabilen taraflar veya vekillerinin iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına uygun olarak yapılan sözlü açıklamaları, tutanağa geçirilerek dava dosyasına konulmaktadır. Ayrıca, mahkeme başkanı ya da yargıç gerekli görürse işlemle ilgili kamu görevlisini çağırma ve kendisinden açıklamalarda bulunmasını isteme yetkisine sahiptir.²⁵³

Sözlü yargılama -dinlenme- öznal dava yaklaşımını benimseyen İngiliz ve Alman idare hukuku sistemlerinde de kabul görmüştür. İngiliz hukukunda da idari yargılamada, yazıllık esas olmakla birlikte, olaylara ilişkin çelişen bilgilerin açıklığa kavuşabilmesi amacıyla çapraz sorguya izin verilebilir.²⁵⁴ Son yıllarda verilen kararlarda insan haklarının ihlal edildiği idari yargı davalarında çapraz sorunun kullanılması yönünde bir eğilim gözlenmektedir.²⁵⁵ Alman idare hukukunda ise sözlü yargılama usulü yasada ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (§ 101-105 VwGO). Yazılı yargılama yapılması mümkün olduğu halde, tarafların adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi için yargılamalar genellikle duruşmalı yapılmaktadır. Ayrıca yargıcın tanık dinlemesi de mümkündür.²⁵⁶ Sözlü yargılama usulünün, tarafların yargılama sürecine daha aktif bir biçimde katılmalarına ve özellikle de uyuşmalık konusu maddi olayın aydınlatılmasına katkı

²⁵² Bkz. KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 415. Yabancılarla ilgili uyuşmazlıklar hakkında en geç 72 saat, özgürlüklerin korunması ile ilgili ivedi yargılama usulünde (référé-liberté) 48 saat, dava konusu işlemin geçici olarak askıya alınmasına ilişkin ivedi yargılama usulünde (refere suspension) ise üç hafta içinde genellikle geçici nitelikte bir kararın verilmesi beklenmektedir. Bkz. KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 415.

²⁵³ Bkz. KAPLAN, İdari Yargıda Sözlülük Usulü, s. 10.

²⁵⁴ Alex CARROLL, Constitutional and Administrative Law, Pearson Educaiton, 2003, s. 331.

²⁵⁵ Temyiz mahkemesi bir hastaya tıbbi müdahale uygulanmasına karşı açılan bir idari davada çapraz sorunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. R. (Wilkinson) v. Broadmoore Special Health Authority [2002] 1 W.L.R 419.

²⁵⁶ Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN, “Almanya’da İdari Yargının Tarihi Gelişimi”, in Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, C. II, Atılım Üniversitesi, Ankara 2020, s. 1464.

sağladığı açıktır.²⁵⁷

Resen araştırma, kanıt yükünü hafifletir-olguların denetimiyle sebep ve amaç unsurunun ve iradenin etkin denetimini sağlar. İdare hukukunda, özel hukukta olduğu gibi ispat yükü tarafların üzerindedir.²⁵⁸ Bununla birlikte araştırmanın taraflarca değil yargıç tarafından, resen yönetilmesi olgusu, ispat yükünün önemini davacı lehine azaltmıştır.²⁵⁹ Kanıt unsurları idarenin elinde olduğu için idare, işlemde hiç hata yapmadığını göstermek durumundadır. Olgusal bulgular üzerinde tam denetim formülü, kanıt yükünü tamamen davacı üzerinden almamakta, başvuru sahibi bir bulgunun (olgunun) yanlış olduğunu kanıtlama yükünü taşımaya devam etmektedir. Ancak tereddüt halinde yargıç, resen araştırmaya devam edebilir. Böylece, araştırmanın yoğunluğu, mahkeme tarafından taraflardan bağımsız olarak artırılabilir.

İdari işleme sebep alınan olay/olgu dışındaki sebeplerin araştırılması ve dolayısıyla idari işlemin başka unsurları ile olan ilişkisinin bu kapsama girip girmediği konusu, idari işlem üzerindeki denetimin yoğunluğunu etkiler. Ancak bu yoğunluk, davanın konusuna göre değişebilir. Yargısal denetimin az-çok yoğunlukla yapılması, denetim konusunun normal ya da sınırlı bir denetime tabi görülüp görülmemesine bağlıdır. Normal denetimin uygulandığı teknik niteliği ağır basan bir davada, idari işlemin avantaj ve dezavantajlarının belirlenmesi için bilirkişi incelemesi istenebilir.

²⁵⁷ Bkz. KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 415.

²⁵⁸ Yücel OĞURLU, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Resen Araştırma İlkesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, s. 130.

İdari yargıda kanıt yüküne ilişkin sorunun cevabı çok açık değildir. İYUK’da kanıt yükü konusunda açık bir hüküm yoktur. Danıştay da, İYUK md. 31’te belirtilen haller dışında HMK’ye başvurmayı kabul etmemektedir.

²⁵⁹ Alman hukukunda, idari işlem konusunda daha iyi bilgiye sahip idari makamlarla eşit araçlara sahip olmayan idare karşısında ispat yükü, özel kişi lehine değiştirilmiştir. Bkz. TAKAHASHI, “Discretion in German Administrative Law...”, s. 71. Fransa’da da yargıç ispat yükünün taraf üzerinden alınıp alınmamasının belirlenmesinde serbesttir. Bkz. BERMANN, “The Scope of Judicial Review...”, s. 208.

Sınırlı denetim öngörülen bir konuda ise idarenin takdir yetkisini kullandığı, yani idarenin en uygun seçimi değerlendirdiği gerekçesiyle resen araştırma araçlarıyla—olgusal denetime başvurulmayacaktır.²⁶⁰

2. Hukuk Yaratma ve Yorum Yetkileri

Usuli yargısal yetkilerin yanında, idari işlemin denetiminde önemli bir işlevi olan ve idari yargıya içkin bir takım normatif yetkiler söz konusudur. İdari yargının kural üretme yetkisi, içtihadi olma özelliğinden gelir. İdari yargının içtihadi niteliği, birçok durumda farklı tekniklerle yargılamanın yoğunluğunu genişletme imkânı sunar. İdari yargıcın normatif yetkilerinin temel görünüşleri; normu yorumlama, temel ilkeler ortaya koyma ve içtihadi kural yaratma gücüdür.²⁶¹

İdare hukukunda içtihadın işgal ettiği bu baskın konum, tarihsel bir açıklamaya sahiptir. İdare hukuku kuralları, yasayla konulmamıştır. İdare hukukunda idari yargıcın yaratıcı yargısal yetkilerini sınırlayan metinlerin olmaması, idare hukuku kurallarının, idari yargının somut olaylarda verdikleri kararlarla oluşmasına neden olmuştur.²⁶² İçtihadi niteliğin bu baskınlığını, yasallık ilkesine bağlılığa adanmış bir sistemde bulmak şaşırtıcı olabilir. İdare mahkemeleri, özel ve kamusal çıkarlar arasında bir denge kurmak

²⁶⁰ Örneğin boş kadroya atama kararları, tamamen idarenin takdirine bırakılmış kararlardır; denetim sınırlıdır. Dan.5.D., 1997/1899 E, 1999/1526 K, 17.05.1999; Dan.5. D., 1995/1788 E, 1997/2389 K, 30.10.1997; Dan.5.D., 1996/502 E, 1997/2127 K, 15.10.1997; Dan.5.D., 1993/5695 E, 1993/4225 K, 09.11.1993; Dan.5.D., 1995/2403 E, 1997/3313 K, 24.12.1997; DİDDGK, 1998/283 E, 1999/1218 K, 10.12.1999; Dan.12.D., 1995/9515 E, 1997/2121 K, 13.10.1997; Dan.5.D., 1994/8773 E, 1995/2208 K, 14.06.1995. Boş kadroya atama kararları, ancak takdir yetkisinin kullanımında açık hata varsa denetlenebilir. Bkz. Dan.5.D., 1998/2282E, 1999/1682 K, 24.05.1999.

²⁶¹ Bkz. CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 71.

²⁶² Joseph MINATTUR, French Administrative Law, Journal of the Indian Law Institute, V. 16, N. 3 July-September 1974, s. 370; Gürsel KAPLAN Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Ekin Yay., Bursa 2016, s. 54.

için özel hukuk ilkelerini benimsemeyi reddederek idare hukukun özerkliğini kurmuş ve korumuştur.²⁶³ Yargının ayrı bir erk olarak tanınması, onun işlevini bağımsızlaştırarak, keyfî olmadığı sürece, *normu yorumlama* ve *hukuk yaratma* yoluyla anlamlandırıp uygulanmasını sağlayan²⁶⁴ yetkilere sahip olmasını gerektirmiştir.

Yargıcın normatif yetkileri, hukuku söyleme görevinin bir parçasıdır. Hukuk kurallarının anlamını ve kapsamını belirlemek,²⁶⁵ hukukun ne olduğunu bulmak yargıla(n)ma hakkının içindedir.²⁶⁶ Hukuk, adaletin gerçekleşmesine yönelik talepler içerir, bu yüzden bu taleplerin yargıç tarafından karşılanması zorunludur. Yorum, aslında yargıcın hukuk devleti ilkesi gereği davayı sonuçsuz bırakmama yükümlülüğüne dayanır.²⁶⁷ Bu yükümlülük, Anayasa'nın hak arama özgürlüğü (AY md. 36) kapsamında pozitifleştirilmiştir. Buna göre, her mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmak zorundadır. Modern devlette hukukun sorun çözücü işlevi de, yargıcın hukuk yaratma etkinliğini destekleyen pratik bir gerekçe olarak ortaya çıkmaktadır.²⁶⁸

Yargıç, biçimsel olarak yasaya tabidir, çünkü işlevi tam olarak yasanın uygulanmasını sağlamaktır. Ancak yasanın tam olarak uygulanmasına engel olan ve yorum gerektiren olasılıklar vardır.²⁶⁹ Örneğin temel haklar, görece muğlak norm

²⁶³ Bkz. MINATTUR, “French Administrative Law”, s. 370.

²⁶⁴ ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 230.

²⁶⁵ AYAYDIN, “İdari Yargının Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar...”, s. 503.

²⁶⁶ Emin MEMİŞ, “Yasaların Anayasa Uygun Yorumunda Danıştay Yargıcının Anayasa Yargıcı İşlevini Yüklenmesi (Karşılaştırmalı Hukuk Analizleri)”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl, 9 Mayıs 2003-Ankara, Danıştay Yay., 2003, s. 11.

²⁶⁷ ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 263.

²⁶⁸ ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 281.

²⁶⁹ “*Hukuku uygulayan işlemin göreceli belirsizliği: normatif hiyerarşide üstün olan işlem, alttaki işleme yönelik olarak hem usul hem de esas açısından tam bir yönlendirme yapmaz. Hukuku uygulayan işlemin kasıtlı belirsizliği: kanun bilerek bazı konularda idari makamlara ya da yargıca takdir yetkisi tanımaktadır. Hukuku uygulayan işlemin kasıtsız belirsizliği: burada kanunun sözü ile anayasa koyucunun iradesi çatışmaktadır.*” ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 6.

metinlerine ve nesnel içeriği yoğun norm alanına sahiptirler. Yargıç, hukuki uyumsuzluğu çözmek için olguya ait norm alanını belirlemek zorundadır. Çünkü temel haklarda norm metni ve içerdiği program oldukça eksik, soyut ve belirsizdir. Temel hak norm metninde yer alan belirsiz kavramlar, nesnel yaşam ilişkilerine gönderme yaparlar ve bu ilişkiler temel hak normlarının adeta esasını oluştururlar.²⁷⁰ Yorum, hukuk kuralının somutlaştırma aracıdır. Geleneksel yorum öğretisine göre, somut hukuksal olayların çözümü, mantıksal tasıma dayalı altlama sürecinin içinde gerçekleşir. Somut olay, burada, mantıksal tasım yoluyla norma altlatılır ve normda yer alan hukuksal sonuca bu şekilde varılır. Fakat normun uygulanabilmesi için, öncelikle içeriğinin belirlenmesi veya belirginleştirilmesi gerekir.²⁷¹

Yargıç yorum yaparken geliştirilmiş yöntemler kullanır.²⁷² Yorum kuramının genişlemesiyle yargıcın yorum yetkisi de genişlemiştir. Yargıç, soyut hukuk kurallarını yorumlar ve kararları, yasayı belirli davalara uyarlayan bir yargı alanı oluşturur. Özellikle dinamik yorum, yasamanın üstünlüğüne dayalı niyetçi yaklaşımlar karşısında yargıcın yaratıcı işlevine ağırlık tanır.²⁷³ Bu yorum, yasaların toplumun ihtiyaçlarına uygun esnekliğine izin vererek uygulanabilir yasanın gelişimini sağlamaktır.²⁷⁴

Normun içeriği, esas olarak normda içkin olsa da, bu anlam yorum yoluyla ortaya çıkabilir. Bu durumda yasayı uygulamakla görevli yargıç, yasadaki olası boşlukları doldurmakla da yükümlüdür. Eğer bir metnin basit bir şekilde uygulanması çok büyük zorluklara ya da yasa koyucunun açıkça göremediği -öngöremediği- sonuçlara yol açarsa, yargıç yasanın açık metnine sadık kalamaz. Bu gibi durumlarda, kelimenin tam anlamıyla metnin ötesine geçmek bir hatayı, bir boşluğu ve metinde belirgin bir ihmali düzeltir.

²⁷⁰ Bkz. SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 130.

²⁷¹ SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 25.

²⁷² SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 25, 131.

²⁷³ ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 230.

²⁷⁴ ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 290.

Hukukun bu yapısının doğal sonucu olarak, hukuk uygulayıcısı, somut olayda yasayı tamamlayabileceği gibi, yasadaki belli ölçülerde ayrılmak zorunda da kalabilir.²⁷⁵ Yargıçlar, her koşulda, yasanın sessiz kaldığı, belirsiz ya da belirli bir davanın koşullarını ele almak için yetersiz olduğu durumlarda bireysel bir davayı çözmek için yaratıcı olabilirler.²⁷⁶

İdari yargı, tarihsel ve yapısal koşulların sunduğu bu yetkinin kullanımına dair dikkate değer örnekler vermiştir. Danıştay'ın yaratıcı yorum yöntemlerinin uygulandığı dava örnekleri, çoğunlukla *anayasaya uygun yorum* yoluyla boşlukları doldurma, takdir yetkisini sınırlama ve yasanın nesnel amacını ortaya çıkarmaya ilişkindir.²⁷⁷ Danıştay, sözleşmeli personel olarak çalışan davacıya “fazla mesai ücreti ödenmemesi”ne ilişkin idari kararı, 788 sayılı Memurun Kanunu’nun 3. maddesini ve 7244 sayılı Kanun’un 5. maddesini Anayasa’ya uygun yorumlayıp iptal etmiştir. Denetimde kullanılan ilgili mevzuatta fazla mesaiye ilişkin bir hüküm olmamasına rağmen, Anayasa’nın “angarya yasaktır” kuralına dayanılarak yasama boşluğu doldurulmuştur.²⁷⁸ Danıştay, benzer bir akıl yürütmeyi kullandığı başka bir davada, “kanunun bir durum için öngördüğü hukuki sonucu, buna çok benzeyen başka bir durum için öngörmemiş olmasını, bu durumda olanları **sosyal güvenlik hakkından mahrum bırakacak bir sonuç yaratacak biçimde yorumlamak Anayasanın konuya ilişkin 48. maddesine de aykırı düşeceğinden **hükümün eksik kalan kısmının yorum yoluyla tamamlanması gerek(tigini)**”²⁷⁹ kabul etmiştir.²⁸⁰**

²⁷⁵ Bkz. SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 71.

²⁷⁶ ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 6.

²⁷⁷ ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 119-120.

²⁷⁸ Dan.5.D., 1968/5543 E, 1970/219 K, 26.01.1970, **DD**, S. 1, s. 190 vd. Aktaran Tekin AKILLIOĞLU, “Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar”, AİD, C. 16, S. 3, 1983, s. 34.

²⁷⁹ Bkz. Dan.12.D., 1969/2879 E, 1970/1271 K, 09.06.1970, **DD**, S. 2, s. 320 vd. Aktaran AKILLIOĞLU, “Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar”, s. 39-40.

²⁸⁰ Akıllıoğlu kararı, uygulanan “**Anayasa kuralı(nın) bu davada doğrudan uygulanır nitelikte açık ve kesin bir norm**” olmadığı gerekçesiyle eleştirmektedir. AKILLIOĞLU, “Danıştay

Danıştay'ın müstahdemlerin fazla mesai ücretlerine ilişkin içtihadında da, anayasaya uygun yorum yöntemiyle Anayasa'nın tanıdığı temel haklar karşısında idarenin takdir yetkisini sınırlandırmıştır. Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü'nde dekor şefi olarak çalışan kişinin fazla mesai istemini reddeden idari işlemin iptali için açılan davada yasa, müstahdemlerin istihdam biçim ve koşullarının “*mukavele bulunmaması takdirinde*” bağlı oldukları dairelerce belirleneceğini öngörmüştür. Davalı idare fazla mesai ücretine ilişkin istemi geri çevirirken, “*mali hükümlerin idareye tahmili için açık hüküm gerektirdiğini*” savunmuştur. Danıştay ise idarenin müstahdemlerin istihdamına ilişkin yasadan kaynaklanan takdir yetkisini kullanımında, Anayasa'nın çalışma hakkını, angarya yasağını, dinlenme hakkını ve ücrette adaleti öngören hükümlerini (1961 Anayasası md. 42, 44 ve 45) gözetmesi gerektiğini saptamıştır. Danıştay'a göre müstahdemlerin istihdamında biçim ve koşulların bağlı oldukları dairelerce belirleneceği öngören hüküm, idarenin müstahdemleri sınırsız bir çalışma sistemine tabi tutulabilecekleri anlamına gelmez.²⁸¹

Köy ihtiyar heyetinin ekmek fırını yapılması amacıyla bir taşınmazı kamulaştırması kararının iptali istemiyle açılan davada, idare mahkemesinin “*köyde ekmek fırını yapımının 442 sayılı Köy Kanunu'nun 13. ve 14. maddelerinde yer alan ve köyün yapmakla zorunlu olduğu veya isteğe bağlı görevleri arasında yer almadığı gerekçesiyle*” iptal ettiği kararda Danıştay, yasanın nesnel amacını dikkate alarak güncel (dinamik) bir yorumla işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Danıştay'ın kullandığı gerekçe de bu yorumu desteklemektedir: “*... yasada ekmek fırının yapımının sayılmamış olması bu işin yapılmayacağı anlamını taşımaz. Çünkü yapılması zorunlu ve isteğe bağlı olarak belirlenen görevler sınırlandırıcı nitelikte değil, köylüye ve köy*

Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar”, s. 40.

²⁸¹ Dan.5.D., 1968/5543 E, 1970/219 K, 26.01.1970, **DD**, S. 1, s. 192. Aktaran Tekin AKILLIOĞLU, “Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar”, AİD, C. 16, S. 3, 1983, s. 34-35.

idarelerine yol gösterici birer örnek teşkil etmek üzere yasada yer almıştır. ... Bu durumda, insanların temel gıdasını teşkil eden ekmeğin düzenli ve sağlıklı bir biçimde üretilerek köylüye iletilmesi amacıyla ekmek fırını yerinin sağlanarak hizmetin yürütülmesi köyün ve köylünün müşterek yararına olacağı, başka bir deyişle bu işin gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunduğu açıkça ortadadır. ... Kaldı ki söz konusu hizmetin sadece Köy Kanununda sayılmamış olması nedeniyle işlemin iptali yolundaki gerekçeyi 442 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 1924 yılında bu yana geçen sürede köylerde meydana gelen ekonomik ve sosyal gelişmelere koşut olarak çoğalan, yeni ortaya çıkan ve gelişen ihtiyaçların varlığı gerçeği ile bağdaştırmak olanağı bulunmamaktadır.”²⁸²

Danıştay daha yakın tarihli bir kararında da, adil yargılanma hakkına ilişkin yaratıcı AİHM kararlarının²⁸³ etkisiyle İdare Mahkemesince, davacının 2577 sayılı Kanun’un 10. maddesi kapsamında yaptığı başvurunun reddine ilişkin işleme karşı, aynı Yasa’nın 20/B maddesi gereği 10 gün içinde en geç dava açılması gerekirken, bu süre geçirildikten sonra açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasını inceleme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi üzerine, davayı anayasal ilkeler ve yasanın amacı doğrultusunda denetime tabi tutmuştur. Mahkeme, amaçsal yorumla yargılama sürelerinin nitelikleri daha sonra da yasal düzenlemenin amacını, Anayasayı (hukuk devleti, mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkını) dikkate alarak ortaya koymuştur. Mahkeme’ye göre “*Yargılama usulüne ilişkin süreler koruyucu*

²⁸² Dan.6.D., 1986/310 E, 1986/559 K, 28.05.1986, **DD**, S. 64-65, s. 220, Kazancı.

²⁸³ AİHM’in mahkemeye başvurma hakkına ilişkin kararları özellikle yaratıcıdır. Yargıcın norm metnini aşan hukuk yaratma işlevini gösteren başarılı-yaratıcı örnekler, özellikle mahkemeye başvurma hakkının yargılandığı davalardan çıkmaktadır. Mahkeme, adil yargılanma hakkını düzenleyen Sözleşme’nin 6. maddesinde mahkemeye erişim hakkı yer almadığı halde mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkının zımni unsuru saymıştır. Sibel İNCEOĞLU, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, in İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme-, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. B., Beta Yay., İstanbul 2013, s. 45.

niteliktedir ve ilgililerin düşünerek karar vermelerini sağlamak üzere konulmuşlardır. Bunların kabulünde idari uyuşmazlıkların gecikmeden yargı önüne çıkarılarak çözüme ulaştırılması isteği de etkili olmuştur. Sürenin bireyi koruyucu niteliği, sürenin kısa tutulması durumunda tersine dönerek idarenin kusur ve sakatlıklarını korur duruma gelmektedir. Bakılan olayda, davacının 2010 yılında gerçekleştirilen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na eklenen merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü başlıklı 20/A maddesinde öngörülen yargılama usulü ile getirilmiş olan sürelerin ve diğer düzenlemelerin, sınava bağlı işlemlerin sürüncemede kalmasının önlenmesi ve sınava giren adayların mağduriyet yaşamalarının önüne geçilmesi amacını taşıdığı hususunda tartışma bulunmamaktadır”, “Anılan düzenlemenin getiriliş amacına uygun biçimde işlerliğinin sağlanması yanında hukuka uygunluk bloku içinde yer alan temel hakların bu amaçla bağdaşmayacak ya da bu amaç için **gerekli ve oranlı olmayan** biçimde ihlali sonucunun doğmaması adına **anayasaya uygun yorum yöntemi** ile değerlendirilmesi bir zorunluluk arz etmektedir.”²⁸⁴ Süre aşımı gerekçesiyle davanın reddilmesi, yasa kuralının anayasaya uygun yorumuyla hukuka aykırı bulunmuştur.

IV. YARGI KISITLAMALARININ AŞILMASI

A. Denetim Alanı: Yargı Bağımsızlıkları

İdari işlemlerin denetimi için yalnızca yargısal bir sistemin kurulması yeterli değildir. Sistem, aynı zamanda, idarenin bütün faaliyet alanını da kapsamalıdır. Birçok

²⁸⁴ Karar, her ne kadar anayasaya uygun yorumla hak temelli gerekçelendirilse de, yasanın zaman yönünden uygulanmasına ilişkin bir hata yapıldığı da, Danıştay tarafından tespit edilmiştir: “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na 6552 sayılı Kanun'un 96. maddesi ile eklenen merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü başlıklı 20/B maddesinin yürürlük tarihi olan 11.09.2014 tarihinden önce gerçekleştirilmiş olan sınavlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, anılan düzenlemenin ancak yürürlük tarihinden sonra gerçekleştirilen ve maddede yer alan tanıma uygun sınavlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanabileceği sonucuna varılmıştır.” Dan.12.D., 2015/3691 E, 2015/4698 K, 09.09.2015, Kazancı.

ülkede idarenin yargısal denetimi için öngörülen bir sistem olmasına rağmen çoğunun denetime tabi olmayan alanları hâlâ vardır. Hukukun üstünlüğü geliştirilecekse belli alanlarda devletin kendi hukukunu ihlal etmesinin “cezasız” kalması kabul edilemez. Alanına göre, şüphesiz yasa (the law) yargısal denetimi az çok sağlar, ancak mahkemeye erişim hakkı bütün kamu işlemleri için olmalıdır.²⁸⁵

Bu bağlamda Türkiye’de ve Fransa’da²⁸⁶ idari yargıcın gerçekleştirdiği denetim, hem denetim alanı hem de denetimin etkisi bakımından bazı sınırlamalarla karşılaşmıştır. Alan bakımından, Almanya’dan farklı olarak,²⁸⁷ bazı işlemlerin yargı bağımsızlığına sahip olmaları hukuk devletinin mantığına aykırıdır. İdari yargıç, özellikle ayrılabilir işlem kavramına daha çok başvurarak bu kategorinin alanını sürekli daha fazla sınırlasa da, hükümet tasarrufları, hikmeti hükümetin bir kalıntısı olarak ortaya çıkma eğilimindedir.²⁸⁸ İdari faaliyete tanınacak yargısal bağımsızlık, hükümet tasarruflarında olduğu gibi içtihadi bir nitelik taşıyabilir ya da doğrudan anayasa ve yasalardan kaynaklanabilir.²⁸⁹

Türkiye’de anayasa yargısının henüz olmadığı dönemde (1924 Anayasası Dönemi) bu tip bağımsızlık alanları yaratan yasalara²⁹⁰ rastlanmış ancak 1961

²⁸⁵ WOEHLING, “Judicial Control of Administrative Authorities in Europe...”, s. 43-44.

²⁸⁶ Fransa’da hükümet tasarrufları uygulaması için bkz. GÖZLER, İdare Hukuku, C. I , s.646-653; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, İdare Hukuku, C. II, s. 35-36.

²⁸⁷ Almanya Anayasası her türlü işlemin yargı denetimine tabi olduğunu belirtmektedir. (AY md. 19/4) bkz. GÜNTHER, “Administrative Justice in Europe –Report for Germany–, s. 10.

²⁸⁸ Bkz. CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 77.

²⁸⁹ Halil ALTINDAĞ, “Yasama Kısıntısı”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C. 8, S. 20, 2016, s. 247-266.

²⁹⁰ 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu’nun 39. maddesinin (b) fıkrasındaki *"Bu fıkra hükümlerine göre resen emekliye sevk edilenler hakkındaki kararlar katidir. Bu kararlar aleyhine hiçbir suretle kaza mercilerine başvurulamaz"* hükmü, 6435 sayılı Bağlı Bulundukları Teşkilat Emrine Alınmak Suretiyle Vazifeden Uzaklaştırılacaklar Hakkında Kanun’un 3. maddesinin ilk fıkrasındaki *"Bu kanun gereğince ittihaz olunacak vazifeden uzaklaştırma karar ve muamelelerinden dolayı bu muameleyi tatbik eden idare ve şahıslar*

Anayasası'nın "yargı yolu" başlıklı 114. maddesinde "*idarenin hiçbir eylem veya işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*" kuralı²⁹¹ çerçevesinde *hükümet tasarrufu*²⁹² ve *yasama kısıntısı* gibi yargı bağıışıklıklarının önü kapatılmıştır. Bu düzenlemeyle birlikte 1924 Anayasası döneminde yasama kısıntısı kategorisinde kabul edilen ve yargı yolunu kapatan yasal düzenlemeler, ya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş²⁹³ ya da yasama organı tarafından değiştirilmiştir.²⁹⁴

Bu dönemde idari yargının da denetim alanını idarenin iç düzeninde gelişen irade oluşumu sürecini kapsayacak biçimde genişletmesi ve idari yargıda takdir yetkisi ile yerindelik arasındaki sınırın belirsizleşmeye başlaması²⁹⁵ sebebiyle bazı idari işlemler,

aleyhinde hiçbir idari ve adli kaza merciine müracaat olunamaz" hükmü, 5250 sayılı Dışışleri Bakanlığı Kuruluşu Hakkındaki 3312 sayılı Kanuna Ek Kanun'un geçici maddesinde yer alan "*Bu madde hükmüne göre verilen kararlar Bakanın tasdiki ile kesinleşir ve bu kararlar aleyhine idari veya adli kaza mercilerine dava açılmaz*" hükmü ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan "*Valilerce resen verilen uyarma ve kınama cezaları kesindir. Bunlar aleyhine idari ve adli kazaya müracaat olunamaz*" hükmü bu dönemde çıkarılan ve yargı yolunu kapatan yasalara örnektir.

²⁹¹ Anayasa'da 1971 yılında yapılan değişiklikle bu kural, "*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

²⁹² Hükümet tasarrufları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ragıp SARICA, "Türk Devlet Şurası İctihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları", İÜHFİM, C. 8, S. 3-4, 1942, s. 457-472; İsmet GİRİTLİ, Türkiye'de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları, İstanbul 1958.

²⁹³ 1971 yılında yapılan değişikliklerle Kurul kararlarının idari kararlar olduğu kabul edilmesine ve Anayasa'daki 114. maddedeki düzenlemeye rağmen, 1971 değişiklikleriyle Yüksek Hâkimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu kararlarının kesin olduğu başka bir mercie başvurulmayacağı kuralı getirilmiştir (Bkz. md. 137, 144). Danıştay Kanunu'nda 1973'te yapılan değişiklikle de Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı açılan davalara Danıştay'da bakılacağına ilişkin kurallar, Danıştay Kanunu'ndan çıkarılmıştır. Danıştay açılan davaları görev yönünden reddetmiştir. Bkz. DDDK, 1972/69 K, 21.01.1972, AİD, C. 5, S. 2, s. 121. Anayasa Mahkemesi, bu anayasal düzenlemeyi iptal etmiştir. AYM, 1976/43 E, 1977/4 K, 27.01.1977, R.G. 21.04.1977-15916. Ayrıca bkz. AYM, 1962/262 E, 1963/21 K, 30.01.1963, R.G. 11.03.1963-11352; 1962/221 E, 1962/86 K, 14.11.1962, R.G. 08.12.1962-11277.

²⁹⁴ İl İdaresi Kanunu'nun yargı yolunu kapatan 13. maddesi 12.05.1964, 469 sayılı Yasa ile değiştirilmiştir.

²⁹⁵ A. Ülkü AZRAK, "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak Takdir Yetkisi", İHİD, C. 6, S. 1-3, s. 17.

(yasama kısıntılarıyla) yargı denetimi dışında bırakılmıştır. 1982 Anayasası döneminde hazırlanan sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde yargı yolunu kapatan düzenlemeler, bu kategoriyi önemli ölçüde genişletmiştir.²⁹⁶ 1982 Anayasası ile birlikte yasama kısıntısı kategorisi “anayasal kısıntı”ya dönüşmüş ve Anayasa’nın 125, 129 ve 159.²⁹⁷ maddelerinde sayılan pek çok işlem bu kapsamda yargı bağıışıklığından faydalanmıştır.²⁹⁸

²⁹⁶ 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’na 14.11.1980 tarihinde yapılan değişiklik ile Ek-3. madde eklenerek *"Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumlulukları ileri sürülemez"* hükmü getirilmiştir. 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişiklik yapılmış ve 7. maddesine *"Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz"* hükmü getirilmiş ve yeni bir yargı bağıışıklığı yaratılmıştır. Bu düzenlemenin anayasa yargısı denetimine girmesini engellemek için de Anayasa’ya geçici bir hüküm eklenmiştir: Geçici 15. madde/son. Bu düzenleme, 2003 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bkz. AYM, 2003/28 E, 2003/42 K, 22.05.2003 R.G. 16.03.2004-25404. Anayasa Mahkemesi kararından önce bu kısıt, anayasaya uygun yorum yöntemiyle Danıştay tarafından aşılmıştır. Bkz. DİBGK, 1990/1 E 1991/1 K, 28.02.1991.

²⁹⁷ Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun (HSYK) aldığı kararların yargı denetimine tabi olmaması, hem AYM (1976/43 E, 1977/4 K, 27/01/1977) hem de AİHM(*Kayasu/Türkiye*, B.N. 64119/00 76292/01, 13.11.2008) tarafından verilen kararlarda hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı görülmüştür. Danıştay ise Anayasa md. 139 yorumundan hakim ve savcılarının görevlerinin sona ermesi sonucu doğuran işlemlerin *disiplin cezaları ve meslekte kalmalarının uygun olmadığı* yolunda verilen kararlar olarak ikiye ayrıldığını ve bu kararlardan sadece disiplin cezasına karşı yargı yolunun açık olduğu belirlemesini yaptıktan sonra; 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’nin 3. maddesi 1. fıkrası uyarınca HSYK Genel Kurulu kararıyla verilen meslekten çıkarmanın KHK’nin 3. ve 4. maddelerinde öngörülen meslekten veya kamu görevinden çıkarma; adli suç veya disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan yaptırımlardan farklı olarak terör örgütleri ile milli güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen diğer yapıların kamu kurum ve kuruluşlarındaki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan, geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran "olağanüstü tedbir" niteliğinde olduğu ve disiplin cezası olan meslekten çıkarma cezası niteliğinde olmadığı gerekçesiyle görev yönünden ret kararı vermiştir. Bkz. Dan.5.D., 2016/8196 E, 2016/4066 K, 04.10.2016.

²⁹⁸ Anayasa’nın 125. maddesinde Cumhurbaşkanı’nın tek başına yapacağı işlemler ve Yüksek

Milli Güvenlik Konseyi döneminde ise 1982 Anayasası'ndan önce çıkarılan yasalar ile birçok işlem için yargı yolu kapatılmıştı.²⁹⁹ Ancak öteden beri idari yargı, bu denetim engellerini, özgün bir teknikle aşmayı başarmıştır. Yasal ve yargısal kısıntıların aşılmasında, idari yargının anayasayı yorumlama pratiklerinin etkili olduğunu görülebilir.³⁰⁰

Danıştay, ilk olarak 1950 yılında anayasaya uygun yorum yöntemini kullanmış ve idarenin takdir yetkisi kullandığı işlemlerin de yerindelik alanı ihlal edilmeksizin yargısal denetime tabi olduğunu açıkça ortaya koymuştur. 5250 sayılı Kanun'un memurların yetersizlikleri nedeniyle emekliye sevk işlemlerine karşı dava açamayacaklarına (yasağına) ilişkin bir hükmün uygulandığı davada Danıştay, yasağı mutlak bir yasak değil, idari işlemin takdiri unsurunu ele almayı engelleyen bir yasak olarak yorumlanmış ve bu yorumun 1924 Anayasası'na uygun olacağını tespit etmiştir.³⁰¹ “(İ)dari

Askeri Şura (YAŞ) kararları, 159. maddesinde HSYK kararları, 129. maddesinde ise uyarma ve kınama cezaları. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulması imkânı kaldırılmış ve HSYK ve YAŞ kararlarına getirilen yargı bağısıklığı zayıflatılarak YAŞ'ın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararları ile HSYK'nın meslekten çıkarma cezalarına karşı yargı denetimi yolu açılmıştır. 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra da, Cumhurbaşkanı işlemlerine karşı yargı yolu açılmıştır.

²⁹⁹ Örneğin 2461 sayılı HSYK'nın 12. maddesinin son fıkrasına göre itiraz inceleme kurulunca “itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bu kararlar hakkında başka bir idari, ya da kazai mercie başvurulamaz.”; 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda değişiklik yapan 2568 sayılı Kanun'un 21. maddesinin son fıkrasına göre “devlet başkanının, yüksek askeri şura tasarrufları ve sıkıyönetim komutanlarının 1402 sayılı kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır.”; Sıkıyönetim Kanunu'nda, 2342 sayılı yasa ile değişiklik yapılmış ve 1402 sayılı Kanun Ek Madde 3 (Ek: 14.11.1980 - 2342/7 md.) “Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumlulukları ileri sürülemez” kuralı getirilmişti.

³⁰⁰ Bkz. Bertil E. ODER, “Anayasal Düzendeki İdari Yargı Sistemi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, 12 Mayıs 2015-Ankara, Danıştay Yay., No. 89, s. 98.

³⁰¹ ODER, “Anayasal Düzendeki İdari Yargı Sistemi”, s. 98.

tasarrufların kazai murakabeye tabi tutulması, hukuka bağlı Devlet ilkesinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabından olmasına ve bu ilmi esas, hiyerarşi itibariyle mevzu hukukunun en üst kademesini teşkin eden Anayasanın 51. maddesi ile müeyyide altına alınmış bulunmasına ve 5250 sayılı Kanun Danıştay’a müracaat edilemeyeceği hakkındaki hükmü idari tasarrufun takdir unsuruna taalluk eden kısmının kontrol dışında kalacağı şeklinde manalandırmak, gerek nazari, gerek mevzu hukukunun esaslarına daha uygun düşeceğine binaen, davanın iptidaen en adem-i mesmuiyetine karar verilmesi yolundaki iddia kabule şayan olamaz. Çünkü aksi hal hukuka bağlılık prensiplerinin bir istisnası olarak kabul edilmiş olan takdiri tasarrufların bu imtiyazını mevridini taşımak suretiyle tevsi olur ki; bunu da hukuk esaslariyle telif mümkün değildir.”³⁰²

Danıştay’ın sistematik yorum yöntemiyle anayasaya uygun yorum tekniğini kullandığı bilinen örneklerden bir diğeri, 1402’likler Kararı’dır.³⁰³ İçtihatları Birleştirme Kurulu, Anayasa’ya aykırılığı o dönemde yürürlükte bulunan Anayasa’nın 15. maddesi sebebiyle ileri sürülemeyen 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun 2. maddesindeki “...bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” kuralından kaynaklanan sıkıyönetim komutanlarının istemiyle görevlerine son verilen kamu personelinin, sıkıyönetimin kalkmasından sonra görevlerine dönüp dönemeyecekleri sorununu; Anayasa, İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında 111 sayılı Sözleşme, İHEB, AİHS ve hukukun genel ilkelerine uygun yorumlayarak aşmıştır.³⁰⁴ Bir başka

³⁰² DİDDK, 1950/1067 K, 06.06.1950, DD, S. 50, s. 50-53, Bkz. AZRAK, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, AYD, C. 9, 1992, s. 337. Ayrıca bkz. Devlet Şûrası Dâva Daireleri Umumi Heyeti, 1949/320 E, 1950/128 K, DKD, S. 50-53, s. 118. Aktaran K. Galip BALKAR, “Teşkilatı Esasiye Kanununa Aykırı Kanun Karşısında Mahkemenin Durumu”, AÜHFD, C. 10, S. 1-4, 1953, s. 216.

³⁰³ ODER, “Anayasal Düzendeki İdari Yargı Sistemi”, s. 98

³⁰⁴ DİBKK, 1988/6 E, 1989/ K, DD, 78-79, S.50-57. Ancak bu kararın, anayasaya uygun yorum değil yasanın açık lafzına aykırı (contra legem) yorum olduğunu dile getiren görüşler için

kararda Danıştay, bazı hafif disiplin cezalarına karşı idareye başvuruyu öngören yasa kuralının, Anayasa'nın 125. maddesine aykırı biçimde yorumlanarak yargı yolunun kapatılamayacağı sonucuna ulaşmıştır.³⁰⁵

Türkiye’de yargısal bağımsızlık verilen ikinci işlem kategorisinde olan *hükümet tasarrufları (yargı kısıntıları)*³⁰⁶ da 1924 Anayasası döneminde Danıştay içtihatlarıyla belirlenmiştir.³⁰⁷ Hem 1961 Anayasası md. 114. ve 1982 Anayasası md. 125’te hem İYUK’ta yargı yetkisini sınırlayan ifadelerin yer alması ve ayrıca denetimi dışında kalan işlemlerin Anayasa’da açıkça düzenlenmesi sebebiyle yargı denetimi dışında kalan idari işlemler için *hükümet tasarrufu* kavramının kullanılmasına gerek kalmadığı

bkz. AZRAK, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, s. 339; Tekin AKILLIOĞLU, “İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı Konusunda Bir Karşılaştırma”, Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü, 5 Mart 2012, İHİD, C. 15, S. 2, 2012, s. 184.

³⁰⁵ İDDGK, 17.11.1989, K. 89/162, **DD**, S.78-79, sh.106. Bkz. AZRAK, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, s. 333-334.

³⁰⁶ *Giritli*, Danıştay kararlarıyla yargı denetimi dışında bırakılan işlemler ile yasama organı tarafından yargı denetimi dışında bırakılan işlemleri hükümet tasarrufu olarak incelemiştir. Bkz. GİRİTLİ, “Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları”, s. 129-137. Ayrıca bkz. Ragıp SARICA, Türkiye’de İcra Uzununun Tanzim Salahiyeti, İstanbul 1943, s. 277-278.

³⁰⁷ 1062 sayılı Mukabele-Bilmisil Kanunu suretiyle alınan kararlar (Dan.1.D., 1936/474 K, 2077 sayılı karar, 24.09.1936, Kararlar Dergisi, S. 6, s. 125-126, karar notu için bkz. GİRİTLİ, Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları, s. 93; Dan.1.D., 1929/3504, 14.10.1931, DKD, S. 6, s. 122.), iskân mevzuatının uygulanması ile ilgili kararlar (Kararlar Mecmuası, S. 6, Karar 27, s.122, karar notu için bkz. SARICA, “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, s. 466. Ayrıca bkz. Dan.5.D., 1938/6 E, 1939/182 K, 18.03.1939, **DKD**, S. 8, s. 85.), Türk tabiyetine bağlı olmayan yabancıların yabancı tabiiyeti hakkındaki kararlar (Bkz. Kararlar Mecmuası, S. 15, 1940/286 K, s. 48, karar notu için bkz. SARICA, “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, s. 468. Ayrıca bkz. DDDUH, 1940/801 E, 1940/286 K), 1041 sayılı Kanun’un uygulanması ile ilgili kararlar ve yabancılar hakkında verilen sınır dışı kararları Bkz. Kararlar Mecmuası, s. 6, K 74, s. 124; S. 9, K 1939/327, s. 65; S. 9, K 1938/243, s. 61; Dan.5.D., 1943/343 K, 12.02.1943, Danıştay Karar ve İçtihatları, Ankara 1946, s. 74.) 1924 Anayasası döneminde hükümet tasarrufları olarak yargı bağımsızlığından yararlanmıştır.

söylenir.³⁰⁸ Bununla birlikte, öğretide bazı işlemlerin *hükümet tasarrufu* olduğu ve bu sebeple yargı denetimi dışında kalması gerektiği görüşü hâlâ destek bulmaktadır.³⁰⁹

Denetlenmesi istenmeyen yürütme işlemlerinin denetiminde “hükümet tasarrufu” ibaresi açıkça kullanılsa bile yargı denetimi “sorununun” devam ettiği söylenebilir.³¹⁰

³⁰⁸ Celal ERKUT, İptal Davasını Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yay., Ankara 1990, s. 63.

³⁰⁹ Ulusoy, Cumhurbaşkanı’nın siyasi yönü ağır basan, ülkenin iç ve dış siyaseti ve uluslararası ilişkileriyle doğrudan ilintili olan işlemlerini, hükümet tasarrufu kategorisinde görmüştür. Ali ULUSOY, “Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemler ve Yargısal Denetimi Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 3, 2008, s. 14; GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 653 vd.

³¹⁰ Danıştay, 01.09.2004 tarih ve 25570 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan ABD’ye Ait Destek Hamlesinin İthal/İhraç ve Ülke İçi Nakil ve Tevziine Dair Tebliğ’in iptali istemiyle açılan davada, tebliğin hükümet tasarrufu niteliğinde olduğu gerekçesiyle temyiz isteminin reddine karar vermiştir. DİDDK, 2007/275 E, 24.05.2012. Aktaran Ali D. ULUSOY, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yay., Ankara 2019, 40.

Ayasofya Cami’nin müzeye çevrilmesine ilişkin 1934 tarihli Bakanlar Kurulu kararının kaldırılması ve cami olarak ibadete açılması için düzenleme yapılması başvurusunun reddi üzerine açılan davada Danıştay 10. Daire, Ayasofya’nın kültürel ve tarihi önemi dolayısıyla müze olarak kalmasında hukuka aykırılık bulmamıştır. Davacı tarafından karar, bakanlar kurulu kararında yer alan ve Atatürk’e ait olduğu iddia edilen imzanın gerçekliği konusunda şüphelerin olduğu ve kararın yok hükmünde sayılması gerektiği gerekçesiyle temyiz edilmiştir. İdari Dava Daireleri Kurulu, ulusal ve uluslararası önemi ve konumu gözönünde bulundurularak idarenin Ayasofya’nın müze olarak kalması yönündeki kararını takdir yetkisi içinde ve yokluk ile ilgili iddiaların araştırılmasını ise kendi yargı yetkisi dışında görmüştür. DİDDK, 2008/1775 E, 2012/2639 K, 10.12.2012. Ulusoy, Danıştay’ın belli ölçüde davanın esasına girdiğini ancak davacının ileri sürdüğü iddiaları araştırma yetkisini kendinde görmeyerek ya da araştırma yapmaktan kaçınarak işlemi “yeterince” denetlemediğini belirterek Ayasofya’nın cami statüsüne çevrilmesine ilişkin kararın ‘hükümet tasarrufu’ olarak görüldüğüne işaret etmiştir. Bkz. ULUSOY, Yeni Türk İdare Hukuku, s. 40-41.

Türk Silahlı Kuvvetleri Unsurlarının Sürekli Özgürlük Harekâtına Katkı ve Destek Amacıyla Görevlendirilmesine İlişkin Esasların Yürürlüğe konulmasıyla ilgili 29.11.2001 tarih ve 2001/3331 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay, “*Dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı, 10.10.2001 tarihli 722 sayılı TBMM kararına dayanmakta olup, onun uygulanması niteliğindedir. TBMM’nin bu konudaki kararları ise, Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tabi bulunmamaktadır. (AYM, 24.09.1990, 1990/31 E,*

Son dönemde bu tür işlemlere karşı açılan davalarda Danıştay, denetimden kaçınmak için kullandığı ön koşullar yönünden ret kararı vermek yerine,³¹¹ esas denetimi yapmakta ancak idarenin takdir yetkisi çerçevesinde bir sonuca varmaktadır.³¹² Bununla birlikte

1990/24 K, R.G. 22.01.1991-20763) *Dolayısıyla, TBMM'nin 722 sayılı kararının yetki devri niteliği taşıyıp taşımadığının idari yargı mercilerince denetlenemeyeceği tartışmasızdır. Öte yandan, davacıların; "ABD'ye ortak olmanın, kamu yararına ve Türkiye'nin ulusal çıkarlarına aykırı olduğu" yolundaki iddiası da idari işlemlerin **hukuka uygunluk denetiminin kapsamı dışında bulunmaktadır.**" gerekçesiyle davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararını onamıştır. DİDDK, 2004/2299 E, 2007/850 K, 03.05.2007.*

³¹¹ “İdarenin takdir yetkisini ilgilendiren davalar dilekçenin reddi şeklinde karara bağlanır.” DDDGK, 09.03.1951. Aktaran Şükrü KARATEPE, “İdarenin Takdir Yetkisi”, Türk İdare Dergisi, Y. 63, S. 392, 1991, s. 105. Ancak yargı denetimi dışında bırakma araçlarından bir diğeri, ehliyet koşulunun kullanılmasıdır. İstanbul Üniversitesi’nin Kenan Evren’e fahri doktora unvanı verilmesi kararına karşı açılan davada Mahkeme, davayı açan hukuk fakültesi mezununun işlemle kişisel ilgi bağı olmadığına karar vermiştir. Dan.8.D., 1991/2225 E, 1992/525 K, 25.03.1992, **DD**, 86, 1993, s. 457.

³¹² Cumhurbaşkanı’nın rektör atama işlemine karşı açılan iptal davasında ilk derece mahkemesince dava, ön koşullar yönünden reddedilmeyerek dava konusu atama işlemi iptal davasına konu edilebilir bir işlem olarak görülmüş; ancak esasa ilişkin değerlendirmede, “Cumhurbaşkanı tarafından takdir yetkisi kullanılarak seçilip atanması işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Danıştay, temyiz incelemesinde bu kararı ve gerekçesini aynen onamıştır. Dan.8.D., 2006/9 E, 2007/805 K, 16.02.2007. Ancak Danıştay bazen bu takdirî kararları, işlemin denetim koşullarının bir parçası kabul ederek denetim yapmaktan çekinmiştir. “... görevlerini ihmal veya kötüye kullandıkları öne sürülen görevliler hakkında soruşturma yapılmasına izin verme konusunda idare amirlerinin takdir yetkisi bulunup, yargısal yoldan idare amirlerini soruşturma açmaya zorlamak mümkün olmadığı gibi soruşturma açılmasına karar veren idare amirinin bu yetkisini ortadan kaldıracak şekilde yargı kararı verilmesi de mümkün değildir. ... bu itibarla... davacı hakkında ceza soruşturması açılmasına ilişkin karar idare amirinin takdir yetkisi içinde olup yargısal denetimi de mümkün olmadığından, ortada idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem bulunmamaktadır.” Dan.8.D., 1997/5382 E, 1998/333 K, 11.02.1998, **DD**, 97, 1999, s. 559.

Danıştay Irak’ın Kuveyt’i işgali üzerine ortaya çıkan savaş sırasında Türkiye’de konuşlandırılmak amacıyla NATO’dan askeri kuvvet istenmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali davasında, işin esasına girerek işlemi **hukuka aykırılık iddiası yönünden denetlemiş** ve mevzuata aykırılık taşımadığı, **kamu yararına** da uygun olduğu kanaatiyle

Danıştay denetlemek istediği kararları, Fransa’da olduğu gibi ayrılabilir işlem teorisini kullanarak denetlemiştir.³¹³

Anayasa gereği (md. 2 ve md. 125) idari işlemler yasal düzenlemeyle yargı alanı dışına çıkarılamaz. Yasayla yargı denetiminden bağışık alanların yaratılması, adil yargılanma hakkı, hukuk devleti, idarenin yasallığı ilkesi ve her türlü işlemin idari yargı denetimine tabi tutulmasını düzenleyen Anayasa kuralının (AY md. 125) açık ihlalidir. Ancak 1982 Anayasası, idari yargı denetimini doğrudan kısıtlayan hükümlerle ve düzenleme alanlarını yasa koyucunun takdirine bırakan dolaylı kısıtlamalarla denetlenemez işlem kategorisini oldukça genişletmiştir. Denetlenemez alanların çokluğu, yargı güvencesini ve etkililiğini zayıflatmaktadır.³¹⁴

davanın reddine karar vermiştir. Dan.10.D., 1990/4944 E, 1992/3569 K, 13.10.1992, **DD**, S. 87, 2003, s. 478-483.

³¹³ Danıştay, HSYK kararlarına karşı yargı yolu kapalı olduğu için HSYK tarafından yapılan Cumhuriyet Savcısı atama işlemi öncesi yapılan bakanlık önerisini denetlemiştir. (Dan.5.D., 2003/6399 E, 2004/3046 K, 28.06.2004, **DKD**, 6, 2005, s. 146) Anayasa’nın 2017 değişikliği öncesi metninde bulunan “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler yargı denetimi dışındadır” kısıntısı, Danıştay tarafından tek başına yapılacak işlem kavramına yüklenen anlamla daraltılmıştı. Danıştay’ın yorumuna göre başka bir makamın katılmasına gerek kalmaksızın yaptığı işlemler, Cumhurbaşkanı’nın tek başına yaptığı işlemlerdir. Kararın verildiği dönemde geçerli olan rektör atamaları sisteminde Cumhurbaşkanı’nın rektör atayabilmesi için kendisine YÖK tarafından üç aday gösterilmesi gerekiyordu. YÖK ise üç adayı üniversite tarafından seçilmiş olan altı aday arasında belirliyordu. Rektör atama ve görevden alma işlemleri, Cumhurbaşkanı’nın tek imzalı kararı ile yapılmış olsa da bu iradeyi önceleyen başka iradeler olduğu gerekçesiyle kısıntı olarak değerlendirilmemiştir. (Dan.5.D., 1992/4035 E, 1993/3177, 16.09.1993, **DD**, 89, s. 282; ayrıca bkz. Dan.8.D., 1994/7723 E, 1995/3624 K, 14.11.1995, **DD**, 91, 1996, s. 865.) Danıştay, Cumhurbaşkanı af işlemini aynı yöntemle denetlemiştir: “*dava, davacının eşinin hapis cezasının Anayasanın ... maddesi uyarınca affedilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Adalet bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün.. işleminin iptali istemiyle açılmıştır. Cumhurbaşkanının... ‘özel af’ yetkisini kullanmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, Cumhurbaşkanı bu konuda mutlak bir takdir yetkisine sahip iken; Adalet Bakanlığı, koşulları taşıyan her başvuruyu, yukarıda özetlenen genel prosedüre uygun olarak, Cumhurbaşkanının takdirine sunma konusunda ‘bağlı yetki’ içindedir.*” Dan.10.D., 2006/6659 E, 2007/1390 K, 19.03.2007, **DD**, 116, 2007, s. 326.

³¹⁴ Bülent TANÖR, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yay., İstanbul 1990, s. 190.

B. Denetim Yetkisi: Yerindelik Yasağı

Gerek denetlenen alanın giderek genişlemesi gerek olguları araştırma ve işlemin hukuki etkisinin belirlenmesi konusunda tam yetkiye sahip bağımsız mahkemelerin oluşturulması ve diğer kurumsal araçların gelişmesi, idarenin takdir yetkisinin denetiminden vazgeçilmesi için yeterli değildir. Takdirî karar verme konusunda daha adaletli olma arzusu önemli ve acil bir amaç olmaya devam etmektedir. Son yüzyılda, idari işlem ve idari işleme karşı maddi adalet taleplerinin (dava sayısının) artması nedeniyle yargısal korumayı güvence altına almak için süratli ve etkili idari yargı denetimi önemlidir.³¹⁵

Bununla birlikte, idari takdirin denetimi söz konusu olduğunda yürütme ve yargı arasındaki ilişkinin güçler ayrılığı bağlamında önemi görmezden gelinemez. Takdir yetkisi kavramı, genellikle idarenin işlevini tanımlar ve yargının rolünü açıklar.³¹⁶ Yargı, ne ölçüde (hangi araçlarla ve yetkilerle) yürütmenin işlemlerini denetleyebilir? Bu sorunun cevabı, büyük ölçüde, güçlerin ayrılığı doktrinine nasıl bir anlam yüklediğimizle yakından ilgilidir. Mahkemelerin yasallık denetiminin ötesine geçerek yaptığı denetim güçler ayrılığı ilkesine aykırı kabul edildiğinde, işlemin “esasına” yönelik denetleme yetkileri sınırlandırılacaktır ya da yasaklanacaktır. Mahkemelerin bir kısım olgusal bulguları denetlemesine izin verilse de, aslında idarenin takdir yetkisini kullandığı kararlar üzerinde mahkemelere tam bir yetki verilmesi konusunda çekincelerin olacağı açıktır.

Türk hukuku açısından bu çekinceleri somutlaştıran düzenlemeler, Anayasa’nın 125. maddesinde ve İYUK 2. maddesinde, ülkenin çalkantılı siyasal geçmişinin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. 1971’den itibaren yapılan anayasal ve yasal değişikliklerin temel

³¹⁵ Bkz. PAKUSCHERT, “The Use of Discretion in German Law”, s. 109.

³¹⁶ Charles H. Jr KOCH, "Judicial Review of Administrative Discretion" Faculty Publications, 624, 1986, Çevrim içi, <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/624>.

sebebi, Danıştay'ın yerindelik denetimi yapması ve idare yerine geçecek karar alması, dolayısıyla yasalarla yargıya tanınan yetkileri aşması olarak görülmektedir. 1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 4. fıkrasına benzer ilk düzenleme, 12 Mart 1971 tarihli askerî müdahalesiyle Anayasa'ya girmiştir. Devlet iktidarının yeniden düzenlenişi bakımından siyasal karar organları üzerindeki yargı denetiminin “gevşemesi”³¹⁷ nedeniyle 1961 Anayasası'nın 114. maddesine “idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez” ibaresi eklenmiş ve maddenin kenar başlığı “yargı denetimi”nden “yargı yolu”na çevrilmiştir.³¹⁸

Ancak bu değişiklikler 1980 öncesi dönemde yargı içtihat ve uygulamalarında beklenen etkiyi yaratmadığı için,³¹⁹ 1982 Anayasası'na ayrıca idari yargı yetkisinin idari

³¹⁷ Bülent TANÖR, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), 21. B., Yapı Kredi Yay., İstanbul 2010, s. 415.

³¹⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında 20.09.1971 tarihli 1488 sayılı Anayasa değişikliği (R.G. 22.09.1971-13964) ile 1961 Anayasası md. 114 değiştirilmiştir: “*İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır./Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.*” Danıştay Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair 18.06.1973 tarihli 1740 sayılı Kanun (R.G. 30.06.1973-14580521) ile 521 sayılı Danıştay Kanunu'na eklenen Ek md. 1 de Anayasa'nın 114. maddesinde gerçekleştirilen değişikliğin tekrarıdır.

³¹⁹ Lütfi DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, AİD, C. 20, S. 4, 1987, s. 3 vd. 1961 Anayasası 114. maddede 1971'den sonra yapılan değişikliğe rağmen Danıştay, idarenin takdir yetkisini hukuka ve yasanın amacına uygun kullanıp kullanmadığını denetlemiştir. İsveç Televizyonu sınırdışı kararında “umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar” hakkında verilen sınır dışı kararının ilgili yasaların uygulanmasını haklı gösterecek inandırıcı bir kanıtı dayanmadan sınır dışı edilmelerini hukuka aykırı bulmuştur. Dan.12.D., 1977/1349 E, 1978/955 K, 24.04.1978, Legalbank. Ayrıca Danıştay'ın hukuka aykırı olarak görevine son verilen kamu görevlilerinin açtığı davalarda yürütmeyi durdurma ve iptal kararı vermesini engelleyememiştir. Ancak *Gözübüyük/Tan*'a göre Danıştay, 1971 Anayasa değişikliğiyle getirilen sınırlamadan sonra bu hükme dayanarak bazı davalarda iptal istemini reddetmeye

eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı olduğu ve idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacağı hükmü eklenmiştir. Bu kural, İYUK'ta da yer almaktadır. 2010 yılında 1982 Anayasası'nın 125. maddesi değişikliğe uğramıştır. Maddenin son halinde 4. fıkra şu şekildedir: “...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 kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez...”

Yerindelik denetimini önlemek amacı taşıyan bu kuralın herkesçe kabul gören/bilinen ve Anayasa'da yer almasına gerek olmayacak kadar “açık” bir kural olduğu³²⁰ kabul edilmektedir. Ancak idari yargı denetiminin sınırlarının belirlenmesine ilişkin bu “açık” kural; yasallık, hukuka uygunluk, yerindelik, takdir yetkisi, “idari işlem ve eylem niteliğinde ve takdir yetkisini kaldırarak nitelikte ve yürütme yetkisini kısıtlayacak karar” kavramlarının anlamları arasındaki karışıklıkla gölgelenmiştir. Yargı yetkisine getirilen sınırlamaların hepsi birbirini tekrar etmektedir. Amaç, takdir yetkisinin denetiminin mümkün olduğunca kısıtlanmasıdır. Ancak yargı-yürütme fonksiyonlarının ayrımı ve yerindelik denetimi konuları başta olmak üzere yargı yetkisinin kapsam ve sınırları belirlenirken yargılama faaliyetinin doğası gereği sahip olması gereken bir takım özellikler göz ardı edilmiştir. Özellikle tam yargı ve iptal davalarının niteliklerinin yargıç

başlamıştır. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku C. II, s. 537.

³²⁰ Bkz. AZRAK, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak Takdir Yetkisi”, s. 21; Ahmet KUMRULU, “Türkiye’de Vergi Yargısının İşlevi ve Hukuk Düzenine Katkısı Üzerine Bir Değerlendirme”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara, Danıştay Yay., 1993, s. 246. Onur KARAHANOGULLARI, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, in Prof. Dr. Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 200; Metin GÜNDAY, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993- Ankara, Danıştay Yay., s. 144; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 129-130.

yetkileri bakımından belirsizliği ile bu ayrıma dayanan dava sınıflandırması, iptal kararlarının olağan sonuçları, iptal kararlarının yazılış şekilleri (emredici niteliği) yasağın kapsamını belirlemeyi zorlaştıran nedenler arasındadır. Diğer zorlaştırıcı neden, yargısal denetimin olguları da kapsayacak şekilde genişlemesi ve olguların denetiminin maddi adaleti sağlamak açısından kaçınılmaz olmasıdır.

1. Tam Yargı ve İptal Davası Ayrımının Belirsizliği ve İptal Davasının Niteliğinden Doğan Sonuçlar Bakımından Sınırlamaların İşlevsiz Kalması

Tam yargı ve iptal davası yargıcına ait yetkilerin belirsizliği ve bu davaların niteliği, Anayasa md. 125 kapsamındaki sınırlamaların anlamını belirlemeyi oldukça zorlaştırmaktadır. Örneğin bu sınırlamalardan biri olan “*idari eylem niteliğinde yargı kararı*” verilmez kuralı, öncelikle yargısal denetim sonucunda “*idari eylem niteliğinde*” nasıl karar verilebileceğini açıklamamaktadır. “*İdari eylem*” ifadesinin alışkanlık sebebiyle kullanıldığı yönündeki açıklama mantıklı olmakla birlikte, tam yargı ve iptal davası ayrımı yapmayan bu yasağın iptal ve tam yargı davalarında verilen kararların pratik sonuçlarını gözetmediği de söylenebilir.³²¹

³²¹ Türk Hukukunda iptal ve tam yargı davaları arasındaki ayrımın, sözde ve biçimsel bir ayrım olduğunu, davaların özdeki farklılıklarını yansıtan ve kanıtlayan öğelerden yoksun bırakıldığını savunan *Duran*, objektif ve sübjektif dava ayrımı yapılarak, tam yargı hükümlerinin hukuka ve olgulara aykırı işlemleri bozmakla yetinmeyip bunların yerine doğru ve geçerli durum ve edimleri oluşturacağını belirtmekte ve bu ayrımın Türkiye’de de benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır. Doğal olarak, böyle bir sistemde, *idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi* mümkün olacaktır. Bununla birlikte *Duran* Türkiye’de, Anayasa ve yasa koyucunun, *idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı* verilmesini yasaklamasını, dava türleri arasındaki ayrımı gözetmesinden değil de yargının yürütme ve idare üzerindeki etkisini en aza indirmek amacından doğduğunu düşünmektedir. DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 9-10. İYUK md. 10 “*ilgililer(in) hakkında idari davaya konu olabilecek bir işlem ve eylemin*

“İdari işlem niteliğinde yargı kararı verilmez” kuralı ise Türk hukukuna özgü bir takım sebepler dolayısıyla kafa karışıklığına yol açmaktadır. Bu karışıklığın nedenlerinden biri, tam yargı ve iptal davası arasında yapılan ayırmadır. Ancak yargı yetkisini sınırlayan bu düzenlemede böyle bir ayırım yapılmamıştır. İYUK’un 2. maddesinde yer alan iptal ve tam yargı davalarında yargıcın yetkileri, Fransa’daki düzenlemeden farklıdır.³²² Tam yargı davası sonucunda, Fransız hukukunda olduğu gibi, hukuka ve olgulara aykırı işlemler ortadan kaldırılıp bunların yerine işlem tesis edilemez.³²³

Fransız hukukunda iptal ile tam yargı davası arasındaki fark esas olarak yargıcın yetkilerine işaret etmektedir. Tam yargı davasından kasıt, yargıcın bu davaların konusunu teşkil eden uyuşmazlıklar ve tarafların talep ve sorularını karara bağlamak konusunda “tam yetkili” olmasıdır. Tam yargı davası yargıcı, işlemi iptal davasından farklı olarak yeniden yapılması için ortadan kaldırmaz.³²⁴ Tam yargı yetkisi, dava konusu yapılan işlemin iptalini, zararın tazminini, katlanılan mali yükümlülüğün kaldırılmasına hükmedilmesini,³²⁵ uyuşmazlığın türüne ve konusuna göre dava konusu işlemin kimi hükümlerinin değiştirilmesini, hatta kimi durumlarda mahkemenin kendi kararının idareninkinin yerini almasını içermektedir. Fransa’da mahkeme, sığınma talebinin

yapılması için idari makamlara başvurabil(eceklerini)” öngörmektedir. “İYUK md. 10 gereği yapılacak başvurular sonucunda açılacak dava türü belirtilmemiş ve davadaki talebe ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. İYUK md. 10 kapsamında, idari eylem başvurusunun reddi halinde tazminat dışı bir talep olarak davanın konusu bir eylem yapılmasına yönelik bir talep olabilir.” AYANOĞLU, “Yargısal Koruma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, s. 68.

³²² Ragıp SARICA, “İptal Davasıyla Tam Kaza (Tam Yargı) Davası Arasındaki İlgisi”, İÜHFM C. 11, 1945, s. 118.

³²³ DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 9.

³²⁴ Bkz. KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 157.

³²⁵ Raymond Odent, Contentieux Administratif, Fascicule III, 1949-1950, s. 253. Aktaran TEKİNSOY, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, s. 42.

reddine dair işlemin iptaline karar verdiğinde sığınma talebinin kabulüne de karar vermektedir. Tam yargı davası yargıcının davanın esasını çözüme bağladığı bir konuda, idarenin artık aksine bir karar almasına imkân ve gerek yoktur.³²⁶

1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 4. fıkrasındaki yargı kararlarından kasıt ise iptal davası sonucu verilen “*iptal kararı*” ve tam yargı davası sonucu verilen “*tazminat kararı*”dır.³²⁷ *Tazminat kararı*, bir hukuka aykırılığın giderilmesi amacıyla hükmedilen parasal bir edim olarak (idareye yönelik bir miktarı içeren-rakamsal ifadelerin yer aldığı eda hükmü) karşımıza çıktığı ölçüde *idari işlem ya da eylem tesis etme* özelliğinden uzaktır.³²⁸ İki dava türü arasında yapılan ayrımın genel gerekçesi; iptal davalarında iptal ile yetinilmesi, tam yargı davalarında ise, bazen iptale ek olarak, idari işlemi değiştirme ve işlemin yerine yenisini koyma yetkilerinin bulunmasıdır.³²⁹ Tam yargı davası bu işlemlere sahip olmasının önünde bir engel olmamasına rağmen,³³⁰ Türk hukuku açısından

³²⁶ KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 157.

³²⁷ SARICA, “İptal Davasıyla Tam Kaza (Tam Yargı) Davası Arasındaki İlgisi”, s. 119.

³²⁸ Candan, bu ifadenin özellikle iptal davaları ile açılan tam yargı davalarında, zararın tam olarak bilinmediği ya da hesaplanamadığı durumlarda, yargıcın bu hesaplamayı idareye bıraktığı durumları kastettiğini belirtmektedir. Turgut CANDAN, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması”, İdari Yargı Paneli, 11-12 Nisan 2003-Mersin, Şen Matbaa, s. 261.

³²⁹ DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)” s. 9; Civan TURMANGİL, “Vergi Davasının Hukuki Niteliği”, AÜHFD, C. 39, S. 1-4, 1982-1987, s. 146.

³³⁰ *Erkut*'a göre, idari işlemin yerinde olmadığı ya da idari işlem tesisi niteliğindeki talepler dışındaki tüm yargısal taleplerin, idari yargıç tarafından dinlenebilir nitelikte kabul edilmesi gerekir. Bunun dışındaki sınırlamalar, Danıştay'ın idarenin yargı kararı ile işlem yapmaya zorlanamayacağı içtihadında görüldüğü gibi, idari yargıcın kendi yetkisini kendisinin sınırlamasıdır. Celal ERKUT, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, İdari Yargı Sempozyumu 2000, 11-12 Mayıs 2000-Ankara, Danıştay Yay., s. 91-93. *Ayanoğlu* da Türk hukukundaki tam yargı davalarının bu nitelikte olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Taner AYANOĞLU, “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yay., No: 68, Ankara 2004, s. 63-71.

tam yargı davasını bu şekilde nitelemek zordur. Yine de tam yargı ve iptal davası ayrımı, özellikle vergi davalarında, idari işlem niteliğinde yargı kararı verilebileceğini desteklemek için kullanılmaktadır.^{331/332} *Duran*'a göre, İYUK idari dava ve vergi davası

³³¹ *Gözübüyük/Tan*, vergi davalarını tam yargı davası türlerinden biri olarak nitelendirmektedir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, C. II, s. 609. Vergi uyuşmazlıklarının, mevcut idari dava türleri arasında en kolay ve uygun biçimde yerleştirilebileceği kategorinin iptal davası olduğunu savunanlar da vardır. Bkz. Lütfi DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)”, AİD, C. 21, S. I, 1988, s. 71. Öte yandan, vergi uyuşmazlıklarını konularına göre ayırıp, verginin tarhına ilişkin işlemler konusunda çıkan uyuşmazlıkların iptal davası, tahakkuku tahsile bağlı vergilerle ilgili olarak da iptal davasıyla beraber tam yargı davasının söz konusu olacağını savunanlar da vardır. Bkz. Turgut CANDAN, “Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar”, DD, Y. 14, S. 54-55, 1984, s. 38.

³³² Danıştay'ın, vergi yargısında yargılama yetkisinin sınırlarını belirlerken zaman içinde geliştirdiği içtihatlar arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Danıştay'a göre “*idari yargı yerlerinde görülmekte olan vergi uyuşmazlıklarının, iptal ve tam yargı davalarına benzer yönleri bulunmakla beraber, kendine özgü ilkeleri ve bu dava türlerine benzemeyen tarafları da vardır. Nitekim 2577 sayılı İYUK'nun 31 inci maddesinin 2. fıkrasındaki, bu kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca HUMK'na atıfta bulunulan sair haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hüküm de, vergi uyuşmazlıklarının diğer idari dava türlerinden farklı yönlerinin bulunduğunu göstermektedir.*” DVDDGK, 1986/16 E, 1986/18 K, 14.11.1986. 10. Daire, masraf payının akaryakıt istikrar fonundan karşılanmasına ilişkin işlemi iptal etmek ile yetinmiş, dava konusu miktarın davacıya ödenmesine karar vermemiştir. Dan.10.D., 1985/1439 E, 1985/1789 K, 18.02.1986, DD, S. 62-63, 1986, s. 416. Ancak aynı Daire, üç ay önce, destekleme ve istikrar fonundan istisna edilmiş bir malın ithalinde alınan bedelle ilgili işlemi iptal etmiş ve fon bedelinin davacıya “tazminen tahsiline” karar vermiştir. Dan.10.D., 1982/2637 E, 1986/285 K, 06.11.1985, DD, 1987, S. 64-65, s. 405. *Duran*, Danıştay 10. Daire'nin son kararı ile uyuşmazlığı birleşik iptal-tam yargı davası niteliğinde kabul ettiğini ve **idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemez** yasağını savdığını ileri sürmektedir. Bkz. DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla (II)”, s. 68. Danıştay 3. Daire ise bir kararında idari işlemi tasdik yetkisi, işlemi yapan idari makamın hiyerarşik üstüne ya da vesayet makamına aittir gerekçesi ile **vergi ve cezanın kısmen tasdikine** karar veren idare mahkemesi kararını bozmuştur. Dan.3.D., 1985/269 E, 1985/1320 K, 25.04.1985, DD, S. 60-61, 1986, s. 175. Öte yandan 4. Daire, takdir komisyonu kararına karşı açılan bir davada, ilk derece mahkemesi tarafından sadece komisyon kararının iptal edilmesini yetersiz bulmuş ve **dönem matrahının gerçekte ne olduğunun belirlenmesine** karar verilmesi gerektiğini

ayrımı yapmadığı için bunun yasal temeli yoktur. Burada ancak, kararların özelliklerinden çıkan bir sonuç söz konusu olabilir.³³³ *Karahanoğulları*’na göre de vergi uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarda ortaya çıkan bu durum, pratiklikle ve iptal davasının niteliğiyle ilgilidir.³³⁴ Dolayısıyla “*idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemez*” kuralını esnetmek için tam yargı ve iptal davası ayrımını kullanmak işlevsizdir.

Bunun yanında iptal davası sonucu verilen kararlar niteliği gereği, bu yasağın kapsamında değildir. Klasik görüş idari işlemin kurucu, yargısal işlemin ise gösterici nitelikte olduğunu kabul eder.³³⁵ İptal kararı, hakkında hukuka aykırılık tespiti yapılmış işlemin sonuçlarının geriye dönük ortadan kalkmasını sağlayan ve kesin hüküm niteliğinde bir yargı işlemidir.³³⁶ Yargı kararıyla idari karar arasındaki temel farklar, kararı veren organ³³⁷ ve kararın verilme yöntemiyle ilgilidir.³³⁸ Her iptal kararı, aslında

belirtmiştir. Dan.4.D., 1983/2799 E, 1985/1246 K, 24.04.1985, **DD**, S. 60-61, 1986, s. 197. Ayrıca bkz. Dan.7.D., 1984/3570 E, 1985/1039 K, 12.04.1985, **DD**, S. 60-61, s. 333. VDDK, 1986/16 E, 1986/18 K, 14.11.1986, **DD**, S. 66-67, s. 153.

³³³ Bkz. DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 13.

³³⁴ KARAHANOĞULLARI, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, s. 209.

³³⁵ Bkz. AZRAK, “Yargı ve İdare”, s. 133; ÖZAY, “Türkiyede İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, s. 13.

³³⁶ Yıldırım ULER, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yay., Ankara 1970, s. 4.

³³⁷ AZRAK, idarenin de işlemlerini yaparken yargısal usuller izlemesi gerektiğini, tek farkın organik bakımdan bağımsız ve önüne gelen meselelerle bizzat ilişkisi olmayan merciiler olduğunu belirtmektedir. AZRAK, “Yargı ve İdare”, s. 152-155. Ayrıca bkz. Bkz. ULER, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, s. 49-64; YAŞAR, Yargısal Emir, s. 178; GÜNDAY, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 144. İdari denetim ile yargısal denetim usulleri arasındaki farklar için bkz. Tekin AKILLIOĞLU, Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, AİD, C. 23, S. 1, 1990, s. 6-8.

³³⁸ Bkz. KARAHANOĞULLARI, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, s. 203.

adeta bir idari işlem gibi idarenin var olan bir işlemini ortadan kaldırır ve bazen de idarenin hukuka uygun yeni bir karar almasını gerektirebilir. *Karahanoğulları*’na göre bu benzerlik, iptal kararının “olumsuz kurucu” niteliğinden kaynaklanmaktadır.³³⁹ *İdari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilmez kuralı*, mahkemenin idari işlemi iptal ettikten sonra “yerine yenisini kurması veya işlemi düzeltmesi”, yani kararın “olumlu kurucu” niteliği ile ilgilidir.³⁴⁰

³³⁹ KARAHANOĞULLARI, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, s. 204 vd: “*İptal kararı, tıpkı idari işlemde olduğu gibi inşai nitelik taşır. İptal kararının, iptale konu işlemi olumsuzlayarak ortadan kaldırması ‘olumsuz kuruculuk’tur.*”

³⁴⁰ Mahkemelerin idarenin yerine ve lehine sebep ikamesi yaparak verdiği iptal kararları, bu anlamda idari işlem niteliğinde sayılabilir. Bkz. ÖZTÜRK, “İdari İşlemin Sebebi Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi”, s. 1033-1048. Sebebi ikamesinin, bağıli yetki söz konusu olduğu durumlarda yapılmasında bir sakınca görülmemektedir. (Bkz. KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 233-234; KARAHANOĞULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 480. Ayrıca bkz. Dan.5.D., 1987/463 E, 1988/2820 K, 30.11.1988. Danıştay birçok kararda takdir yetkisi-bağıli yetki ayırımına gitmeden sebep ikamesi yapmıştır. Bkz. Dan.5.D., 1981/1474 E, 1984/490 K, 09.02.1984, DBB; Dan.5.D., 1993/8696 E, 1996/1351 K, 01.04.1996.) İdare bağıli yetkiye sahip olsa dahi bu yetki yanlış kullanıldığında işlem iptal edilmeli, hukuka uygun yeni işlem idare tarafından gerçekleştirilmelidir. Bağıli yetki durumunda sebep ikamesinin pratik bir sonucu olduğu ileri sürülebilir. Çünkü idare işlemi, hukuka uygun başka bir sebep kullanarak tekrar yapabilir. İdari işlemin iptali üzerine aynı konuya ilişkin sebep koşullarını taşıyan yeni bir işlem tesis edilmesi halinde, bu işlemin yeni bir işlem olmayacağı söylenebilir. Ancak bu yeni işlem sebebi unsuru bakımından ilk işlemten farklıdır. İptal kararı üzerine tesis edilecek yeni işlem, ilk işlemin eksikliklerini, savunma alınmaması gibi, barındırmayacaktır. Hatta idare, savunma aldıktan sonra yeni bir işlem yapmaya ihtiyaç bile duymayabilir. Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru üzerine verdiği bir kararda, yargı yerinin sebep ikame ederken savunma alınmamasını adil yargılanma ilkesine aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, Danıştay’ın bu kararını idari işlem sebebinin ikame edilmesi durumunda yeni sebebin davacıya bildirilerek bu sebebe karşı davacının savunmasının alınmamasını, çekişmeli yargılama ilkesine aykırı bulmuştur. (AYM, *Koray Erdoğan Başvurusu*, B.N. 2013/1989, 10.03.2016, R.G.19.04.2016-29689; aynı yönde bkz. Dan.5.D., 2014/4328 E, 2015/10764 K, 22.12.2015.) Karardan çıkarılacak sonuç, çekişmeli yargılama ilkesine uygun bir yargılama söz konusu olduğunda yargı yerlerince sebep ikamesi yapılabileceğidir. Aynı zamanda Mahkeme’nin idari yargı yerinin sebep ikamesi yapmasını

İptal kararıyla mahkeme, iptal ettiği kararın yerine hukuka uygun yeni bir karar almaz. İptalden sonra idare, kararın gerekçesinde saptanan hukuka aykırılıkları dikkate alarak yeni işlemi kurar. İYUK md. 28 gereğince, idare mahkeme kararlarını yerine getirmek amacıyla işlem tesis etmekle yükümlüdür (Ayrıca AY md. 138). Birçok idari işlemin iptali, idareyi tersine bir işlem tesis etmeye zorlamaktadır. Özellikle olumsuz işlemin iptalinin gerektirdiği sonuç budur.³⁴¹ Aksi durum, İYUK 10. maddede öngörülen mekanizmayı işlemez hale getirecektir.³⁴² Dolayısıyla “idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemez” kuralını bu durumlarda kullanma imkanı yoktur.³⁴³

yargılama yetkisi dışında görmediğini gösterir. Bu karardaki sorunlardan bir diğeri de, davacı ve davalı arasında gerçekleşmesi beklenen sav ve savunma süreci, bu durumda mahkeme (burada sebep ikame eden mahkeme olduğu için) ve idare ya da davacı arasında gerçekleşecektir. Mahkeme burada açıkça idarenin tarafında görülmektedir. Bu sebeple *Kara*, sebep ikamesinin adil yargılanma hakkı yönünden incelenmesinde, savunma hakkının değil, sebep ikamesinin idare lehine ortaya çıkan bir uygulama olması dolayısıyla mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı yönünden adil yargılanma ilkesine uygunluğunun incelenmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. KARA, İptal Davasında Sebeup İkamesi, s. 92-93.

³⁴¹ Celal KARAVELİOĞLU, İdari Yargılama Usulü Kanunu, C. II, 6. B., Hukuk Yay., Ankara 2006, s. 1338; GÜNDAY, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 145.

³⁴² GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, C. II, s. 539. Davacı, İYUK md. 10’a göre yaptığı başvurusu reddedilince idare yeni bir işlem ya da eylemde bulunmadığı için mahkemeye başvurmuştur. Davacının talebi mahkeme tarafından haklı görüldüğü takdirde idare davacının istediği işlemi yapmakla yükümlü olacaktır.

³⁴³ Bazı iptal kararları, idarenin yeni bir işlem yapmasına gerek kalmaksızın kendiliğinden ve doğrudan sonuç doğurur. Örneğin kamulaştırma kararı, işten el çekirme ya da Devlet Memurları Kanunu’na göre görevden uzaklaştırma kararlarının iptali kendiliğinden sonuç doğurur. Disiplin cezalarının iptalinde de durum aynıdır. Görevden uzaklaştırılan memurun, iptal kararı üzerine göreve başlamasına, idare tarafından engel olunması, yeni bir idari işlem niteliğindedir. Buna karşı da dava yollarına başvurma olanağı vardır. Düzenleyici işlemlerin iptali halinde, düzenleyici işlem hükümleri kendiliğinden ortadan kalkar. İdare düzenleyici işlemi ortadan kaldıracak bir işlem tesis etmez. İptal edilen yönetmeliğin yürürlükten kaldırılması için yönetimin, yeni bir yönetmelik çıkarması gerekmez. İdare iptal edilen yönetmeliğin yerine, hukuka uygun olmak koşulu ile her zaman yeni yönetmelikler çıkarabilir; o alanı yeniden düzenleyebilir. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelikler, 30. B.,

Bununla birlikte bazı iptal kararlarının zorunlu sonuçları itibarıyla *idari işlem ve eylem niteliğinde karar* şeklinde algılanmaktadır. Eksik düzenlemenin iptali örneğinde olduğu gibi idarenin kararı uygulamak dışında bir seçeneğinin olmadığı durumlarda, “idari işlem niteliğinde karar” *yargısal emir* olarak kabul edilmektedir.³⁴⁴ Eksik kapsamlı işlemlerin iptaliyle yargının idare yerine geçebileceği yönündeki tartışmanın temeli, iptal kararı sonrası, daha önce düzenleme kapsama alınmayanların statülerini, idarenin aksi yöndeki iradesine rağmen değiştirmesi sonucuna dayanır.³⁴⁵ Nitekim eksik düzenlemenin iptal edildiği bir kararda Danıştay kararının karşıoy gerekçesinde, davalı idarenin sosyolog unvanını düzenlemeye dahil etmeme iradesinin açık olduğu ve bu iradenin (eksik düzenlemenin) iptalinin idare yerine geçerek işlem tesisi anlamına geleceği belirtilmiştir. Karşı oydaki görüşe göre İDDK, Anayasa’nın 125. maddesine ve İYUK’un 2. maddesine aykırı karar vermiştir.³⁴⁶

Eksik kapsamlı bir düzenleyici işlem; bir konuyu, kişi ya da grubu içermediği için iptal edildiğinde, idarenin iptal kararını uygulamak için kapsamda olmayanları yeniden

Turhan Kitapevi, Ankara 2010, s. 250 vd.

³⁴⁴ KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 96. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. Enes YALÇIN, İdare Hukukunda Eksik Kapsamlı Düzenlemelerin Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s. 43-44.

³⁴⁵ Memurlara hak ettikleri kadroları ve diğer yasal yararları sağlamayan (eksik düzenleme içeren) Bakanlar Kurulu Kararnamesi’nin değiştirilmesi talebinin reddine ilişkin davada Danıştay, idarenin ret işlemi iptal edilirse Bakanlar Kurulu’nun belli bir yönde kararname çıkartmak zorunda kalacağı ve bu durumda idari işlem niteliğinde yargı kararı tesis edilmiş sayılacağı yönünde karar vermiştir. Dan.9.D., 1972/2424 E, 1973/880 K, 14.04.1973, **DD**, 1974, S. 12-13, s. 441-442. Duran, bu kararı eleştirirken yargısal denetimin zorunlu sonucu olarak idarenin yeni bir işlem tesis etmeye zorlanacağını belirtmektedir. DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 13.

³⁴⁶ DİDDK, 2010/3536 E, 2013/3131 K, 23.10.2013, DBB, aynı yönde DİDDK, 2010/3205 E, 2011/94 K, 24.02.2011, DBB.

kapsama almak dışında bir şansı olmadığı³⁴⁷ ve idarenin kararı uygulamak için eksikliği tamamlayıcı nitelikte yeni bir düzenleme yapmak zorunda olduğu belirtilmektedir.³⁴⁸ Ancak eğer idarenin yasa gereği bir düzenleme yapması gerekiyorsa iptal kararıyla birlikte idare, eksikliği tamamlamak için yeni bir düzenleme yapmak zorunda kalacaktır.³⁴⁹ Bu yeni düzenleme, eşitlik ilkesine uygun olmalıdır. Eğer üst hukuk normu idareye düzenleme yapma konusunda bir takdir yetkisi vermişse “bu durumda bir hakkın verilmesine dayanak olan eksik kapsamlı düzenleyici işlemin mevcut kapsamı, “*eksik virtüel/olası*” düzenlemenin iptaliyle işlem ayakta tutulduğu sürece kapsamda olmayanlara da o hak verilmek zorunda kalınacaktır.”³⁵⁰ Bununla birlikte, yasanın kendisine tanıdığı takdir yetkisi sebebiyle idare, iptal kararı üzerine hiçbir düzenleme yapmayabilir ve bu durum hukuka aykırı olmaz.³⁵¹

Ayrıca iptal davalarındaki *tedbir kararlarının emredici niteliği* de, “*idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemez*” yasağının kapsamının belirlenmesini zorlaştırmaktadır. İdari yargıç yargılama boyunca yargılama gereklerinin yerine getirilmesi için taraflara usuli yargısal emir olarak adlandırılacak türde emir vermektedir. Daha erken bir safhada idarenin hukuka aykırı davranmasını ve hatalı kararlara

³⁴⁷ Bkz. YALÇIN, İdare Hukukunda Eksik Kapsamlı Düzenlemelerin Yargısal Denetimi, s. 38.

³⁴⁸ CANDAN, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması”, s. 228; bkz. YALÇIN, İdare Hukukunda Eksik Kapsamlı Düzenlemelerin Yargısal Denetimi, s. 44.

³⁴⁹ KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 96.

³⁵⁰ YALÇIN, İdare Hukukunda Eksik Kapsamlı Düzenlemelerin Yargısal Denetimi, s. 44. Bkz. Dan.11.D., 2000/10901 E, 2003/739 K, 19.02.2003, Kazancı.

³⁵¹ Örneğin Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu’nda denetçi olarak çalışan davacının Yüksek Denetleme Kurulu mensuplarının mali haklarına ilişkin düzenleyici işlemin sadece denetim kurulu üyelerine ek ücret ödenmesini öngördüğü, bu hükmün denetçileri kapsamaması sebebiyle açmış olduğu davada iptal kararı verilmiştir. Bkz. Dan.11.D., 2007/13899 E, 2009/3827 K, 13.04.2009. Bu karar üzerine idare, düzenlemenin kapsamını tamamlamamış, tersine düzenlemeyi tamamen yürürlükten kaldırmıştır. Söz konusu yürürlükten kaldırma işlemine karşı açılan iptal davası ise idarenin takdir yetkisi gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Bkz. İDDK, 2011/721 E, 2011/1225 K (Yayımlanmamıştır).

ulaşmasını önlemek amacıyla uygulanan yürütmenin durdurulması kararı, idareye henüz iptal edilmemiş ve geçerliliğini koruyan kararın sonuçlarını uygulamamasını emretmektedir. “İdarenin yerine geçme yasağı”, takdir yetkisinin denetimine ilişkin bir sınırlamadır. Oysa yargısal emir, takdir yetkisiyle ilgili değildir.³⁵² Yargısal emir kurumunun amacı, idare yerine geçerek işlem ve yerindelik denetimi yapmak değil, idarenin iptal kararları sonucu vereceği kararı hukuka uygunluk sınırları içerisinde tutmak ve idareye yol göstermektir.³⁵³ İptal kararı, yapılmış ve hukuka aykırı olan bir idari işlemin ortadan kaldırılması için verilmektedir.

İdari yargı kararları, yargı kararının doğrudan “emir” içermesine ya da iptal kararının kaçınılmaz sonucuna bağlı olarak idareyi bir işlem yapmaya zorlaması sebebiyle idari işlem gibi algılanır.³⁵⁴ Danıştay, iptal kararlarından sonra izlenecek yol

³⁵² Alman hukuku ve İngiliz hukukundaki düzenlemeler, bu iki kurumun (yargısal emir ve idarenin yerine geçme) birbirinden ayrılığını gösteren örnekler olarak alınabilir. Her iki hukuk sisteminde de idarenin yerine geçerek karar verme ve yargısal emir ayrı ayrı düzenlenmiştir. İngiliz örneğinde 2000 yılında çıkarılan Medeni Usul Yasası’nın İdari Yargılama Usulüne ilişkin 54. kısmında, yargıcın idarenin yerine geçerek karar verebileceği (substitutionary remedy) istisnai bir durum düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra İngiliz mahkemelerinin idareye emir yetkileri de vardır. Ancak idarenin takdir yetkisi olduğu durumlarda yargısal emir verme konusunda mahkeme takdir yetkisine sahiptir. Bkz. AYDAR, İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, s. 132. Almanya’da, 1960 tarihli İdari Mahkemeler Yasası’nın 167. maddesiyle, Usul Yasası’nın 8. bölümünde düzenlenen, yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin kurallarla, bazı istisnalar dışında, tek idari yargı yeri olan idare mahkemesi yargıcının idari işlem niteliğinde karar ve idareye emir vermesi kabul edilmiştir. Bkz. YAŞAR, Yargısal Emir, s. 163.

³⁵³ AYDAR, İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, s. 149.

³⁵⁴ YAŞAR, Yargısal Emir, s. 177. *Duran*, Danıştay’ın üniversite genel sekreter yardımcısının kadrosunu düşüren Bakanlar Kurulu Kararnamesi’ni iptal ederek idareyi kadro tesisine zorlayamayacağını belirttiği *Duru* kararına (DİİDGK, 1985/81 E, 1986/14 K, 14.03.1987, **DD**, S. 66-67, 1987, s. 122-124.) ilişkin olarak kadro tesisine zorlamanın iptal kararının zorunlu bir sonucu olduğunu belirtmiştir. DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 13. Bu tür iptal kararları, idareye ne yapması gerektiğini bildiren kararlardır. GÖZBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku C. II, s. 529. *Uler*, yargıcın görevi

belirginse yani iptal kararının uygulanmasının başka bir yolu yoksa ya da idarenin kararı uygulamaktan kaçınması olasılığı yüksek ise iptal sonucunda yapılacak işlemi de kararında belirtmektedir.³⁵⁵ Örneğin, Danıştay bir kararında, mazereti olduğundan giremediği iki sınav yerine, ilgili öğrenciye “iki imtihan hakkı daha verilmesine ve aksine yapılan işlemin iptaline”;³⁵⁶ bir başka davada, “davacının yevmiyesinin sekizinci derece birinci kademe üzerinden ödenmesi gerektiğine” karar vermiştir.³⁵⁷ Ancak emir, idari işlem niteliğinde karar anlamına gelmez. İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak amacıyla idareye belli bir mahkeme kararını nasıl uygulayacağını göstermek, idarenin uygulama yöntemini seçme ya da hukuki veya fiilî imkânsızlık olup olmadığını yorumlama yetkisini kısıtlar. Böylece idarenin uygulama sırasındaki seçim yetkisi iyice daraltılmış³⁵⁸ ve iptal kararlarını uygulamama yöntemleri azaltılmış olur. Bu nitelikteki iptal kararlarıyla idari yargı kararlarının etkinliği artırılmış olur.³⁵⁹ Ancak yine de

uyuşmazlığı çözüp haksız ve haklıyı ayırdıktan sonra haksız çıkan tarafa “yap-yapma-ver” diye emirler verilmesini yargının görevi içinde görmektedir. ULER, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, s. 114-115. Aynı yönde bkz. Sait GÜRAN, “Anayasanın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, AYD, Anayasa Mahkemesinin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Sunulan Bildiriler, 28-29 Nisan 1994, Ankara 1995, s. 199-200.

³⁵⁵ ULER, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, s. 116.

³⁵⁶ Dan.6.D., E. 169, K. 474, 20.11.1946, **DD**, S. 34, s. 178. Aktaran AYDAR, İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, s. 142.

³⁵⁷ DDK E:492, K:1598, 09.12.1966. Aktaran AYDAR, İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, s. 142.

³⁵⁸ ULER, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, s. 115.

³⁵⁹ Uler, iptal kararlarının emir içermesi gerektiğini, emir ile iptal kararı arasındaki farkı belirtirken “soyut iptal ile emir arasındaki fark, soyutluk somutluk farkıdır. Emir ile idareye iptalden sonra yapması gerekenler açıkça gösterilmiş, emredilmiş ve böylece idarenin uygulama sırasındaki seçim yetkisi iyice daraltılmıştır. İdarenin, kendisine verilen emri yerine getirmemesi halinde onun ve onun adına işlem ve eylem yapanların sorumluluğuna gidilmesi(nin) daha kolay olaca(ğın)” ifade etmiştir. ULER, İptal Kararlarının Sonuçları, s. 115.

idarenin iptal kararı “idari işlem” niteliğinde sayılmaz. Mahkemeye yasayla verilmiş bir yargısal emir yetkisi olmadığı için idare iptal kararıyla idari işlemi geriye dönük olarak ortadan kaldırır ancak idare mahkemenin iptal sonucunda öngördüğü ya da “emrettiği” diğer sonuçları uygulamayabilir. Bu durumda idarenin sorumluluğu değil, ancak idarenin iptal üzerine aldığı yeni kararın hukuka aykırılığı ve iptali söz konusu olabilir.

Bu sebeple Anayasa md. 125’te yer alan “*yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak... yargı kararı verilemez*” ve “*idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez*” şeklindeki yargı yetkisini sınırlayan ifadeler, yargılama yetkisine içkin yetkiler düşünüldüğünde anlamsızdır, ancak bu sınırlamalar dar bir şekilde yorumlandığında yargı kararını işlevsiz hale getirir. İdari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyen bir yargının amacı “*yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini*” sağlamaktır.³⁶⁰ Bununla birlikte, idari faaliyeti yalnızca organik anlamda yasal sınırlar içine sokmak, idarenin yargısal denetiminin hukuka uygunluk denetimine denk gelen geniş bir normlar bloku çerçevesinde yapıldığı gerçeğine aykırıdır.³⁶¹ Yargıcın görevi, hukuka uygun olmayan idari kararların iptalini sağlamak olduğuna göre, yürütme görevinin hukuka uygun olarak yerine getirilmesini sağlamakla görevli yargıcın kararlarıyla yürütme görevi kısıtlanmış sayılmaz.³⁶² Ayrıca idarenin yargı kararına uyup uymama konusunda takdir yetkisi yoktur. İdare, benzer işlemi hukuka uygun bir şekilde yapacaksa, kararın gerekçelerini de dikkate almak zorunda kalacaktır. Böylece takdir yetkisi bu gerekçeler çerçevesinde sınırlanmış, hatta ortadan kalkmış

³⁶⁰ DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, s. 5.

³⁶¹ KARAHANOĞULLARI, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, s. 202.

³⁶² Bkz. YAŞAR, Yargısal Emir, s. 180; KARAHANOĞULLARI, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, s. 203.

olacaktır.³⁶³ Bu sonuç, idari yargı yolu kabul edildiğinde katlanılması zorunlu bir sonuçtur.³⁶⁴

“İdari işlem niteliğinde yargı kararı verilemez” yasağının güçler ayrılığı ilkesi dayanak alınarak yargı denetimi aleyhine yorumlanması halinde, idareye yargı tarafından denetlenemeyecek bir alan yaratılarak hak arama özgürlüğü ihlal edilir. Ayrıca idari yargının günümüzde kullandığı iptal yetkisi, hiyerarşik amirlerin geri alma/iptal yetkisinden gelmedir. Dolayısıyla Türk hukukunda, idari yargının kendine özgü yetkilerini kısıtlama yönündeki yasaklamaların etkisiz kaldığı söylenebilir.³⁶⁵

2. Olguların Denetiminin Yasallık Denetimine Dahil Edilmesiyle Yetki Sınırlamalarının İşlevsiz Kalması

Yasallık denetiminin tek başına idareyi denetlemede yetersiz kalması ve mahkemelerin hakikati ortaya çıkarmadaki rolünün giderek önem kazanmasıyla idari yargıç, denetimi yasallığın geçirdiği dönüşümlere uyarlayarak yetkilerini etkin bir şekilde kullanmaya çalışmıştır.³⁶⁶ Yasallık sadece yazılı hukuk kurallarına uygunluğu değil, hukuka uygunluğu içeren geniş bir kavramdır. Hukuka uygunluk, maddi olay ve olguların değerlendirilmesini ve bunların hukuksal olarak nitelendirilmesini içerir. Dolayısıyla hukuka uygunluk iki boyutlu bir denetimi öngörür: idarenin irade oluşumu sürecini kapsayacak biçimde olguların denetimi ve işlemin geniş anlamda yasaya/hukuka uygunluğun denetimi. Bu gelişmenin tarihsel bir geçmişi vardır.

³⁶³ KARAHANOGULLARI, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, s. 203.

³⁶⁴ Nuri ALAN, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, 10-11-12 Haziran-Ankara, Danıştay Yay., Ankara 1982, s. 58.

³⁶⁵ Onur KARAHANOGULLARI, İdari Yargı-İdarenin Hukuka Zorlanması, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 151.

³⁶⁶ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 76.

Yargısal denetimde kullanılan araçlara ve yöntemlere başvurulması ve idari işlemin esasının incelenmesinin giderek arttığını gösterme amacı için en doğru örnek, Fransız idari yargı denetiminin evrimidir. Başlangıçta, Fransız hukukçuları idari işlemin yargısal denetimine dar yasallık sorunlarıyla sınırlı olarak bakmışlardır. Tanım gereği, aslında maddi bir hatanın hiçbir zaman bir hukuk hatası olamayacağı varsayımından yola çıkarak mahkemeler, idareyi maddi olaylar konusunda egemen (tam yetkili) görmüşlerdir.³⁶⁷ Yapılan işlemler, yürürlükteki düzenlemeleri açıkça ihlal etmediği veya yanlış anlaşılmadığı sürece, hukuka uygun kabul edilmiştir. Özellikle, öngörülen usullere göre ve bağlayıcı metinlere uygun yapılan işlem hukuka uygun kabul edilmiştir. Nihayetinde CE, idarenin yasaların öngördüğü amaçlar dışında işlem yapmasını yasaklayan *yetki saptırması* (détournement de pouvoir) olarak bilinen bir doktrin geliştirmiştir. Ancak bu doktrin, idari işlemin idareye verilen yetkiyle yapıldığı tespit edildikten sonra bir rol oynamaz. Mantıksız, hatta anlamsız idari davranış, doğru bir amaç/saikle yapıldığı sürece denetimden kurtulabilir.³⁶⁸

Mahkeme böyle bir işlemin denetimini, yanlış veya hatalı bir şekilde sınıflandırılmış olgulara uygulanmasını da içerecek şekilde yetki aşımı (exces de pouvoir) kavramını genişleterek başarmıştır.³⁶⁹ Böylece idari yargı, idari işlemlerin geçerliliğini, olgulara (mevcut koşullara) ve yasa koyucunun belirlediği amaçlara uygunluğa bağlayarak yasallığın içeriğini dönüştürmüştür.³⁷⁰ Yetki aşımı (excès de pouvoir), hukuki ve olgusal nedenler (motif), amaç ve denetime tabi eylemin-işlemin içeriği (contenu) ile ilgili aykırılıklar da dahil olmak üzere çeşitli denetim nedenleri (moyens) içerir.³⁷¹ Bu

³⁶⁷ BERMANN, “The Scope of Judicial Review...”, s. 205.

³⁶⁸ BERMANN, “The Scope of Judicial Review...”, s. 205.

³⁶⁹ BERMANN, “The Scope of Judicial Review...”, s. 205-206.

³⁷⁰ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 76.

³⁷¹ Joana MENDES, “Law and Administrative Discretion in the EU: Value of a Comparative Perspective”, 2016 Conference on Comparative Administrative Law, April 2016, s. 7. Çevrim içi, https://law.yale.edu/sites/default/files/area/conference/compadmin/compadmin16_mendes_law.pdf.

gerekçeler, işlemin “esasını” denetlemeye imkân sunmuştur. Bu nedenleri yasallığın bir parçası haline getirme çabalarının³⁷² sonucu olarak Fransız idari yargısı, bu gerekçeleri yargısal denetimde kullanmıştır. Zamanla mahkemeler, sebeple konu arasındaki uyumsuzluğu her koşulda denetleyecek düzeye, (yerindelik denetimi olarak adlandırılan) maksimum denetime³⁷³ doğru gelmişlerdir. Böylece, takdir yetki kullanımında idarenin yargısal denetimi giderek yoğunlaşmıştır.

Türkiye’de idari işlemlerin “yetki, şekil, sebep, konu ve maksat” yönlerinden denetiminin yapılmasının temeli, Fransa’nın aksine yasal dayanağa sahiptir. Türkiye’de iptal sebepleri, CE’nin geliştirdiği sebeplerin etkisi altında, Cumhuriyet’ten itibaren yasalarla tespit edilmiştir.³⁷⁴ Cumhuriyet’ten sonra Danıştay’ın kuruluşu, yapısı, yetki ve

³⁷² Bkz. MENDES, “Law and Administrative Discretion in the EU...”, s. 11.

³⁷³ “Fransız hukukunda, iki durumda (belediye başkanının kolluk gücü kullanımı ve kamulaştırmada alınan kamu yararı kararları) yargıcın tam anlamıyla maksimum kontrol gerçekleştirecek bir anlamda yerindelik denetimi yaptığına işaret edilmektedir. Dolayısıyla bu anlamda maksimum denetiminin yerindelik denetimine yakın bir denetim olduğu söylenebilir.” J. M. AUBY/R. DRAGO, *Traite de Contentieux Administratif*, 2nd Edition, Tome II, Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1975, s. 400. Aktaran Özge Didem BOULANGER, *İdari İşlemin Sebep Unsuru*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2016, s. 234. Aynı yerde ayrıca bkz. s. 281-282. Oytan’ın “azami denetim, yargıcın idarenin gösterdiği sebeplerin yapılmasını haklı kılıp kılmadığı hususunu subjektif olarak değerlendirmesidir” şeklindeki tanımından yola çıkarsak maksimum denetim, hukuk kurallarına uygunluk değil, kişisel değerlendirmelere uygunluğu ifade eder. (Bkz. Muammer OYTAN, “Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi-Birinci Kitap-İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990-Ankara, Danıştay Yay., s. 156.) Bu durumda, maksimum denetimin yerindelik denetimi olduğu ve idarenin kararının yerine geçerek karar verme olarak değerlendirilebileceği söylenebilir. Ancak başka tanımlamalara göre maksimum denetim, “idari işlemin sebep, konu, amaç unsurları arasında tam bir uygunluk aradığı denetim türü” (bkz. Özge OKAY TEKİNSOY, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, XII Levha Yay., İstanbul 2011. s. 208) ya da “temel hak ve özgürlüklere müdahale eden idari işlemler bakımından yapılan ölçülülük denetimini içeren bir hukuka uygunluk” denetimidir (bkz. Dan.5.D., 1949/2246 E, 1950/1607 K, 06.06.1950, **DKD**, S. 46-49, s. 235-38).

³⁷⁴ Nuri ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I*, Danıştay Yay., No: 21, Güneş Matbaası, Ankara 1972, s. 359.

görevleri, idari dava türleri ilk defa 1925 tarihli 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanun'un 19. maddesinde, iptal davalarının “selâhiyet, şekil, esas ve maksat cihetlerinden kanuna veya nizama muhalefet” nedenleriyle açılacağı belirtilmiştir. 1938 tarihli 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu'nun 23. maddesinde aynı nedenler tekrarlanmıştır. Ancak takdirî idari işlemler üzerindeki “esas” denetiminin içeriği; yargısal içtihatlarla ve öğretinin desteğiyle gelişmiştir.³⁷⁵ 1963 öncesi öğretisi tarafından oluşturulan unsurlar, 1963 sonrası yargılama yasalarında yer almıştır. 1963 tarihli Danıştay Kanunu'nun 30/a maddesinde iptal davası açılacak haller; yetki, sebep, şekil, sebep, konu, maksat olarak sayılmıştır. Bu gerekçeler, 2577 sayılı İYUK md. 2'de korunmuştur. İşlemin esasını oluşturan unsurlar, işlemlerin geçerliliğini olgulara ve yasakoyucunun belirlediği amaçlara uygunluğa bağlamaktadır.³⁷⁶

İşlemin esasına ilişkin bu daha “yoğun” denetimin 1961 Anayasası'nın 114. maddesiyle takdirî işlemleri de kapsayan tüm idari işlemler bakımından idari yargı yolunu güvence altına alan bir ilke olarak yorumlanması³⁷⁷ yargısal denetimin kapsamını genişletmiştir. Bu yoğun denetime tepki olarak düzenlenen Anayasa md. 125'teki “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz*” kuralı, hukukilik (yasallık) ve yerindelik (ihtiyaca uygunluk) ayırımına dayanarak yargısal denetime bir sınır koyma

³⁷⁵ N. İrem YEŞİLYURT, Türkiye'de İdari İşlem Kuramı-İdare Hukuku Öğretisi Üzerine Tarihsel Bir Deneme, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017, s. 232.

³⁷⁶ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 76.

³⁷⁷ Ülgen, takdir yetkisinin yetkili makamlarca yöntemli kullanılmasının onun hukuka uygunluğunun tek koşulu olmadığını, gerçek anlamda yargı denetiminin sebep, konu, amaç unsurlarının incelenmesinden geçtiğini, bu denetimden zamanla vazgeçilmeyeceğini ve nihayetinde esas denetiminin her zaman yürütme için bir rahatsızlık yaratmasını işin doğası olarak kabul etmektedir. Bkz. “Danıştay Birinci Başkanı Profesör İsmail Hakkı Ülgen'in 10 Ağustos 1972 Tarihli Barolar Birliği Toplantısında Yaptığı Konuşma”, DD, Y. 2, S. 5, 1972, s. 13.

amacındadır.³⁷⁸ Bu kural, devlet işlevlerinin kaynaklanan “doğal” bir sınırdır.³⁷⁹ Yargının yerindelik denetimi yapması ve idareye karışması, idarenin politikasını saptaması demektir.³⁸⁰ Hukuk alanında kabul edilmeyen bu alanın yargı denetiminden bağışık olduğu kabul edilmektedir.³⁸¹ Ancak hukuka uygunluk ile yerindelik her zaman net çizgilerle birbirinden ayrılabilir değildir. Bir kere, takdir yetkisinin denetlenebilir olduğunun kabulü ve yerindelik alanın takdir yetkisi içinde olması, sınırları iyice belirsizleştirmektedir.

İdari yargı içtihadı da hukuka uygunluk denetimi ile yerindelik denetimi arasındaki farkın vurgulanmasıyla ve idarenin işlem yapmaya zorlanamayacağı kuralıyla dolu olmasına rağmen,³⁸² belli kararlar³⁸³ dışında, Anayasa md. 125 ve İYUK md. 2’deki bu kısıtlamalar, yine yargı kararlarıyla aşılmıştır.

³⁷⁸ ALAN, “Türk İdari Yargısında Yerindelik...”, s. 59.

³⁷⁹ KARAHANOGULLARI, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, s. 199-215.

³⁸⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, C. II, s. 530.

³⁸¹ Bkz. OYTAN, “Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, s. 156.

³⁸² Dan.5.D., 1974/1977 E, 1977/5440 K, 15.11.1977, **DD**, 1978, S. 30-31, s. 202 vd; Dan.11.D., 1978/73 E, 1978/221 K, 25.01.1978, **DD**, S. 32-33, s. 752.

³⁸³ Dan.5.D., 1993/4248 E, 1993/3874 K, 20.10.1993, **DD**, S. 89, s. 271 vd.: “(O)layda, idarenin davacıyı kız meslek lisesi bulunan herhangi bir yere atama yapma konusunda takdir yetkisi bulunmakta olup, Mahkemece davacının kızının Çubuk Kız Meslek Lisesinde okuduğu ve Ankara Aytemizler fabrikasında staj yapacağından bahisle durumunun değerlendirmesinde ve **idarenin takdir yetkisi kaldırılarak** davacının Çubuk’a veya istemiyle sınırlı olan **yerlere atanmasının yapılması sonucu doğuracak biçimde hüküm tesis edilmesinde isabet görülmemiştir.**”; Dan.6.D., 2004/4594 E, 2006/4680 K, 11.10.2006, **DD**, S. 114, s. 210: “Bilirkişi raporlarında, her iki adayın da profesörlük kadrosu için yeterli bulunmadığı belirtildiğine göre, davacının bu kadroya atanmasına ilişkin isteminin kabulüne olanak bulunmadığı gibi, ikinci **boş kadroya atanması** söz konusu olmayan davacının anılan kadroya yapılan atama işlemine ilişkin iptal isteminin de incelenmesi mümkün bulunmamaktadır.” Dan.8.D., 1997/5952 E, 1998/1412 K, 22.04.1998: “(İ)dare mahkemesince, idarece verilen para cezası tutarının belirlenmesinde hangi kriterlerin dikkate alınmasının gerektiği hususları açıklandıktan sonra mevzuata aykırı hesaplanan para cezasına ilişkin işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, **idare yerine geçerek** para cezasının ... liralık kısmının hukuka uygun bulunmayarak iptaline, artan kısım için davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”

Yerindelik denetimi yasağının en ironik yansıması ise, yasal olarak bir idarenin takdir yetkisine sahip olup olmadığına ve sahipse ne kadar olduğuna dair nihai kararı verenin yine mahkemeler olmasıdır. Danıştay birçok davada, dava konusu işlemin hukuka uygunluğunu denetlerken “*ihhtiyaca uygunluğunu*”, başka bir deyişle *yerindeliğini* de gözönünde bulundurmuştur.³⁸⁴ Dolayısıyla bu iki (hukuka uygunluk ve yerindelik) kavram, çoğu zaman kesişir. Bazı durumlarda işlemin hukuka uygunluğunun saptanması özellikle yerindelik incelemesini gerektirir. Örneğin kolluk önlemlerinde önlem ile önlemin amacı arasındaki ölçülülük denetimi için “yerindelik” araştırılmaktadır.³⁸⁵

V. ÖLÇÜT NORMLARDA GENİŞLEME

Karar verme yetkisinin yargısal denetimi; genellikle, yasallığın sınırlarının, yani mahkemelerin denetleyebileceği yönlerin tanımının, dolaylı veya açık bir şekilde ifade edilmesi anlamına gelir. Yasallık kavramının temelinde idarenin yasayla sınırlandırılması, yani idarenin (yürütmenin) yasaya (yasamaya) saygı duyması anlamı vardır.³⁸⁶ Bu yönüyle ilke, idare ile yasa arasında hiyerarşik bir ilişki kurmaktadır.³⁸⁷ Bu ilişkinin iki görünümü vardır: *yasaya uygunluk* ve *yasadan kaynaklanma/yasaya dayanma*.³⁸⁸

³⁸⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, C. II, s. 530. Kamulaştırma işlemine karşı açılan bir davada, idare mahkemesi, davacının “*idareye ait parseller üzerindeki binaların yeterli olduğu, kendi parsellerine gereksinme bulunmadığı*” savını, yerindelik denetimine girdiği gerekçesiyle incelemeyip reddettiği halde Danıştay, idare mahkemesinin bu savları inceleyip karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. Dan.6.D., 1983/1328 E, 1983/437, 28.12.1983 **DD**, S. 45-55, s. 233. Ayrıca bkz. Dan.6.D., 1984/22 E, 1984/1054 K, 22.02.1984, **DD**, S. 56-57, s. 225.

³⁸⁵ AZRAK, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak Takdir Yetkisi”, s. 26-27.

³⁸⁶ WOEHLING, “Judicial Control of Administrative Authorities in Europe...”, s. 48.

³⁸⁷ ALTINDAĞ, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, s. 32.

³⁸⁸ Alman hukukunda bu ayrım, yasanın önceliği/üstünlüğü (negatif yasallık) ve yasanın gerekliliği (pozitif yasallık) şeklinde yapılmaktadır. Yasanın üstünlüğünde yasallık sadece

Yasaya dayanma, temel olarak yetkiyle bağlantılıdır.³⁸⁹ İdare, yasayla yetki verilmediği takdirde hiçbir işlem yapamaz. İdare hukukunda yetkisizliğin esas olması kuralı, bütün idari yetkiler yasadaki kaynaklanmasına dayanır. İdarenin yasallığı, yasalarla idari işlemler arasında biçimsel bağlantı sağlanmasını da gerektirir.³⁹⁰ Biçimsel bağlantı, işlemin bütün unsurlarına ilişkin olabileceği gibi, sadece bazı unsurlarına ilişkin de olabilir. İşlemin yetki ve şekil unsurlarında yasaya dayanma şekli, diğer unsurlar maddi dayanma olarak değerlendirilebilir.³⁹¹ Ancak burada yasaya sıkı bağlılık, işlemin bütün unsurlarının yasadaki açık ve net (kesin) bir biçimde düzenlenmesi durumunda söz konusu olabilir. Bağlı yetki, tipik örnektir. Bu durumda, yasaya uygunluk *dar anlamda* ele alınır.

Bu yönüyle (yasaya dayanma) yasallık, Türk idare ve anayasa hukukunun önemli bir parçasıdır. Anayasal sistem, yasaya dayanma temelinde kurulmuştur.³⁹² Yasaya dayanma zorunluluğu Anayasanın farklı hükümlerinde; "yasayla kurulma, yasayla düzenleme, ancak ve sadece yasayla düzenleme" şeklinde ifade edilmiştir. İdarenin kurulması, görev ve yetkilerinin yasayla belirlenmesinde *yasaya dayanma* yükümlülüğü,

şekli yasaları değil, aynı zamanda hukuk sistemindeki genel ilkeleri de kapsar. Yani negatif anlamda yasallık, çeşitli yasaklar ve emirleri içerir. Anayasal emir ve yasaklara uygunluk, anayasanın dayandığı temel ilkeler (eşitlik, tarafsızlık, ölçülülük, genel ahlak gibi ilkeler dahil) olabileceği gibi sosyal faydalar olmaksızın bireylere çıkar sağlama yasağı, devlet tekelinin herhangi bir şekilde kötüye kullanılması yasağı gibi yasaklar da olabilir. Yasanın gerekliliği (pozitif yasallık) herhangi bir işlem için idari makamın yasayla yetkilendirilmesi anlamına gelmektedir. Bununla yasama organı tarafından çıkarılan yasalar ya da yasa altı işlemler kastedilmektedir. Fransız hukukundan farklı olarak Alman hukuku, yürütmeye yasaya dayanmadan işlem yapma yetkisi tanır. Bu yüzden bu tür idari işlemler de, yasalar için aranan öngörülebilir ve hesaplanabilir olma niteliklerine sahip olmalıdırlar. Ancak bu, ortada bir yasal düzenleme olmasa bile işlemin tamamen yasal sınırlamalardan bağışık olduğu anlamına gelmez. Her durumda idare, Anayasa'yla ve dolayısıyla bütün ilkeleriyle bağlıdır. SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s. 129-133.

³⁸⁹ Yetkinin yasayla verilmesi zorunluluğu hakkında bkz. AYM, 2006/99 E, 2009/9 K, 15.01.2009, R.G. 08.07.2009-27282.

³⁹⁰ KARAHANOĞULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 56.

³⁹¹ Bkz. ALTINDAĞ, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, s. 37.

³⁹² Bkz. KARAHANOĞULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 60 vd.

esasen klasik anlamını korumakla ve şeklî anlamda yasaya gönderme yapmakla birlikte,³⁹³ Türkiye’de yasa, yatay düzlemde 2017 Anayasa değişikliğinden önce KHK’lerle³⁹⁴ ve bu değişiklikten sonra Cumhurbaşkanlığı³⁹⁵ kararnameleriyle³⁹⁶

³⁹³ Nitekim Anayasa Mahkemesi CBK denetimi yaptığı kararlarda, *münhasır yasalık* alanının varlığını kabul ederek bu konularda şeklî anlamda yasaya dayanmanın zorunlu olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken konularda CBK çıkarılması, CBK’leri konu unsuru yönünden sakatlar. Bkz. AYM, 2018/125 E, 2020/4 K, 22.01.2020, R.G. 13.05.2020-31126, § 23; 2019/31 E, 2020/5 K, 23.01.2020, R.G.13.05.2020-31126, § 11; 2019/78 E, 2020/6 K, 23.01.2020, R.G. 13.05.2020-31126, § 11 .

³⁹⁴ 2017 Anayasa değişikliğinden önce yürürlükteki Anayasa md. 91 Bakanlar Kurulu’na KHK çıkarma yetkisi vermektedir. Yetki kanunu ile çizilen çerçeve içinde Bakanlar Kurulu, KHK çıkararak mevcut yasaları yürürlükten kaldırabilmekte, yasada daha önce düzenlenmemiş konuları ilk elden düzenleyebilmekte, yasayı değiştirebilmekteydi. KHK’ler TBMM’de görüşülene kadar yasa gibi hukuki sonuçlar doğurabilmekteydi. Yürürlükte olduğu süre boyunca da bu KHK’lerin yasayla aynı değerde olduğu kabul edilmekteydi. (Bkz. Ergun ÖZBUDUN, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, AYD, C. 2, 1985, s. 227 vd.; Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, 1. B., Beta Yay., İstanbul 1996, s. 59; Kemal GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, 1. B., Ekin Yay., Bursa 2000, s. 3, 4.)

Anayasa Mahkemesi ise KHK’lerin “işlevsel anlamda yasama işlemi niteliğinde oldukları(nı)” kabul etmiştir. (Bkz. AYM, 2002/106 E, 2008/51 K, 31.01.2008 R.G. 03.06.2008-26895; 2003/39 E, 2003/40 K, 30.05.2003, R.G. 30.05.2003-25123) Ancak Mahkeme, KHK’ler için bir takım sınırlamalar öngörmekteydi: Önemlilik, zorunluluk ve ivedilik. (Bkz. AYM, 1988/64 E, 1990/2 K, 01.02.1990, R.G. 21.04.1990-20499). Daha sonra Mahkeme, bu içtihadî kriterleri Anayasa’da yer almadıkları gerekçesiyle uygulamaktan vazgeçmiş ve idarenin yasallığı ilkesinin en somut ifadesi olan Anayasa md. 123’ü “idarenin kuruluşu ve görevlerinin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenebileceği” şeklinde okumuştur. (Bkz. AYM, 2011/60 E, 2011/147 K, 27.10.2011, R.G.15.12.2011-28143). Sonuç olarak idarenin yasallığı ilkesinin KHK’leri de kapsadığı kabul edilmiştir.

³⁹⁵ Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında bir ayrımın pratikte olmadığı hakkında bkz. Özen ÜLGEN, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, GSÜHFD, S. 1, 2018, s. 9.

³⁹⁶ Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, 16.04.2017 tarihinde zorunlu halkoylamasına sunulurak kabul edilen 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik

genişletildiği söylenebilir.³⁹⁷ Özellikle idarenin yasallığı ilkesinin temel referans normu Anayasa md. 123'e kamu tüzel kişiliği kurulmasına ilişkin olarak yasanın yanına CBK'lerin eklenmesi ve belirli idari alanların CBK ile düzenleneceğine ilişkin hükümler, bu yorumu destekler niteliktedir.³⁹⁸ Anayasa md. 104'teki hükümlere aykırı olmayan bir CBK (yargı tarafından 104'e aykırı görülmeyen CBK'ler) idare hukukunda yasallık blokuna dahil olur. Yasayla çatışma söz konusu olmadığı ya da Anayasa'ya uygun olduğu

Yapılmasına Dair Kanunla (R.G. 11.02.2017-29976) Anayasa'ya girmiştir. KHK'ler de Anayasa'dan aynı düzenleme ile kaldırılmıştır.

³⁹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin KHK içtihadı ile CBK'lerin normlar hiyerşisindeki yeri hakkında karşılaştırma ve öngöründe bulunan çalışmalardan bazıları için bkz. ARDIÇOĞLU, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", s. 20-51; Yavuz ATAR, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", AYD, C. 36, S. 1, 2019, s. 241-259; Abdurrahman EREN, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükümünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", AYD, C. 36, S. 1, 2019 s. 1-72; Ozan ERGÜL, "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Güncel Hukuk, S. 173, 2018, s. 30-32; Şeref İBA/Yasin SÖYLER, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", AYD, C. 36, S. 1, 2019, s. 195-223; Tolga ŞİRİN, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Anayasa Hukuku Dergisi, C. 7, S.14, s. 289-356; ÜLGİN, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", s. 1-39; Turan YILDIRIM, "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", AYD, C. 36, S. 1, 2019, s. 293-314.

³⁹⁸ Örneğin Anayasa md. 106/son: "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" Anayasa Mahkemesi, yasaya münhasır bir alan olduğunu kabul etmekle birlikte, "*Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK ile düzenleme yapılabil(eceğini)*" belirterek (§ 29) CBK ile bakanlıklar ya da kamu tüzel kişilikleri kurulabileceğini kabul etmiştir. Mahkeme, CBK'yle, Anayasa'nın 106. maddesi ile verilen yetkiye dayanılarak ve fakat yetki verilen konularla sınırlı olmak üzere 123. madde hükmünde belirtilen hususlarda, yani idarenin kuruluş ve görevleri ile ilgili konularda, CBK ile düzenleme yapılabileceğini belirtmiş (§ 30-31) ve nihayetinde iptali talep edilen kuralın, "*Anayasa'nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak*", md. 104/17'nin üçüncü cümle hükmüne aykırı olmadığına karar vermiştir. AYM, 2019/31 E, 2020/5 K, 23.01.2020, R.G. 13.05.2020-31126.

tespit edildiğinde CBK, şekli anlamda yasa sayılmasa bile yasallık ilkesini maddi anlamda karşılar.³⁹⁹

İdarenin yetkisi ve kişinin haklarına müdahale etmesiyle ilgili olarak yasanın gerekliliği (yasaya dayanma) ilkesi, 19. yüzyıldan beridir kabul edilmektedir, bu konuda bir tartışma yoktur.⁴⁰⁰ Ancak yasaya dayanma (dar anlamdaki yasallık), takdir yetkisi içinde alınan belli bir kararın hukukun gereği olup olmadığı sorusuna değil; yasada açıkça gösterilmiş işlemin unsurlarına (bağlı yetki), özellikle yetkili makamın, söz konusu alanda işlem yapma yetkisinin olup olmadığı sorusuna gönderme yapmaktadır. Yasanın düzenleme yapmadığı durumlarda idareye hareket serbestisi tanınması ve hızlı hareket etmesini sağlamak için idareye verilen takdir yetkisinin yargısal denetiminin yalnızca işlemin yasada düzenlenmesi zorunlu unsuru olan yetki ve bazen şekil bakımından hukuka aykırı olup olmadığının denetimiyle sınırlanması idarî despotizme neden olabilir.⁴⁰¹ Bu yüzden takdir, dar yasallık kalıpları içinde denetlenemez. Böyle bir denetim, birey hakları bakımından yargısal güvenceyi zayıflatır. Bu durumda, yasallık ilkesinin diğer görünümü devreye girer: yasaya uygun olma ya da yasaya aykırı olmama.

Yasaya uygun olma, yalnızca yasalara değil, idareyi bağlayan tüm hukuk kurallarına uygunluğu anlatmaktadır.⁴⁰² Bu geniş yasa kavrayışı, birey haklarını

³⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, Yasallık İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri.

⁴⁰⁰ SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s. 133.

⁴⁰¹ HAYEK, Siyasal Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti, s. 130.

⁴⁰² KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 111. Yasallık ilkesinin bu yönü, Anayasa'nın 125. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Maddede yargısal denetimin yasallık denetimi değil, hukuka uygunluk denetimi şeklinde gerçekleşeceği belirtilmektedir. Bu durum, yargı kararlarıyla desteklenmiştir: “(İ)dari işlemlere yönelik yargı denetimi, bu işlemlerin **Anayasa ve hukukun genel ilkelerine, yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile yargısal içtihatlarla uygun olup olmadığının denetlenmesidir.**” Dan.2.D., 2004/831 E, 2006/1021 K, 29.03.2006. Ayrıca bkz. DİDDGK, 2002/793 E, 2002/951 K, 20.12.2002, Dan.13.D., 2005/6280 E, 2006/4684 K, 08.12.2006, Dan.8.D., 2010/1 E, 27.01.2010.

korumada işlevseldir. Anayasanın, hukukun genel ilkelerinin, uluslararası antlaşmaların ve bunlardan türeyen hukuki düzenlemelerin yasallık blokuna dahil olması ve içtihat kaynaklı ilkelere referans verilmesi, idari yargıcın yasaların açıklarını kapatarak idareyi “hukuksal açıdan tabi bir durumda” tutmaya devam etmesini sağlar.⁴⁰³ İdari yargıç artık yalnızca idarenin yasama kurallarına uygunluğunu teminat altına alan değil, aynı zamanda yasa koyucunun anayasal kurallara ve ulusal normların uluslararası hukuka uygunluğunu ve hukuk genel ilkelerini gözetten yargıçtır. Bu kabulle birlikte, yargı kararının dayandığı gerekçeler, referans normlar (yasa, anayasa, uluslararası hukuk metinleri) arttıkça yargısal denetim derinleşmektedir. Denetiminin yoğunluğu, sadece yargıç yetkileri ve yargılama yöntemlerine bağlı olarak belirlenemez.

A. Anayasanın Ölçü Alınması

Anayasa her devlette, yasa ya da denetime tabi tutulan diğer hukuki işlemleri denetlemek için kullanılan ölçü normdur.⁴⁰⁴ Anayasa’daki sınırlamalar, sadece yasama işlemleri değil idarenin takdir yetkisiyle aldığı kararlar için de geçerlidir.⁴⁰⁵ İşlemin yasallığı, açıkça onun anayasallığını kapsar. Anayasa tüm devlet organlarını bağlar (AY md. 11) ve bu ilkenin herhangi bir şekilde ihlali dava konusu olabilir.⁴⁰⁶ Anayasa’nın yargısal denetimde ölçü alınması, işlemlerin hukuka aykırı olmama yükümlülüğünü güçlendiren bir olgudur.⁴⁰⁷

⁴⁰³ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 73.

⁴⁰⁴ KABOĞLU, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 344.

⁴⁰⁵ Bkz. SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s. 126.

⁴⁰⁶ Danıştay’a göre “Yasalardaki kuralların anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenle yasadaki söz konusu hükmün anlamının **anayasa ilkeleri** göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerekir.” DİBK, 1988/6 E, 1989/4 K, 07.12.1989, R.G. 09.02.1990-20428, s. 67.

⁴⁰⁷ ALTINDAĞ, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, s. 76.

Anayasa kavramı, sadece kamu erklerinin örgütlenmesine, devlet organları arasında ve bu organlarla yerinden yönetim organları arasında yetkilerin paylaşımını (idari teşkilata ve faaliyete ilişkin kural ve ilkeleri),⁴⁰⁸ denetim kapsamının belirlenmesine ilişkin hukuk kurallarını değil; aynı zamanda temel değer ilkelerini ve birey hak ve özgürlüklerini kapsayan geniş bir içerikten oluşur.

İdari yargıda anayasa, iki temel yöntemle denetimine dahil edilmektedir: Araya yasa girmesine gerek kalmaksızın *anayasanın doğrudan uygulanmasıyla* ve yasanın anayasaya aykırı olduğunun tespit edildiği durumlarda *yasa hükmünün ihmal edilmesiyle ya da anayasaya uygun yorumlanmasıyla*.

Anayasa'nın araya yasa girmeden doğrudan uygulanabilecek hüküm yelpazesi geniştir.⁴⁰⁹ Anayasa somut uyuşmazlığa ilişkin doğrudan uygulanabilir; özel, ayrıntılı, açık ve kesin bir kural öngördüğünde,⁴¹⁰ doğrudan etkilidir ve somut olarak uyuşmazlığı

⁴⁰⁸ Türk hukukunda 1982 Anayasası'nın 123. ve 137. maddeleri (dahil) arasındaki düzenlemeler idareye ilişkindir. Kamu hizmeti, kamulaştırma ve vergilendirme gibi pek çok idari faaliyet, Anayasa'da düzenlenmiştir.

⁴⁰⁹ Akıllıoğlu, Anayasa'daki her hükmün doğrudan uygulanabilme özelliği olmadığını ve doğrudan uygulamanın istisnai bir durum olduğunu düşünmektedir. Kural olarak Anayasa yasalarla uygulanır, kuralların üstünlük sıralaması ile uygulama sıralaması ters orantılıdır. Tekin AKILLIOĞLU, İnsan Hakları I, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., Ankara 1995, s. 53. Teziç, yasada eksik düzenlenmiş konular bakımından Anayasa'nın doğrudan uygulanacağını ve bunun da açık anayasal (AY md. 177/e) temeli olduğunu ifade etmektedir. Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2007, s. 58-59, 198.

⁴¹⁰ Benzer yönde bkz. AYM, 1976/13 E, 1976/31 K, 03.06.1976, R.G. 24.09.1976-15717: "*Anayasa Koyucu, ...bu konunun kesin surette Anayasa içinde çözülmesi gerekeceği görüşünden hareket ederek ve Türk Ceza Kanununun yukarıda sözü edilen ispat hakkı ile ilgili hükümlerini bir yana bırakarak, 34. madde ile ispat hakkını ayrıntılı bir surette bizzat düzenlemiş ve artık bu konuda öteki yasaların değil, Anayasa'nın bu hükmüne göre hareket edilmesini istemiştir. Bilindiği gibi, Anayasa'da sadece özü belirlenmiş temel hukuk kurallarına değil, kimi konulan ayrıntıları ile **doğrudan doğruya düzenleyen** hükümlere de yer verilmiştir, 'İspat hakkı' na ilişkin 34. madde bu ikinci tür hükümlerdendir.*"

özme yetisi vardır.⁴¹¹ Anayasa’nın; yetki paylaşımı, örgütlenme, usul ve süre gibi konuları içeren somut ve teknik hükümleri,⁴¹² belirlilik ve kesinlik olarak normatif açıdan yasa kavramına büyük ölçüde yaklaşırlar.⁴¹³ Hatta Anayasa’nın bu hükümlerinden bazıları doğrudan yürütme tarafından kişilere ve işlemlere uygulanabilir. İdari işlemler için biçim kuralı öngören Anayasa 40. maddesi, bunlardan biridir.⁴¹⁴

Doğrudan uygulanabilen diğer bir kategori de temel hak ve özgürlüklerdir. İdari işlemle temel hak ve özgürlükler arasında bağ kurmak için yasaya gerek yoktur. Anayasa, temel hakları yürütme üzerinde doğrudan etkili ve uygulanabilir kılar.⁴¹⁵ Yasaya, temel hakların sınırlandırıldığı durumlarda ihtiyaç duyulabilir. Bu, yasa anayasaya uygun olduğu sürece anayasaya aykırı bir idari işlem yasaya da aykırı olur. Temel hak ve özgürlükler, idarenin takdir yetkisinin denetiminde somut ve güçlü gerekçeler oluşturmaktadır. Fakat özellikle genel esaslar ve temel haklar bölümü; soyut, esnek, düşük yoğunlukta bir belirginlikle karakterize oldukları⁴¹⁶ için her zaman aynı yoğunlukta uygulanmazlar. Temel hak ve özgürlüklerle birlikte özellikle de devletin

⁴¹¹ Anayasa hükümlerinin idari yargıda doğrudan uygulanabilirliği konusundaki tartışma hakkında ayrıca bkz. Yeliz ŞANLI ATAY, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, Y. 24, S. 96, 2011, s. 293-315.

⁴¹² SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 91.

⁴¹³ “... Kural olarak Anayasa hükümleri doğrudan uygulanacak hükümler olmayıp, Anayasada öngörülen düzenlemelere ilişkin olarak uygulama ile ilgili kanunların çıkarılması gerekir. Ancak **Anayasanın ayrıntılı biçimde düzenlediği konularda** uygulama kanunu çıkarılması gerekmediği gibi, mevcut kanunda Anayasaya uygunluğu sağlayacak değişiklik yapılması gerekiyorsa bu değişikliğin yapılması beklenilmeden ayrıntılı **Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı** kabul edilmektedir.” Dan.4.D., 2005/2134 E, 2006/2156 K, 13.11.2006, DD, Y. 37, S. 115, 2007, s. 177-180.

⁴¹⁴ Danıştay’ın bu hükmün uygulanması konusundaki genel yaklaşımı ve kararlar için bkz. AKBULUT, “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”; ATAY, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”.

⁴¹⁵ SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s. 126.

⁴¹⁶ Bkz. SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 91-92.

yapısı ve hedeflerini belirleyen hükümlerde kullanılan özgürlük, eşitlik, hukuk devleti, sosyal devlet, demokrasi gibi kavramlara yargı denetiminde sıkça referans verilmektedir. İdari yargı kararlarında anayasanın ölçü alınmasıyla kararın hukuka uygunluğu yalnızca ilgili yasa metinlerine göre kararlaştırılmamaktadır. Bu durumda idari yargı, işlemi önce anayasa kuralı sonra da yasa kuralına uygunluk yönünden denetleyerek iki aşamalı bir denetim gerçekleştirmektedir.

İdari yargı denetiminde Anayasa'yı esas alan yaklaşım, Danıştay içtihadının önemli bir bölümünü oluşturur. Anayasal hak ve özgürlükler idari işleme doğrudan uygulandığında, idari işlemin hak ve özgürlüklerin norm alanı içinde olup olmadığı belirlenmesi yapılır ve bu durumda, çoğu zaman, diğer denetim ölçütlerinin uygulanmasına gerek kalmaz.⁴¹⁷ Örneğin bir siyasi parti toplantısına sendikanın isteğiyle ve sendika temsilcisi olarak katılan bir öğretmene, “*siyasi parti yararına faaliyette bulunmak suç(unu)*” (657 sayılı Kanun md. 125/D-o) işlediği gerekçesiyle aylıktan kesme cezasına verilmiş ve bu işleme karşı açılan davada Danıştay, disiplin suçu olarak nitelendirilen eylemi, “ifade özgürlüğü” kapsamında değerlendirerek verilen cezanın demokratik toplum gereklerine aykırı görmüştür.⁴¹⁸ Bu durumda norm alanı, demokratik toplum düzeni (AY md. 13) ve ilgili temel hakla (AY md. 26) birlikte çizilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de disiplin cezalarına ilişkin bireysel başvuru kararlarında,

⁴¹⁷ Temel hak ve özgürlük düzenlemelerinde yer alan "ifade" veya "özel hayat" gibi kavramlar, Anayasa metnine atıfta bulunarak veya anayasanın temel ilkeleri ve kılavuz değerlerine atıfta bulunularak tanımlanırsa/norm alanı belirlenirse, fiilî bir dengeleme (orantılılık), eşitlik ve diğer denetim ölçütlerinin uygulamasına gerek kalmayabilir. Janneke GERARDS/Hanneke SENDEN, “The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights”, International Journal of Constitutional Law, V. 7, N. 4, 2009, s. 628.

⁴¹⁸ Dan.12.D, 2016/3449 E, 2016/6362 K, 13.12.2016. Benzer bir başka davada Danıştay, üyesi bulunduğu sendikanın yetkili kurullarınca alınan karara uyarak 1 gün göreve gelmeme eyleminin, 657 sayılı Kanun'nun 125/C-b maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti için AİHS'in 11. maddesini uygulamıştır. Bkz. DİDK, 2009/63 E, 2013/1998 K, 22.05.2013.

disiplin cezasına konu eylemin yasayla öngörülen eylem kapsamında olup olmadığı ya da yasa kuralını ihlal edip etmediği değerlendirmeden önce, anayasal hak bağlamında norm alanını tespit etmekte, daha sonra da başvuranın sınırlanan anayasal özgürlüğü karşısında yasayla öngörülmüş mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülükleri arasında bir dengeleme yapmaktadır.⁴¹⁹ Böylece anayasa hükümleri, “denetim ölçütü” olmanın yanı sıra, “yasaların içeriklerini belirleyen” bir nitelik de edinmiş olurlar. Dolayısıyla temel hak normlarının yasaları doğrudan etkilemeleri de söz konusudur.⁴²⁰ Temel hak ve özgürlük hükümlerinin yanında, Anayasa’nın diğer hükümleri (yapısal ilkeler) de norm alanının belirlenmesine ve hukuka uygunluğun temellendirilmesine yardımcı olur.⁴²¹

Anayasanın doğrudan uygulanması, yeni anayasa kuralıyla eski yasadaki düzenlemenin çatışması durumunda söz konusu olabilir. 1961 Anayasası öncesi yürürlüğe giren 6785 sayılı İmar Kanunu’nun 45. maddesi ile 1961 Anayasası’nın idari dava açma süresinin başlangıcını belirleyen 114. maddesi arasındaki çatışmada Danıştay, Anayasa’da “konunun ayrıntılarıyla düzenlenmesi”ne dayanarak, çatışma sorunda Anayasayı (doğrudan) uygulama yetkisini kendine tanımıştır.⁴²² Aslında burada, sonraki

⁴¹⁹ Bkz. AYM, *Hulusi Özkan Başvurusu*, B.N. 2015/18638, 15.11.2018, § 40-43; *Sevilay Sümer Başvurusu*, B.N. 2016/7091, 18.07.2019.

⁴²⁰ Yavuz SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C. 7-8, 1985-1986, s. 22.

⁴²¹ Dan.10.D., 2010/6009 E, YD Kararı, 16.06.2010, <http://www.ttb.oR.G.tr>.

⁴²² Anılan karara konu olayda; parselasyon planlarına karşı açılan davalarda, idari dava açma süresinin 1961 Anayasası’ndan önce yürürlüğe giren 6785 sayılı İmar Kanunu’nun 45. maddesindeki “*parselasyon planları bir ay süreyle belediye dairesine asılır ve usulüne göre ilan olunur. Bu planlara, askı müddetinin bitiminden itibaren 30 gün içinde idareye itiraz edilir. ... (B)u maddeye göre yapılan ilan tebligat addedilir*” hükmünün mü yoksa sonradan yürürlüğe giren 1961 Anayasa’sının 114/2 maddesindeki “*idarenin işlemlerinden dolayı açılacak davalarda süreaşımı bildirim tarihinden başlar*” hükmünün mü uygulanacağı sorunu söz konusudur. Kurul, Anayasa’nın 114/2 maddesindeki “*idarenin işlemlerinden dolayı açılacak davalarda süreaşımı yazılı bildirim tarihinden başlar*” hükmü

yasa önceki yasayı ilga eder kuralı uygulanmıştır, ancak idari yargı denetiminde referans alınan norm Anayasa kuralı olduğu için, bir anlamda anayasaya uygunluk denetimi yapıldığı söylenebilir.⁴²³ Benzer bir yöntem, 1982 Anayasası'nın 177/e bendinin uygulanmasında da kullanılmıştır.⁴²⁴ Danıştay bu hükmü, hem Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden önceki yasaları hem de her anayasa değişikliği sonrası Anayasa'ya aykırı hale gelen yasaları da kapsayacak şekilde yorumlamıştır.

Olaya uygulanacak bir yasa kuralının olmaması, yasa kuralı olsa da açık veya ayrıntılı olmaması ve var olan kuralın anayasaya aykırı görülmesi gibi sorunlar karşısında

muvacehesinde ilan tarihini dava açma süresine başlangıç kabul etmek imkânsızdır. Zira Anayasa'nın temel hukuk kuralları dışında bir konuyu ayrıntılarıyla düzenlemesi ve bu hükmün daha önceki kanunlarda bulunup aynı konuyu yeniden düzenleyen anayasa hükmünün uygulanması tabiidir. Bu olayda yasa kuralının daha sonra çıkan Anayasa ile **örtülü olarak kaldırılması** söz konusudur. Mahkeme'nin "*Anayasa'nın temel hukuk kuralları dışında bir konuyu ayrıntılarıyla düzenlemesi ve bu hükmün daha önceki kanunlarda bulunup aynı konuyu düzenleyen hükümlere aykırı olması halinde, konuyu yeniden düzenleyen Anayasa hükmünün uygulanması tabiidir*" ifadesi de bu görüşü desteklemektedir. DİBK, 1969/2 E, 1970/1 K, 12.02.1970, DD, S. 1, s. 90 vd. Aktaran Rüstem KARABATAK, "Türk Hukukunda Kanunların Anayasaya Uygun Yorumu", DD, Y. 28, S. 94, 1998, s. 28-48, s. 39). Ayrıca bkz. AZRAK, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", s. 329; ODER, Anayasaya Uygun Yorum Yöntemleri, s. 116.

⁴²³ Yavuz ATAR, "Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 2, s. 2 , 1989, s. 206-207: "Zımni ilga söz konusu olduğunda anayasa mahkemesinde dava açmaya gerek yoktur. Yeni hüküm (anayasa hüküm) ile eski hüküm (kanun hükmü) zımnen ortadan kalkar. Zımni ilganın iki şartının birlikte gerçekleşmesi zorunludur birinci şart, anayasa hükmünün yeni olması; ikincisi ise, anayasanın herhangi bir hususta genel bir prensip koymakla yetinmeyip adeta kanun hükmü gibi o meseleyi teferruatı ile tanzim etmiş olmasıdır."

⁴²⁴ Danıştay Anayasa'nın 23. maddesinde, hâkim kararı olmadan vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin kısıtlanamayacağına ilişkin, kişi hak ve hürriyetlerini genişletici nitelikteki 2010 tarihli düzenlemenin, 177/e maddesi uyarınca doğrudan ve geçmişe etkili olacak şekilde uygulanması gerektiğinden, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesine dayanarak pasaport verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanlığı işleminde hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir. İDGK, 2008/921 E, 2013/314 K, 31.01.2013, Hukukturk.

anayasanın doğrudan uygulanabilir olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak doğrudan uygulamanın sadece dava konusuyla ilgili bir yasa kuralının olmadığı durumlarda uygulanacağı savunulduğunda, son iki durumda (yasa kuralı mevcut olsa da açık veya ayrıntılı olmaması ve mevcut kuralın anayasaya aykırı olması) anayasa, *anayasaya uygun yorum* ve *yasanın ihmali* şeklinde uygulanabilir.⁴²⁵

Anayasaya uygun yorumda, yasa kuralının sözel anlamı dikkate alınıp uygulandığında anayasaya aykırı bir yorum yapıldığı varsayılır. Danıştay, Anayasa Geçici md. 15’i, AY md. 70’deki kamu hizmetlerine giriş hakkı ve md. 13’teki ölçülülük ilkesiyle birlikte ve uluslararası belgeler ve hukukun genel ilkelerine uygun yorumla dava konusu yasa kuralındaki “bir daha” ifadesinin sıkıyönetim süresi ile sınırlı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca anayasaya uygun yorum yoluyla varmıştır.⁴²⁶ Benzer bir yaklaşımı Danıştay, 5250 sayılı Yasa’da yer alan “dava açılmaz” hükmüne dayanılarak yapılan işlemin denetiminde kullanmıştır.⁴²⁷ Ancak anayasaya uygun yorum yöntemini kullandığı bu dava örneklerinde aslında yasanın açık lafzının Anayasa’ya aykırı olduğu⁴²⁸ ancak davaların açıldığı dönemlerde anayasaya aykırılık itirazı

⁴²⁵ Bkz. ŞANLI ATAY, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, s. 298.

⁴²⁶ DİBKK, 1988/6 E, 1989/4 K, 07.12.1989, DD, 78-79, s. 50-57.

⁴²⁷ “(...) (İ)dari tasarrufların kazai murakabeye tabi tutulması, hukuka bağlı Devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabından olmasına ve bu ilmi esas, hiyerarşi itibarıyla mevzu hukukun en üst kademesini teşkil eden **Anayasanın 51. maddesi** ile müeyyide altına alınmış bulunmasına ve 5250 sayılı Kanunu Danıştay’a müracaat edilemeyeceği hakkındaki hükmü idari tasarrufun takdir unsuruna taalluk eden kısmının kontrol dışında kalacağı şeklinde mânalandırmak gerek nazari gerek mevzu hukukun esaslarına daha uygun düşeceğine binaen, davanın iptidaen adem-i mesmuiyetine karar verilmesi yolundaki iddia kabule şayan olamaz.” DDDGK, 1949/320 E, 1950/128 K, DD, Y. 14-15, S. 50-53, Ekim 1950, s. 112-118.

⁴²⁸ Bu kararlardan ilkinde anayasaya uygun yorum değil yasanın açık lafzına aykırı (contra legem) yorum olduğunu dile getiren görüşler için bkz. AZRAK, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, s. 339; Tekin AKILLIOĞLU, “İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı Konusunda Bir Karşılaştırma”, Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü, 5 Mart 2012, İHİD,

yapılamadığı için bu yöntemin açıkça yasayı ihmal etmek için kullanıldığı da söylenebilir.⁴²⁹ Ancak *yasanın ihmal edilmesi* yönteminin hem somut norm denetiminin hem de bireysel başvurunun öngörülmesi sebebiyle Türkiye’de uygulanması mümkün değildir.

B. Hukukun Genel İlkelerinin Ölçü Alınması

Conseil d'Etat (CE), yıllar boyunca "hukukun genel ilkeleri" teorisini inşa eden mahkemelerin başında gelmektedir. Conseil'in yaratıcı hukuksal yorumu, işlemin yerine getirmesi gereken hukuki koşulların (savunma alınması, gerekçe sunulması gibi) sayısını artırarak hükümetin takdir yetkisinin genişliğini azaltmaya yardımcı olmuştur. CE'nın bağlayıcı hukuki normlar olarak kabul ettiği hukukun genel ilkeleri, yani hukuki koşulların yaratılması, idari takdir yetkisini sınırlandırmaktadır.⁴³⁰ Ancak Conseil, hukukun genel ilkelerinin tek yaratıcısı değildir. 19. yüzyılın sonundan bu yana mahkemeler, yasal sistemin yalnızca mevcut tüm düzenlemelerin toplamı olmadığını, aynı zamanda genel ilkeleri ve temel hakları içerdiğini kabul etmişlerdir.⁴³¹ İdari yargının yanı sıra, anayasa mahkemeleri ve ulusal üstü mahkemeler, hukukun genel ilkelerini yorum yoluyla geliştirmişlerdir. Geliştirilen ilkeler, belirli değer sistemleri çerçevesinde; demokrasi, hukuk devleti ve eşitlik gibi eksen kavramlar bağlamında örülmüştür.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi (AFAM), hukuk devletine dayanarak “genel ilkeler”; Fransız Anayasa Konseyi, “anayasal değerde genel ilkeler” yaratmıştır. Mahkeme, Anayasa’nın yazılı ilkeleri yanında, Anayasa’nın açık düzenlemelerinde

C. 15, S. 2, 2012, s. 184.

⁴²⁹ Bkz. ALTINDAĞ, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, s. 130-131.

⁴³⁰ BERMANN, “The Scope of Judicial Review...,” s. 219-220.

⁴³¹ Denis TALLON/John N. HAZARD/George A. BERMANN, “The Constitution and the Courts in France”, The American Journal of Comparative Law, V. 27, N. 4, 1979, s. 571.

somutlaştırılmasına ihtiyaç duyulmamakla birlikte anayasa koyucuyu yönlendiren bazı temel ilke ve yönlendirici düşüncelerden meydana gelen yazılı olmayan bir anayasa hukukunun varlığını kabul etmiştir.⁴³² AİHM de, hukukun genel ilkelerini *evrimci-dinamik* bir yorumla temel haklara eklemiştir. AİHM *Golder* kararında, AİHS'in başlangıcında yer alan “hukukun üstünlüğü” (rule of law) ilkesi ve hukukun genel ilkelerine dayanarak “adalete erişim hakkını” Sözleşme'nin 6. maddesinde tanınan hakka bağlı bir unsur saymıştır. Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma (fair trial) hakkı içinde değerlendirilmiştir.⁴³³

Türk Anayasa Mahkemesi'nin de bu teze yabancı olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi bir kararında “milletlerin hak eşitliği” ve “milli menfaatlerin korunması” ilkelerini, Başlangıç'ın 4. ve 7. paragrafında yer alan ilkeler çerçevesinde değerlendirmiş; karşılıklılık ilkesini de milletlerarası ilişkilerde Türk ve yabancılar arasında eşitliği sağlayan bir denge, hukukun genel ilkesi olarak görmüştür.⁴³⁴

Türk hukukunda başlangıçta, hukukun genel ilkelerinin anayasal düzeyde olduğu

⁴³² ÇAĞLAR, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri...”, s. 175.

⁴³³ Mahkeme'nin bu eğilimini eleştirerek karşı oy kullanan Yargıç Gerald Fitzmaurice, hukukun genel ilkelerinin Sözleşme'nin yorumunda kullanılmayacağını, Mahkeme'nin taraf devletlerin yerine geçerek boşlukları dolduramayacağını ileri sürmüştür. Yargıç, iç ya da ulusal alanda yargıcın rolünün hukuk yaratmak değil (*jus dare*), hukuku söylemek (*jus dicere*) olduğu görüşündedir. Bkz. AİHM, *Golder/Birleşik Krallık*, B.N. 4451/70, 21.02.1975, karşı oy yazısı, § 37.

⁴³⁴ ÇAĞLAR, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri...”, s. 177. *Teziç*, Anayasa Mahkemesi içtihadına göre anayasallık blokunun; Başlangıç, Anayasa metni ve hukukun genel ilkelerinden meydana geldiğini açıkladıktan sonra “karşılıklılık” ilkesinin yasal düzenleme konusu olduğunu, Anayasa Mahkemesi'nin bu ilkeyi kullanarak “kanunun kanuna uygunluğunu denetler duruma girdiğini”, milli menfaat değerlendirmesinin ise siyasal bir sorun olduğunu, menfaat sorununun ön plana çıkartılmasının denetimi “yerindelik denetimi”ne kaydırıldığını ifade etmiştir. Bkz. İstanbul Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezinin 3029 sayılı Kanunla ilgili olarak düzenlediği konferans kayıtları, Aktaran ÇAĞLAR, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri...”, s. 178.

görüşü hakim olmuştur.⁴³⁵ Bu görüşün yer edinmesinde, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan şu değerlendirmeler belirleyici olmuştur: “(K)azanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Anayasa(da) bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur...”,⁴³⁶ “kanunların Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerce kabul edilen prensiplerine uygun olması gerekir”,⁴³⁷ “(h)ukuk devletinde, yasa koyucu organ da dahil olmak üzere, Devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, yasa koyucunun faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve **hukukun üstün kuralları** ile bağlı tutması gerekir. Çünkü, **yasanın üstünde yasa koyucunun bozamayacağı hukukun genel ilkeleri vardır. Yasalar hukukun genel ilkelerine dayanmalıdır ve hukukun yüceliğini yansıtmalıdır.**”⁴³⁸ Mahkeme, Anayasa md. 2’de öngörülen hukuk devleti nitelemesine ve md. 138’e dayanarak hukukun genel ilkelerine başvurmuştur.⁴³⁹

Anayasa Mahkemesi erken dönem içtihatlarında ortaya çıkan bu belirlemeler daha sonra değişmiştir. Mahkeme, “Anayasanın ve yasaların üstünde yasa koyucunun da

⁴³⁵ Celal ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi), Kavram Yay., İstanbul 1996, s. 62; Erdoğan TEZİÇ, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, AYD, C. 2, 1985, s. 28; İbrahim Ö. KABOĞLU, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, AYD, C. 8, 1991, s. 311.

⁴³⁶ AYM, 1963/106 E, 1963/270 K, 11.11.1963, R.G. 29.01.1964-11619.

⁴³⁷ “Hukukun genel ilkeleri, hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde kabul edilen prensipleridir.” Bkz. AYM, 1963/166 E, 1964/76 K, 22.12.1964, R.G. 28.4.1965-11985; 1963/124 E, 1963/243 K, 11.10.1963, R.G. 04.12.1963-11572; 1990/17 E, 1990/23 K, 20.09.1990, R.G. 26.10.1990-20677; 1990/17 E, 1990/25 K, R.G. 30.11.1990-20711; 1990/7 E, 1990/11 K, 21.06.1990, R.G. 04.02.1991-20776.

⁴³⁸ AYM, 1963/124 E, 1963/243 K, 11.10.1963, R.G. 04.12.1963-11572.

⁴³⁹ Bkz. D. Çiğdem SEVER, “Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 62 vd.

bozamayacağı temel hukuk ilkeleri”nin varlığını kabul ettiği kararlarının aksine⁴⁴⁰ daha sonra bunları anayasanın üstünde değil, anayasa ile birlikte yorumlamıştır.⁴⁴¹ Yine de Anayasa Mahkemesi’nin hukuk kaynağı olarak kabul ettiği ve kararlarında sıklıkla başvurduğu hukukun genel ilkelerine anayasal (düzeyde) değer verdiğini söylenebilir. Çünkü hukukun genel ilkeleri, açık bir şekilde yasaların denetiminde kullanılmaktadır.⁴⁴² Bu haliyle hukukun genel ilkelerinin yasallık denetiminin bir parçası olduğunu kabul etmek daha da kolaydır.

İdari yargıda hukukun genel ilkelerinin normatif değeri konusunda bir belirlilik yoktur. Ancak işlemin Anayasa’ya veya yasaya aykırı olduğu belirtilen durumlarda bile Danıştay, hukuka aykırılığı hukukun genel ilkeleriyle destekleme ihtiyacı duymaktadır.⁴⁴³ Türkiye’de hukukun genel ilkeleri, Fransa’daki gibi yargıç tarafından keşfedilerek ortaya konmuş ilkeler olmadığı ve bu ilkelerin çoğu zaten Anayasa’da mevcut olduğu için Danıştay, kararlarını doğrudan hukukun genel ilkelerine uygunluk ya da aykırılık gerekçesine dayandırmamaktadır. Mahkeme’nin Anayasa ya da yasa gibi pozitif bir metne dayandırarak kararını gerekçelendirmesi, daha tutarlı, sağlam, garantili bir yöntem yöntem olmasına dayandırılabilir.

⁴⁴⁰ Bkz. AYM, 2002/112 E, 2003/33 K, 10.04.2003, R.G. 04.11.2003-25279; 2004/30 E, 2008/55 K, 07.02.2008, R.G. 19.03.2008-26821.

⁴⁴¹ AYM, 1995/20 E, 1996/4 K, 01.02.1996, R.G. 31.07.1996-22713: “(H)ukuk devletinde, **Anayasa’nın açık kurallarıyla birlikte, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerine de uygun davranılması gerekir.**”

⁴⁴² Anayasa Mahkemesi kanunların “Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı üstün, genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığı”nın denetleneceğini belirtmiştir. AYM, 1987/30 E, 1988/5 K, 15.03.1988, R.G. 28.07.1988-19882; 1966/19 E, 1968/25 K, 18-19.06.1968, R.G. 29.01.1970-13412. Bireysel başvurularda da Anayasa Mahkemesi, *Sevim Akat* kararından itibaren anayasanın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarını bir arada ve hukukun genel ilkeleri ışığında yorumlamak gerektiğine işaret etmektedir. AYM, *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, B.N. 2013/2187, 19.12.2013, § 35.

⁴⁴³ KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 123.

Bu durumda, Anayasa’da açıkça kurala bağlanmış olan bir ilkenin (örneğin eşitlik ilkesi) Anayasa’daki haliyle hukukun genel ilkesi olarak işlev görmediği ancak Anayasa’nın belirlediği kapsam dışında hukukun genel ilkesi olarak işlev görebileceği de belirtilmiştir.⁴⁴⁴ Ancak hukukun genel bir ilkesinin anayasa ya da yasada yer alması, değeri ve işlevi bakımından bir fark yaratmaz. Danıştay, “*üst disiplin kurulunun, ceza verilmesine neden olan olayın tarafı ve yakını durumunda olanın katılmasıyla oluştuğu, bu haliyle anılan kurulun tarafsız soruşturma yaparak karar vermesine olanak bulunmadığından üst disiplin kurulu kararı ile bu kararı onayan Bakanlık Öğrenci Disiplin kurulu kararında **hukukun genel ilkelerine** açık aykırılık bulunduğu gerekçesiyle işlemin iptaline...*”⁴⁴⁵ karar vermiştir. Kararda işlemin hukukun hangi genel ilkesine aykırı olduğunu belirtmemiştir. Davada hukukun hangi genel ilkesi olduğu belirtilmeyen ilke (tarafsızlık), hukukun diğer genel ilkeleri gibi yargılama ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁴⁶ İlgili ilke, Anayasa’da yer almış olsaydı hukukun genel ilkesi olarak kullanılmazdı ya da en azından Anayasa hükmüyle birlikte kullanılırdı. Ancak bu haliyle de, yargısal denetimde ölçüt olarak tek başına kullanılabilmiştir. Önemli olan, yargının evrensel nitelikte kabul edilen genel hukuk ilkelerine açıklığının sağlanmasıdır. Danıştay’ın ya da Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında ilgili yasa ya da Anayasa hükmüyle birlikte hukukun genel ilkelerine işaret etmesi, bu ilkelerin dayanak olarak kabulü açısından önemlidir.

C. İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ölçü Norm Alınması

Yasallık bloku genişlerken yargının da hukuk kaynakları artmıştır. Bugün yasadan anlaşılan sadece devletin ya da devletlerin hukuku değildir. İnsan haklarının uluslararasılaşmasıyla devlet çerçevesi aşılmış,⁴⁴⁷ normlar hiyerarşisine uluslararası

⁴⁴⁴ KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 122.

⁴⁴⁵ Dan.8.D., 1986/97 E, 1986/130 K, 18.03.1986, **DD**, S. 64-65, 1987, s. 328.

⁴⁴⁶ Bkz. ALTINDAĞ, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, s. 86.

⁴⁴⁷ Bakır ÇAĞLAR, “‘Hukuk’la Kavranan ‘Demokrasi’ ya da ‘Anayasal Demokrasi’ ”, AYD,

normlardan oluşan bir kat daha çıkmıştır.⁴⁴⁸ Uluslararası hukukun ulusal hukukun bir parçası olduğunun anayasalarca kabul edilmesiyle uluslararası hukuk kaynakları, yasallık denetiminin bir parçası haline gelmiştir.⁴⁴⁹ Uluslararası hukuk kaynakları, yargı yetkisini genişletmektedir.

Türk hukukunda Anayasa'nın çeşitli maddelerinde uluslararası hukuka atıf yapılmıştır. ⁴⁵⁰ Anayasa Başlangıcında “*Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi*” olmaktan ve “*Yurtta sulh, cihanda sulh*”tan söz edilerek dolaylı bir şekilde uluslararası hukuka gönderme yapılmaktadır. Benzer şekilde, Anayasa'nın 15. maddesinde “*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla*”,

C. 10, 1993, s. 255.

⁴⁴⁸ CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 88.

⁴⁴⁹ Fransa'da uluslararası hukuka açıklık prensinin Anayasa ve yargı kararlarında nasıl ele alındığı yönünde bkz. ALTINDAĞ, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, s. 108; CHEVALLIER, Hukuk Devleti, s. 87; Eirik BJORGE, “‘Contractual’ and ‘Statutory’ Treaty Interpretation in Domestic Courts? Convergence around the Vienna Rules”, in *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Ed. Helmut Philipp Aust/George Nolte, Oxford University Press, 2016, s. 56; “The Impact of Foreign Law on Domestic Judgments: France”, Çevrim içi, <https://www.loc.gov/law/help/domestic-judgment/france.php>. Almanya için bkz. LOVRIC, Daniel, "A Constitution Friendly to International Law: Germany and its Volkerrechtsfreundlichkeit" [2006] *AUYrBkIntLaw* 4; (2006) 25 *Australian Year Book of International Law* 75, Çevrim içi, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUYrBkIntLaw/2006/4.html>

⁴⁵⁰ *Uluslararası hukuka riayet* Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında açıkça ifade edilmiştir: “*İnsan, içinde yaşadığı toplumun bireyi olması kadar, insanlığın da bir üyesidir. Bu durum çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnız ulusal bir sorun olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu açıdan Anayasanın Başlangıç’ı ve 2. maddesi kuralları gereği olarak... Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’yi itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur.*” AYM, 1992/8 E, 1992/39 K, 16.06.1992 R.G. 06.10.1992-21367. “*İnsan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde yer alan hükümlerle bireyin uluslararası hukukun bir süjesi konumuna getirildiği tartışmasızdır. Bu belgelerde devlet, başka devletlere karşı, kendi vatandaşlarının bu haklardan yararlandırılacağına dair yükümlülük altına girmektedir ... bundan böyle, insan hakları ve temel hürriyetler ile ilgili hiç bir şeyin sadece iç hukuk sorunu olarak görülemeyecektir.*” Dan.5.D., 1986/1723 E, 1991/933 K, 22.05.1991, Legalbank.

16. maddesinde, “*milletlerarası hukuka uygun olarak*”, 38. maddesinin son fıkrasında “*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere*”, 42. maddesinde “*Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır*”, 92. maddesinde “*Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde*” denilerek bazı konularda uluslararası hukuka referans verilmiştir.

İdari yargı, uluslararası hukuka riayeti öngören bu düzenlemeleri referans alarak somut dava özelinde uluslararası hukuk kurallarını uygulayabilir. Ancak bu çalışmada uluslararası referans normlardan özellikle uluslararası insan hakları sözleşmelerinin yargı kararlarında uygulanması değerlendirilmiştir. İdari yargı denetiminde en çok kullanılan temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki normatif değerini belirleyen temel referans norm, Anayasa’nın 90. maddesidir.⁴⁵¹ Bu hüküm, 1961 Anayasası’ndaki usulüne uygun yürürlüğe konulan temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu kuralı (AY md. 65) korunarak 1982 Anayasası’nın 90. maddesinde ifade bulmuştur. Bu düzenleme, genel olarak temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yerini (yasa hükmünde olduğunu) göstermektedir. Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadı da bu yönde olmuştur.⁴⁵²

⁴⁵¹ *Özbudun*’a göre Anayasa’da bu konuya ilişkin bir kural bulunmaması nedeniyle uluslararası hukukun anayasaya uygunluk denetiminde genel ve bağımsız bir ölçü norm olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte *Özbudun*, 1982 Anayasası’nın yollama yaptığı dört alanda (AY md. 15, 16, 42, 92), uluslararası hukuk kurallarının ölçü norm olarak kullanılabileceğini belirtmektedir. ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 424.

⁴⁵² Mahkeme, antlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin görüşünü şöyle ifade etmiştir: “*Anayasa’da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir andlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, **andlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır**. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur. İç hukuk yönünden; andlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir*”. AYM, 1996/55 E, 1997/33 K, 27.02.1997. Ayrıca bkz. AYM, 1992/8 E, 1992/39 K, 16.06.1992, R.G. 06.10.1992-21367; 1963/336 E, 1967/29 K, 26-27.09.1967,

7 Mayıs 2004 tarihli 5170 sayılı Yasa ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle 90. maddenin 5. fıkrasında yer alan "kanun hükmünde" sözcükleri, her ne kadar uluslararası sözleşme hükümlerini yasaya eş değer tutmakta ise de çatışma durumunda sözleşme hükümlerinin “esas alınacağını” belirtmektedir. Bu durumda, yasa kuralı ve uluslararası sözleşme kuralı arasında kurulan ilişkinin niteliğine göre⁴⁵³ *yasa kuralının ihmali* ya da *zımnen ilgası* söz konusu olabilecektir.⁴⁵⁴ Uluslararası sözleşmenin yasa hükmünde olması sebebiyle idarelerin doğrudan bir uluslararası sözleşmeyi uygulaması

R.G. 19.10.1968-13031. AYM, 1996/3 E, 1997/3 K, 22.05.1997, www.anayasa.gov.tr.

⁴⁵³ *Aybay*’a göre yargısal denetim mekanizmasına sahip uluslararası antlaşmalar (AİHS gibi) yasaların üstünde; yargısal mekanizmalara sahip olmayan uluslararası antlaşmalar ise yasalara eşdeğerdir. *Aybay*, yasalara eş değer olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla yasa arasında bir çatışma olması durumunda md. 90’ın “esas alınacak” normu belirterek bir üstünlük değil, çatışma kuralı öngördüğünü belirtmektedir. Bkz. Rona AYBAY, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, TBB Dergisi, S. 70, 2007, s. 210-211. *Ergül*, böyle bir ayırım yapmaksızın Anayasa md. 90’ın temel hak ve özgürlüklere ilişkin tüm antlaşmalar için “özel bir çatışma” kuralı öngördüğünü savunmaktadır. Bkz. Ozan ERGÜL “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım Uler’e Armağan, Yayına Hazırlayan Muhammed ERDAL, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Lefkoşa 2014, s. 74.

⁴⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın md. 90/son hükmünde insan haklarına öncelik veren kuralın bir üstünlük değil, bir “zımni ilga kuralı” olduğunu kabul etmiştir. “*Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır...*” AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B.N. 2014/5836, 16.04.2015, § 44-45. Ayrıca bkz. AYM, 1996/3 E, 1997/3 K, 22.05.1997, www.anayasa.gov.tr. Anayasa Mahkeme’nin vardığı bu sonuç, Anayasa 90. maddenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara, üstünlük “*lex superior*” tanınmasından kaynaklanmıştır. Bu sonuca bağlı olarak da, *lex superior derogat legi inferiori* (üst kanun alt kanunları ilga eder) çatışma kuralı çerçevesinde alt norm olan yasa hükmünün üst norm tarafından ilga edildiğine karar verilmiştir. Anayasa md. 90’ın temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla yasalar arasında bir hiyerarşi kurmadığını ve özel bir çatışma kuralı olduğunu kabul eden *Ergül*, bu durumda bir üstünlük söz konusu olmadığına göre, *lex superior derogat legi inferiori* kuralının uygulanabilir olmadığı ve çatışma kuralının sonucu olarak, alt normun ihmal edilmesi, yani yasanın ihmal edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.. Bkz. ERGÜL “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, s. 83.

mümkündür. Anayasa md. 90 ile idari yargıda yasaya dayanma yükümlülüğü, temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmeler⁴⁵⁵ lehine genişlemiştir.⁴⁵⁶

Hem Anayasa Mahkemesi hem Danıştay kararlarında sözleşmelerin yeri ve değeri konusunda bir netlik bulunmadığı gibi, bu mahkemelerin sözleşmelere biçtiği rol olaydan olaya değişmektedir. Anayasa hukukunda benimsenen klasik ayırım çerçevesinde; Danıştay, uluslararası sözleşme hükümlerini Anayasa'ya veya yasaya uygunsa *destek ölçü norm*; eğer sözleşme hükümleri Anayasa ya da yasaya uygun değilse, genelde sözleşmeye uygun yorum ve yasayı ihmal tekniğiyle *bağımsız ölçü norm* olarak yasallık denetimine dâhil etmektedir.

Mahkeme kararları, daha çok Anayasa hükümleri ile uluslararası sözleşme hükümleri arasında bir uyumun varlığını kanıtlama şeklinde somutlaşmaktadır. Danıştay kararlarında, uyumsuzluk genellikle uluslararası sözleşme hükümlerine aykırılık

⁴⁵⁵ Uluslararası antlaşma tanımına girmeyen bildirge, beyanname, deklarasyon, tavsiye adı altında kabul edilen uluslararası belgeler ile taraf olunmayan antlaşmalar ve hukuksal bağlayıcılığı olmayan siyasi tahahhütler içeren belgeleri de Danıştay, idarenin faaliyetlerini değerlendirebileceği ölçütler ve yargılamada hukuk düzenini sözleşmeye uygun yorumlama olanağı sağlayan destekler olarak gerekçelerinde kullanmaktadır. Karar örnekleri için bkz. N. İrem YEŞİLYURT, “Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 32, 2014, s. 1-29.

⁴⁵⁶ Ancak bu genişleme, Anayasa için geçerli değildir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın Sözleşme ve Mahkeme içtihatları ile çatışan açık hükmü karşısında, Anayasa'nın ihmal edilemeyeceğini ortaya koymuştur. Mahkeme, “*bireysel başvuru incelemelerinde de ölçü norm(un) Anayasanın bizzat kendisi*” olduğunu vurgulamıştır. AYM, *Musa Kaya Başvurusu*, B.N. 2014/19397, 16.09.2015, 25.03.2015, § 21-22.

yönünden değil, iç hukuk normları olan Anayasa⁴⁵⁷ ve/veya ilgili yasa-yasalar⁴⁵⁸ ya da İYUK'daki iptal gerekçelerini (sebeup-amaç-konu)⁴⁵⁹ referans alınarak çözümlerse de,⁴⁶⁰ Anayasa hükümleri kullanılmadan doğrudan AİHS hükümlerine atıf yapılan kararların⁴⁶¹ çoğalmaya başlamasıyla idari yargının referans norm alanının sözleşmeler lehine genişlediğini söylemek yanlış olmaz. Bu genişlemenin uluslararası sözleşmelerin idari

⁴⁵⁷ Danıştay kamu görevlisinin yılbaşı kartında yazdıklarından yola çıkarak görevden alınması işlemini AİHS 10. maddesi bağlamında değerlendirmiş, “**demokratik bir toplumun bireyi olarak uluslararası sözleşmelerle kendisine tanınan hakkı kullandığı**”na işaret ettikten sonra “...sözü geçen eylemin Anayasanın 26/1. maddesi kapsamında düşünülmesi gerektiğinden” bahisle işlemi iptal etmiştir. Dan.5.D., 1986/1723 E, 1991/933 K, 22.05.1991, Legalbank.“(K)amu görevlileri sendikalarına, üyelerinin haklarını korumak amacıyla tanınmış olan dava açma hakkının kullanımında sınırlamaya gidilmesi, Anayasanın hak arama hürriyetine ilişkin 36'ncı maddesi kuralına uygun düşmeyeceği gibi; 151 sayılı Sözleşme'nin, ... 1'inci ve 3'üncü maddelerine de aykırılık oluşturacağı açıktır.” DİBK, 2005/1 E, 2006/1 K, 03.03.2006.

⁴⁵⁸ Bu duruma örnek teşkil eden bir kararda, Danıştay davalı idarenin işleminin yasal dayanağının olmadığını tespit etmiş ve işlemin dayanağını Paris Sözleşmesi'nde bulmuştur. Ancak hüküm fıkrasında, işlemin yasaya uygun olduğuna hükmetmiştir. Dan.10.D., 1982/3972 E, 1983/110 K, 25.01.1983. Mahkeme, RTÜK'ün televizyon şirketine verdiği uyarma cezasının ise; Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin 38. maddesi, AİHS'in ifade özgürlüğünü koruyan 10. maddesi, Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 7. maddesi ve 3984 sayılı Yasa'da yer verilen yayın ilkelerine uygunluk bakımından ayrı ayrı değerlendirmiştir. Ancak kararda ihlal gerekçesi, 3984 sayılı Yasa'daki yayın ilkesi olmuştur. Dan.13.D., 2005/556 E, 2005/947 K, 22.02.2005; aynı yönde Dan.13.D., 2013/2894 E, 2014/4670 K, **DD**, S. 138, s. 198.

⁴⁵⁹ Danıştay, yabancı bir film ekibinin sınırdışı edilmesi işlemini uluslararası taahhüde aykırı bulduktan sonra işlemi, *yetki ve sebep unsurları* yönünden iptal etmiştir. Dan.12.D., 1977/1349 E, 1978/955 K, 24.04.1978.

⁴⁶⁰ DİDDK, 1995/816 E, 1997/1 K, 17.01.1997; Dan.10.D., 1995/6497 E, 1997/3777 K, 01-05.10.1997; Dan.12.D., 2008/791 E, 2009/7084 K, 15.12.2008; DİDDK, 2006/1017 E, 2009/3073 K, 17.12.2009.

⁴⁶¹ Örnek olarak bkz. Dan.13.D., 2013/2894 E, 2014/4670 K, **DD**, S. 138, s. 198; Dan.10.D., 2014/6559 E, 2015/874 K, 09.03.2015; Dan.11.D., 2011/3215 E, 2014/7755 K, 04.12.2014; Dan.12.D., 2013/5972 E, 2013/9647 K, **DD**, 04.12.2013.

yargıdaki etkisini en çok, ilgili yasa ve Anayasa hükümlerinin *sözleşmeye uygun yorumu* ve ilgili *yasanın ihmali* yönteminin uygulandığı kararlarda görebiliriz.

Sözleşmeye uygun yorumda yasanın içeriği, sözleşme hükümlerine ya da mahkeme içtihatlarına uygun bir şekilde yorumlanmaktadır.⁴⁶² Örneğin uygulanacak yasa kuralının bulunmadığı bir davada Mahkeme, hukuka aykırı bir tarh işlemine dayalı olarak tahsil edilen vergi nedeniyle mükellef lehine faiz ödenmemesini, AİHS ve Anayasa’da düzenlenen mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlama olarak görmüş; mülkiyet hakkının kapsamını, AİHM’in aynı konuda daha önce vermiş olduğu karara göre belirlemiştir.⁴⁶³ Mahkeme, Anayasa veya yasada açıkça hakkın kapsamına girmeyen unsurları, Sözleşme ve Mahkeme içtihatlarıyla hakkın kapsamına dahil etmektedir. Örneğin İYUK md. 9⁴⁶⁴’daki usul kuralının *katı bir şekilde* uygulanması sonucu oluşan hak kaybının ileri

⁴⁶² *Uluslararası hukuka uygun yorum ilkesi*, AİHM tarafından Sözleşme’nin yorumunda diğer uluslararası insan hakları belgeleri, uluslararası organların kararları ve uluslararası hukukun genel ilkeleriyle birlikte kullanılmaktadır: “Mahkemeye yapılan sunuşlar, ilkin Sözleşme’nin özellikle de 6. maddesinin 1. fıkrasının yorumlanmasını gerektirmektedir. Mahkeme, Hükümetin ve Komisyonun yaptığı gibi, konuyu Anlaşmalar Hukuku ile ilgili 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi’nin 31 ve 33. maddelerinin yol göstericiliğinde ele alacaktır.” (AİHM, *Golder/Birleşik Krallık*, B.N. 4451/70, 21.02.1975, § 29) Benzer şekilde, *Belçika Ulusal Polis Sendikası* davasında Sözleşme’nin Avrupa Sosyal Şartı ile birlikte yorumlanması gereğine işaret etmiştir; “Sendikalarla ilgili konular, Avrupa Konseyi çerçevesinde yer alan 18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal şartında ayrıntılı olarak işlenmektedir. Bu şartın 6(1). fıkrası Sözleşmeciler Devletleri ‘işçi ve işveren arasında bileşik bir istişare geliştirme’ ile yükümlendirmektedir.” (AİHM, *Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika*, Sıra no. 20, 27.10.1975, p. 38, İHKAD, C. 1, s. 164).

⁴⁶³ Dan.4.D., 2011/5499 E, 2011/6892 K, 06.10.2011, **DD**, 2012, S. 129, s. 32-35.

⁴⁶⁴ İYUK md. 9 “Çözümlemesi Danıştay’ın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. Görevsiz yargı merciine başvurma tarihi, Danıştay’a, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edilir.”

sürüldüğü davada, Mahkeme, kararını AİHM’in AİHS md. 6 yorumuna göre gerekçelendirmiştir.⁴⁶⁵ Başka bir kararda Danıştay, bir televizyon programında yapılan eleştirilerin ifade özgürlüğünün kapsamında olup olmadığını belirlemede AİHM içtihatlarını referans almıştır, ancak idari yaptırım kararını yasaya uygunluk denetimine tabi tutmuştur.⁴⁶⁶

Danıştay, sözleşmeye uygun yorum yöntemini, antlaşmanın Anayasa ile farklı hükümler içermesi halinde uygulamaktadır.⁴⁶⁷ Danıştay bu yönteme zorunlu din kültürü ve ahlak dersinin içeriğini denetlediği kararlarında başvurmuştur. Bu davalarda yasa, Anayasa kuralına uygundur. 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nun 12. maddesindeki yasa kuralı, Anayasa’nın 24. maddesinde yer alan “*Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır*” kuralını yenilemektedir. Ancak davada bu iki kural (AY md. 24 ve 1739 sayılı Kanun md. 12); AİHS’in “Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” başlıklı 9. maddesi ile 1 nolu Ek Protokol’ün eğitim hakkı başlıklı 2. maddesi, AİHM kararlarındaki değerlendirmeler ve Anayasa Mahkemesi’nin laiklik yorumu çerçevesinde⁴⁶⁸ değerlendirilmiş ve

⁴⁶⁵ Dan.14.D., 2011/6523 E, 2012/383 K, 06.02.2012, **DD**, S. 129, 2012, s. 17-21.

⁴⁶⁶ Dan.13.D., 2013/2894 E, 2014/4670 K, **DD**, S. 138, s. 198. Sözleşmeye uygun yoruma ilişkin örneklerden bir diğeri sendika üyelerinin dava ehliyetine ilişkindir. İctihatları Birleştirme Kurulu, kamu görevlileri sendikaları ve üst kuruluşlarının, üyeleri hakkında tesis edilen birel işlemlere karşı dava açıp açamayacakları konusundaki içtihat farklılığını; İHEB, AİHS, Avrupa Sosyal Şartı ile İLO’nun 87 ve 151 sayılı sözleşmelerinde yer alan örgütlenme özgürlüğüne ve sendikal haklara ilişkin güvencelerden yola çıkarak gidermiştir. Danıştay’a göre dava açma hakkının kullanılmasının kısıtlanması, Sözleşme hükümlerine aykırıdır. DİBK, 2005/1 E, 2006/1 K, 03.03.2006.

⁴⁶⁷ YEŞİLYURT, “Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri”, s. 1-29.

⁴⁶⁸ Bkz. AİHM, *Hasan ve Eylem Zengin*, B.N. 1448/04, 09.10.2007; AYM, 1997/62 E, 1998/52, K 16.09.1998, R.G. 20.10.2000-24206.

Sözleşme'ye uygun yorumlanmıştır.⁴⁶⁹ Mahkeme, bu kuralların sözleşmeye uygun yorumunu din dersi müfredatının içeriğine bakarak yapmıştır.⁴⁷⁰

Yasanın ihmali, davaya uygulanacak iç hukuk kuralının (yasanın) atlanarak doğrudan sözleşme kuralının uygulanması durumunda söz konusu olmaktadır. Danıştay, davacının dilekçesindeki eksiklerin tamamlanması için kendisine mahkemece verilen kesin süre sonunda söz konusu eksikliğin giderilmemesi halinde davanın açılmamış sayılacağı yönünde yapılan işlemi, Anayasa'nın 36. maddesini referans göstermeden AİHS md. 6'ya aykırılık sebebiyle iptal etmiştir.⁴⁷¹

Danıştay'ın, "yasayı ihmal" ettiği başka bir karar, üyesi olduğu sendikanın bir gün süre ile göreve gelmeme çağrısına uygun hareket eden öğretmenin eyleminin 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin C/b bendinde tanımlanan "*özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek*" disiplin suçunu oluşturup oluşturmadığına ilişkindir. İdari Dava Daireleri Kurulu, disiplin cezasının sebep unsurunu oluşturan maddi olayı, doğrudan AİHS'in "dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü" düzenleyen 11. maddesine ve AİHM'in aynı konuda Türkiye hakkında vermiş olduğu *Kaya ve Seyhan* kararına (15.09.2009, B.N. 30946/04) göre değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre sendika kararına uyarak toplu

⁴⁶⁹ Danıştay, aynı değerlendirmeyi sendika kurma hakkı konusunda yapmıştır. Danıştay bir istişari kararında, uluslararası sözleşmelerin onaylanarak kamu görevlileri de dahil olmak üzere herkese sendika kurma hakkı tanınmasına ve konunun yasal olarak düzenlenmesine Anayasal bir engel bulunmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Ancak görüşün verildiği dönemde Anayasa'nın 51. maddesi, sendika kurma hakkını açıkça tanımamıştı. Bununla birlikte kamu görevlileri için bir yasaklama da söz konusu değildi. Düzenlemeye göre hakkın öznesi yalnızca "işçi ve işverenler"dir. Danıştay, onaylanması düşünülen 87 ve 151 sayılı İLO Sözleşmelerinde yer alan konuların, Paris Şartı, İHEB'in 23. maddesi ve AİHS'in 11. maddesi ile tanınan haklarla da örtüştüğü kanaatine varmıştır. Dan.1.D., 1992/136 E, 1992/147 K, 22.4.1992, **DD**, Y. 23, S. 86, 1993, s. 52-61.

⁴⁷⁰ Dan.8.D., 2006/4107 E, 2007/7481 K, 28.12.2007; Dan.8.D., 2006/4107 E, 2007/7481 K, 28.12.2007; Dan.8.D., 2007/679 E, 2008/1461 K, 29.02.2008.

⁴⁷¹ Dan.10.D., 2014/6559 E, 2015/874 K, 09.03.2015.

eyleme katılmak “mazeret”tir. AİHS md. 11 ile çatışan hüküm dava konusu işlemin yasal dayanağını oluşturan 657 sayılı Kanun md. 125 değil, aynı Yasa’nın “toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı” (md. 26) ve “grev yasağı” (md. 27) öngören maddeleridir.⁴⁷² Mahkeme, bu düzenlemeler ile Sözleşme arasında çatışma olduğu tespitini yapmadan Sözleşmeyi ve AİHS içtihadını doğrudan uygulayarak yasayı ihmal etmiştir.⁴⁷³

Danıştay, Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesindeki, *"malikinın muvafakati ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez."* şeklindeki hükme dayanılarak yapılan işlemi, 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin gerekleri ile bağdaşmadığı ve bu hükmü ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir.⁴⁷⁴ Başka bir kararda Danıştay, döner sermaye ek ödemesinden 657 sayılı Kanun md. 4 kapsamında istihdam edilen personelin yararlanmasını engelleyen genelgeyi, İHEB ve Avrupa Sosyal Şartında yer alan “eşit işe eşit ücret” ilkelerine uygunluk yönünden denetlemiş, ilgili yasayı (209 sayılı Kanun) ihmal ederek karar vermiştir.⁴⁷⁵

Görüldüğü gibi Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları ile ilgili belgelerde yer alan düzenlemeler ve taraf olunan sözleşmeye uyulmasını denetlemekle görevli organların (özellikle mahkemelerin) içtihatları, bütün anayasa hükümlerinin ve anayasa altı normların yorumunda ve takdir yetkisinin denetiminde göz önünde bulundurulmaktadır.

⁴⁷² YEŞİLYURT, “Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri”, s. 23.

⁴⁷³ DİDDK, 2009/1063 E, 2013/1998 K, 22.5.2013. Aynı yönde Dan.12.D., 2013/5972 E, 2013/9647 K, 04.12.2013.

⁴⁷⁴ Dan.6.D., 2013/1349 E, 2014/372, K, 24.01.2014.

⁴⁷⁵ Dan.11.D., 2011/3215 E, 2014/7755 K, 04.12.2014.

İKİNCİ BÖLÜM

DENETİMİN DERİNLİĞİ: YÖNTEM VE ÖLÇÜTLER

I. YARGISAL DENETİM YOĞUNLUĞUNU BELİRLEYEN AYRIMLAR

Dış yasallık ile iç yasallık (esas) denetimi arasındaki ilişkinin değerlendirilmesinde başlangıç noktası, her birinin farklı bir işlevi yerine getirdiğini ve farklı çareler/çözümler sağladığını kabul etmektir. Dış yasallık denetimi, organic anlamda yasaya uygunluk; esas denetimi ise çoğunlukla hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmaktadır. Esas denetimi, özellikle takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda, hukuken daha “*doğru veya tercih edilebilir*” bir kararın alınmasını sağlamaktır. Dış yasallık denetiminin aksine esasa ilişkin denetim, yasaya aykırılıkların düzeltilmesinden daha geniş bir denetimdir. Bu denetim, neredeyse idare yerine “yeni bir karar vermeye” kadar uzanır.⁴⁷⁶ Esasın denetiminde bunu sağlayan iki önemli unsur, mahkemenin olguları araştırma ve yorum yapma-hukuk yaratma yetkileridir. Dolayısıyla esasa ilişkin denetim, yargının dava konusuna karşı tutumuna göre farklı yoğunluklarda yapılabilir.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Bkz. KARAHANOĞULLARI, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, s. 206.

⁴⁷⁷ Herhangi bir idare hukuku sistemindeki mahkemelerin içerik denetiminin kapsamını genişletmek istemeleri durumunda, bunu iki yoldan biriyle yapabilecekleri açıktır. İlk olarak usuli yükümlülükleri arttırabilirler. Örneğin mahkeme resen araştırma yetkisini kullanarak idareye sebepleri sunma yükümlülüğü yükleyebilir. Diğeri, denetim ölçütlerini genişletilmesidir. Hâlihazırda sistemde mevcut denetim ölçütlerine bir yenisi eklenebilir; klasik bir örnek, açık hata, ölçülülük gibi ilkelerin tanınması ve genelleştirilmesidir. Örneğin Fransız idari yargılamasında, dar yasallık denetimi denilen yetki ve şekil denetimi önemli ölçüde aynı kalmakla birlikte esas denetimi, 20. yüzyıl başından itibaren tedricen genişlemiş ve “hukuk kuralının ihlali” sebebi içinde; idarenin gösterdiği olgusal sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmedikleri araştırılmıştır. 1961 yılından itibaren bu denetime “açık hata” unsuru da

Bu bağlamda dış yasallık denetiminde yargıcın müdahalesi genellikle, idarenin aldığı kararın yasal yetki sınırları içinde yeniden yapılmasını sağlayacak kadardır. Esasa ilişkin denetim, daha geniş kural ve ilkelerin oluşturduğu normların dikkate alınmasını gerektirir. Bu yüzden idarenin aldığı karar, çoğunlukla dar yasallık denetimine değil, hukuka uygunluk denetimine tabidir. Mahkeme, idari işlemi esasa ilişkin bir hukuka aykırılık sebebiyle iptal ettiğinde, mahkemenin vardığı sonuçları göz ardı ederek yeni bir işlem yapma konusunda idarenin yetkileri sınırlıdır. Ancak dış yasallık ile esas denetimi arasındaki yoğunluk farkının (ki bu fark genellikle yasallık ile hukuka uygunluk denetimi arasındaki farka denk gelmektedir) bu kadar açık olmadığı idari yargı içtihatlarından net bir şekilde görülebilir.

Bu çalışmada denetimin yoğunluğu, yargıcın usuli ve yaratıcı yetkileri (hukuk yaratma ve yorum), referans aldığı normların çokluğu ve yargı kararının etkisi, yani mahkemenin idari kararın yerine ikame edilebilir yeni bir karar üretilip üretilmediğiyle ölçülmektedir. Bu ölçüme göre her iki denetim türünde yargısal müdahalenin yoğunluğu kendini açık bir şekilde gösterir. Denetimin, çoğu zaman, dış ve iç ayrımını esas alarak gerçekleştirildiği söylenemez. Bu alandaki sorunlardan biri, mahkemenin iç ve dış ayrımı yapmaksızın, “doğru/tercih edilebilir” karar verilip verilmediğini denetlemesidir.

A. Dış Yasallık

İşlemin dış yasallığı, yetki, usul ya da biçim unsurlarını kapsamaktadır. Bu unsurlar, işlemin dış kabuğunu oluşturur, bu yüzden çoğunlukla esas (içerik)

katılmış ve CE idarenin olaya ilişkin değerlendirmesine müdahale etmeye başlamıştır. Zamanla -en az yoğunlukta denetlediği işlemler üzerinde kullandığı açık hata ölçütünün yanına başka ölçütler de ekleyerek denetimi genişletmiştir. Bkz. MENDES, “Law and Administrative Discretion in the EU...”, s. 7.

denetiminden önce incelenirler.⁴⁷⁸ İşlemin dış yasallığını oluşturan unsurlar; özellikle yetki, yargıcın yaratıcı yetkilerine (yorum ve hukuk yaratma) açık bir alan değildir, yasayı temel alır ve dar yorumlanır.⁴⁷⁹ Yasanın önceliği, yetki unsurunda daha barizdir. Yetkinin yasaya dayanması idarenin yasallığı ilkesinin bir sonucudur. Buna göre idare, yasaya dayanmayan hukuki bir durum yaratamaz.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Bkz. Dan.5.D., 1988/1918 E, 1989/1425 K, 20.06.1989: “...(M)ahkemelerce **işlemin yetkisiz merci tarafından tesis edildiğinin** saptanması halinde salt bu saptamayla yetinilerek **uyuşmazlığın esasına girilmemesi** ve iptal kararı doğrultusunda yetkili olan makamın değişik seçenekler arasından birini tercih ederek işlem tesis etmesine olanak tanınması gerekmektedir. ...Olayda, dava konusu işlemin **yetki ve şekil** bakımından mevzuata aykırı olduğunu saptayan Mahkemenin bu noktadan bahisle işlemi iptal etmesi doğru ise de, kararda ayrıca uyuşmazlığın esasına ilişkin değerlendirmelere yer verilmesinde ve davacının görevi ile ilişkisinin kesilmesi için yeterli sebep mevcuttur. ...” Danıştay, idare mahkemesince dava konusu işlemin sebebinin ortaya çıkarılması ve buna göre yargısal denetim yapılması bakımından oluşan Mülakat Kurulu tarafından yapılan değerlendirmenin usulüne göre yapılp yapılmadığının tespitinden sonra dava konusu uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi gerekirken, mülakat sınavına ilişkin soru ve cevapların somut bilgilere dayanmaması nedeniyle yargısal denetimin yapılması olanağının bulunmamasından bahisle davanın reddedilmesinde hukuki isabet görülmediğine hükmederek mülakatta uyulması gereken usul ve şekil kurallarına uyulup uyulmadığının denetlenmesi gerektiğini ve bunun *asli bir şekil noksanlığı* olduğunu belirtmiştir. Dan.12.D., 1997/857 E, 1997/4259 K, **DD**, S. 96, s. 668. Aynı yönde bkz. Dan.5.D., 1997/857 E, 1997/4259 K, 24.12.1997, **DBB**.

⁴⁷⁹ “**Yetki kurallarının**, dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin hükümlerden olduğu, idari işlemlerin en önemli unsurları arasında yer aldığı, yetki unsurundaki sakatlıkların sonradan verilecek onay ya da izinle giderilemeyeceği, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu ve yetki kurallarının **dar yorum ve uygulama yöntemlerine bağlı tutulması** gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu, yer ve zaman itibariyle, Anayasa ve yasalarla, belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür.” Dan.1.D., 1984/72 E, 1984/155 K, 05.07.1984, **DD**, S. 58-59, 1985, s. 76.

⁴⁸⁰ DİDDK, idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisini ancak yasalarda öngörülen sınırlar içerisinde kullanabileceğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun davaya konu ilgili hükümleri gereğince idareye yönetmelik çıkarma yetkisini tahdidi olarak belirtilen konularda verdiğini belirterek ve bu konuların dışına çıkmak suretiyle “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” ya da “gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme”

Çoğunlukla, organik anlamda yasayı temel alan dış yasallık denetiminde, uyulması gereken normlar bloku daha dardır. İşlemin dış yasallığının unsurlarına ilişkin veriler işlem-belgeler üzerinde mevcuttur. Bu sebeple bu denetimde maddi-olguda hata denetimi de zayıftır. Burada yargıcın araştırma yetkilerini kullanmasına çoğu zaman gerek kalmaz. Bu da, incelemenin “öznel” olma ihtimalini azaltır.

Dış yasallık denetiminin yoğunluğunu belirleyen etkenlerden bir diğeri, yetki ve şekil bakımından verilen iptal kararlarının idarenin aynı nitelikte yeni karar almasını engelle(ye)memesidir. Bu yüzden dış yasallık denetimine yönelik eleştiriler yok denecek kadar azdır. Bunun sebebi, bu unsurlarda idarenin takdir yetkisinin varlığının kabul edilmemesidir.⁴⁸¹ Bu tür iptal kararları üzerine idare, bağlı şartlar içerisinde iptal edilen işlemin içerik (sebeup ve konu) itibariyle aynısını yeniden yapma yetkisine sahiptir. Yetki ve şekle aykırılık idari işlemi nihai planda etkilemeyecektir. Ancak şekil denetiminin yetki denetiminden sonuçları itibariyle ayrıldığı bir nokta vardır. Özellikle *Günday*’ın yaptığı idari işlemin özünü oluşturan iradenin dış dünyaya yansması olan maddi

konularında yönetmelik çıkarılmasını fonksiyon gaspı olarak nitelendirmiştir. DİDDK, 2010/2072 E, 2010/1467 K, 04.11.2010. Başka bir kararında Danıştay, “*Bakanlar Kurulunun görev ve yetkilerinin Anayasa ve kanunlara dayanılarak kullanılması gerektiği, kanunla açıkça yetki verilmeyen bir konuda karar alınamayacağı ve düzenleme yapılamayacağı açıktır.*” demiştir. Dan.8.D., 2005/2927 E, 2006/1138 K, 22.03.2006.

⁴⁸¹ Bkz. ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...”, s. 344. Yetki konusunda idarenin takdir yetkisine sahip olduğunu belirten görüşler için bkz. BALTA, İdare Hukukuna Giriş I, s. 170; Recep BAŞPINAR, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, **DD**, Y. 1, S. 3, 1971, s. 67. İdari işlemin şekil ve usulünün ilgili düzenlemede belirlenmediği durumlarda şekil unsurunda takdir yetkisinin bulunabileceğini düşünen yazarlar vardır. Bkz. BAŞPINAR, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, s. 67-69; ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, s. 425-426; İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGİN/Tayfun AKGÜNER, İdare Hukuku, Der Yay., İstanbul 2008, s. 90; Erman BAYRAKTAR, “Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Yay., Ankara 1976, s. 278; İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, Alfa Yay., İstanbul 2004, s. 456; BALTA, İdare Hukukuna Giriş I, s. 170.

bakımdan ve idari işlemin yapılmasında izlenen usul bakımından şekle aykırılık ayırımına göre, idari işlemin iptali farklı sonuçlara götürebilir (maddi ve usuli şekle aykırılık).⁴⁸² İptal davası sonucunda giderilen usule aykırılıklar, örneğin kişiye savunma hakkı verilmesi, tarafsızlığından şüphe edilen jüri üyesinin değiştirilmesi gibi usuli işlemler, kararın sonuçlarını değiştirecek nitelikte olabilir. Bu durumda işlemde usule aykırılıklar giderildikten sonra yapılan yeni işlemin ilk işlemin aynısı olma ihtimali, *maddi şekle aykırılık* sonucu verilen iptal kararına göre daha düşüktür.

1. Yetki Denetimi

Yetki denetimini dar yasallık çerçevesinde yapmasına, yani hukuk yaratmayorum yetkisini kullanmaktan çekinmesine rağmen Danıştay, idarenin yasallığı ilkesini bazı kararlarda esnetmiştir. *Yetki ve usulde paralellik ilkesi*, bu esnekliği sağlayan yorumlardan biridir. Bu ilke, bir işlem için öngörülen yetki ve usulün o işlemin tersi için de, ayrıca yasada açık bir hüküm olmasına gerek görülmeden, geçerli olacağı anlamına gelir. Dolayısıyla yetki ve usulde paralellik ilkesi, dış yasallık denetiminde hem şekil hem yetki denetiminde kullanılan içtihadi bir ilkedir.⁴⁸³ Ancak Danıştay kararlarında, usulde paralellik ilkesi daha çok yetki denetiminde kullanılmaktadır.⁴⁸⁴

⁴⁸² Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, 10. B., İmaj Yay., Ankara 2015, s. 144.

⁴⁸³ “Örneğin bir kimsenin belli bir makama atanması için müşterek kararname öngörülmüş ise, o kimsenin o makamdan alınması veya başka bir makama naklen atanması kararının da müşterek kararname ile yapılması gerekir. İkinci işlemin müşterek kararname biçiminde değil de, ilgili bakanın alacağı bir idari karar ile yapılması halinde, bu ikinci işlem yetki yönünden hukuka aykırı olacağı gibi, şekil yönünden de hukuka aykırı olacaktır.” GÜNDAY, İdare Hukuku, 10. B., s. 149.

⁴⁸⁴ Danıştay, atanması Milli Eğitim Bakanlığınca yapılan davacının görevine son verilmesi yönündeki işlemin aynı makamca tesis edilmesi gerekli iken, valilikçe tesis edilmesini usulde paralellik ilkesine aykırılık sebebiyle iptal etmiştir. Bkz. Dan.5.D., 1985/21 E, 1985/1229 K, DD, S. 60-61, s. 230. Aynı doğrultuda bkz. Dan.5.D., 1996/795 E, 1996/3565 K, 21.11.1996; Dan.8.D., 2013/5211 E, 2013/8692 K, 26.11.2013; Dan.5.D., 1985/1985 E, 1985/1229 K,

Mahkeme, S.S.K. yönetim kurulunda görev yapan bir üyenin görevden uzaklaştırılmasına ilişkin kararın denetiminde, davayla ilgili mevzuatta yer alan “herhangi bir nedenle yönetim kurulu üyeliğine son verilmesi” ibaresinin, “yönetim kurulu üyeliğinden alınmayı” da kapsadığı, ilgili düzenlemede, yönetim kurulu üyeleriyle ilgili olarak görevden uzaklaştırma kurumuna yer verilmediğini ancak *kamu hizmetinin gerekli kıldığı hallerde* bir yönetim kurulu üyesi hakkında tesis edilebilecek görevden uzaklaştırma işleminin; o üyenin görevden alınması işleminde de uygulandığı üzere “usulde paralellik ilkesi” uyarınca, ancak adı geçeni bu göreve getiren kurum tarafından gerçekleştirilebileceğini kabul etmiştir.⁴⁸⁵ Usulde paralellik ilkesi, şekil ve yetki unsurlarının farklı bileşimleriyle de ortaya çıkabilmektedir. Usul aşamalarından biri atlanarak yapılan işlem, işlemi yapma yetkisine sahip kişi tarafından yapılsa da, işlem hukuka aykırı kabul edilir. Danıştay, davacının görev yerinin atama usulü takip edilerek “belediye reisinin inhası ve İmar ve İskân Bakanı’nın onayı ile değiştirilmesi gerekirken doğrudan doğruya belediye reisine değiştirildiği” dava konusu işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık görmemiştir.⁴⁸⁶

Danıştay’ın yetki denetiminde her durumda (organik anlamda) yasaya başvurmadağı, kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütüyle de yetki denetimi yapmaktadır. Bu durum, idare lehine yerindelik denetimi olarak da görülebilir.⁴⁸⁷ Danıştay’ın kamu

09.05.1985, **DD**, S. 60-61, s. 230.

⁴⁸⁵ Dan.5.D., 1994/3722 E, 1996/3278 K, 31.10.1996, **DD**, S. 92, s. 275.

⁴⁸⁶ Dan.3.D., 1982/825 E, 1982/1358 K, 11.05.1982, Kazancı. Diğer bir örnek, BUSKİ Genel Müdürü olan davacı hakkında ilgili yasal düzenlemeye usulde paralellik ilkesi gereğince Bursa Büyükşehir Belediye Başkanı’nın teklifi üzerine İçişleri Bakanınca işlem tesis edilmesi gerektiği, mevzuatımızda kadro ve görev unvanı değiştirilmeden sadece yetkinin kaldırılmasına imkân tanıyan bir hüküm bulunmadığı halde, Büyükşehir Belediye Başkan Vekili tarafından davacının söz konusu yetkisinin kaldırılmasında konu ve yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığına dair verdiği karardır. Dan.5.D., 2003/4221 E, 2006/2257 K, **DD**, S. 113, s. 18.

⁴⁸⁷ Bkz. KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 141.

hizmetleri ve hizmet gerekleri ölçütünden yetki türettiği kararları⁴⁸⁸ çoğunlukla, yasaya dayanmasa da yetkinin kullanılmasında görülen bir “fayda”ya dayanır. Örneğin sahipli arazilerdeki ceviz ve kestane ağaçlarının kesiminde uygulanacak usul ve esaslara ilişkin genelgenin iptali istemiyle açılan davada, meyve ağaçlarının gelişi güzel kesilmesini önleyen yasa yürürlükte olmamasına (yasal dayanağı ortadan kalkmasına) rağmen Danıştay, “çok uzun sürede yetişip büyüyen ve ekonomik değeri fazla olan” ağaçların kesilmemesinde kamu yararına aykırılık bulmamıştır.⁴⁸⁹

Yine kamu hizmetine girme hakkını sınırlayan kural koyucu işlem, kamu hizmeti yararına uygun olduğu düşünüldüğü için hukuka uygun bulunmuştur.⁴⁹⁰ Davada kamu yararı, idarenin düzenleme yetkisinin dayanağı olarak işlev görmüştür: “Kamu yararının gerektirdiği hallerde, idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğu hukukun genel ilkelerindendir. Bu nedenle idarenin toplum ve hizmet yararına bir alanı düzenlemesi için, mutlak surette, idareye bu hususta yetki tanıyan bir metnin varlığı zorunlu değildir.gerek Kanunun 1 inci gerek maddeleri ile de idareye bu konuda gerekli tedbirleri alma yetkisi tanınmış bulunmaktadır. Bu hukuki duruma göre idarenin belediye hudutları dışında mesken inşaatları için sağlık ve güvenlik yönünden genel nitelikte ilkeler koymasında ve bu ilkeleri bu alanda yetkili bir organ olarak Umumi Hıfzıssıhha Meclisinden karar alarak uygulamasında hukuk esaslarına ve mevzuata

⁴⁸⁸ Bkz. KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 140 vd.

⁴⁸⁹ Dan.8.D., 1990/603 E, 1991/1032 K, 30.05.1991. Aynı yöndeki başka bir kararda, yasada memuriyete girişte aranacak yaş koşulu sadece genel olarak alt sınır şeklinde belirlenmiş olup, idarelerin yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetin özelliklerini ve niteliğini dikkate alarak yaş konusunda üst sınır belirlemeleri mümkün olduğundan ve yasada bu konuda aksine bir hüküm de bulunmadığından, olayda dava konusu yönetmelik hükmü ile itfaiye hizmetinin önemi göz önünde bulundurulmak suretiyle itfaiye eri olarak atanacaklar için yaş sınırı getirilerek 27 yaşından gün almamış olma şartının öngörülmesinde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık görülmemiştir. Bkz. Dan.11.D., 2005/5972 E, 2007/2493 K, 18.05.2007, **DD**, 117, 2008, s. 342.

⁴⁹⁰ Dan.5.D., 1997/1129 E, 1998/1411 K, 13.05.1998, Kazancı.

aykırı bir yön bulunmamaktadır.”⁴⁹¹

Danıştay, zaman zaman başka idare hukuku ilkeleriyle de idareye “yetki” sağlamıştır. Örneğin kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesini, yetki bakımından sakat olan işlemin geçerli olması için bir gerekçe olarak kullanmıştır: “(B)ölüm doktora komitesinin, bölüm başkanının istifası üzerine, bölüm başkanının yokluğuna karşın genel düzenlemede saptanan görevleri yürütmüş olması kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine ve kamu hizmetleri gereklerine aykırı bir nitelik taşımadığından, davacının komitenin bölüm başkanı olmamasına karşın yeterlilik sınavıyla ilgili kararlar almasından hukuka aykırı olacağı ve bu karara dayanılarak yapılan sınavların da geçersiz olacağı yolundaki savı yerinde değildir.”⁴⁹²

Danıştay, bazen de amaç unsurundan yola çıkarak yetkiyi denetlemiştir. Bir kararında bir kamu hizmetinin yürütülmesi için bu amacı gerçekleştirecek düzeyde ödenti alınmasının doğal olduğu sonucuna varırken bu ödentinin mali bir yükümlülük oluşturmadığını, dolayısıyla yasayla konulması gerekliliğinden muaf olduğunu belirtmiştir.⁴⁹³

⁴⁹¹ DDDK, 1968/709 E, 1972/364 K, 28.04.1972, DD, 8, 1973, s. 111.

⁴⁹² Dan.8.D., 1977/2748 E, 1978/4427 K, 04.05.1978, DD, 32-33, 1979, s. 661.

⁴⁹³ Dan.8.D., 1991/152 E, 1992/265 K, 18.02.1992, aynı yönde bkz. Dan.8.D., 1994/7528 E, 1996/1096 K, 11.04.1996: “Davacı tarafından, dava konusu ihale işleminin, Anayasanın 169/2 maddesine aykırı olduğu iddia edilmekteyse de, söz konusu ihale işlemi giriş ücretlerinin tahsilini, otopark hizmetinin yürütülmesini, büfe ve kır gazinosu hizmetlerini, plaj kullanımı ve buna bağlı hizmetleri, tuvalet, lavabo, piknik, masa ve ocaklarının, çocuk oyun alanları ve spor tesislerinin, saha temizliği hizmetlerini, tesislerin bakım ve onarımını ve korunmasını kapsadığından, bu işlemler Anayasanın 169/2. maddesinde belirtilen işletme kapsamında değerlendirilemez. Milli parklar ve orman içi piknik alanlarında daha iyi hizmet verilebilmesi amacıyla bu hizmetlerin Devlet adına özel kişilere gördürülmesinde kamu yararına aykırılıktan söz edilmeyeceği açıktır.”

Yetki ve şekil (dış yasallık) denetiminin her ne kadar sorun yaratmayacak kadar belirgin ve teknik bir nitelik taşıdığı düşünülse de,⁴⁹⁴ yukarıdaki kararlardan bu denetimin, daha “az yoğun” bir denetim olmadığı (dar yasallık denetimi olmadığı) görülmekle birlikte, bazı yönlerden idari yargıcın (yorumuna) müdahalesine açık olduğu görülebilir. Bu açıklık, yargıcın neyin idare için “iyi” olduğuna karar verebileceğinin kabulünden ve bazen de yasanın dilinden (örneğin belli şekil kurallarının yasada öngörülmemesinden) kaynaklanabilir.

2. Şekil Denetimi

Şekil, idari işlemin yasada öngörülen biçim ve usullerle yapılmasını gerektiren bir denetim unsurudur. Bu yüzden şekil denetimine usul denetimi de dahildir.⁴⁹⁵ Ancak işlemin dış yasallığına dahil edilen şekil; “işlemin (yetki), konu ve ona bağlı olarak amaç unsurunu sakatlamaya kadar varabilecek komplikasyonları davet etme gücüne sahiptir”.⁴⁹⁶ Örneğin, gerekçe ilkesi, savunma hakkı, idarenin araştırma yapma

⁴⁹⁴ OYTAN, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleriyle Sınırlandırılması”, s. 149.

⁴⁹⁵ İYUK md. 2’de şekilden bahsedilmiş, ancak usulden bahsedilmemiştir. *Onar*, idari işlemin şekil unsurunu, “*tasarrufun oluşu ve tamamlanması, iradenin hazırlanması, izhârî ve tespiti için takip edilecek usul, merasim ve vesikalar*” şeklinde tanımlamıştır. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, s. 308. Özyörük’e göre özel hukukta şekil unsurunun işlemin hukuk alemine yansıyan dış görünüşü ve maddi biçim olarak kabul edilen dar kapsamına idare hukukunda “usul-procedure” anlamının da yüklenilmesi gerekir. Çünkü şekil; idari işlemin maddî biçimini ve alınmasındaki usulü ayrı ayrı ifade eden geniş bir kavramdır. Mukbil ÖZYÖRÜK, İdare Hukuku Ders Notları (Teksir), Ankara 1977, s. 40. Aynı yönde bkz. SARICA, İdari Kaza, s. 86; GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, C. II, s. 437. Şekil ve usulü ayrı unsurlar olarak gören görüş için bkz. GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 743. Danıştay kararlarında aksine bir görüşe rastlanmamakla birlikte, çok eski tarihli bir kararın azlık oyunda “idari işlemlerin unsurları arasında usul diye bir şey yoktur” ifadelerine yer verilmiş olup, bu görüş genel bir geçerlilik kazanmamıştır. Bkz. Dan.12.D., 1970/5388 E, 1971/1152 K, **DD**, S. 5, s. 331.

⁴⁹⁶ ÖZAY, Günışığında Yönetim, 2004, s. 491.

yükümlülüğü gibi usul ilkeleri işlemin esasını etkileyen usul kurallarıdır. İdareye idari usul yasalarıyla yüklenen bu sorumluluklar, yargının daha iyi bir denetim gerçekleştirme amacının bir parçası olarak kabul edilmektedir. Türk idare hukukunda idari usul yasası olmadığı için bu işlevi yargı içtihatları, hukukun genel ilkeleri, Anayasa, uluslararası hukuk metinleri ve bazen de içinde usul kuralları barındıran özel yasalar yerine getirmektedir.⁴⁹⁷ Bu anlamda yasallık bloku, yetki denetimine göre daha geniştir. Ayrıca, yetki denetiminde olduğu gibi belge üstünde gerçekleşen bu denetim, araştırma yoğun bir denetim olmasa da, mahkemenin idari işlem için yeni bir usul öngörmesi-idari işlemin yapılış aşaması için önerdiği usullerle yapılması gerektiği yönündeki kararlar, şekil denetiminin düşük yoğunlukta yapılmadığını gösterir.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından alınan tavsiye kararlarının kullanıldığı karar için bkz. DİDDGK, 1995/769 E, 1997/525 K, 17.10.1997; Dan.10.D., 2000/936 E, 2002/4487 K, 20.11.2002, Kazancı. Dan.5.D., 1988/2845 E, 1988/2749 K, DD, S. 74-75, s. 285: “İdârî işlemlerde şekil, işlemin hukuken geçerlik kazanmasının önemli öğelerinden birini oluşturmaktadır. O kadar ki, bir işlemin tesisinde, yasanın, **düzenleyici tasarrufların** veya **yerleşmiş içtihatların** öngördüğü koşullara uyulmamış olması o işlemi hükümsüz kılabilir veya işlemin iptaline neden olabilir. ... Bir idârî işlemin tesisinde **hangi şekle uyulacağına Anayasa, Yasa, Tüzük veya Yönetmelikçe belirlenmiş olması durumunda**, işlemin bu şekle uygun olarak tesis edilmesi idare yönünden zorunluluk taşır.” Danıştay ilgiliye verilen uzmanlık belgesinde, karşı oy sahibi jüri üyelerinin açıklamalarının yer almasını, bu yolda **açık yasal kural veya idari gelenek bulunmaması** nedeniyle hukuka aykırı bulmuştur. Dan.12.D., 1969/1567 E, 1969/542 K, 24.03.1969, AİD, C. 2, S. 4, Aralık 1969, s. 237-238.

⁴⁹⁸ Danıştay’ın sözlü sınavların sesli ve görüntülü kayıt altına alınması gerektiği yönündeki kararları bu duruma örnek gösterilebilir. “Bu durumda, tüm unsurları itibarıyla 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 imkânlardan yararlanılarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınmaması nedeniyle davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Dan.2.D., 2009/183 E, 2009/3413 K, 07.10.2009, Kazancı, Benzer yönde Dan.5.D., 2007/1771 E, 2008/3008 K, 21.05.2008, DBB.

Şekil denetiminin yoğunluğunu belirlerken ikili bir ayırım yapılabilir. Şekil ve usul yönünden eksiklik içeren bir idari işlem her davada aynı (iptal) sonucu doğurmaz. Asli ve tali (ana kural-ikincil kural)⁴⁹⁹ şekil eksikliklerine dayanan ayırım, işlemin sonucu üzerindeki etkiye göre belirlenir. Örneğin davacının doçentlik sınavının kolokyum aşamasında jüri üyelerinin cübbelerini giymemeleri sınavın sonucunu etkileyecek nitelikte görülmediğinden sınavın geçersiz sayılmasına yönünde karar verilmemiştir.⁵⁰⁰ Ancak şekil ve usul paralelliğine aykırı olarak işlem tesis edilmesi,⁵⁰¹ değerlendirme kurullarının tarafsız bir şekilde oluşturulmaması,⁵⁰² toplantı ve karar yeter sayısına uyulmadan alınan kararlar,⁵⁰³ mevzuatta öngörülen şekil-usule uygun yapılmayan

⁴⁹⁹ Bkz. GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 216.

⁵⁰⁰ Dan.8.D., 1984/74 E, 1984/1345 K, 05.11.1984, Kazancı.

⁵⁰¹ 2017 Anayasa değişikliklerinden önce verilen bir kararda Danıştay, YÖK Genel Kurulu’nun bir rektörün görevden alınmasına karar verebileceği, ancak bu kararın rektörlerin Anayasa’nın 130. ve 2547 sayılı YÖK Yasası’nın 13. maddesi uyarınca kademeli seçimlerden sonra Cumhurbaşkanınca seçilerek atandığı göz önüne alındığında, idare hukukunun *usulde paralellik ilkesi* gereği Cumhurbaşkanı’na sunulması ve rektörün görevden alınmasının Cumhurbaşkanınca, (kararname düzenleme suretiyle) yapılabileceği sonucuna vararak bu usule uyulmaksızın tesis edilen dava konusu işlemin bu nedenle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. Dan.8.D., 1996/5256 E, 1997/2729 K, **DD**, S. 95, s. 523.

⁵⁰² Danıştay’a göre doçentlik sınav jürisinin üç üyesinden ikisinin aynı fakültenin öğretim üyesi ve evli olmaları usul açısından hukuka aykırıdır. Bkz. Dan.8.D., 1991/2026 E, 1992/122 K, kararı aktaran Turgut TAN, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, AÜSBFD, Prof. Dr. Oral Sander’e Armağan, C. 51, S. 1, 1996, s. 416. Danıştay, Doçentlik Bilim Sınavı’nın sözlü sınav aşamasında, davacıyla çekişmesi bulunan bir öğretim üyesinin katılımıyla jüri oluşturulmasını ve bu jüri tarafından sınavın yapılmasını aslî şekil eksikliği olarak görmüştür ve sözlü sınav işleminin iptaline karar vermiştir. Dan.8.D. 1999/526 E, 2000/8502 K, **DD**, S. 105, s. 462.

⁵⁰³ Dan.6.D., 1972/3927 E, 1973/1596 K, **DD**, S. 12-13, s. 191. Kaymakamlık kursu sonunda yapılan sözlü sınav hakkında açılan davada, değerlendirme kurulunun üyelerinin “fahiş nispetsizlik” gösteren puanlamaları yanında, sınav kurulunda bir üyenin bulunmaması nedeniyle (puanlar arasındaki fark nedeniyle, o üyenin varlığının puanlamayı değiştirme olasılığı düşünülerek) sınav sonucu iptal edilmiştir. Dan.5.D., 1986/564 E, 1986/1372 K,

işlemler,⁵⁰⁴ toplantı yapılmadan elden imza toplanarak alınan kurul kararları,⁵⁰⁵ mülakatlarda şekil kurallarına uyulmaması⁵⁰⁶ işlemin sonucuna etki edecek nitelikte asli eksiklikler olarak kabul edilmektedir.

Ancak asli-tali şekil eksikliği ayırımının nesnel ölçütlere dayandığı söylenemez.⁵⁰⁷ Bu yüzden bu ayrımı, denetim kaynaklarına yani yasa ve diğer hukuk kaynaklarına dayanarak açıklamak yerinde olabilir. Eğer bir yasada bir işlemin şekli için açık bir kural oluşturulmuşsa, burada *dar yasallık* denetimi söz konusu olur ve yasada öngörülen şekle/biçime uymayan işlem hukuka aykırı kabul edilir.⁵⁰⁸ Danıştay, idari usul kuralı

09.12.1986, DBB.

⁵⁰⁴ Rekabet Kurulu'nun çalışmalarına ilişkin olarak ilgili mevzuat uyarınca toplantı gündemlerinin kurul üyelerine yazılı olarak bildirilmesi gerektiği, Kurul üyelerinin tamamının toplantılara katılmalarının asıl olduğu, ancak yasal mazeretlilerin toplantılara katılmayabilecekleri, görevlendirilmelerinin ise toplantı ve karar sayısı bakımından sakınca yaratmayacak şekilde yapılabileceği, ilk toplantıda karar için gerekli olan oyun sağlanamaması halinde başkanın ikinci toplantıya tüm üyelerin iştirakini sağlamak zorunda olduğu, bunun mümkün olmaması halinde ancak mevcutla karar alınabileceği ve katılmayanların yasal mazeretlerinin kararda yer alması gerektiği, dava konusu kararın tüm üyelerinin iştirakiyle yani onbir üyeyle toplanması gereken Kurulun iki üye eksiğiyle toplanarak yine dokuz üyenin katılımıyla alındığı, bu durumda, nihai karar olan ön araştırma sonucu soruşturma açılmamasına ilişkin dava konusu kararın, usulüne uygun olarak teşekkül etmeyen ve toplantı yeter sayısı bulunmayan kurul tarafından alındığı ve toplantıya katılmayanların yasal mazeretlerinin kararda yer almadığı gerekçesiyle yasayla zorunlu görülen şekil kuralına uyulmadan tesis edildiği açık olan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında bkz. Dan.13.D., 2005/1759 E, 2006/4714 K, **DD**, S. 115, s. 443. Ayrıca bkz. DİDDK, 2006/69 E, 2009/1089 K, 16.04.2009, **DD**, Y. 39, S. 122, 2009; Dan.2.D., 2004/831 E, 2006/1021 K, 29.03.2006, **DD**, S. 113, s. 136; DİDDGK, 1997/536 E, 1999/457 K, **DD**, s. 102, s. 91; Dan.2.D., 2011/5841 E, 2012/2900 K, 22.05.2012.

⁵⁰⁵ Dan.5.D., 1968/1633 E, 1970/697 K, **DD**, S. 1, s. 205-206.

⁵⁰⁶ Dan.12.D., 1997/857 E, 1997/4259 K, **DD**, S. 96, s. 668.

⁵⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 216.

⁵⁰⁸ Danıştay bir kararında da, akademik kadrolara atama yapmak konusunda üniversitelerin veya ileri teknoloji enstitülerinin 2547 sayılı Yasa ve ilgili yönetmelikle getirilen kurallara bağlı bulunduğu, uyuşmazlıkta ise jüri oluşumunun usule uygun olmadığı, doçent kadrosuna başvurusu kabul edilen davacıyla diğer adayın durumlarını incelemek üzere biri ilgili birim

olarak ayrıca ve açıkça düzenlenen kurallara uyulmaksızın yapılan idari işlemleri tereddütsüz, şekil bakımından iptal etmektedir.⁵⁰⁹ Örneğin idarenin araştırma yapma yükümlülüğünün yasada özel olarak belirtildiği durumlarda, idarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi diğer davalarda olduğu gibi esasa ilişkin (neden unsuruna) denetimin bir parçası olarak işlev görmez.⁵¹⁰ Danıştay, lisans sahibi davacı şirket hakkındaki

olan Biyokimya Ana Bilim Dalı Yöneticisi, diğer Abant İzzet Baysal Üniversitesi'nin dışından olmak üzere, biyokimya bilim alanı ile ilgili olan üç profesör veya doçenti tespit etmesi ve bilahare bir aday için yazılı görüşlerini alarak Yönetim Kurulu'nun tercihini kendi kanaat ve önerileri ile birlikte rektöre sunulması gerekirken, Psikiyatri Ana Bilim Dalı Başkanı olan Düzce Tıp Fakültesi Dekanının Biyokimya Ana Bilim Dalı ile ilgisinin bulunmamasına karşılık sözü edilen yasal düzenlemeye aykırı olarak jüri oluşumunda yer aldığı gerekçesiyle ilan edilen yardımcı doçentlik kadrosuna ilişkin aday dosyasını değerlendirmek üzere davalı idarece usulüne uygun jüri oluşturulduğundan söz edilemeyeceğinden, dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir. Dan.8.D., 2006/11 E, 2007/1659 K, 20.03.2007. Ayrıca bkz. Dan.5.D., 1998/4336 E, 1999/1130 K, 22.04.1999, **DD**, S. 102, s. 316.

⁵⁰⁹ Dan.10.D., 2001/2814 E, 2002/3262 K, 25.09.2002: “...*Rekabet Kurulu'nca ...sektöründe bulunduğu ileri sürülen rekabet ihlalinin ortaya çıkarılabilmesi; 4054 sayılı Yasada öngörülen idari usul kurallarının uygulanarak soruşturma sonunda verilecek nihai kararlar mümkün bulunmaktadır.*” Danıştay, 4054 sayılı (RKK) Kanuna göre hakkında soruşturma açılan şirkete, soruşturma belgelerinin gönderilmesinin zorunlu olduğunu, ilk yazılı savunma alındıktan sonra ancak yaptırım uygulanabileceğini karara bağlamıştır. Ayrıca bkz. Dan.13.D., 2006/891 E, 2007/2812 K, 07.05.2007; Dan.13.D., 2006/891 E, 2007/2812 K, 07.05.2007, Kazancı.

⁵¹⁰ İdarenin yeterli araştırma yapmadan tesis ettiği işlemler, *neden unsuru* yönünden hukuka aykırı olur. “*Bu kamu yararı ve hizmet gereklerine uygunluğun belirlenmesinde idarenin araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. İdare bu yolla işlemin kamu yararına uygunluğunu belirleyebilir.*” Dan.10.D., 1985/1885 E, 1986/2093 K, 18.11.1986, **DD**, Y.17-1987, S. 60-67, s. 425. Benzer yönde bkz. Dan.5.D., 1987/219 E, 1987/461 K, 24.03.1987; Dan.2.D., 2016/5223 E, 2017/5048 K, 14.06.2017; Dan.13.D., 2006/3438 E, 2007/7711 K, 26.11.2007, Kazancı. Danıştay, Köy Kanunu'na göre, iki köy arasındaki sınırın yeniden çizilmesi ve beliren uyuşmazlığın çözülmesinde İdare Kurulunca seçilen inceleme heyetlerinin yerinde inceleme yapması gerekirken bunun yapılmamasını ve evrak üzerinde inceleme yapılmak suretiyle karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Dan.6.D., 1947/2258 E, 1949/1089 K, 15.06.1949, **DKD**, S. 43-44, s. 161 vd. bkz. A. Ülkü AZRAK,

iddialarla ilgili olarak Petrol Piyasası Kanunu'nun 20. maddesine göre ön araştırma ve soruşturma yapılmadan, söz konusu araştırmalar sonucunda edinilecek bilgi ve belgeler değerlendirilmeden davacı şirketin savunması yeterli görülerek verilen idari para cezasını ve bayilik lisansının iptalini hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir.⁵¹¹

Yasada açıkça öngörülme-yen idari usul ilkeleriyle yapılan denetimin yoğunluğuna (asli-tali ayırımı-na) ilişkin net bir belirleme yapmak güçtür. Gerekçe gibi son derece açık bir usul ilkesi konusunda bile Danıştay'ın kararlarında tutarlılık yoktur. Örneğin gerekçenin sunulmasının yönetmelik hükümleri gereği olduğu durumlarda idari işlemlerde gerekçeye yer verilmemesi, *tali şekil eksikliği* olarak görülmüştür.⁵¹² Diğer yandan Danıştay, idari usule ilişkin uluslararası bir belgeyi gerekçe ilkesine dayanak olarak kullanmış ve gerekçenin olmamasını asli bir eksiklik olarak kabul etmiştir.⁵¹³ Yine yargı içtihatları ile bir usul ilkesi olarak kabul edilen *tarafsızlık ilkesi*,⁵¹⁴ yargı kararlarında her zaman yeksenak bir şekilde uygulanmamıştır. Danıştay bir kararında; hakkındaki suç isnadı dolayısıyla cezai soruşturma yapılacak olan kamu görevlisinin

“İdarî Usul ve Yasalaştırılması”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi II. Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990-Ankara, Danıştay Yay., 1990, s. 826, 827.

⁵¹¹ Dan.13.D., 2006/3438 E, 2007/7711 K, 26.11.2007.

⁵¹² DİDDGK, 1995/769 E, 1997/525 K, 17.10.1997, **DD**, Y. 28, S. 95, 1998, s. 84-87: “(B)urada öngörülen **şekil kuralı işlemin varoluş şartına ilişkin olmayıp** sonucu etkilemeyen, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğu-ndan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyecek ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyecektir. Bu durumda dava konusu işlemin dayandığı sebep, davalı idarece anılan Yönetmeliğin 22 nci maddesi olarak belirtildiğinden dava konusu işlemin, sebep unsuru yönünden hukuka uygunluk denetimi yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken işlemin, **gerekçeye yer verilmemiş** olmasından bahisle iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

⁵¹³ Söz konusu belge, Bireyin Korunması Hakkındaki Avrupa Bakanlar Komitesi'nin 77 sayılı kararıdır. Bkz. Dan.10.D., 1993/1403 E, 1994/5633 K, 10.11.1994, (Sarı Basın Kartı Kararı), Kazancı.

⁵¹⁴ Tarafsızlık ilkesi, Avrupa İyi Yönetim Yasası 5. maddede ve R(80)2 sayılı Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı'nda ayrımcılık yapmama, tarafsız olma, eşitlik ilkesi olarak ifade edilmektedir.

kendisi hakkında soruşturma emri vermesinin tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmiş ve bu makamlarda bulunanlara suç isnat edilmesi durumunda bunların kendileri hakkında bizzat soruşturma yapması veya kendileri hakkında soruşturmayı yapacak görevliyi seçmesinin hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmayacağını ifade etmiştir.⁵¹⁵ Bu kararda hukukun genel ilkesi olarak ifade edilen idarenin yansızlığı ilkesi, “hiç kimse kendi davasının yargıcı olmaz” şeklindeki “doğal hukuk ilkesine” dayanmaktadır.⁵¹⁶ Ancak bir başka kararda Danıştay, disiplin cezası veren kişinin aynı zamanda soruşturmayı yürüten kişi olması durumunda verilen cezanın hukuka uygunluğunu denetlerken “...(y)argıç yansızlığı yasalarla özel olarak düzenlenmiştir. Diğer kamu görevlileri için böyle bir düzenleme söz konusu değildir. O halde yargıçlar ve yargıçlara benzer durumda bulunanların dışında **kalan kamu görevlilerinin yaptıkları işlemlerin kişisel olarak yansız olup olmadığına göre değil yaptıkları işlemlerin yasa, tüzük, yönetmelik ve hukuk kurallarına uygun olup, olmadıkları yönünden denetleme(nin)**”⁵¹⁷ tarafsızlığı sağladığını ifade etmiştir. Bu kararda Mahkeme, kişinin kendisi hakkında karar verecek olmasını, hukuk kurallarıyla bağlı olduğu gerekçesiyle tarafsızlığa aykırı bulmamıştır.

⁵¹⁵ Dan.2.D., 1994/914 E, 1994/1888 K, 11.11.1994, **DD**, Y. 26, S. 90, s. 204, Danıştay, disiplin soruşturmasını yürüten kurul üyesinin, karar toplantısına katılarak oy kullanmasını, kararın sonucuna etki eden bir hukuka aykırılık olarak görmüştür. Bkz. DİDDGK, 1992/316 E, 1992/164 K, **DD**, S. 87, s. 102 vd. Sınav jürisinde adayın daha önceden çekişmeli olduğu bir öğretim üyesinin yer alması Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunmuştur. Bkz. Dan.8.D., 1999/526 E, 2000/8502 K, 21.12.2000. “Daha önce eserlerin incelenmesi aşamasında olumsuz görüş bildirerek takdir hatasına düştüğü belirlenen jürinin, doçentlik sınavı sözlü aşamasında da bilim jürisi olarak görevlendirilmesinin yapılacak değerlendirmenin objektifliği konusunda kuşku uyandıracağı...”na dair karar için bkz. Dan.8.D., 1992/2742 E, 1993/2518 K, 28.06.1993, Kazancı.

⁵¹⁶ Hasan DURSUN, “İdari Usul ve Şekil İlkeleri ile Genel İdari Usul Kanunu Öntasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım”, Türk İdare Dergisi, Y. 79, S. 426, Eylül 2007, s. 221.

⁵¹⁷ Dan.8.D., 1991/1310 E, 1992/215 K, 10.02.1992, DBB.

Anayasal usul kuralları bakımından da durum farklı değildir. Anayasa md. 40'ta düzenlenen ve birçok idari usul yasası açısından yerleşik⁵¹⁸ bir usul kuralı olan başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğü, asli şekil (usul) unsuru olarak değerlendirilmemektedir.⁵¹⁹ Genellikle, başvuru yollarının gösterilmemesi, dava açma süresi bakımından hukuki sonuç doğurmaktır.⁵²⁰ Bu yüzden anayasal usul kuralları, Anayasa md. 40'ta olduğu gibi, her durumda idari işlemi sakatlamasa da birey lehine esnek yorumlanmaktadır.

Hem Anayasa'da hem de çeşitli yasalarda yer alarak ilke düzeyinden kural düzeyine çıkarılmış diğer usul ilkeleri, genellikle işlemin asli unsurunu oluştururlar. Örneğin savunma hakkı, anayasal usul ilkelerinden biri (AY md. 129) olarak kabul edildiği için ilgili yasada öngörülme bile idari yaptırım kararları için asli şekil unsuru olarak kabul edilmektedir.⁵²¹ Savunma, Anayasa'da tanınmış usuli hak olmasına rağmen

⁵¹⁸ Bkz. AKYILMAZ, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 213-21; İsviçre Federal İdari Usul Kanunu'nda yer alan düzenleme için bkz. KIRATLI, "İsviçre'de İdari Usul Kodifikasyonu", s. 55.

⁵¹⁹ Danıştay kararlarında bu ilkenin hak arama özgürlüğü bağlamı vurgulanır. Bkz. Dan.9.D., 2016/15550 E, 2016/5897 K, 09.06.2016, Kazancı. GÜNDAY, Anayasa md. 40'taki düzenlemenin idari işlemler için bir şekil kuralı getirdiğini kabul etmenin olanaksız olduğunu ifade etmektedir. Bkz. GÜNDAY, İdare Hukuku, 10. B., s. 144.

⁵²⁰ Danıştay, Anayasa md. 40'la getirilen yükümlüğün ihlaline ilişkin farklı sonuçlar ve çözümler öngörmektedir. Bkz. Dan.4.D., 2005/2134 E, 2006/2156 K, 13.11.2006, **DD**, Y. 37, S. 115, 2007, s. 177-180; DİDDK, 2005/1558 E, 2008/1803 K, 17.10.2008, **DD**, Y. 39, S. 121, 2009, s. 74-77; Dan.10.D., 2006/2232 E, 2007/6691 K, 31.12.2007, **DD**, Y. 38, S. 118, 2008, s. 335-338; Dan.10.D., 2005/1607 E, 2007/2429 K, 09.05.2007, DBB. Dan.10.D., 2006/7298 E, 2008/7138 K, 27.10.2008, **DD**, Y. 39, S. 120, 2009, s. 318-321. Danıştay, idareye zorunlu başvuru yapılmadan veya başvuru süresini geçirerek açılan davaları ya da başvuru süreleri geçirildikten sonra idareye yapılan başvuruların idarece reddi üzerine açılan davaları reddetmektedir. Bkz. DİBK, 1969/11 E, 1970/30 K, 21.11.1970, DD, S. 3, s. 138-139. Dan.8.D., 1986/732 E, 1988/213 K, **DD**, S. 72-73, s. 447.

⁵²¹ Bkz. Dan.12.D., 2008/7024 E, 2011/1314 K, 23.03.2011; DİDDK, 2007/1846 E, 2011/6 K, 17.02.2011; Dan.12.D., 2008/2174 E, 2009/1703 K, 27.03.2009, Kazancı.

AIHS'in 6. maddesine dayanılarak gerekçelendirilen kararlar da mevcuttur.⁵²²

Yine mevzuatta dolaylı olarak idari işlemin *yazılı olması ilkesi*⁵²³ bütün işlemler açısından asli bir biçim kuralıdır, işlemin esas unsurudur.⁵²⁴ Ayrıca yazıllık hem idare

⁵²² Anayasa md. 129, 657 sayılı Kanun md. 130 ve AIHS md. 6'ın ilgili mevzuat olarak birlikte değerlendirildiği karar için bkz. Dan.12.D., 2014/5088 E, 2018/55 K, 23.01.2018; 2015/837 E, 2019 / 2294 K, 27.03.2019; 2014 / 1804 E, 2018 / 2451 K, 04.06.2018, Hukukturk.

⁵²³ Anayasa'nın 137. maddesine göre, *"Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz."* Anayasa'nın 125. maddesine göre, idari işlemlere karşı açılacak olan davalarda süre yazılı bildirim tarihinden itibaren başlar. Benzer düzenlemeler Anayasa'nın 74/2 ve 40. maddelerinde de yer almaktadır. 3091 sayılı Kanun'un 5/2. maddesinde anılan Kanun kapsamında kalan başvuru dilekçelerinin yazılı olarak reddedileceği hüküm altına alınmıştır. 2577 sayılı Kanunu'nun 10. maddesine göre yaptığı idari başvuruların zımnen reddine ilişkin işlemler ile kolluk hizmetinin gerekli kıldığı bazı durumlarda sözlü olarak tesis edilen idari işlemler, yazıllık ilkesine istisna teşkil etmektedir. Örneğin 06.10.1983 tarih ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 24. maddesinin son fıkrasında; toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin 2911 sayılı Kanun'a aykırı olarak başlaması durumlarında, güvenlik kuvvetleri mensuplarının olayı en seri şekilde mahallin mülki amirine haber vermekle beraber mevcut olanaklarla gerekli önlemleri alacağı ve olaya müdahale eden güvenlik kuvvetleri amirinin topluluğa dağılmaları, aksi hâlde zor kullanılarak dağıtılacağı ihtarında bulunacağını belirtmektedir. Bu topluluğa dağılmaları yönündeki ihtar ve topluluğu zor kullanılarak dağıtma eylemi yazılı yapılmaz. Yazılı olmayan idari işlemler, bazen önceden belirlenmiş işaretlerle de yapılabilir. Yine trafiği düzenleyen polisin el-kol hareketleri, yangın alarminin çalıştırılması yazılı olmayan idari işlemlerdir. Bkz. AKYILMAZ, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 190-191; Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, 2. B., Ekin Yay., Bursa 2009, s. 830-31.

⁵²⁴ *"Özel hukukta şekil serbestliği ve irâde özgürlüğünün asıl olmasına karşılık idârî işlemlerde yazılı şekil esastır. İdarenin işlemlerinde yazılı şekle bağlılık, idârelere daha dikkatli bir incelemeye, görüşüp tartışmaya ve bu suretle hukuka uygun bir karar tesisine götürür. İlgililer yönünden ise, şekle bağlılık idâreye ve işleme güveni sağlar.."* Dan.5.D., 1988/2845 E, 1988/2749 K, DD, S. 74-75, s. 285-286. Danıştay'a göre, usulüne uygun olarak alınmış bir idari işleme dayanmayan sözlü bildirimler idari dava konusu yapılamaz. DİDDK, 1966/564 E, 1970/334 K, 05.05.1970. Bkz. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, İdare

için hem birey için, özellikle adil yargılanma hakkı bakımından, güvence sağlamaktadır. Anayasal usul kuralları, daha çok adil yargılanma hakkının bir gereği olarak yorumlanabilir.

Şekil unsurunda takdir yetkisi olup olmadığı tartışması,⁵²⁵ şekil-usul konusunda idarenin şekil ve usul tercihlerine yargıcın ne ölçüde müdahale edebileceği konusunda yol göstericidir. *Balta*, fakülte sınav yönetmeliğinde sınavın yazılı ya da sözlü yapılmasına dair bir koşulun bulunmadığı durumlarda idarenin bir tercih olanağı olduğu ve şekil unsurunda takdir yetkisi olabileceğini düşünmektedir.⁵²⁶ İdarenin yönetmelikte yapılacak sınavın yöntemi konusunda idareye yetki verdiği için konuya müdahale edilmeyeceği iddiasının savunulduğu bir olayda Danıştay, şekil ve usulde takdir yetkisi olup olmayacağı tartışmasına girmeden yazılı sınava girmeyi “bağış” koşuluna bağlayan işlemi eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle iptal etmiştir.⁵²⁷

Aynı örnek (takdir yetkisi) sınav değerlendirme yöntemleri için de geçerli olabilir. Sınav sonuçlarının değerlendirilmesi yöntemine ilişkin bir davada, yönetmeliğe kural koyulmayıp konu öğretim üyesinin takdirine bırakıldığı için yöntemin seçiminde, “ölçme ve değerlendirme ilkelerine aykırılık” tespit edilmeyerek iptal istemi reddedilmiştir. Bu davada, muhtemelen, davacı sınav sorularının içeriğine değil, sadece sınav yöntemine itirazda bulunmuştur.⁵²⁸ Ancak bu durumda (sözlü ya da yazılı olsa bile) idari yargının esas denetimi yapabilmek için yasada öngörülmeyen usul ve şekil koşulları aradığı dava

Hukuku Genel Esaslar, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 343.

⁵²⁵ *Özay*, yazınlılık dışındaki şekil şartlarını işlemin usulüne ilişkin olarak görmekte ve takdir yetkisinin usule ilişkin olabileceğini belirtmektedir. ÖZAY, *Günlüğünde Yönetim*, 2004, s. 456. İdari işlemin şekil ve usulünün ilgili düzenlemede belirlenmediği durumlarda şekil unsurunda takdir yetkisinin bulunabileceğini düşünen yazarlar için bkz. Bu çalışma içinde bkz. dipnot 481, s. 110.

⁵²⁶ Tahsin B. BALTA, *İdare Hukukuna Giriş I*, TODAİE Yay., No 117, Ankara 1968/1970, s. 170.

⁵²⁷ Dan.8.D., 1995/4420 E, 1997/1490 K, 05.05.1997, DBB.

⁵²⁸ Dan.8.D., 1991/324 E, 1991/1653 K, 17.10.1991, DBB.

örnekleri vardır.⁵²⁹ Sözlü sınavlarda etkili bir denetim için sınav öncesinde soru ve cevapların hazırlanması, bunların sınav esnasında tutanağa bağlanması,⁵³⁰ sınavların (sesli-görüntülü) kayıt altına alınması ve takdir edilen notun gerekçelerinin belirtilmesi⁵³¹

⁵²⁹ Aksi halde, Danıştay içerik denetimi yapamadığı için davaları reddetmek durumunda kalmaktadır. Örneğin Danıştay, “*sınavın sözlü olarak yapılmış olması ve sözlü sınava ait yazılı delil bulunmaması nedeniyle delil tespiti yoluyla bilirkişi incelemesi yaptırılarak iddiaların doğruluğunun saptanamayacağı*” gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Bkz. Dan.11.D., 1978/3810 E, 1979/2892 K, 25.06.1979. Ancak bahsedilen usullerle gerçekleştirilen sınavların denetimi mümkün olabilmektedir. Nitekim Danıştay başka bir kararında, yazılı sınavda Türkiye üçüncüsü olan adayın mülakatta başarısız bulunmasındaki hukuka aykırılığın, sözlü sınava ilişkin yapılan görüntülü sesli kayıt üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi suretiyle giderileceğinin altını çizmiştir. Dan.2.D., 2016/781 E, 2016/810K, 18.02.2016. Danıştay, idare mahkemesince dava konusu işlemin sebebinin ortaya çıkarılması ve buna göre yargısal denetim yapılması bakımından oluşan Mülakat Kurulu tarafından yapılan değerlendirmenin usulüne göre yapılıp yapılmadığının, Mülakat Kurulu’nu oluşturan başkan ve üyelerin her biri tarafından ayrı ayrı verilen notlar ile bu notların aritmetik ortalamasının kaç puan olduğunun ve bunun Mülakat Kurulu’nun başkan ve üyeleri tarafından imza altına alınan mülakat başarı listesinde kaç puan olarak yer aldığının tespitinden sonra dava konusu uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi gerekirken, mülakat sınavına ilişkin soru ve cevapların somut bilgilere dayanmaması nedeniyle yargısal denetimin yapılması olanağının bulunmamasından bahisle davanın reddedilmesinde hukuki isabet görülmediğine hükmederek mülakatta uyulması gereken usul ve şekil kurallarına uyulup uyulmadığının denetlenmesi gerektiğini ve bunun aslî bir şekil noksanlığı olduğunu belirtmiştir. Dan.12.D., 1997/857 E, 1997/4259 K, **DD**, S. 96, s. 668: aynı yönde Dan.5.D., 1997/857 E, 1997/4259 K, 24.12.1997, **DBB**. Bu konu hakkında bkz. Turgut TAN, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, AÜSBFD, C. 51, S. 1, 1996, s. 409-423.

⁵³⁰ Danıştay, “*adayların katıldığı sözlü sınav öncesinde, sınavda sorulacak soruların hazırlanması, her adaya sorulan soruların ve verilen cevapların kayda geçirilmesi ve adayların verdiği yanıtlara hangi komisyon üyesince, hangi notun takdir edildiğinin tutanakta ayrı ayrı gösterilmesi*” gerektiğini belirtmiştir. Dan.2.D., 2016/7249 E, 2016/7249 K, 27.03.2017. Aynı yönde bkz. DİDDK, 2008/774 E, 13.11.2008, YD kararı; Dan.5.D., 2016/1274 E, 2016/1035 K, 01.03.2016; Dan.12.D., 2015/2686 E, 2015/5750 K, 05.11.2015.

⁵³¹ Danıştay’ın mülakata ilişkin yakın tarihli içtihatlarında ise sözlü sınavda başarısız sayılmaya ilişkin işlemlerde, sınav öncesinde soruların ve yanıtlarının hazırlanmamış olması, sözlü

gerekliliğini vurgulayarak bu usullere uyulmayan sınavlara şüpheyile bakmakta ve diğer iddialarla birlikte davacı (birey) lehine karar vermektedir. Bu, idari yargının idarenin işlemin esasını incelemek konusundaki isteğinin şekil denetimini nasıl yönlendirdiğini gösterir.⁵³²

Dış yasallık denetimi, normal şartlarda denetimin en az yoğun olduğu bir denetimdir. Denetimin yoğunluğunu, işlemin hangi unsurlarında denetim yapıldığıyla ölçtüğümüzde, sadece yetki ve şekil unsurlarının incelendiği denetimin minimum denetim olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu çalışmada denetimin yoğunluğu yalnızca işlemin esas unsurları arasındaki uyum açısından değil, yargıcın elindeki bütün araç ve yetkilerle ölçülmektedir. Bu çerçevede yukarıdaki bazı kararları değerlendirdiğimizde, Danıştay'ın idari işlemin geçerli sayılması için yeni şekil koşulları aradığı, şekle aykırılık itirazlarını yasa dışında başka hukuki dayanaklarla değerlendirdiği ve bazı belirsiz kavramlardan yetki çıkardığını görmekteyiz. O halde dış yasallık denetimi, her zaman daha az yoğun bir denetim yapıldığı anlamına gelmez.

sınavın sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilmemesi, ayrıca komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmaması nedenleriyle hukuka uyarlık bulunmamakta ve bu işlemler iptal edilmektedir. DİDDK, YD İtiraz No: 2008/774. Yazılı eserleri başarılı bulunan adayın doçentlik sınavının sözlü aşamasında başarısız bulunmasını, tutanakta hangi yönlerden başarısız bulunduğu dair somut iddia ve verilerin olmaması nedeniyle hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Dan.8.D., 2004/1367 E, 2004/3878 K, 19.10.2004, DBB.

⁵³² Danıştay'a göre, *“sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayacak altyapının tüm unsurlarıyla oluşturulmasını sağlamak hukuka bağlı idarenin görevidir. Hukuk devleti ilkesinin, idarenin, yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak, imkânsız kılacak ya da güçleştirecek şekilde bir idari işlem tesis etmesine izin vermesi mümkün değildir.”* Dan.12.D., 2009/1069 E, 07.07.2009.

B. İç Yasallık

Fransa’da iptal sebepleri, geleneksel olarak, yetkisizlik (l’incompétence) şekil hatası (le vice de forme), hukuk kuralının ihlali (la violation de la regle de droit) yetki saptırması (le détournement de pouvoir) olarak kabul edilir.⁵³³ İlk ikisi için biçimsel (dış unsurlar) bir denetim söz konusudur. Esas hakkında denetim ise hukuk kuralının ihlali (maddi ve hukuki hata) ve yetki saptırması üzerinden yapılır.⁵³⁴ Türkiye’de iptal sebepleri, Fransız Danıştay’ının geliştirdiği sebeplerin etkisi altında, Cumhuriyet’ten itibaren yasalarla benzer bir şekilde tespit edilmiştir.⁵³⁵ Buna göre, idari işlemin amacı, konusu ve sebebini oluşturan ögeler, iç yasallık denetiminin konusunu oluşturur. Sonuç olarak esasa ilişkin denetimin; hukuki kavram yorumu, olguların gerçekliğinin araştırılması ve sınıflandırılması, yetki saptırması ve son olarak hukuki etkinin anayasal ölçütler ve hukuk genel ilkeleriyle belirlenmesini içerdiğini söyleyebiliriz. Esasa ilişkin denetimde, bu yöntem ve ölçütler arasındaki bölünmenin pratik-teorik önemi,⁵³⁶ her

⁵³³ MINATTUR, “French Administrative Law”, s. 374; ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...”, s. 344.

⁵³⁴ Bkz. ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...”, s. 344.

⁵³⁵ 1925 tarih 669 sayılı ve 1938 tarih 3546 sayılı Danıştay Kanunları, idari işlemlerdeki yetki, şekil, esas ve maksat yönlerinden yasaya aykırılık hallerini iptal sebebi olarak kabul ediyordu. 1961 Anayasası’ndan sonra yürürlüğe giren 521 sayılı Danıştay Kanunu, iptal sebeplerinin tespitinde, idari işlemlerin unsurlarını dikkate almış ve bu unsurlardaki sakatlıkları iptal sebepleri olarak belirtmiştir. 521 sayılı Danıştay Kanunu yürürlüğe girmeden önce yürürlükte olan 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu’nun 23. madde C bendinde idari işlemin unsurları sayılırken sebep ve konu unsurları ayrı ayrı belirtilmeksizin ikisini de kapsar şekilde “esas” terimi kullanılmaktaydı. Yasa esas unsurunu, konu ve sebep arasındaki bağ nedeniyle birlikte ele almıştır. 2577 sayılı Kanun ile birlikte işlemin esasını oluşturan sebep ve konu unsurları ayrı ayrı belirtilmiş oldu ancak bu aralarındaki bağlantının zayıfladığı anlamına gelmemektedir.

⁵³⁶ Yargısal sürecin, çoğunlukla, öncelikle belirli olgunun varlığı ve dava konusu olgunun ilgili yasa ya da temel hak kapsamına girip girmediğinin (scope) belirlenmesi sonra da denetim ölçütleriyle gerekçelendirilmesini (hukuki temellendirme-justification) kapsadığı kabul edilmektedir. GERARDS/SENDEN, “The Structure of Fundamental Rights and the

birinin denetim kapsamını ne kadar genişlettiğini göstermesi bakımındandır. Hem doktrin hem de içtihat bu denetim aşamalarını yargısal denetim işlevinin içsel bir özelliği olarak görmektedir. Bu aşamalar, idarenin ve ihtiyaç duyduğu işlemin özellikle takdirî alandan vazgeçmeden, sıkı bir şekilde değerlendirilmesine izin verir.⁵³⁷ Bu değerlendirme, hukuka uygunluk denetimi kapsamında yer alır. Hukuka uygunluk denetiminde, kararın esas yönlerine ilişkin bilgi, bu süreçlerle ortaya çıkar.

Hukuka aykırılık denetiminde hata tespiti; hukuk kuralının yorumunda/anlamında hata, hukukta hata ve olguların devreye girdiği durumlarda olguda hata şeklinde ele alınabilir. Olguda hatada, hukuk kuralının olaya uygulanması, yani konu ve sebep arasındaki bağlantı uyumu/uyumsuzluğu ve olgusal gerçekliğin varlığı yani sebep unsuru tek başına ele alınır. Diğer yandan idarenin hukuka uymasını sağlayan mahkemeler, idari işlemin yalnızca anayasayla değil, aynı zamanda işlemin dayandığı yasaların amaçlarıyla da uyumlu olup olmadığını belirleyebilirler.⁵³⁸ Son olarak maddi denetim ölçütleri, idareye denetimden kaçacak alan bırakmayan son sınırlamalar olarak ortaya çıkar.

II. HUKUKA AYKIRILIK TESPİTİ YÖNTEMLERİ

A. Hukuki Kavram Yorumu

Yasanın oluşturduğu belirsizlik, ister yargıç ister kamu görevlisi olsun yasayı uygulamak zorunda olan kişiye, yasayı yorumlarken belli bir takdir yetkisinin verilmesini gerekli kılar. Hukuka uygunluk denetimi, takdirin gerekliliğine dair bir itiraz içermez.

European Court of Human Rights”, s. 622 vd. Bununla birlikte, bu ayrım kesin bir ayrım değildir. Bazı durumlarda denetim ölçütleri, örneğin ölçülülük ilkesi, norm alanını belirleyen bir işleve sahip olabilir. Bkz. Robert ALEXEY, A Theory of Constitutional Rights, Çev. Julian Rivers, Oxford Univ. Press 2002, s. 210.

⁵³⁷ WOEHLING, “Judicial Control of Administrative Authorities in Europe...”, s. 46.

⁵³⁸ BERMANN, “The Scope of Judicial Review...”, s. 202.

Ancak bir kuralı yorumlama yetkisi, bu anlamda takdirî değildir.⁵³⁹ Yasa, "kamu güvenliği" veya "ahlak" gibi belirsiz hukuki kavramlar kullanıyor olsa bile, kavramın idare tarafından doğru yorumlanıp yorumlanmadığını test etmek, hukuki kavramların yorumlanması yerindelik sorunu değil, bir hukukilik sorunudur.⁵⁴⁰ Bu, hukuk kurallarının belli bir sistem içinde ne olduğunu keşfetme görevidir; yasada açıkça ifade edilmeyen fakat genel bir kural olarak ya da "kusurlu/eksik" ifade edilen kuralı anlamlandırma görevidir. Hukukun belli bir yorumunun doğru ya da yanlış olup olmadığı, üzerinde tartışılabilir bir sorundur. Bazen, tamamen ikna edici bir sonuca ulaşmak imkânsız olsa da; takdir, yargısal kurallara ve yorum yöntemlerine vb. belli ölçütlere başvurarak karar verilmesi gereken bir konudur.⁵⁴¹

Hukukta hata, genellikle yasanın yanlış yorumundan doğar. Hukukta hata denetiminde mahkeme, ilgili düzenlemedeki sözcüklerin doğru tanımını keşfetmeye çalışır. Kararı esinlendiren sebepler, anlamı ve önemi ihlal edilmiş bir hukuk kuralına dayandırıldığında idarenin takdir yetkisi içinde aldığı kararları, yasal dayanaktan yoksun sayılır.⁵⁴² Hukukta hata denetiminde, olgusal ya da hukuksal sebepler birlikte incelenir. Ancak hukukta hata ve olguda hata arasındaki fark, hukukta hatanın dava konusu fiilin sınıflandırılmasının ötesinde yasal kurala ya da kavrama bir anlam-içerik kazandırma amacı taşımasıdır. Bu kavramlar da genelde uygulanacağı olaydan bağımsız, somut ve nesnel bir içeriğe sahip olabilmektedir.⁵⁴³ İdare, bu kavramları hatalı bir şekilde yorumlayıp olaya uygulamaktadır. Bu değerlendirme, olguların tasnifinde de işlev görür. Mahkemelerin kendilerinin yasal bir durumun kapsamını ve anlamını belirlemesi, ne

⁵³⁹ Bkz. G.E. TREVES, "Administrative Discretion and Judicial Control", Modern Law Review, X, 1947.

⁵⁴⁰ WOEHLING, "Judicial Control of Administrative Authorities in Europe...", s. 45.

⁵⁴¹ ALAN, "Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...", s. 346.

⁵⁴² ALAN, "Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...", s. 346.

⁵⁴³ Bkz. Metin GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, Doçentlik Tezi, 1982, s. 92-93.

kadar belirsiz olsa da, davaya uygulanacak bir yasa kuralının varlığına bağlıdır.

İdare, yasada geçen kavramları/terimleri yanlış veya geniş yorumlayarak kendisine yetki doğurabilir ya da yetkilerini yanlış amaçlarla kullanabilir. Kavrama verilen anlamla birlikte idareye tanından yetki ya da yükümlülüğün içeriği ve bu yükümlülüğün ya da yetkinin ihlal edilip edilmediği denetlenebilecektir.

Danıştay, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun bir atama kararının iptaline ilişkin davada, atamaya dayanak teşkil eden yasa kuralındaki bir ifadeden yola çıkılarak işlemin hukuka uygunluğunu denetlemiştir. Yönetim Kurulu üyelerinin belli alanlarda *"temayüz etmiş kişiler arasından"* seçileceğini düzenleyen 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 11. maddesinde geçen *"temayüz etmek"* ifadesinin anlamı belirlenerek bir denetim yapılmıştır. Mahkeme'ye göre idare, *"temayüz etmek"* ön yasal koşulunu sağlayan adaylar arasında seçim yaparken takdir yetkisine sahiptir.⁵⁴⁴ Danıştay bu belirlemeyi yaptıktan sonra idarenin atama konusunda takdir yetkisi olduğu gerekçesiyle işlemi hukuka uygun bulmuştur.⁵⁴⁵ Başka bir davada Danıştay, dava konusu düzenlemede geçen *"18 aylık askerlik süresinin tamamını"* ifadesini *"aranılan koşuldan anlaşılması gereken, '18 aylık askerlik hizmetinin tamamını' yapmış olmak değil, atanma onayı tarihi itibarıyla ilişkisinin bulunmamasıdır"* şeklinde yorumlamıştır. Böylece bu hükme dayanılarak davacının atanma koşullarını yerine getirmediği yönündeki idari kararı iptal etmiştir.⁵⁴⁶

Danıştay, hukukta hata/hukuki kavram yorumunu, belirsiz kavramları bir çerçeveye sokmak için de yapmaktadır. Belirlenen çerçeve, idarenin takdirini genişletebilir veya daraltabilir.⁵⁴⁷ Örneğin bir kararında Danıştay, yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için, ülke ve devletin

⁵⁴⁴ Dan.5.D., 2009/6719 E, 2011/3104 K, 08.06.2011.

⁵⁴⁵ "Dan.5.D., 2009/6719 E, 2011/3104 K, 08.06.2011.

⁵⁴⁶ Dan.12.D., 2005/5406 E, 2006/1392 K, 12.04.2006.

⁵⁴⁷ KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 544-545.

özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkması gerektiğini belirterek milli güvenliğin tanımını yapmıştır.⁵⁴⁸ Mahkeme, genel sağlığı bozucu grev tanımının içine bazı koşulları yerleştirmiştir.⁵⁴⁹ Yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda genel sağlığı bozucu nitelikte görülebilmesi için, toplumun önemli bir kesiminin sağlık yönünden veya buna bağlı olarak sosyal bakımdan ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalması, giderilmesi olanaksız kayıp ve zararların ortaya çıkması gerektiğini belirterek genel sağlığın tanımını yapmıştır.⁵⁵⁰

Bir başka davada, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un 16. maddesindeki, "*genel hayata etkili afetlerden önce veya sonra kesin lüzum üzerine meskun bir topluluğun bir kısmının veya tamamının kaldırılarak başka mahallere toplu olarak veya dağıtılarak yerleştirilmesi*"ni öngören hükmü yorumlayan Danıştay için "*kesin lüzum*", topluluğun afet bölgesinde kalmasının özellikle *can ve mal güvenliği* yönünden tehlike oluşturması ve alınacak önlemlerle bu tehlikenin giderilmesinin olanaksız bulunmasıdır.⁵⁵¹ Diğer bir örnekte, Danıştay, kurumlara yaş sınırlaması aramaksızın *lüzum* görüldüğünde memurları resen emekliye ayırma yetkisi veren 5434 sayılı Kanun'un 39/b maddesindeki "*lüzum*" unsurunun memurun "*işini layıkıyla yapamayacak derecede bedeni ve fikri kabiliyetten mahrum olması ve bu nedenle hizmeti aksatması*" koşullarında gerçekleşmiş olacağını açıklamıştır.⁵⁵² Bu örneklerin de gösterdiği gibi idarenin olguların tasnifinde bu

⁵⁴⁸ Bkz. Dan.10.D., 2014/3628 E, 16.07.2014,

⁵⁴⁹ DİDDGK, 2003/272 E, 2005/274 K, 14.04.2005. Kararda İdari Dava Daireleri Kurulu, genel sağlığı bozucu grevin milli güvenliği tehlikeye attığı savunmasına karşılık, grevin genel sağlığı (kararda açıkladığı gerekçelerle) bozmadığı, dolayısıyla milli güvenliği de tehlikeye atmadığı görüşünde olan Danıştay 10. Daire kararını onamıştır.

⁵⁵⁰ Başka bir davada, "fevkalade hal" kavramının anlamına ilişkin görüşünde Danıştay, kavramı mevzuattaki olağanüstü haller ile sınırlayarak belirlemiş ve idarenin yorum olanağını en aza indirmiştir. Bkz. Dan.3.D., 1976/323 E, 1976/336 K, 13.05.1976, **DD**, 24-25, 1977, 78.

⁵⁵¹ DDK, 10.06.1977, 274 K, aktaran ALAN, "Türk İdari Yargısında Yerindelik...", s. 42.

⁵⁵² DDK, 09.12.1966, 1597 K, aktaran ALAN, "Türk İdari Yargısında Yerindelik...", s. 43.

tanımlamaları dikkate alarak karar vermesi gerekmektedir.

Genelde hukukta hata denetiminin konusu, olgulardan belli ölçüde bağımsız tanımlanabilen yasal kavramlardır. Hukukta hata denetiminde önce hukuki kavramın tanımı yapılır, kavrama bir öz atfedilir,⁵⁵³ sonra olguların bu tanım içine girip girmediği tespit edilir. Üstelik mahkeme hukukta hata denetimi yaparken, çoğunlukla, kavramın anlamını ortaya koyacak bir tanım da yapmaktadır. Olguda hatada ise mahkeme bir tanım yapmak yerine daha çok, idari işlem konusu eylemin yasal kurala uygun olup olmadığını belirlemektedir.

B. Olguların Değerlendirilmesi

Tarihsel olarak yargıç, belge/işlem üstündeki hatalar hakkında karar verme yetkisini üstlenmiştir. İşlem üstündeki hatalar, yani karar vericinin yanlış bir karar verdiğine dair belgesel kanıtlar, karar vericinin yetkisi dahilinde hareket etmesine rağmen (*intra vires*), mahkemenin kararın hatalı olduğuna karar vermesine neden olur.⁵⁵⁴ İdari yargı, öncelikle hukuk kuralında sebep olarak gösterilen kavramın anlamını ve sınırını saptar; ileri sürülen olayların bu kavram içinde yer alıp almadığını inceler.⁵⁵⁵ Ancak idare, kararını maddi bir olaya dayandırırdığında, çoğunlukla belge üstündeki denetim yetersiz kalır. Kararın yasaya uygun olup olmadığını tespit etmek, öncelikle maddi olaya ilişkin bilginin varlığının doğrulanmasını gerektirebilir.

Bu zorunluluk karşısında 20. yüzyıl başlarından itibaren CE, idari kararın temelini teşkil eden maddi olayları denetlemeye başlamıştır. İdari yargı, idarenin kararlarını gerekçelendirmek için ileri sürdüğü olguların gerçekliğini ve hukuki tasnifini

Benzer yönde bkz. Dan.3.D., 1982/4645 E, 1982/1865 K, 11.06.1982.

⁵⁵³ Bkz. GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 159.

⁵⁵⁴ BARNETT, Constitutional&Administrative Law, s. 876.

⁵⁵⁵ ALAN, “Türk İdari Yargısında Yerindelik...”, s. 42.

denetlemiştir.⁵⁵⁶ Mahkeme, olguda hatanın⁵⁵⁷ olup olmadığını değerlendirirken yasal düzenlemenin yorumuyla davadaki olguların varlığını-gerçekliği ve olguların sonuca (konuya) uygunluğunu belirler.⁵⁵⁸ Bir karar verici olgusal durumu yanlış yorumladığında, yanlış bir karar verecektir.

İdari işlemlerin olgusal denetimi, iki aşamayı içerir: İlk olarak idari işlemin dayandığı olgusal gerçeklik araştırılır. Bu araştırma, tüm idari işlemler için geçerlidir ve minimum denetimi karşılar.⁵⁵⁹ Olgunun gerçekliği belirlendikten sonra, ikinci aşamada,

⁵⁵⁶ Bkz. ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...”, s. 347, 348.

⁵⁵⁷ Olguda hata, idari işlemin sebep unsuru üzerinde gerçekleşir. Sebep genellikle işlemten önce var olması gereken bir unsur olarak tanımlanmaktadır. BALTA, İdare Hukukuna Giriş I, s. 167; GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 893; TAN/GÖZÜBÜYÜK, İdare Hukuku C. II, s. 461-62; GÜNDAY, İdare Hukuku, 10. B, s. 152, ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, s. 282; ÖZYÖRÜK, İdare Hukuku Ders Notları, s. 194 vd.; Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2009, s. 130 Aksi yönde bkz. ÖZTÜRK, “İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi”, s. 1033-1048.

Sebep öğretide genel olarak *maddi ve hukuki sebep* olarak sınıflandırılmaktadır. *Özyörük*, maddi sebep ile hukuki sebep olarak yapılan ayrımı olay ve olayın hukuk normunda gösterilmesine dayandırmaktadır. Örneğin maddi sebep (ilgilinin 65 yaşını doldurması), hukuki sebep (65 yaşını dolduranların emekliye sevk edilmesi) ilişkisi üzerinden sebebin temelini oluşturan olayı ve olayın hukuk normuyla belirlenmesi ayrımını işlemiştir. Maddi sebebin gerçekleşmemesi durumunda (65 yaşını doldurmamış birinin emekli edilmesi) işlem, hukuki sebepten yoksun olur. “*Hukukî sebep, 65 yaşın doldurulması ise, bu sebeple bir emeklilik tasarrufunun ittihazi için ‘65 yaşın doldurulmuş olması’ gibi, fiilî (maddi) bir sebebin varlığı da lâzımdır.*” ÖZYÖRÜK, İdare Hukuku Ders Notları, s. 197.

⁵⁵⁸ Dan.8.D., 1989/504 E, 1990/913 K, 17.09.1990: “*İdareye tanınan her yetkinin kullanılması, bir nedene dayanır. Bu nedenin de hukuk açısından geçerli bir sebep olması gerekir. İdare Hukukunda, idari işlemin neden unsuru denildiğinde, idari işlemlerden önce gelen, idari işlemin dışında, idareyi böyle bir işlem yapmaya yönelten etkenler anlaşılır. İdari işlemin dayanağı olan neden işlemin bir tür gerekçesidir. Yönetimi işlem yapmaya yönelten dürtü, bir hukuksal işlem olabileceği gibi, bir olay da olabilir. İdari işleme neden olarak gösterilen hukuksal işlemin sakat olması veya olayın gerçeğe uygun olmaması yahut nitelendirilmesinde yanlışlık yapılmış olması, esas işlemi neden yönünden sakatlar.*”

⁵⁵⁹ Danıştay, idarenin takdir yetkisi içinde yaptığı işlemlerde doğru ve gerçekleşmiş bir sebebin varlığını ararken denetim sebep unsuru üzerinedir. Danıştay ileri sürülen sebebi araştırma

işlemin dayandığı olayla hukuk normu arasındaki uyum, yani nitelemenin doğruluğu araştırılır. Bu aşama, çoğunlukla takdir yetkisine dayanan işlemler için geçerlidir. Denetimin bu ikinci aşaması, normal ve maksimum denetim şeklinde gerçekleşebilir.⁵⁶⁰ Bu iki aşamada, olguların denetimi, anayasal denetim ölçütleri yönünden incelemeye geçmeden önce gerçekleştirilmelidir. Olguların denetimi, yasal norm alanını belirler. Norm alanı belirlemenin pratik sonuçlarından biri, yargılamanın bir sonraki aşamasına (gerekçelendirme-hukuki ölçütlerle denetime sokma) geçme ihtiyacını ortadan kaldırmasıdır.⁵⁶¹ Örneğin idari yargı denetimine konu olan eylemin işkence yasağı kapsamına girdiği belirlendiğinde, bu hak/yasak sınırlanabilir bir hak olmadığı için sonraki aşama olan sınırlama gerekçelerine (anayasal ilkelere) uygunluğunun denetlenmesi gerekmez.⁵⁶² Bu haklara yönelik bir müdahalenin varlığı açıksa, bu

ihtiyacı duymuyorsa, daha az yoğun bir denetim yapıyor demektir. Örneğin Danıştay memurun görev yerinin değiştirilmesi için yakın amirinin önerisini yeterli görüp bu önerideki iddiaların gerçekliğini araştırmıyorsa, (asgari denetimin altında) düşük yoğunlukta bir denetim yapıyor demektir. Bkz. Dan.5.D., 19.04.1982, 4668 K. Aktaran ALAN, “Türk İdari Yargısında Yerindelik...”, s. 43.

⁵⁶⁰ Bu ikinci aşamadaki denetimin yoğunluğu, yargıcın idarenin değerlendirmesi yerine kendi değerlendirmesini koyması ihtimali öğretide tartışmalara yol açmaktadır. Bkz. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku, C. II, 8. B., Turhan Kitapevi, Ankara 2016, s. 502.

⁵⁶¹ GERARDS/SENDEN, “The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights”, s. 628.

⁵⁶² Danıştay’ın her zaman önce hukuksal olguların nitelendirmesini daha sonra da bu nitelendirmeye dayanan işlemi hukuksal ölçütlerle (örneğin eşitlik, ölçülülük) denetlediği söylenemez. Örneğin pasaport verilme isteminin reddine ilişkin idari işlemin iptaline yönelik bir dava dolayısıyla Danıştay, Anayasa’nın 23. maddesi ve Pasaport Kanunu’nun 22. maddesi çerçevesinde değerlendirmiş, somut gerekçelere dayanılmadan idare tarafından belirlenen “sakıncalılık” halini işlemin dayanağı olarak kullanılmasını (sebeup unsuru yönünen) hukuka aykırı bulmuştur, ancak işlemi ölçülülük denetimine tabi tutmamıştır. Bkz. Dan.10.D., 1998/4442 E, 1998/4832 K, 14.10.1998, DBB. Bu yöntem, disiplin cezalarında da uygulanmaktadır. Bir kısım davalarda Danıştay, idarenin tasnifini yanlış bulduğunda, kendisi de bir tasnif yapmadan işlemi ölçülülük ilkesine uygunluk yönünden denetlemektedir.

müdahalenin hiçbir şekilde gerekçelendirilmesi veya dengeleme işlemine tabi tutulması mümkün değildir. Bu durumda önce müdahalenin varlığının ortaya konulması gerekir. Bu yüzden olgulara ilişkin denetim; ilk olarak olgunun (sebebin) gerçekliğini, daha sonra idare tarafından gerçekleştirilen eylemin ilgili hak ya da yasal koşullar kapsamına girip girmediğinin (norm alanının) belirlenmesini kapsar. Yasal koşullar yönünden olgular belirlendikten sonra, işlem bireysel yarar ya da kamu yararı yönünden belli ölçütlerle gerekçelendirme ve denetleme aşamasına geçilebilir.⁵⁶³ Son aşama, işlemin hangi denetim ölçütlerine göre hangi yoğunlukta denetlendiğini gösterir.

1. Olgusal Gerçekliğinin Denetimi

İdari yetki içinde gerçekleşen bir işlemi denetleyen yargıç, yasanın öngördüğü şartın (sebeup) yerine getirilip getirilmediğini araştırmak zorundadır. Burada maddi olay, yasallıkla iç içedir. Yasanın niteliğini belirtmeden bir kavram olarak belirttiğı sebeup, yasallık unsuru olmuştur.⁵⁶⁴ Olayların denetimi, her tür yetki için (bağıli yetki/takdir yetkisi) gereklidir. Bağıli yetki halinde de, yasanın öngördüğü sebebin gerçekleşmesi gerekir.⁵⁶⁵ Danıştay yapılan duyurulara uyulmadığı gerekçesiyle Belediye tarafından iş yeri açma izninin geri alınması işleminin dayandığı olguların gerçekliğini denetlemiştir. Yapılan araştırma sonucuna göre işlemin nedenini oluşturan olayların gerçeğı yansıtmadığına karar vermiş ve işlemi hukuka aykırı bulmuştur.⁵⁶⁶

Dan.5.D., 2016/18117 E, 2017/24013 K, 12.12.2017, Kazancı. Ayrıca bkz. OKAY TEKİNSOY, “Yargı İçtihatları Kapsamında Disiplin Suç ve Cezalarında Hukuki Belirliilik İlkesi”, s. 973-974.

⁵⁶³ Anayasa Mahkemesi de, idare mahkemelerinin önce olguları değerlendirmesini, daha sonra bunları dengeleme (orantılılık) incelemesine tabi tutmasını beklemektedir. Bkz. AYM, *Hulusi Özkan Başvurusu*, B.N. 2015/18638, 15.11.2018, § 40, 43, 44.

⁵⁶⁴ ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...,” s. 350.

⁵⁶⁵ ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...,” s. 348; GÜNDAY, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, s. 147.

⁵⁶⁶ Dan.8.D., 1986/470 E, 1988/379 K, 11.05.1988.

Yasal sebebi karşılayan olgusal gerçekliğin varlığı, yalnızca yasada belirlenen koşullara ve belli usulere uygun olarak yapılan işlemlerle ve somut ve yeterli⁵⁶⁷ bilgilerle kanıtlandığında kabul edilebilir.⁵⁶⁸ Hukuka aykırı bir yöntemle sağlanan koşul, olgunun gerçekleştiğine dair bir kanıt olarak kabul edilmediğinde yasada aranan sebep (olgu) gerçekleşmiş olmaz. Bu durumda yasadaki sebebin olgusal gerçekliği olsa bile, bu gerçekliği ortaya koyma yöntemi, olgunun gerçekleştiğini göstermek için yeterli değildir. Örneğin Danıştay, “*dava konusu işleme sebep unsuru olarak alınan ve davacının görev yerindeki mesai arkadaşları tarafından düzenlenen davacının sağlık şartlarına ilişkin tutanakta yer alan hususların bu konuda alınacak bir sağlık raporu ile tespit edilerek, 657 sayılı Kanun'un 105. ve 107. maddelerinde öngörülen düzenlemelere göre bir işlem yapılması gerekirken, davacıyla birlikte aynı Daire Başkanlığı'nda çalışan 4 kamu görevlisi tarafından düzenlenmiş olan tutanağa dayalı olarak kurulan işlem(in)*” hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁵⁶⁹ Davada davacının gerçekten sağlık yönünden ilgili koşulu sağlayıp sağlamadığının (yani bir hastalığının var olup olmadığı) tespitine ihtiyaç duyulmamıştır.

Başka bir davada öğretmen olarak görev yapan davacının bölücü örgüt propagandası yaptığı, bazı illegal kuruluşların üyesi olduğunun ve bunların adına faaliyette bulunduğu yönünde duyumların olduğunun, adı geçen öğretmenin köyün ve ilçenin huzuru için il dışına tayininin yapılmasının uygun olacağının belirtilmesi üzerine Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yapılan işlemin iptali istenmiş ancak Danıştay,

⁵⁶⁷ Danıştay olgunun gerçekliğini, dava konusu işlemin yapılması için *yeterli nitelik ve ağırlıkta* görülen sebeplerin varlığına bağlamaktadır. Bkz. Dan.5.D., 1992/5775 E, 1993/3756 K, 13.10.1993; Dan.5.D., 2002/3615 E, 2005/6464 K, 28.12.2005; Dan.5.D., 2003/1333 E, 2006/4285 K, 27.09.2006; Dan.5.D., 2013/1645 E, 2014/7583 K, 07.11.2004; Dan.5.D., 05.10.2015, E. 2015/4489, YD, Legalbank.

⁵⁶⁸ Bkz. Dan.2.D., 2005/319 E, 2005/1767 K, 23.05.2005; Dan.8.D., 2006/4857 K, 2007/69 K, 19.01.2007, Legalbank; Dan.2.D., 2004/3266 E, 2005/831 K, 04.03.2005, DBB.

⁵⁶⁹ Dan.5.D., 2003/4243 E, 2006/2249 K, 21.04.2006, Hukukturk.

davacıyla ilgili “*faaliyette bulunduğu*” şeklindeki duyumların hukuki değerinin olmadığı ve bu şekliyle içeriği itibariyle “*hukuki bir delil olarak kullanılması mümkün olmayan, doğruluğu kanıtlanmamış istihbari nitelikte bir bilgi*” olduğu gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir. Danıştay kararında varlığı somut olarak kanıtlanamayan işlemin iptaline karar vermiştir.⁵⁷⁰

Olgusal gerçekliğe ilişkin denetim, yasal koşulların-sebeplerin çok açık bir şekilde ilgili yasada ifade edilmesi durumunda görece kolaydır. Ancak olguda hata ve hukukta hatayı kesin olarak birbirinden ayırmak, her zaman bu kadar kolay değildir. Çoğu durumda hukukta hata denetimi, olgu denetimiyle kaynaşır. Yasal düzenleme idari işlem için öngörülen koşulları, belirsiz kavramlarla ifade ettiğinde hukukta hata ve olguda hata arasındaki ilişki değişebilir. Burada hem yoruma ihtiyaç duyan bir kavram hem de bu kavramı karşılayan hukuksal bir gerçekliğin olması gerekir. Örneğin resen emekliye sevk işlemi için idarece “görülen lüzum” davacının “*hizmetlerini aksattığı, verimli çalışmadığı, görevini yapamayacak derecede bedenen ve fikren güçlü olmadığı yolunda bir tespit ve somut bir veri bulunmadığı gibi sicillerinin olumsuz olduğu ve disiplin cezası aldığı yönünde bir iddia da bulunmadığı(ndan)*” hukuka uygun bulunmamıştır.⁵⁷¹

⁵⁷⁰ Dan.2.D., 2004/1822 E, 2005/1657 K, 31.01.2001, DBB. Danıştay uygulamasında “hukuken geçerli neden”; “hukuka uygun”, “hukuken gerçekleşmiş” veya “hukuken geçerli objektif bilgi ve belgelere/kanıtlara” dayalı neden anlamında kullanılmaktadır. (Bkz. KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 481 vd.) Danıştay’ın özellikle olumsuz güvenlik soruşturması raporları dolayısıyla kullandığı bir ifade olan “hukuken geçerli neden” ifadesi, “istihbari” nitelikte olan delilin karşıt anlamlısı olarak, açıkçası “hukuki delil” ifadesinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. “(D)ava konusu işlemin tesisine yolaçan yazıda yeralan hususların tümüyle ‘istihbari’ nitelikte olduğu açıktır. Türkiye Cumhuriyetinin, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti niteliğinden ötürü istihbari nitelikteki bilgilere dayanılarak ilgililer hakkında işlem tesis edilmesine ve bu bilgilerin hukuken geçerli başka bilgi ve belgelerle doğrulanmadıkça ilgililer aleyhine **hukuki delil** olarak kullanılmasına olanak bulunmadığı açıktır.” Dan.5.D., 1994/7820 E, 1996/1370 K, 02.04.1996, DD, S. 92, s. 438-42; GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 914.

⁵⁷¹ Dan.11.D., 2006/488 E, 2008/4127 K, 18.04.2008.

Danıştay ilgili yasa hükmünde 60 yaşını dolduranlar hakkında idareye emekliye sevk hususunda takdir yetkisi verildiğini kabul etmekle birlikte, idarenin bu işlemi gerçekleştirmek için mutlaka somut bir sebep göstermesi gerektiğini ifade etmiştir. Yani idare hiçbir sebep göstermeksizin yasanın tanıdığı takdir yetkisini kullanarak işlem tesis edemez. Danıştay sözü edilen kanun hükmüne göre emekliye sevk için tek sebebin 60 yaşını doldurma olmadığına karar vererek idarenin olguda tasnifini doğru yapması gerektiğine işaret etmiştir.⁵⁷²

2. Olguların Hukuki Sınıflandırılması

Belirli bir olaya/olguya yasal bir terimin uygun şekilde uygulanıp uygulanmadığı sorusu, hem olgusal hem de hukuki bir soru(n)dur. Bu sorunun cevabı, hem maddi gerçeklerin/olguların niteliğini hem de yasanın dilini (anlamını) ortaya çıkarır. *Vedel*'e göre tasnif, maddi ve hukuki değerlendirmeyi içeren karma bir işlemdir, çünkü olguların niteliğini ortaya koymak, yani onun hangi kategori içine girdiğini belirtmek söz konusudur.⁵⁷³

Olgular, idari işlemi doğrulayacak nitelikte olmalıdır. Ancak işlemin hukuka uygun olması için olguların gerçekliği yeterli değildir, idare bu olguların tasnifini doğru yapmalıdır. Bunun için de yasadaki kavramın içeriği ve koşulları, açık olmalıdır. Danıştay bazı durumlarda, yasadaki kavram için “belirli ve sınırlayıcı” içerik ortaya koymadan; idarece ileri sürülen olayların hukuki tasnifini yaparak yasal kavram içinde yer alıp almayacağını araştırmaktadır.⁵⁷⁴ Kavga eden iki öğrencisini ayıran bir

⁵⁷² Dan.3.D., 1982/4645 E, 1982/1865 K, 11.06.1982 bkz. Yunus YILMAZ, “İdare Hukukunda Sebep Unsuru ve Sebep İkamesi”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S. 21, 2006, s. 88-89.

⁵⁷³ Bkz. ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...,” s. 350.

⁵⁷⁴ Bazı davalarda ise yasadaki kavramın anlamı açıksa Danıştay, belirli-sınırlı bir tanıımı esas alarak bir eşleştirme yoluna gitmektedir. Örneğin bir üniversitede uzman olarak görev yapan davacının, teknisyen kadrosuna atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada,

öğretmenin her iki öğrencinin de kulağını çekmesi, Bakanlık Disiplin Komisyonu tarafından “dövme” olarak nitelendirilmiş ve öğretmene aylıktan kesme cezası verilmiştir. Danıştay, öğretmenin öğrencileri dövmediğine ancak “*terbiyevi amaçla hafifçe her ikisinin de kulağını çektiği*”ne karar vermiş ve öğretmene verilen disiplin cezasını sebep unsuru bakımından hukuka aykırı bulmuştur.⁵⁷⁵ Bir başka davada, “dosya bilgilerinin yetkili olmayan kişilere açıklanması” fiilinin yasada yer alan “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak suçu” olarak nitelendirilemeyeceğine karar verilmiştir.⁵⁷⁶

Temel hak ve özgürlüklerin norm alanının belirlenmesi de olguların tasnifi faaliyeti içindedir. Burada ilgili olgunun/olayın uygulanacak yasa kuralı ya da temel hak kapsamında olup olmadığı değerlendirmesine bağlıdır.⁵⁷⁷ Örneğin idari yaptırım kararında sebep olarak gösterilen eylem, temel hak ve özgürlük kapsamında ise idare, olguyu değerlendirmede hata yapmış olur. Danıştay, yılbaşı kartında yer alan ifadelerin 657 sayılı Kanun’un değişik 7/1. maddesinde öngörülen “*siyasi ve ideolojik amaçla beyanda bulunmak*” yasağı kapsamında değerlendirilmesi sonucu davacıya verilen disiplin cezasını, tebrik kartında yer alan ifadeleri “ifade özgürlüğü” kapsamında değerlendirerek hukuka uygun bulmamıştır.⁵⁷⁸

dava konusu işlemin sebep unsuru olarak gösterilen ve davacının iki yıllık ön lisans eğitimi olduğu için uzmanlığa tekrar atamasının yapılmamasına ilişkin işlemi incelerken Danıştay, yasadaki uzmanlık tanımını esas almış ve iki yıllık ön lisans eğitimi olan davacının uzmanlık tanımının içine girmediğine karar vermiştir. Bkz. Dan.8.D., 1998/374 E, 1999/6527 K, 22.11.199.

⁵⁷⁵ Dan.5.D., 1971/3228 E, 1972/5429 K, 19.11.1972. Aktaran GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 921.

⁵⁷⁶ Dan.5.D., 2016/18117 E, 2017/24013 K, 12.12.2017. Aynı yönde bkz. Dan.12.D., 2016/8859 E, 2017/321 K, 15.02.2017.

⁵⁷⁷ Bkz. AYM, *Hulusi Özkan Başvurusu*, B.N. 2015/18638, 15.11.2018, § 40-43; *Sevilay Sümer Başvurusu*, B.N. 2016/7091, 18.07.2019.

⁵⁷⁸ Kararda, “*Anayasanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesine koşut düzenleme*

Bir başka kararda Danıştay, sendikasının aldığı karar gereğince bir gün göreve gelmeme eylemine katılan ve bu eylemi, idare tarafından 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin "özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek" hükmü kapsamında değerlendirilerek disiplin cezası verilen davacının bu eyleminin "özürsüz olarak göreve gelmemek" fiili kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve sendikal faaliyet kapsamında bir fiil olarak kabulü gerektiğini belirtmiş ve eylemin disiplin suçu oluşturmadığı gerekçesiyle verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık görmemiştir.⁵⁷⁹ Bu kararda Danıştay hakkın kapsamını belirlerken ayrıca, öğretmenlere verilen disiplin cezasının "acil bir sosyal ihtiyaca" tekabül etmediği ve bu nedenle "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı sonucuna varmıştır.⁵⁸⁰

Yasalarda sebebi belli işlemler için idarenin gösterdiği sebep o işlem için yasada belirlenmiş sebep değilse, idarenin gösterdiği sebep yasada öngörülenden başka bir hukuksal sonuç doğuruyorsa ya da sebeple işlem arasında kamu yararı açısından rasyonel bir ilişki yoksa, işlem sebep açısından hukuka aykırıdır.⁵⁸¹ Yasanın öngördüğü koşulların tamamını taşımayan olgu-sebeplerin hukuki sebebi doğurmayacağı kabul edilmektedir.⁵⁸²

getiren 26. maddesine de değinilerek, davacının tebrik kartındaki ifadelerin kimi konulardaki düşünce ve kanaatlerini dilek ve özlem biçiminde açıklamaktan ibaret olup; bu haliyle sözü geçen eylemin Anayasanın 26/1 maddesi kapsamında düşünülmesi gerektiğinden, tesis edilen işlemde bu yönden de hukuka uyarlık görülmediği" değerlendirilmesi yapılmıştır. Dan.5.D., 1986/1723 E, 1991/933 K, 22.05.1991.

⁵⁷⁹ Dan.12.D., 2016/5722 E, 2016/5443 K, 29.11.2016, Kazancı.

⁵⁸⁰ Aynı yönde bkz. Dan.12.D., 2016/3449 E, 2016/6362 K, 13.12.2016; Dan.12.D., 2012/11321 E, 2016/265 K, 27.01.2016; Dan.12.D., 2013/5972 E, 2013/9647 K, 04.12.2013, Dan.12.D., 2016/3449 E, 2016/6362 K, 13.12.2016; DİDK, 2009/63 E, 2013/1998 K, 22.05.2013. Bu davalarda Danıştay, eylemin nitelendirmesini yaptıktan sonra işlemi, ölçülülük ve demokratik toplum gerekleri açısından da değerlendirmiştir.

⁵⁸¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, C. II, s. 488.

⁵⁸² "Memurun bütün bir Şubat ayı boyunca memuriyete gelmemesi halinde, maddi sebep vardır, fakat tam değildir. Memurun, memuriyete gelmediği sahihtir; doğrudur. Memuriyete belli sürelerle gelmemek, bir disiplin cezasını muciptir. Fakat, şu söz konusu cezanın verilebilmesi

Maddi (olgusal) sebep gerçekleşmişse bile onu belirleyen hukuk normuna uygun bir biçimde gerçekleşmemiş olabilir.⁵⁸³ Bu durumda olguların değerlendirilmesinde hata olduğu kabul edilebileceği gibi olgunun hiç gerçekleşmediği de kabul edilebilir. Örneğin memur, mesai saatleri içinde iş yerinde olmamakla birlikte izinliyse disiplin cezasına konu eylem gerçekleşmiş olmaz, dolayısıyla hukuki sebep doğmuş olmaz. Danıştay'ın incelediği bir davada, yasada öngörülen onbeş ve on günlük ek süreler sonunda yeni görevine başlamayan ve süreleri geçirdikten sonra göreve başlama talebinde bulunmayan kamu görevlisi hakkında işe zamanında başlamadığı gerekçesiyle çekilme kararı

*için herhangi bir süre gelmemek değil, toplam 30 gün gelmemek gerekir. Hiçbir Şubat ayı 30 gün olamayacağına göre, sırf Şubat ayının tamamında memuriyete gelmemek, bu cezayı, maddî sebep olmak yönünden, gerektiremeyecektir. Maddî sebep tam değildir. Memur böyle toptan değil de, parça parça göreve gelmezlik etmiştir. Bu gelmezliğin toplamı 35 günü bulmaktadır. O halde maddî sebep vardır; gerçektir fakat, bu 35 günün 5 günü Pazar'a, bir günü Kurban bayramına, bir günü de Kurban bayramının 5 inci günü Cumartesi'ye düştüğü için tam tatile tesadüf etmektedir. O halde memur, 'izinsiz' olarak sadece 25 gün göreve gelmemiş olmaktadır. Zira bu tatil günlerinde (kendi hizmeti bakımından başkaca izinlilik veya görev mecburiyeti yoksa) izinli durumdadır. Bu durumda, söz konusu cezanın verilebilmesi için, **hukukî sebep** bulunmamaktadır.” ÖZYÖRÜK, İdare Hukuku Ders Notları, s. 197-198.*

⁵⁸³ Bir kamu görevlisinin 657 sayılı Kanun md. 125/C-ı uyarınca “Hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulun(duğu)” gerekçesiyle, 1/15 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılması işlemine karşı açtığı davada Danıştay, şu şekilde karar vermiştir: “Olayda, davacının, alkollü şekilde araç kullanmak suretiyle kaza yaptığı, alkometreye üflemediği ve istenildiği zaman kan vermediği şeklinde sübut bulan fiillerinin Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte bulunduğu **sabit olmakla birlikte**, söz konusu **eylemin doktorluk görevi ile ilgisi bulunmadığı ve anılan fiillerin mesai saatleri dışında gerçekleştiği de göz önüne alındığında**, ‘hizmet dışında’ gerçekleştiğinin kabulü gerekmekte olup, söz konusu fiilin ‘hizmet içinde’ gerçekleştiğinden bahisle aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına dair işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Dan.12.D., 2014/4359 E, 2017/6170 K, 30.11.2017. Davada olayın gerçekliği sabit olmakla birlikte, işlemin dayanağı olan hukuk normuna uygun bir şekilde gerçekleşmediği belirlenmiştir.

verilmiştir.⁵⁸⁴ Ancak yargısal incelemede bu devamsızlığın, atama tebligatı usulüne göre yapılmadığı için yasadaki devamsızlık olgusu ile eşleşmediği görülmüştür. Göreve gelmeme eylemi gerçekleşmiş olmakla birlikte, işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli sebep hukuken doğmadığından, olguların tasnifinde hata yapılmıştır.⁵⁸⁵

Olguda hata (olguların gerçekliği ve tasnifi) denetiminin yoğunluğu, yasa tarafından öngörülen şartın niteliğine bağlıdır.⁵⁸⁶ Verilen yetkinin bağlı ya da takdiri olması yargının denetim yoğunluğunu belirler.⁵⁸⁷ Bağlı yetki yokluğunda, yasanın veya düzenlemenin yetkilileri olguları tasnif etmede ve uygun gördükleri gibi çıkarımlar yapmakta serbest bıraktıkları varsayılır. Basitçe söylemek gerekirse, denetimin kapsamı takdir yetkisinin genişliği ve yetkinin bağlı olması koşullarına göre değişir.

⁵⁸⁴ Kamu görevlilerinin belirli bir süre devamsızlık yaparak görev yerlerine gitmemeleri durumunda görevden çekilmiş sayılabilmeleri için göreve gitmeme eyleminin yasada belli koşulları taşımaları gerekir. Bkz. 657 sayılı Kanun md. 94-“*Devlet memuru bağlı olduğu kuruma yazılı olarak müracaat etmek suretiyle memurluktan çekilme isteğinde bulunabilir. Mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunulmuş sayılır. Çekilmek isteyen memur yerine atanan kimsenin gelmesine veya çekilme isteğinin kabulüne kadar görevine devam eder. Yerine atanan kimse bir aya kadar gelmediği veya yerine bir vekil atanmadığı takdirde, üstüne haber vererek görevini bırakabilir. Olağanüstü mazeretle çekilenler, üstüne haber vermek şartıyla bir ay kaydına tabi değildirler.*”

⁵⁸⁵ “...Memurların yolluklarının atama emri ile birlikte ödenmesi zorunlu olup, bu zorunluluğa uyulmadan yapılan atama tebligatının usulüne uygun kabulü mümkün değildir...” Dan.5.D., 1986/1023 E, 1988/2122 K, 22.09.1988, Kazancı. Bir başka davada 25.11.1999 tarihinde terhis olan davacının Sağlık Bakanlığı ... Sıtma Bölge Başkanlığı’nın 20.12.1999 gün ve 596 sayılı raporuyla 20.12.1999 tarihinden itibaren 14 gün rapor almış olduğu ve kurumuna başvurma süresi bu rapor süresince uzamış sayılacağından, bu rapor dikkate alındığında kurumuna süresinde başvurduğu anlaşılan davacı hakkında 25.12.1999 tarihine kadar kurumuna başvurup görevine başlamadığı nedeniyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığına karar verilmiştir. Dan.12.D., 25.03.2003, 2001/1256 E, 2003/706 K, Kazancı.

⁵⁸⁶ Bkz. ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...”, s. 351.

⁵⁸⁷ ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...”, s. 334.

Takdir, yasal koşulların yerine getirilip getirilmediğini ve olgusal ve hukuki nedenler ışığında hangi işlemin yapılacağını belirlemek için olgular normlarla ilişkilendirildiğinde, yani karar sürecinin özünde olan olayların-olguların değerlendirilmesinde ve hukuki niteliklerinde ortaya çıkar.⁵⁸⁸ İdarenin takdir yetkisi, idarenin var olan olgulardan/sebeplerden çıkarım yapma özgürlüğünü ifade eder.⁵⁸⁹ Yasada olgusal sebeplerin belirtilmediği durumlarda idare, nasıl davranması gerektiği belirtilmediği için istediği gibi davranabilir veya hareketsiz kalabilir.⁵⁹⁰

İdare çok geniş takdir yetkisinden yararlandığı zaman, olgulara ilişkin denetim çoğu zaman, asgari seviyededir. Burada sadece maddi olayın gerçekleşip gerçekleşmediği denetlenmektedir. Ancak, yukarıda görüldüğü gibi, bu denetim nadiren asgaridir. Çünkü hukukta ve olguda hata denetimi, çoğunlukla, belirsiz hukuki kavramların yorumunu içerir. Yasalar tanım yapmadan “genel ahlak”, “edep dışı”, “ihtiyaç”, “acil durum” ve “kamu güvenliği” gibi kavramlara sık yer verirler ve bir idari yetkinin kullanılması, bu

⁵⁸⁸ Bkz. MENDES, “Law and Administrative Discretion in The EU...”, s. 8.

⁵⁸⁹ *Günday*, konu unsurunda takdir yetkisinin varlığını kabul etmekle birlikte, bu yetkinin daha çok sebep unsuru üzerinde yoğunlaştığını ifade etmektedir. GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 39.

⁵⁹⁰ Burada kastedilen serbestlik, idarenin harekete geçme ya da geçmeme konusundaki serbestisidir, yoksa idare harekete geçip bir işlem tesis ettikten sonra mutlaka bir sebebe dayanmak zorundadır. Bkz. GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 148-153, 163-164. *Gözler*, sebebin hiç belirtilmediği durumlarda idarenin takdir yetkisine değil, geniş bir değerlendirme marjına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu durumda idare sebepsiz işlem yapamayacağı gibi dayandığı sebebin de kamu yararına uygun olması gerekir. GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 899-901. *Onar ve Sarıca* maddi sebebin hukuk normuyla belirlenmemesi halinde idarenin sebeple bağlı olmadığı görüşündedir. Bu görüşe göre, idare sebebi bu durumda serbestçe belirleyebilir ve sebep idarenin takdir yetkisi içinde olduğundan sebebin hukukilik denetimi yapılamayacaktır. Ancak sebep idare tarafından gösterildiğinde, işlem bu sebeple bağlı hale gelir. Bu halde bile yargı yeri yalnızca sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini ve sebebin bir hukuk normuyla başka bir idari işleme özgülenip özgülenmediğini denetleyebilecektir. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, s. 297-300; SARICA, İdari Kaza, s. 74-77.

kavramların ifade ettiği fiilî ve hukuki durumların varlığına bağlıdır. Mademki yasa soyut kavramı idari işlemin sebebi olarak vermiştir, o halde yargıç denetim yapabilmek için bu kavramın içeriğini belirleyebilecektir. İdare bu kavramları doğru şekilde yorumlayamazsa mahkeme, bu kavramların yorumlanması bir hukuk sorunu olduğundan, ilgili kavramın yanlış yorumlandığı ya da olayların/olguların hukuki tasnifinin yanlış yapıldığı gerekçesiyle idari işlemi iptal edebilir.⁵⁹¹

Bağlı yetkide idarenin, gerçekleşen olguyla ilgili bir seçeneği yoktur. Burada yasa, idari işlemin sebebi ve konusunu takdire yer verilmesine gerek kalmayacak açıklıkta düzenlemiştir. Bağlı yetki, belirli sebeplerin bulunduğu tespit edildiğinde, idareyi belirli bir şekilde hareket etmeye zorlar. Yasa bu tür sebeplere sabit bir yasal etki-sonuç bağladığı için idarenin olguya bağladığı sonuç ile yargıcın bağlayacağı sonuç aynı olmak durumundadır. İdarenin bağlı yetki içinde bulunduğu hallerde mahkeme, idarenin hatalı sebebin yerine doğru olan sebebi ikame ederek etkisiz bırakmakta, işlemi ayakta tutmaktadır. Kararı iptal etmek, yargısal olarak eğitici değeri olsa bile, hiçbir pratik amaca hizmet etmeyecektir. Bu şartlar altında, mahkemeler hatayı görmezden gelme ve sonuçta, yapılan yanlışın yerine doğru sebebi koyma eğilimindedir. Mahkeme, yasa koyucunun amacını yorumlayarak idareyi bu amacı izlemeye zorlamaktadır. *Alan*'a göre mahkeme, idarenin yetkisini bu varsayımda da sınırlamaktadır.⁵⁹²

Sonuçta her iki durumda (olguların değerlendirilmesi ve hukuki kavramların yorumlanması) da idari yargı olguları ve hukuki durumları değerlendirerek idarenin yetkilerini sınırlayacak kararlar vermektedir.⁵⁹³

⁵⁹¹ Michal BOBEK, "Reasonableness in Administrative Law: A Comparative Reflection on Functional Equivalence", Eric Stein Working Paper No. 2/2008, s. 7.

⁵⁹² ALAN, "Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...", s. 354, 364-365.

⁵⁹³ Bkz. BERMANN, "The Scope of Judicial Review in French Administrative Law", s. 211; ALAN, "Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...", s. 353.

C. Yasal Amacın Yorumlanması

Yargısal denetim sürecinde uyumsuzluk konusu işlemin normatif ve amprik unsurları çoğu kez birbirine bağlı ve eşit normatif etkiye sahiptir. Yasanın yanlış yorumlanması, olguların yanlış tasnif edilmesine sebep olur. Olguların denetiminde sebeplerin varlığı ve yeterliliği ile sebep olarak gösterilen belirsiz bir kavramın anlamı ve kapsamı değerlendirilirken somutlaştırma yapılır. Somutlaştırma için amprik veri şarttır. Amaç denetiminde ise esas veri, olgusal gerçekler (amprik veri) değil, normatif gerçeklerdir. Amaç denetiminde idari yargı yalnızca sebebin gerçekleşmiş olduğunu tespitle yetinmemekte, yasanın objektif amacı olan kamu yararının işlem açısından gerçekleşmiş olmasını aramaktadır. Bütün idari işlemlerde amaç unsurunun ortak olması (kamu yararı olması), bu unsur üzerinde idarenin takdir yetkisinin söz konusu olamayacağını göstermektedir.⁵⁹⁴ Burada İYUK md. 2’de sayılan hukuka aykırılık hallerinden olan amacın tam denetimi söz konusudur.

Bu denetimde, yetki saptırmasından farklı olarak, idari işlemi yapanın amacı (niyeti) dikkate alınmaz, yasanın objektif amacı (kamu yararı) belli yorum yöntemleriyle ortaya çıkarılır.⁵⁹⁵ Burada idare, yasanın amacını anlamamış ya da yasal düzenlemeyi

⁵⁹⁴ Genel görüş bu olmakla birlikte, idarenin amaç unsuru üzerinde takdir yetkisine sahip olabileceği bazı yazarlar tarafından savunulmuştur. Bkz. Ragıp SARICA, İdare Hukuku Methan, 1950-1951 Ders Yılı Takdirleri, s. 8. Aktaran İsmet GİRİTLİ, İdarenin Yetkisini Saptırması, 1957, s. 73; BALTA, İdare Hukukuna Giriş I, s. 170; Yıldızhan YAYLA, “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi, Anayasa Mahkemesi”, İHFM, C. 30, S. 3-4, 1965, s. 1034-1048, s. 1045; TUNCAY, İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, s. 153.

⁵⁹⁵ “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 yukarıda 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.**” Dan.5.D., 1985/596 E, 1986/1084 K, 23.10.1986. Benzer yönde bkz. Dan.5.D., 1997/1422 E, 1997/2952 K, 10.12.1997; Dan.5.D., 1998/2434 E, 1999/74 K, 11.01.1999, DBB.

yanlış yorumlararak hukukta hata yapmıştır. Bu hata, yetki saptırmasında olduğu gibi yetkinin kötüye kullanılması olarak değerlendirilmez. Yetki saptırması olarak bilinen amaç denetiminde, yasanın amacı dışında başka amaçlar söz konusu olabilmektedir.

Kamu yararı, hayati derecede belirsiz bir kavram olmasa bile, kamu yararının ne olduğu hâlâ belirlenmesi zor; ancak işlemin amacı bakımından daha kolay somutlaştırılabilir bir kavramdır.⁵⁹⁶ Kamu yararını belirlemeye yönelik amaçsal yorumlama modeli, yargı meşruiyetini artırmak ve kamu yararına ilişkin belirsizliği azaltmada etkili yöntemlerden biridir. Amaçsal yorumla (teleolojik argümantasyonla) bir hukuk kuralındaki kamu yararının belirli bir hukuki amaç veya değere uygun olduğu gösterilir. Teleolojik-amaçsal yorumun amacı budur. Amaçsal yorum (teleolojik argümantasyon), iki farklı şekilde yapılır: öznel ve nesnel amaçsal yorum.

Öznel amaç, bir normun yaratıcısının “gerçek” niyetidir;⁵⁹⁷ oysa nesnel amaç,

⁵⁹⁶ “Siyasi olarak ‘kamu yararı’, belirsiz bir kavram olmakla ve temelde egemenlik yetkisini ve dolayısıyla devletin bütün faaliyetlerini meşrulaştırma aracı olarak kullanılmakla birlikte idare hukukunda, **idari işlemin amaç unsuru** olarak kamu yararının **belirlenebilir bir hukuki kavram** olduğu kabul edilmelidir.” AYAYDIN, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar...”, s. 570.

⁵⁹⁷ Amaçsal yorumla yakından bağlantılı görünen yorum yöntemleri; tarihsel ve genetik yorum olarak bilinir. Genetik veya tarihsel yorum, aynı anlamda kullanıldığında, norm yapıcının iradesi aracılığıyla yasaların anlamını keşfetmeye yöneliktir. “Genetik”, yasalaşmadan önceki veya yasalaşma anındaki tarihsel koşulları ifade eder. “Tarihi”, düzenlemenin yürürlüğe girmesinden bu yana meydana gelen tüm tarihsel gelişmeleri hesaba katan yorum anlamına gelir. Ayrıca, genetik yorum, amaçsal yorumun veya öznel amaçsal yorumun özel bir versiyonu; tarihsel yorumun bir yönü olarak kabul edilir. Genetik yorum, yasal metnin ortaya çıkış tarihini araştırır, yani ilgili yasama sürecini hesaba katarak yasal metnin anlamı ile ilgilidir. Bu durumda, yasa tasarıları, parlamento komisyonlarındaki tartışmalar ve yasama organının kendisindeki tartışmalar, yani yasanın kabul edilmesiyle ilgili tüm madde, yoruma tabidir. Tarihsel yorum bir yasanın yaratıldığı ekonomik, siyasi ve kültürel-medeni ilişkileri yani kültürel-tarihsel bağlamı birlikte şekillendiren çağın özellikleriyle ele alır. Bununla birlikte, tarihsel yorum, bir tür öznel teleolojik yorum olarak değil, ona yardımcı olarak kabul edilir. Tarihsel yorum, nesnel amaçsal yorumlamada da uygulanabilecek bazı yarar ve değerleri ortaya çıkarır. Bkz. Žaklina HARAŠIĆ, “More about Teleological

ilgili “hukuk sisteminin” niyetine atıfta bulunur.⁵⁹⁸ Nesnel yorum “yasa koyucunun iradesine” değil, bir yasanın amacına veya daha geniş bir bütün olarak hukuk sisteminin anlamına odaklanmaktadır.⁵⁹⁹ Öznel amaçsal yorum, bir kuralın en iyi anlamının, norm yapıcı tarafından kastedilen amaçlara ulaşmakla ortaya çıkarılacağı varsayımına dayanır. Nesnel amaçsal yorum, bir toplumun mevcut-güncel yarar ve ihtiyaçlarından kaynaklanır ve bir normun en iyi anlamının, normun uygulanması sırasında ilgili toplumun ihtiyaçlarına karşılık gelen amaçları içerdiğini ima eder.⁶⁰⁰ Açıktır ki, amaçsal yorumun öznel yönü, yasa koyucunun (niyetiyle) iradesiyle ilgilenirken; nesnel yönü, ilgili kuralı yaratıcılarının iradesinden ayrılmış, yasa koyucunun nesnel olarak yeniden inşa edebildiği rasyonel niyetini önemser. Öznel amaçsal yorum, güncel hedeflerden çok tarihsel hedeflere dayanırken; nesnel amaçsal yorum mahkemenin yorumunu tarihi hedeflerden ziyade güncel hedeflere dayandırmasına olanak tanır. Buna göre, hangi amaçların (öznel ve nesnel amaç) yorumlama sürecini yönettiği ve bu amaçları belirlerken hangi materyallerin (yasa, anayasa, uluslararası sözleşmeler, hukukun genel ilkeleri) kullanıldığı amaç denetiminin yoğunluğunu belirlediği gibi öngörülebilirlik de sağlar.

Danıştay’ın amaç denetiminde kullandığı tek veri, idari işleme sebep olan düzenleme (yasa/düzenleyici işlem) değildir. Ancak Danıştay çoğunlukla, sadece ilgili yasa/idari düzenlemeyi tek başına değerlendirerek kamu yararını kanıtlamayı seçmektedir. Burada asıl kaynak, yasadır. (Mülga) 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun⁶⁰¹ 7. maddesindeki “(v)azifelerinden ayrılan hâkim ve müddeiumumiler hizmet ettikleri

Argumentation in Law”, Pravni Vjesnik God 31 BR. 3-4, 2015, s. 28 vd.

⁵⁹⁸ Aharon BARAK, Purposive Interpretation in Law, Princeton University Press, Princeton 2005, s. 110.

⁵⁹⁹ Bkz. HARAŠIĆ, “More About Teleological Argumentation in Law”, s. 36.

⁶⁰⁰ Bkz. HARAŠIĆ, “More About Teleological Argumentation in Law”, s. 28.

⁶⁰¹ R.G. 14.07.1938-3959.

*mahkeme veya yerlerde, ayrılma tarihinden itibaren iki sene müddetle avukatlık etmekten memnurdurlar” düzenlemesi uyarınca icra memurları hakkında yapılan işlemleri denetleyen Danıştay,⁶⁰² yasanın amacının yargılama yetkisini haiz olarak görev yapan kişilerin görev yaptıkları mahkeme çevresinde görev almalarının önüne geçmek olduğunu tespit ederek icra memurlarının bu hükmün kapsamında olmadığı sonucuna varmıştır. Başka bir kararda da, “3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 inci maddesi vazifesinden ayrılan yargıç ve savcıların hizmet ettikleri mahkeme veya yerlerde ayrılma tarihinden itibaren 2 sene süreyle avukatlık yapamayacaklarını mutlak surette âmir olup bu ayrılma keyfiyetini ayrılmanın sebeplerinden birisini teşkil eden yalnız **istifa hususunda** inhisar ettirip taleben **emekliye ayrılmayı bu hüküm dışında bırakmaya maddenin mana ve medlulü müsait bulunmadığı(ndan)** (...) (ş)u durum karşısında **isteğiyle emekliye ayrılmış** olan davacı hakkında hizmet ettiği yerlerde 2 sene süre ile avukatlık yaptırılmamak suretiyle yapılan işlemlerde kanunsuzluk bulunmadığından dâvanın reddine (...) karar veril(miştir).”⁶⁰³ Danıştay, yasanın amacından hareketle istifa ve istek üzerine emekliye ayrılma arasında bir ayrım gözetmeden işlemin hukuka uygunluğunu denetlemiştir.*

Bu iki kararda da, sonuca (özel) amaçsal yorum yöntemiyle varılmıştır. Mahkeme, ikinci davada sisteme uygun yorum yöntemiyle (nesnel amaçsal yorum) yargı bağımsızlığı ilkesini kullanarak amaç denetimini anayasal açıdan destekleyebilirdi.⁶⁰⁴ Yine de, bu davada, yasa metninin tek başına amacı ortaya çıkarmada yeterli olduğu söylenebilir.

⁶⁰² Dan.5.D., 1943/428 E, 1943/1534 K, 19.07.1943, Kararlar Dergisi, S. 23, 1943, s. 40-41. Bkz. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, s. 320.

⁶⁰³ Dan.5.D., 1945/1791 E, 1946/245 K, 13.02.1946, **DKD**, S. 31, 1946, s. 34-35.

⁶⁰⁴ Anayasa Mahkemesi benzer nitelikteki bir davada, çalışma özgürlüğüünün (AY md. 48) yargı bağımsızlığıyla (AY md. 138) sınırlandırılabilirliğini kabul etmiş, ayrıca sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygunluğunu değerlendirmiştir. AYM, 2001/309 E, 2002/91 K, 15.10.2002, R.G. 12.12.2003-25314.

Yasa koyucunun iradesi, ilk bakışta öznel amaçsal yorumla ortaya çıkarılabilir görünür. Bununla birlikte, yasa koyucunun iradesine atıfta bulunmak sadece bir formalitedir, çünkü yasanın yorumcusu olarak yargıçlar norm yapıcının ne söylemek istediğini her zaman yasal bir normla belirleyemezler, ancak toplumun güncel ihtiyaçlarıyla ilgilenirler.⁶⁰⁵ Bir yasanın amacı, yasa yapıcının görüşüne göre güncellenmesi gereken hedefleri, değerleri, işlevi ve politikaları kapsar. Nesnel amaçsal yorum, yasanın sözüne aykırı görünse bile, yasanın nihai amacı olan ‘güncel’ kamu yararının ortaya çıkarılmasında işlevsel bir yöntemdir.

Danıştay’ın nesnel amaçsal yorumu başarıyla kullandığı dava örneklerinden bazıları, yasada açıkça yetki verilmeyen durumlarda idarece işlem tesis etmeye ilişkindir. Örneğin köyün yapması gereken zorunlu ve isteğe bağlı işler, 6250 sayılı Kanun’un 13-14. maddelerinde tek tek sayılmıştır. Danıştay, ilk derece mahkemesinin bu düzenlemeye dayanarak “dinlenme parkı” yapılmasının köyün görevleri arasında sayılmadığı yönünde verdiği kararına karşın, *“değişen ve gelişen koşullar karşısında köyün sosyal durumuna ve gereksinime göre dinlenme parkı yapılabileceğinin kabulü zorunludur”* değerlendirmesini yapmıştır.⁶⁰⁶ Danıştay, aynı yasa kuralının uygulandığı başka bir davada, yasada hayvanlar için sulama yeri yapılması amacıyla kamulaştırma yapılacağı belirtilmese de, köy halkının tarım ve hayvancılıkla uğraşacağının doğal olması ve *“çoğalan ve ortaya çıkan yeni ve zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması”* amacıyla kamulaştırma işleminin kamu yararına yönelik olduğuna karar vermiştir.⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ HARAŠIĆ, “More About Teleological Argumentation in Law”, s. 29.

⁶⁰⁶ Dan.6.D., 1986/1326 E, 1987/534 K, 12.05.1987, **DD**, S. 68-69, s. 441-42.

⁶⁰⁷ Danıştay, Köy Kanunu’nun 13. ve 14. maddesi ile tek tek sayılan işlerin sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığını ifade etmiştir: *“Köy Kanununda köye ait işler mecburi ve isteğe bağlı işler diye ikiye ayrılmakta, her gruptaki işler birer birer sayılmaktadır. Yalnız bu işler arasında köy sıvat yeri bulunmamaktadır. Kanunda köy sıvat yerinin sayılmamış olması bu işin yapılamıyacağı anlamını taşımaz. Zira mecburi ve isteğe bağlı işler diye belirtilen işler tahdidi ve tadadi nitelikte değil, köylüye ve köy idarelerine yol gösterici birer örnekten*

Başka bir davada, davacı Belediye'nin bir taşınmazı “kadın sosyal danışma merkezi” olarak kullanması amacıyla kamulaştırılmasına verilen izin, kadın sosyal danışma merkezi kurma görevinin 1580 sayılı Kanun’a göre belediyenin görevleri arasında sayılmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Danıştay, *“kadın sosyal danışma merkezi kurmak 1580 sayılı Belediye Kanunu’nda belediyenin görevleri arasında öngörülmemiş ise de, artan nüfusu, kentin konumu, sosyal durumu değişen ve gelişen koşullar doğrultusunda kentin ihtiyaçları göz önünde bulundurulduğunda, belediyelerce de kadın sosyal danışma merkezi kurabileceği ve bu amaçla kamulaştırma yoluna gidilebileceği sonucuna varılması doğru olacaktır”*⁶⁰⁸ demek suretiyle kararı hukuka uygun bulmuştur.

Bu davalarda Mahkeme, nesnel amaçsal yorumla yasanın rasyonel niyetini ortaya çıkarmıştır. Mahkeme'nin tespitine göre yasa koyucunun nesnel amacı, kamusal ihtiyaçların karşılanmasıdır. Dolayısıyla bu ihtiyaçları karşılamaya dönük işlemler, amaç (kamu yararı) yönünden hukuka uygundur.

Yargıçlar, nesnel amaçsal yorum yaparken amacı yeniden inşa ederler. Bu “yeni” amacın inşasında da somut toplumsal ihtiyaçların yanı sıra, genellikle nesnel hukuk düzenine ve hukukun genel ilkelerine⁶⁰⁹ ait olduğu düşünülen değerleri dikkate alırlar.⁶¹⁰

ibarettir.” DİBK, 1972/7 E, 1975/16 K, 19.12.1975, Kazancı.

⁶⁰⁸ Dan.6.D., 1997/3697 E, 1998/2219, 24.04.1998, DD, S. 98, s. 335.

⁶⁰⁹ Medeni Kanun’un 1. maddesinde yer alan “kanunun özü” ve Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen “kanunun ruhu” kavramlarından anlaşılması gereken, normun dayandığı temel ilkeler ve bundan yola çıkılarak ulaşılan hukukun temel ilkeleridir. Kemal GÖZLER, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Ekin Kitabevi Yay., Bursa 1999, s. 219-235. Amaçsal yorum ile bir anlamda hukuk kuralının, sözel içeriğinin hukukun genel ilkeleri çerçevesinde yorumlanarak uyarlanması, yasa hükmünün içeriğinin hukukun genel ilkeleri yararına yeniden biçimlendirilmesi söz konusudur. ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 38.

⁶¹⁰ MacCORMICK, D. Neil/Robert S. SUMMERS, “Interpretation and Justification”, in Interpreting Statutes A Comparative Study, Ed. D. Neil MacCormick/Robert S. Summers, Aldershot: Dartmouth Applied Legal Philosophy Series, 1991, s. 522–525.

Yasaların yorumunda teleolojik-amaçsal kanıtlama araçlarından biri olan *sisteme uygun*⁶¹¹ ya da *sistematiik yorum*⁶¹² sayılan değerleri, amaç denetimine katar. Bu bağlamda yalnızca ilgili yasal düzenlemeye odaklanan amaçsal kanıtlama değil, sisteme uygun bir amaçsal kanıtlama, yasaya dayanan işlemi nesnel bir temele çekme hedefini gerçekleştirmeyi sağlar.

Danıştay'ın nesnel amaçsal yorum yaptığı karar örnekleri, çoğunlukla anayasaya uygunluk denetimini içeren davalarda bulunabilir. Danıştay, yasanın amacını ve yasanın açıkça düzenlemediği bir konunun uygulanma imkânını ortaya koyarken Anayasa'yı esas alarak amacı ortaya çıkarmaktadır. Davada kullanılan hüküm, belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda %10'nun üzerinde pay sahibi olanların "Devlet'ten, diğer kamu

⁶¹¹ "Sisteme uygun yorum, sistematiik yorumdan farklı olarak, aynı normatif hiyerarşi ve bütündeki normların uyumlu yorumunu değil, farklı normatif bağlamların ya da bu bağlamlara ilişkin bakış açılarının uyumlu yorumunu ya da yorumda esas alınmasını ifade eder. Sisteme uygun yorum başlığı altında toplanan türler 'anayasaya uygun yorum', 'uluslararası hukuka uygun yorum', 'karşılaştırmalı hukuka uygun yorum', 'hukuk dogmatigine (öğretisine) uygun yorum' ve AB'ye üye devletler bakımından 'Avrupa Birliği Hukukuna uygun yorum' olarak sıralanabilir." ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu...", s. 122.

⁶¹² Sistematiik yorum yöntemi idare hukukunda, yasa düzleminde, ilgili yasa kuralının düzenlendiği yer, başlık, bağlantılı maddeler ve olaya uygulanacak diğer yasa maddeleri arasındaki bağlantılı yönünden değerlendirilmesidir. Ancak idari yargı denetiminde kullanılan düzenleyici işlemlerin yasaya; yasa normunun da Anayasa'ya uygunluk açısından değerlendirilmesi de, Anayasa ve diğer üst hukuk normları hukuka uygunluk denetiminde doğrudan kullanılması (ilgili mevzuat olması) sebebiyle sistematiik yorum olarak ifade edilebilir. Dan.13.D., 2016/3107 E, 2017/623 K, 13.03.2017: "*Kanun maddelerinde yer alan düzenlemelerin tek başına değil, **kanunun tümü göz önünde tutularak yorumlanması gerektiğinden**, bir kuralın anlamının, kuralın kanunda yer aldığı kısım ve bölümler, diğer kurallarla ilişkisi, kanunun plan ve sistematiği içerisindeki konumu dikkate alınarak belirlenmesi ve aynı zamanda Kanun maddelerinin sadece lafzına dayanılarak yorumlanması hâlinde Kanun'un amacına aykırı bir sonuç doğması mümkün olduğundan **amaçsal yorum** yapılarak, **düzenlemenin amacına ya da kanunun çıkarılış nedenine göre ilgili mevzuatın bir bütün olarak yorumlanması gerekmektedir.***"

tüzel kişilerinden ve bunların doğrudan veya dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıklar”dan herhangi bir taahhüt işini kabul edemeyeceklerini düzenlemekteydi. Dava konusu olan ise, bir radyo ve televizyon kuruluşunda pay oranlarının toplamı %10’dan fazla olan bir şirkete, başka bir anlatımla holding biçimindeki örgütlenmelere bu düzenlemenin uygulanıp uygulanmayacağıydı. Sorunun çözümünde Danıştay, yasanın amacını belirlerken *basın, tekelleşme, demokratik toplum düzeni, girişim özgürlüğü ve Anayasa’nın 13. maddesi* gibi anayasal dayanakları kullanmıştır.⁶¹³ Söz konusu amaç, görsel ve işitsel basının kitleleri etkileme gücü karşısında tekelleşmenin ve basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasının engellenmesi, eşitliğin ve kamu ihalelerinde rekabetin sağlanmasıdır. Danıştay, anayasal amaçları dikkate alarak yasanın öngördüğü yasağın holdingler için uygulanmasını, haklı görmüştür.

Diğer bir örnekte Danıştay, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun “(r)uhsatnameler ve avukat kimlikleri Türkiye Barolar Birliği tarafından tek tip olarak bastırılır ve düzenlenir” hükmüne (md. 9/4) dayanarak çıkarılan yönetmelikteki “avukatın başı açık ve erkek avukatların kravatlı olarak çekilmiş (...) cübbeli fotoğrafı” ile duruşmalara katılma koşulunu değerlendirirken “Avukatlık Kanunu’nda ruhsatnamelerde kullanılacak fotoğraflara ilişkin bir belirleme yapılmamış, ancak Kanun’da ruhsatnamelerin tek tip olarak bastırılıp düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Tek tiplilik kavramından hareketle ruhsatnamelerde bayanlar tarafından kullanılacak fotoğraflarda başın açık olacağına yönelik düzenlemeler yapılmasının Kanun’un amacını aşan bir uygulama olacağı açıktır. (...) Bir düzenleyici işlemin hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu üst hukuk normlarında düzenlenen konuları, genel ve objektif kuralları açıkça içermesi gerekmektedir. Üst hukuk normlarında açık bir düzenlemeye yer verilmediği durumlarda bir hakkın kullanımının engellenmesi ya da kısıtlanması sonucunu doğuran bir başka

⁶¹³ DİBK, 2001/1 E, 2001/4 K, 10.04.2001.

düzenleme yapılması hukuken mümkün”⁶¹⁴ olmadığını, düzenlemenin yasaya uygunluğunu yalnızca yasanın amacından değil sistematik yorumla üst hukuk normlarının amacından çıkarmıştır. Danıştay kararda, “tek tip” avukat kimliği ve ruhsat koşulunun yasanın amacıyla ilişkisi hakkında herhangi bir belirleme yapmamış,⁶¹⁵ Anayasa’nın 13, 24, 48 ve 90. maddeleri ile AHİS md. 9 ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 18 ışığında yasanın amacını yorumlamıştır.

Bazı davalarda Danıştay, daha bütünsel bir yaklaşımla, hem düzenlemenin amacını hem de anayasal amaçları dikkate alarak amacı saptayabilmektedir:

*“(D)avacının gizli ve etraflıca yapılacak inceleme ile elde edilebilecek müspet delillerle genel kadın vasıflarını haiz olduğu ortaya çıkarılırsa öncelikle kendisini fuhşa sürükleyen sebepler komisyonca araştırılıp tekrar namuslu bir hayata dönmesini sağlayacak tedbirler düşünülerek, sağlanacak tedbirlerin fayda vermediği hallerde, hakkında 21 inci maddedeki şartlar varsa komisyonca genel kadın olarak tesciline karar verilmesi, ayrıca **Tüzüğün amacı göz önüne alındığında idarenin üzerine düşen görevini yerine getirmesi** gerekirken, genelevlerin mevcut fiziki durumu dikkate alındığında genel kadın sayısının artışının uygun olmayacağından bahisle, davacı hakkında **Tüzükte öngörülen gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan, çalışma hürriyetini sınırlandıracak mahiyette, davacıyı yasadışı yollardan fuhuş yapmaya zorlayan, dolayısıyla zührevi hastalıkların yayılmasının engellenmesi amacına aykırı** olarak davacının genel kadın olarak çalışma izni talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”*⁶¹⁶

Bu davada, çalışma özgürlüğünün korunması yasanın amacına sistematik bir bakış açısıyla dahil edilmiş ve çalışma özgürlüğünü sınırlandıran tüzük maddesi “anayasal normatif bağlam” içinde değerlendirilmiştir. Kararda çalışma özgürlüğünün yasayla

⁶¹⁴ Dan.8.D., 2012/11333 E, 16.07.2013, YD, Legalbank.

⁶¹⁵ Dan.8.D., 2012/5257 E, 2014/8567, 12.11.2014. Çevrim içi <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/2015/20150706171524083.pdf>

⁶¹⁶ DİDDK, 2015/ 350 E, 2016/225 K, 11.02.2016. Kazancı.

sınırlanması gereği de (AY md. 13) belirtilmiş, ancak iptal gerekçesi yasaya dayanma/dayanmama temeline dayandırılmamıştır. Çalışma hakkının korunması, yasanın amacı değildir, ancak yasanın amacına aykırı davranmak çalışma hakkı ihlaliyle sonuçlanabilir. Bu sonucun da kamu yararına uygun olduğu kabul edilemez.

Dava örneklerinde gösterilen yasal-anayasal ilkelerin yanı sıra kamu hizmeti ilkelerinin bazıları, örneğin değişkenlik ilkesi, kamu hizmetinin güncel gereklerini dikkate alması bakımından nesnel amaçsal yorumu gerektirir. Kamu yararı ölçütünün kullanıldığı davalarda da, kamu hizmetinin gerekleri ve görevin gerektirdiği nitelikler çoğu zaman güncel ihtiyaçlar dikkate alınarak belirlendiğinden, nesnel amaçsal yorumun kullanıldığı açıkça söylenebilir.

Yasa koyucunun öznel amacı karşısında inşa edilen yeni amaç temel alındığında, yasa koyucunun iradesinin yerini mahkemenin iradesinin aldığı, yani yoğun bir denetim yapıldığı itirazı yapılabilir. Ancak yargıcın hukuk yaratma yetkisi belirli sınırlamalara tabi olmakla birlikte, yorum hukuk yaratmadan farklı olarak geçerli-mevcut bir hukuk normunun mevcut hukuka göre uygulanabilirliğini sağlamak için yapılmaktadır. Yorum için sınır, normun kendisi ve bütün olarak hukuk sistemidir. Her kural, belirli bir amaca hizmet eder.⁶¹⁷ Dolayısıyla yasaların yorumlanmasında amaçsal yorum kaçınılmazdır. Bu kaçınılmazlık, yasa uygulayıcıları için kuralda öngörülen takdir yetkisinden kaynaklanır.⁶¹⁸ Takdir, zorunlu olarak yorumu gerektirir.

III. MADDİ DENETİM ÖLÇÜTLERİ

A. İctihadi Ölçütler

Her hukuk sisteminde mahkemelerin yargı denetiminin kapsamını genişletme eğiliminin sebepleri aşağı yukarı aynıdır. Temel amaç, idari takdirin sınırlandırılmasıdır.

⁶¹⁷ Bilge ÖZTAN, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitapevi, Ankara 2003, s. 129.

⁶¹⁸ Adnan GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2019, s. 54

Bu, her hukuk sisteminde farklı yöntem ve analizlerle yapılsa da oluşan maddi denetim ilkeleri, idari takdirin denetiminde çok güçlü bir yargısal denetim aracına dönüşmüştür. Tamamı içtihatlarla geliştirilen ve hukukun genel ilkesi olma özelliği taşıyan makul olma,⁶¹⁹ açık hata, ölçülülük ve kamu yararı ilkeleri kararın esasını farklı şekillerde de olsa ele almaktadır.⁶²⁰ Sorunun özü, davaların gruplandırılabilceği başlıklar ne olursa olsun, takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığının yargısal denetime tabi tutulmasını sağlamaktır.⁶²¹ Türk idari yargı sisteminde bu amacı gerçekleştirmeye yardımcı olan ilke, kamu yararadır. Kamu yararı, bir çok maddi denetim ilkesini içeren

⁶¹⁹ Makul olma ilkesi, İngiliz hukukunda idarenin takdir yetkisini kullanırken “*hiçbir (reasonable) makul ya da mantıklı karar vericinin vermeyeceği kadar mantıksız (unreasonable) bir karar ver(il)mesi*” şeklinde formüle edilmiş; yasaya aykırılık, irrasyonellik ve usule aykırılık hatalarının tamamının denetimi içeren idari kararın rasyonelliğine ilişkin bir denetim ölçütüdür. (Bkz. Associated Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223, 228-231, 233-234) *Makul olma* denetimi, davayla ilgili bütün hususların-verilen değerlendirilmesi ve dengelenmesi; aynı zamanda amaç ve amaca uygunluk (purpose/relevancy) ilgili ve onu aşan bir yargısal denetim anlamında da kullanılır. (bkz. Paul CRAIG, “The Nature of Reasonableness Review”, Current Legal Problems, V. 66, N. 1, 2013, s. 135, 143.) Mahkeme, işlemde neden ve konu arasında rasyonel bir ilişki olup olmadığını, karar vericinin gerçekleştirmeyi amaçladığı hedefleri göz önüne alarak değerlendirir. (Veena SRIRANGAM, “A Difference in Kind Proportionately and Wednesbury”, IALS Student Law Review, V. 4, N. 1, 2016, s. 56.) Bazı kararlarda, makul olma mantık (logic) olarak kabul edilmektedir. (Giacinto della CANANEA, “Reasonableness in Administrative Law”, in Reasonableness and Law, Law and Philosophy Library 86, Ed. Giorgio Bongiovanni/Giovanni Sartor/Chiara Valentini, Italy, Springer, s. 298.) “Makul” terimi bu nedenle, bir çok denetim standardını içeren bir “çatı kavram” olarak görülebilir. (BARNETT, Constitutional&Administrative Law, s. 870.) Makul olma ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Züleyha KESKİN, “İngiliz Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Denetim Ölçütü: Wednesbury Unreasonableness”, in Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, C. II, Atılım Üniversitesi, Ankara 2020, s. 751-778.

⁶²⁰ Florian BECKER, “The Development of German Administrative Law”, George MASON Law Review, V. 24, 2017, s. 468.

⁶²¹ Bkz. BARNETT, Constitutional&Administrative Law, s. 883.

çatı bir kavramdır. Kamu yararının bu anlamda farklı hukuk sistemlerindeki ve farklı yoğunluklarda uygulanan diğer maddi içtihadi denetim ilkeleriyle de benzerlikler gösterir.⁶²²

1. Kamu Yararı ve Hizmet Gerekleri ⁶²³

Türkiye’de idari işlemin yargısal denetiminde yargıç yetkileri bağlamında kayda değer bir genişleme olmasa da kamu yararı ölçütü, denetimin etkinleştirilmesinde önemli bir yere sahiptir. Geniş takdir yetkisini sınırlamak amacıyla kullanılan bu ölçüt, denetimde hukukun genel ilkesi⁶²⁴ olarak işlev görmektedir.

⁶²² Farklı yargı sistemlerindeki *makul olma*, *açık hata* ve *ölçülülük* testleri birçok yönden birbirine yakın testler olmakla birlikte denetim yoğunluğu bakımından bazı farklara sahiptirler. Kamu yararı ölçütü de makul olma ölçütü gibi, mantıksal bir ölçü normdur, ayrıca ölçülülük ölçütünün alt ilkelerini (özellikle dengeleme) barındırır. Ancak makul olma ve açık hata testleri sınırlı bir denetim olduğu; ölçülülük ilkesinin ise daha “yoğun” bir denetim gerekçesi olduğu kabul edilir. Ayrıca ölçülülük testi, önceden belirlenmiş üç aşamayı içerdiğinden (elverişlilik, gereklilik ve orantılılık) daha açık ve analitik bir çerçeve sağladığı kabul edilmektedir. Bkz. Yossi NEHUSHTAN, “The Non-Identical Twins in UK Public Law: Reasonableness and Proportionality”, *Israel Law Review*, V. 50, N. 1, 2017, s. 85; SINGH, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, s. 163.

⁶²³ Bu başlık kamu yararı ölçütünün somut örnekler üzerinden yargısal denetimde nasıl kullanıldığını ve denetimi nasıl derinleştirdiğini göstermeyi amaçlar. Kamu yararı gibi geniş içerikli bir kavrama açıklık getirme ve anlamını bulma amacında değildir. Amaç, kamu yararının yargılama usulündeki teknik-ilkesel karşılığını bulmaya çalışmaktır. Kamu yararı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cemil KAYA, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı*, XII Levha Yay., 1. B., İstanbul 2011; ÇAKMAK, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*; Tekin AKILLIOĞLU, “Kamu Yararı Üzerine Düşünceler”, *İHİD*, Y. 1988, C. 9, S. 1, s. 11-22.

⁶²⁴ “(K)amu yararının gerektirdiği hallerde, idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğu hukukun genel ilkelerindendir.” DDDK, 1968/709 E, 1972/364 K, 28.04.1972, **DD**, S. 8, 1973, s. 111. Ayrıca bkz. İl Han ÖZAY, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikler”, *AYD*, S. 19, 2002, s. 276.

İdari yargı denetiminde, idari işlemlerin genel amacı hizmet gerekleri ve kamu yararı sınırlandırılarak,⁶²⁵ genellikle, nesnelleştirilmiş hukuka aykırılık halleri dışındaki durumlar denetlenmektedir.⁶²⁶ Amaç unsuru, tüm kamusal işlemlerin kamu yararını gerçekleştirmek biçiminde tek bir amacı olduğu varsayımına dayanır. Bu varsayım, kamu yararı kavramını salt kişisel,⁶²⁷ siyasal ve ekonomik çıkarların karşısı; toplumun tüm

⁶²⁵ Danıştay kararlarında, idarenin takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığını belirttiğinden sonra bu yetkinin kamu yararı ve kamu hizmeti gereklerine uygun olarak kullanılmasının zorunlu olduğu vurgusuna sıkça yer vermektedir. Bkz. Dan.5.D., 1992/5775 E, 1993/3756 K, 13.10.1993, **DD**, S. 89, s. 243. DDDK, 1978/987 E, 1979/581 K, 21.12.1979, **DD**, S. 38-39, s. 112; DDDK, 1978/927 E, 1979/400 K, 09.11.1979, **DD**, S. 38-39, s. 123.

⁶²⁶ İYUK md. 2’de nesnelleştirilen hukuka aykırılık hallerinden biri amaca aykırılıktır.

⁶²⁷ Dava konusu olmuş bir olayda köy ihtiyar heyeti, bir köylüye ait bulunan değirmeni, değirmenin üst kısmında bulunan bazı köylülerin tarlalarının sulanabilmesi amacıyla kamulaştırmıştır. Değirmenin sahibi köylünün açmış bulunduğu davada Danıştay, bu şahsı haklı bularak kamulaştırma işlemini iptal etmiştir. Danıştay kararında yer alan ifade şu şekildedir; *"Köy istimlakleri, ancak köy şahsiyeti maneviyelerini alâkadar ve umumi menfaate taallük eden hususlara ait olmak ve Köy Kanunu'nun 44. maddesinin 2. fıkrasında tatad edilen mektep, cami ve hamam gibi veya buna mümasil hallere münhasır bulunmak lâzım gelmesine binaen değirmenin üst kısmında bulunan bazı köylülere ait tarlaları sulamak maksadiyle ve istisnai bir kaide olan istimlak hükümlerini tevsian tatbik suretiyle yapılan muamelede kanunun maksat ve ruhuna tevafuk görülmedikinden yapılan muamelenin bozulmasına... karar verildi."* Burada köy ihtiyar heyeti, kamulaştırma hükümlerini, üçüncü kişilerin menfaatlerini tatmin amacıyla kullanmıştır. Bkz. Dan.6.D., 1952/783 E, 1953/926 K, 22.05.1953.

Aynı yöntemin Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendiğini söyleyebiliriz. Mahkeme, spor alanı amacıyla yapılan ilk kamulaştırma işleminin kamu yararı götüğü ve fakat yedi ay sonra yapılan imar plan tadiliye imar durumunun ticari alana çevrilip taşınmazın üçüncü özel hukuk kişilerine satılmasında kamu yararı bulunmadığı sonucuna varmıştır. AYM, *Nusrat Külâh Başvurusu*, 2013/6151, 21.04.2016, § 51-69. Mahkeme bu kararda, genellikle davaya bakan mahkemeye bıraktığı kamu yararı tespitini kendisi yapmıştır.

üyelerinin çıkarına dayandırır.⁶²⁸ Bu ortak çıkar, bazen idarenin,⁶²⁹ devletin,⁶³⁰ milletin⁶³¹ ve toplumun yararı⁶³² olarak yorumlanmaktadır. Buradan yola çıkarak kamu yararının bireysel yararların üstünde ve toplamı olarak ele alınmadığı, tek bir yararı ifade etmediği ve nesnel bir içeriğe sahip olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla kamu yararı argümanı, bireysel yararlarla çatışma halinde bulunabileceği gibi bireysel hakların korunmasına hizmet eden bir biçimde yorumlanabilir. Bu haliyle kamu yararı kavramı, belirlenebilir bir ölçüt olmaktan uzaktır. Ayrıca bu yorum, kamu yararının ileri değerlendirme aşamaları için söz konusudur.⁶³³

⁶²⁸ DDDK, 1978/947 E, 1979/410 K, 23.11.1979, **DD**, 1980, S. 38-39, s. 142; Dan.11 .D., 2005/2927 E, 2006/1625 K, 04.04.2006, **DD**, S. 113, 2006, s. 355; Dan.6.D. 2009/10109 E, 2011/3784 K, 18.10.2011; AYM, 1999/46 E, 2000/25 K, 20.09.2000, R.G. 04.10.2002-24896.

⁶²⁹ Bkz. Dan.1.D., 2003/44 E, 2003/49 K, 18.04.2003, **DD**, S. 5, 2004, s. 20; Dan.4.D., 1989/958 E, 1989/3214 K, 21.09.1989, **DD**, S. 78-79, s. 180.

⁶³⁰ Bkz. Dan.11.D., 1972/365 E, 1972/2804 K, 06.11.1972, **DD**, 1973, S. 11, s. 373-375; Dan.5.D., 1986/1394E, 1987/1740K, 09.12.1987, **DD**, S. 70-71, 1988, s. 288-289. Özellikle hükümet tarasaruflarının söz konusu olduğu davalarda *devletin yüksek yararı* şeklinde telaffuz edilir. Dan.2.D., 1934/342183 E, 19.11.1936, **DMK**, 1938, s. 5.

⁶³¹ Dan.13.D., 2005/7666 E, 2007/3376 K, 22.05.2007; Dan.4.D., 2009/8580 E, 2010/1336 K, 17.03.2010, S. 124, s. 2009.

⁶³² AYM, 2008/88 E, 2011/85 K, 02.06.2011 R.G. 21.10.2011-28091. Anayasa 35. maddesinde mülkiyet hakkının kullanılmasının *toplum yararını* aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Anayasa'da toplum yararı, mülkiyet hakkının kapsamını oluşturan yetkilerin kullanma amacını saptayan bir ölçü olarak kullanılmakta iken, kamu yararı mülkiyet hakkının sınırlarının kabul edilmesinde ve hakkın özüne müdahalede bir ölçü olarak kullanılmaktadır. AYM, 2004/68 E, 2005/104 K, 23.12.2005, R.G. 21.09.2006-26296.

⁶³³ İdari yargı denetimi, temel hak ve özgürlükler temelinde yapıldığında kamu yararı ve hizmet gerekleri, temel haklar karşısında genellikle ayrı bir denetim ölçütü olarak değil, ancak işlemin anayasal ölçütlere aykırı olmasının haklı nedeni-karşıt ağırlığı oluşturan bir nedende denge unsuru olarak işlev görür. Bkz. Dan.12.D., 2004/4382 E, 2006/539 K, 22.02.2006, **DD**, S. 113, 2006, s. 364-368; Dan.5.D., 1986/848 E, 1986/1011 K, 13.10.1986, **DD**, 66-67, s. 256-257; Dan.5.D., 1997/1325 E, 2000/1470 K, 09.05.2000, **DD**, 105, 2003, s. 276; DİDDK, 2015/1153 E, YD, 09.11.2015, DBB; Dan.8.D., 1978/344 E, 1979/607 K, 12.20.1979, **DD**, 36-37, 1980, s. 453.

Burada kamu yararı ölçütü, spesifik olarak amaç denetimine denk gelse de, işlemin neden ve konu unsurları denetimin ayrılmaz parçasını oluşturur. Bu yönüyle kamu yararı denetimi, bu üç unsurun uyumunu hedef alır. Bu soyut argümanın içeriği başarılı bir şekilde; geleneksel denetim yöntemi (unsurlu denetimi) ve Anayasa,⁶³⁴ yasa,⁶³⁵ hukukun genel ilkeleri,⁶³⁶ görevin gerektirdiği nitelikler, kamu hizmetinin gerekleri, ihtiyaç, kariyer ve liyakat ilkeleri, bilanço ilkesi vb. idare ve anayasa hukukunun değer ilkeleriyle⁶³⁷ doldurularak nesnel bir çerçeveye oturtulmuştur. Bu anlamıyla, kamu yararının hukuk devletinin nesnellik koşulunu gerçekleştiren bir unsura⁶³⁸ dönüştüğü söylenebilir. Ayrıca sebebin daima hukuki veya fiilî olgulardan oluşmakla denetlenebilir olması kamu yararına nesnel bir anlam verir.⁶³⁹ Bu bakımdan kamu yararı ve hizmet gerekleri, amaç unsuruna dayanan denetimden daha geniş bir denetimdir.⁶⁴⁰ İçtihadi bir denetim ilkesi olarak kamu yararı, idari işlemin öznel amaç

⁶³⁴ Bkz. Dan.5.D., 2002/5415 E, 2005/5092 K, 10.11.2005, Kazancı.

⁶³⁵ Bkz. Dan.6.D., 1991/749 E, 1991/2306 K, 06.11.1991, **DD**, S. 84-85, 1992, s. 419; DİDDK, 2009/901 E, 2010/903 K, 29.04.2010, **DD**, S. 125, 2010, s. 46.

⁶³⁶ Hukuk devletine hâkim ilkeler; *eşitlik, belirlilik, öngörülebilirlik, sosyal devlet, ölçülülük* ilkelerine uygunluk kamu yararına uygunluktur. Sayılan gerekçelere göre sırayla bkz. DİDDK, 2005/270 E, 2008/1286 K, 17.04.2008, **DD**, S. 120, 2009, s. 29; Dan.8.D., 2008/1088 E, 2009/8114 K, 25.12.2009, **DD**, S. 123, 2010, s. 306; Dan.2.D., 2005/621 E, 2007/4361 K, 14.11.2007, **DD**, 2008, S. 118, s. 133; DİDDK, 2015/1153 E, YD, 09.11.2015, DBB.

⁶³⁷ Bkz. Dan.10.D., 1985/1885 E, 1986/2093 K, 18.11.1986, **DD**, Y. 17, S. 60-67, 1987, s. 425; Dan.8.D., 1975/1993 E, 1976/642 K, 02.03.1976. Aktaran Zuhale BEREKET, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yay., Ankara 1996, s. 164.

⁶³⁸ ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 120.

⁶³⁹ Bkz. İlhan ÖZAY, Günışığında Yönetim, 3. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 455.

⁶⁴⁰ Nitekim kamu yararı hizmet gereklerine aykırı işlem, hem sebep hem maksat yönünden hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bkz. DİDDK, 2014/3376 E, 2015/4203 K, 18.11.2015. Dan.12.D., 1995/7836 E, 1997/846 K, 08.04.1997, DBB. DİDDK, 2009/110 E, 2013/1655 K, 29.04.2013; Dan.5.D., 2013/1645 E, 2014/7583 K, 07.11.2014; Dan.5.D., 16.05.2016, E. 2016/1851 YD; Dan.5.D., 2003/2263 E, 2005/3187 K, 21.06.2005; Dan.2.D., 2015/7565 E, 2017/7407 K, 28.11.2017; DİDDK, 2014/3376 E, 2015/4203 K, 18.11.2015. Danıştay'ın

unsurunun dışında, kamu hizmetinin maddi unsuru olarak⁶⁴¹ (görevin gerektirdiği nitelikler-kamu hizmetinin gerekleri) ve bir dengeleme (bilanço-üstün kamu yararı) ilkesi olarak işlev görmektedir. Bu sebeple, kamu yararı ilkesi burada, anayasal denetim ölçütlerini kapsayan ya da bu denetimlere denk gelen bir denetim ölçütü olarak değil, sadece diğer denetim ölçütlerinden farklılaşan ve içtihadi niteliğini ortaya çıkaran yönüyle somut örnekler üzerinden ele alınmıştır.

a. Nesnel Amaç Unsuru Olarak Kamu Yararı ve Hizmet Gerekleri

aa. Kamu Hizmetinin Maddi Niteliğine İlişkin Kamu Yararı İlkeleri

i. Görevin Gerektirdiği Nitelikler

Kamu görevlileriyle ilgili idari davalarda kamu yararı ve hizmet gerekleri, “görevin gerektirdiği nitelikler”le⁶⁴² belirlenir.⁶⁴³ Danıştay, görevin gerektirdiği

iptali istenen idari işleme sebep olarak herhangi bir hususun gösterilmemesi halinde, ilgili idari işlemi yalnızca amaç unsuru yönünden hukuka aykırılık sebebiyle iptal ettiği kararları da bulunmaktadır. Bkz. Dan.5.D., 1975/3756 E, 1975/8053 K, 08.12.1975, AİD, C. 9, S. 2, 1976, s. 117-18.

⁶⁴¹ Danıştay, kamu yararını kamu kurumlarının sunduğu hizmetlere özgülemiş değildir. Örneğin, kamuya yararlı dernekler, kamu yararını sağlama amacının doğal bir parçası olarak değerlendirmektedir. Dan.6.D., 2004/5140 E, 2004/6795 K, 21.10.2004, DBB.

⁶⁴² Anayasa Mahkemesi, “görevin gerektirdiği nitelikler” kavramını ödev-nitelik ilişkisi bağlamında şu şekilde ifade etmiştir: “...Buna göre, **o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o görev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi bir biçimde yerine getirilmiş olmayacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir. Bu nedenle bir kamu hizmetine alınacaklarla ilgili yasal niteliklerle kısıtlamalar düzenlenirken, doğrudan doğruya, o hizmetin gereklerinin göz önünde tutulması, başka bir anlatımla nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uyan nesnel ve zorunlu bir neden sonuç ilişkisinin kurulması gereklidir.**” AYM, 1979/19 E, 1979/39 K, 09.10.1979, R.G. 16.01.1980-16871. Aynı yönde bkz. Dan.8.D., 2006/692 K, 2004/4680 E, 22.02.2006, DBB.

⁶⁴³ Kamu hizmetinin gereklerine uygun davranma, Anayasa Mahkemesi’ne göre kamu yararı

nitelikleri; idareye yasayla verilen yükümlülükler, hizmete duyulan ihtiyaç, ihtiyacı karşılamaya uygun araç ve idare hukuku ilkeleri çerçevesinde belirler. Kamu idaresinin personel durumu ve kamu personelinin ilgili kamu hizmeti alanında uzmanlığı ve yeterliliği, kadro durumu, hizmetin niteliğine uygunluğu, geçmiş hizmetleri ve görevindeki başarıları (kariyer ve liyakat ilkesi) davalarda öne çıkan somutlaştırma gerekçeleridir.⁶⁴⁴

Sayılan gerekçeler, farklı kombinasyonlarla ya da tek başlarına kamu yararı ve hizmet gereklerinin tespit edilmesini sağlar. Örneğin Danıştay, idari ve mali işlerle ilgili 5 yıllık mesleki deneyim şartını taşımayan ve hatta bu konuda hiç deneyimi bulunmayan davacının, il sağlık müdür yardımcılığı görevine atanması yolundaki işlemi, *kariyer ve liyakat* ilkelerine aykırılık sebebiyle “*kamu yararı ve sağlık hizmetlerinin gereklerine*” uygun bulmamıştır.⁶⁴⁵ Başka bir davada Danıştay, teftiş kurulunda başmüfettiş olarak görev yapan davacının “*belirsiz teftiş ve denetim hizmetlerine uygunluk göstermeyen uzmanlık alanı dışındaki*” bir konuyla görevlendirilmesi işleminde, “*kamu yararı ve hizmet gereği*” yönünden hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir.⁶⁴⁶ Kariyer ve liyakat ilkeleri, göz önüne alınmadan verilen kararlar, hizmet gereklerine aykırı kabul

gereğidir. Bkz. AYM, 1976/38 E, 1976/46 K, 12.10.1976, R.G. 20.01.1977-15825. Anayasa’da kamu hizmetlerine girme hakkını düzenleyen 70. maddenin 2. fıkrasındaki “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” düzenlemesi bu hakkın pozitifleşmiş bir öz güvencesini oluşturmaktadır. Böylece, yasama ve idari makamlar için bu konudaki takdir yetkisinin dış sınırı da çizilmektedir. Bkz. ODER, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, s. 138.

⁶⁴⁴ “*Kurumlararası nakil işleminde idareye tanınan takdir yetkisinin, kamu yararı ve hizmet gerekleri nedenlerine dayanılarak kullanılması gerekirken, davacının isteminin ihtiyaç, kadro ve önceki hizmetin niteliğine göre uygunluğu incelenmeden prensip kararı öne sürülerek reddedilmesi hukuka aykırıdır.*” Dan.5.D., 1191/4248 E, 1995/586 K, 07.02.1995; Dan.6.D., 1996/5477 E, 1997/2312 K, 13.05.1997, Kazancı.

⁶⁴⁵ Dan.5.D., 2004/3658 E, 2004/5187 K, 10.12.2004, Kazancı.

⁶⁴⁶ Dan.2.D., 2004/1631 E, 2005/2474 K, 11.07.2005, Kazancı.

edilmektedir.⁶⁴⁷

Kamusal ihtiyaç da kamu görevlisinin niteliklerinin değerlendirilmesinde bir ölçüttür. Örneğin Danıştay, “11.1.2002 tarihinden 4.11.2002 tarihine kadar 11 aylık sürede İl Sağlık Müdür Yardımcılığı görevlerine 87 adet atama yapıldığı halde, 3 Kasım 2002 Milletvekili Genel Seçimlerinden hemen sonra, 4.11.2002-19.11.2002 tarihleri arasında ve İl Sağlık Müdür Yardımcılıkları görevlerine **acil atamayı gerektirecek somut bir nedenin varlığı da ortaya konulmadan**, davacıyla birlikte 41 İl Sağlık Müdür Yardımcılığı kadrosuna yapılan atamanın kamu yararı ve hizmet gerekleriyle bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır.... **kariyer ve liyakat ilkeleri gözardı edilerek**, ...yapılan atama(da)”⁶⁴⁸ ve “...davacının Hariciye Mütahassıslığı yanında **iyi bir operatör olması ve mesaisine Zonguldak bölgesinde ihtiyaç duyulacağının** müfettiş raporunda açıklanmış olması karşısında hastane niteliğindeki bir sağlık kuruluşundan ameliyat yapamayacağı bir dispansere nakledilmesinde”⁶⁴⁹ kamu yararı ve hizmet gereklerine uygunluk görmemiştir.

Bu kararlarda görüldüğü gibi kamu yararı ve hizmet gerekleri denetimi, hem kamu hizmetine duyulan ihtiyacı hem de bu ihtiyacı karşılamak için seçilen kamu görevlisinin niteliklerini değerlendirmeyi içerir. Bu değerlendirme, sebep unsuru üzerinde yoğunlaşmaktadır ve ölçülülük ilkesinin alt unsurları olan elverişlilik ve gereklilik değerlendirmesine benzer bir işleve sahiptir. Bu yönüyle kamu yararı denetiminin ölçülülük denetimine yakın bir denetim olduğu söylenebilir. Ancak ölçülülük denetimi kadar yoğun bir denetim değildir.⁶⁵⁰ Bu önermeyi destekleyen bir Danıştay kararında

⁶⁴⁷ Dan.5.D., 1996/976 E, 1999/1655 K, 21.05.1999, Kazancı. Hizmet gereklerine aykırılık, bir çok davada *açık hata* olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Dan.5.D., 1987/219 E, 1987/461 K, 24.03.1987, Kazancı.

⁶⁴⁸ Dan.5.D., 2004/3658, K. 2004/5187, 10.12.2004, Kazancı.

⁶⁴⁹ Dan.5.D., 1978/2766 E, 1980/2236 K, 18.06.1980, **DD**, S. 40-41, 1980, s. 170.

⁶⁵⁰ Yine de kamu yararı denetiminin yoğun olduğu ya da idarenin yerine geçerek karar verme imkânı tanıdığı yönündeki eleştirilerden muaf tutulmamıştır. Bkz. GÖZLER, İdare Hukuku,

ölçülülük ilkesinin hizmet gereğini aşan yönü şu şekilde ifade edilmiştir: “*Hizmet gereği görev yeri değiştirilen memurun, belirli ve makul bir süre öngörülme suretiyle eski görev yerine atanamaması, yürütülen hizmetin gereği olarak kabul edilebilir ise de, dava konusu düzenlemede olduğu gibi, memurun belirli bir hizmet alanına, memuriyet yaşantısı boyunca bir daha atanamaması durumu, ölçülülük ilkesine aykırı olup, hizmet gereğini aşan bir sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle, memurun ömür boyu yasaklılığı sonucunu doğuran ve hukuki dayanağı bulunmayan dava konusu düzenlemede, kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*”⁶⁵¹

ii. Kamu Hizmetinin Gerekleri

Kamu hizmetinin gerekleri, genellikle kamu hizmeti ihtiyacını (gerekliliğini) belirlemek için kullanılan bir kamu yararı ölçütüdür. Danıştay, kamu hizmeti sunumuna ilişkin davalarda, işlemin kamu yararına uygunluğuna, işlemin yapılmasına duyulan ihtiyacı belirleyerek karar vermektedir. Örneğin Danıştay, “*köyün ihtiyac(ına) yetecek kadar meydan yeri bulunduğu ve köy dışında üzerinde ... meyve ağaçlarının bulunduğu 32.590 m2 genişliğindeki arazi parçasının köy meydanı ve köy garajı yapılması amacıyla kamulaştırılmasında*”⁶⁵² ve “*bir önem atfedilmiş günlerde sadece o gün için toplanma amaçlı olarak kullanılacak alanlar olması nedeniyle süreli ve geçici olarak tanımlanabilecek böyle bir ihtiyaç için herhangi bir taşınmazın sürekli olarak bu amaca*

C. I, s. 974, 958. TRUCHET, “*kamu yararı kavramı yargının değerlendirme yetkileri ile idarenin değerlendirme yetkileri arasında bir denge kurulmasında elverişli bir kaynak*” olarak görerek idari yargı organlarının idare karşısında kendi anlayışlarını ortaya koymak için başvurduğu bir kavram olduğunu belirterek aslında kamu yararı denetiminin yoğunluğuna ilişkin bir tespitte bulunmuştur. Bkz. Didier TRUCHET, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Çev. Ender Ethem Atay, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 359, 364 vd.

⁶⁵¹ DİDDK, 2015/1153 E, YD, 09.11.2015, DBB.

⁶⁵² Dan.6.D., 1981/1762 E, 1982/916 K, 13.04.1982, Kazancı.

tahsis edilmesinde”⁶⁵³ kamu yararı değerlendirmesini ihtiyaca göre yapmıştır.

Yukarıda sözü edilen davalarda Danıştay, ihtiyacı rasyonel ve somut tespitlerden (bilirkişi, keşif vb.) yola çıkarak belirlememiştir. Bu durumlarda yargıç, kendi görüşleri doğrultusunda idare kadar iyi bilmediği bir alanda “yerindelik” kararı vermiş olmaktadır.⁶⁵⁴ Sebep yoğun bir denetim olan kamu yararı denetiminde, ihtiyaç tespiti konusunda teknik ve rasyonel araçların (bilirkişi, keşif, rapor, daha önce yapılan işlemler vb.) kullanılması denetimi gerekçeler bakımından güçlendirir ve nesnelleştirir.

Danıştay’ın ihtiyacı (sebeup) daha somut bir şekilde ortaya koyduğu kararlar da vardır. Örneğin bir davada kamusal ihtiyaç bir takım hesaplara dayandırılarak belirlenmiştir: “...(O) kaza çevresinin ihtiyaçlarının böyle bir **tasarrufu zorunlu kılıp kılmadığı ve yeni noterliğin açılması ile mevcut noter veya noterlerin kararlılık gösteren ekonomik olanaklarında önemli derecede azalma meydana gelip gelmeyeceği hususlarından ibaret olması gerekir. İhtiyacı ortaya koyan objektif unsur ise, belli bir zaman birimi içerisinde noterlik işlemlerinin sayısında görülen çoğalmadır... olayda... ili yargı çevresindeki noterlik işlemlerinin... yılında 9800 iken, sonraki yıllarda devamlı artış göstererek... Yılında 14828 e ve... yılının ilk altı ayında da 9000 adede ulaştığı ihtilafsız bulunmaktadır... bölgenin ekonomik ve sosyal gelişmesi ile nüfusundaki süratli çoğalmadan ileri geldiği anlaşılan bu iş artışının yeni noterliğin açılmasını **gerekli kılacak bir seviyede bulunduğu açıktır.**”⁶⁵⁵ Bu davada rasyonel bir şekilde ihtiyacın varlığı araştırılmış ve ona göre karar verilmiştir. Başka bir davada, kamu**

⁶⁵³ Dan.6.D., 2004/926 E, 2006/762 K, 24.02.2006, Kazancı. Kararda ayrıca, idarenin tören alanı ihtiyacını nasıl karşılaması gerektiği belirtilmiştir: “(B)u nitelikteki bir ihtiyacın ilgili idarelerce imar planında **başka amaçlara ayrılan yerlerin geçici olarak tahsisi suretiyle giderilmesi de mümkündür...**”

⁶⁵⁴ Özge AKSOYLU, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması”, GSÜHFD, S. 2, 2011, s. 143.

⁶⁵⁵ Dan.12.D., 1969/1997 E, 1970/1281 K, 08.06.1970, DD, 2, 1971, s. 317. Ayrıca bkz. Dan.13.D., 2007/1023 E, 2008/5022 K, 24.06.2008, Kazancı.

hizmetinin insan ögesi olan kamu personeline olan ihtiyaç, dava konusu işlemin aksi yönünde yapılan bir işlemle tespit edilmiştir. Köyde öğretmen fazlalığı olması nedeniyle davacının görev yerinin değiştirilmesi işlemine karşı açılan davada Danıştay, davacının alınmasından kısa bir süre sonra aynı köy okuluna yeni öğretmen atandığını saptayarak idarenin ileri sürdüğü ihtiyaç sebebini haklı kabul etmemiştir.⁶⁵⁶

Yukarıdaki dava örneklerinde Danıştay'ın dava konusu hakla (örneğin mülkiyet hakkı ya da çalışma hakkıyla) bağ kurmadığına özellikle dikkat edilmelidir. Bu davalarda temel haklar, işlem için öngörülen kamu yararı yanında karşı ağırlık olarak değerlendirilmemiştir. Kamu yararı ve hizmet gereklerinin temel ölçüt olarak kabul edildiği davaların çoğunda, ihtiyaç (neden-gerekliklik) ve sonuç (ihtiyaca uygun işlem-elverişlilik) arasındaki bağlantıdan yola çıkarak işlemde kamu yararı amacının gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenmektedir. Kamu hizmeti bakımından somut bir ihtiyaç, işlemin sebebi olarak esas alınır. Bu haliyle, ihtiyaç tespitinin, temel hak denetiminde kullanılan ölçülülük ilkesinin gereklilik kriterine denk geldiği söylenebilir. Ancak burada amaç, temel hakları en az sınırlayan araçlarla amaca ulaşmak ya da temel hakları korumak değil, kamu yararını maksimize etmektir.

bb. Dengeleme Unsuru Olarak Kamu Yararı ve Hizmet Gerekleri İlkeleri

i. Bilanço İlkesi

Bilanço testinde, idarenin takdir yetkisini kullanarak aldığı idari kararın yararları ve sakıncaları arasında karşılaştırma ve tartım yapılır. Bu karşılaştırma sonucunda bilanço pozitif ise, yani işlemin yararları ve sakıncalarından çoksa kararın hukuka uygun olduğu kabul edilir.⁶⁵⁷ Fayda maliyet analizi (bilanço),⁶⁵⁸ kararı rasyonelleştirmeye yarar. Bu

⁶⁵⁶ Dan.5.D., 09.04.1982, 4056 K, aktaran ALAN, “Türk İdari Yargısında Yerindelik...”, s. 41.

⁶⁵⁷ Bkz. GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 971.

⁶⁵⁸ Bir kuruluşun, bir ticarethanenin belirli bir dönem sonundaki veya belirli bir gündeki taşınır ve taşınmaz varlıkları ile bunları sağlamak için kullanılan öz ve yabancı kaynakları dengeli

durumda rasyonel olarak açıklanamayan seçimlerden birini dışlamak kolaydır. Hukukun ekonomik analizinin idare için kazanım olduğu açıktır. Ancak fayda ve zararların uzun ve kısa vadeli etkileri ile söz konusu yarar ve zararların kanıtlanmasının her dava için çok kolay olmadığını hatırlatmak gerekir.⁶⁵⁹ Kanıtlama zorluğu bir yana bırakılırsa, bilanço ölçütüyle işlemlerin gerekliliğinin ve orantılılığının kısmen de olsa denetlendiği söylenebilir.⁶⁶⁰ Sonuçta, idarenin takdir yetkisini yerinde kullanıp kullanmadığı denetlenmiş olur.⁶⁶¹

Bilanço testi, kamu yararına uygun kabul edilen sonucun tercih edilmesiyle sonuçlanır. Mahkeme bu tercihinin, *“işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncaları göz önüne alarak”*⁶⁶² yapar. Danıştay, özellikle çevreyle ilgili davalarda bilanço ilkesini kullanarak çevrede oluşacak olası zararlar işleminden doğacak yarar arasında karşılaştırma yapmakta ve bu karşılaştırma sonucu yaptığı seçimi, kamu yararına uygun kabul etmektedir.⁶⁶³ Bu seçim, anayasal bir yükümlülük ya da temel hak lehine, onları maksimize eden bir seçim olsa da işlemin hukuka uygunluk sebebi “kamu

olarak gösteren çizelge, dengelem. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>.

⁶⁵⁹ Bu sebeple çevre davalarında fayda maliyet analizi yerine *ihtiyat ilkesine* başvurulmaktadır. İhtiyat ilkesi, zarar riskini gösterecek yeterli ve ikna edici bilgilerin yokluğunda çevreye zarar verme ihtimali olan faaliyetlerin gerçekleşmesini önler. İhtiyat ilkesi, bilimsel belirsizlik halinde dahi önleyici tedbirler alınmasını gerektirir. Bu ilke çevrenin korunmasına atfedilen bir üstünlük olarak nitelendirilebilir. Bkz. Erol ÇİÇEK, “İnsan Hakkı Olarak Çevre ve Çevre Hukukuna Hakim Olan Bazı İlkeler”, TBB Dergisi, Y. 25, S. 103, 2012, s. 351-378; Nükhet TURGUT, “İhtiyat İlkesi”, AÜHFD, C. 45, S. 1, 1996, s. 67-102.

⁶⁶⁰ Bkz. Yücel OĞURLU, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 186.

⁶⁶¹ GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 971.

⁶⁶² DİDDGK, 2007/939 E, 27.12.2007, Kazancı.

⁶⁶³ Dan.6.D., 1977/2352 E, 1977/1975 K, 02.05.1978, **DD**, 32-33, 1979, s. 507; Dan.6.D., 1996/5477 E, 1997/2312 K, 13.05.1997. Danıştay’ın denetim yapmaktan çekindiği dava örneklerinin birinde açık hata ölçütünü kullanmıştır. Bkz. Dan.10.D., 1985/2739 E, 1986/1451 K, 24.06.1986, (*Gökova Kararı*).

yararı” olmaktadır, Anayasa ya da yasaya uygunluk değil. Yine de bazı davalarda, kamu yararının karşısında anayasal haklar yer alabilmektedir. Özellikle çevre davalarının bazılarında Danıştay, tercihini çevrenin korunması lehine yaparken kamu yararını, çevrenin korunması anayasal yükümlülüğü ve yaşam hakkıyla⁶⁶⁴ bağlantılandırarak belirlenmiştir. Burada Mahkeme, neden verilerini değerlendirerek olası sonuçlardan biri lehine karar vermektedir.⁶⁶⁵ Bu yönüyle özellikle orantılılık (dengeleme) ilkesinin kararlarda kullanıldığı açıktır. Bilanço ilkesinin de, kamu hizmetinin maddi unsurunu belirleyen ilkelerde olduğu gibi sebep-araştırma yoğun bir denetim olduğu söylenebilir. Bilanço ilkesinde ayrıca, fayda maliyet analizine dayalı karar bilimsel gerekçeleri referans aldığı için daha nesnel ve öngörülebilir bir denetimdir. Gözler için bir işlemin yararlarının ve zararlarının tespiti, hukuki değil teknik bir konudur.⁶⁶⁶ Bu görüşe göre, bilanço denetimi yerindelik alanına giren işlemlerin denetimini sağlamaktadır. Ancak teknik olarak hatalı işlemin, kamu yararı amacını gerçekleştirdiğini söylemek güçtür.

ii. Üstün Kamu Yararı

Kamu yararının bir denge unsuru olarak kullanıldığı diğer bir versiyon, “*üstün kamu yararı*”dır. *Üstün kamu yararı*,⁶⁶⁷ “farklı iki yarar arasında birinin diğerine olan üstünlüğünü gösteren” bir ölçüttür.⁶⁶⁸ Üstün kamu yararı denetiminin bir denge(leme)

⁶⁶⁴ Dan.6.D., 1996/5477 E, 1997/2312 K, 13.05.1997 (*Bergama Kararı*). Ayrıca bkz. Dan.10.D., 1990/278 E, 1992/1672 K, 28.04.1992, DBB; Dan.6.D., 1996/5477 E, 1997/2312 K, 13.05.1997, Legalbank.

⁶⁶⁵ Dan.8.D., 1999/1889 E, 2001/1289 K, 28.13.2001.

⁶⁶⁶ GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 974.

⁶⁶⁷ Danıştay kararlarında üstün kamu yararını ifade etmek için farklı ifadeler kullanılmaktadır. Dan.5.D., 2003/3647 E, 2006/1140 K, 14.03.2006: “*baskın kamu yararı*”; Dan.1.D., 2003/156 E, 2003/14 K, 04.11.2013: “*çok önemli bir kamu yararı*”.

⁶⁶⁸ Gökçe GENÇAY, “Ormancılıkta Kamu Yararı”, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 1, 2010, s. 45. Üstün kamu yararı kavramını eleştiren görüş için bkz. N. Münci ÇAKMAK, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin, Ankara 2013,

denetimi olarak bilanço ilkesine yakın bir denetim olarak görülse de,⁶⁶⁹ burada çatışan⁶⁷⁰ iki kamu yararı arasında bir dengeleme değil, kamu yararlarından birinin lehine bir “seçim” yapılmaktadır. Üstün kamu yararı belirlenirken bilanço ilkesinde olduğu gibi derin bir maliyet analizine başvurulmaz. Örneğin çevre davalarındaki kamu yararı, bilirkişi ve raporlara dayandırılmakla birlikte, bu yarar karşısında üstün görülen kamu yararı somut verilerle rasyonel olarak analiz edilmemektedir. Özellikle yatırımın büyüklüğüne bağlanan yarar, ülke çıkarlarına uygun olacağı beklentisine bağlanmaktadır.⁶⁷¹ Burada iki işlem arasında yarar-zarar hesabı değil, iki işlem arasında en yararlı (yararlı-daha yararlı) hesabı yapılmaktadır. Kamu yararlarından biri, yapılan seçimle feda edilmektedir. Danıştay, bu seçimi (denetimi) yaparken işlemin amaç unsuru bakımından da bir değerlendirme yapmamaktadır.⁶⁷² Bu denetim, yargısal bir seçimi içerdiği için yoğun bir denetim olarak görülebilir.⁶⁷³

s. 487.

⁶⁶⁹ AKSOYLU, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması”, s. 146, 147.

⁶⁷⁰ Bkz. AKSOYLU, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması”, s. 140.

⁶⁷¹ “(B)u tür alanlara ... hiç bir koşulda enerji santrali yapılamayacağına ilişkin yorum, **ülkemizin çıkarları** da dikkate alındığında yerinde değildir.” Dan.6.D., 2000/1239 E, 2001/4954 K, 23.10.2001. Bkz. AKSOYLU, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması”, s. 11.

⁶⁷² Tersı yönde bkz. DİDDGK, 2007/939 E, 27.12.2007, Kazancı: “İdare işlem tesis ederken kişisel, siyasal, üçüncü kişilere yarar sağlama amacı gütmemeli, mali çıkar sağlama amacıyla yetki saptırması içinde bulunmamalı, ayrıca birden fazla kamu yararının çatışması durumunda ‘üstün kamu yararını’ dikkate almalıdır. Dolayısıyla idari işlemin maksat yönünden yargısal denetimi de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar göz önüne alınarak yapılmalıdır. Ayrıca, yasada özel bir amaç belirlenmiş ise işlemin bu amaca uygun olması gerektiği de kuşkusuzdur.”

⁶⁷³ Üstün kamu yararı bakımından yapılan denetimin de yerindelik denetimi niteliğinde ya da en azından yerindelik denetimi tehlikesini taşıdığı ifade edilmektedir. Bkz. GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 995; AKSOYLU, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması”, s. 142.

Üstün kamu yararı, çoğunlukla, çevre ve imar ve planlama faaliyetlerinde⁶⁷⁴ kullanılan bir ölçüt olmakla birlikte konu sınırlaması gözetilmeksizin bir çok davada kullanılmıştır.⁶⁷⁵ Ancak bu dava örneklerinden yola çıkarak, konu bakımından bazı yararlar yargısal bir üstünlük tanındığı yönünde bir ön kabul olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Somut olayın özellikleri, daha önce üstün kamu yararını belirlemektedir. Başta imar ve çevre davalarına ilişkin davalar olmak üzere, bir çok alanda yatırımın büyüklüğü-ekonomik değeri, tercih sebebi olmuştur. Örneğin Danıştay, yükseköğretimin (ünivesite alanı oluşturulmasının) sağlayacağı yararın imar planlarıyla korunan yararlardan (şehircilik ilkeleri ve planlama esasları) daha üstün olacağına karar vermiştir.⁶⁷⁶

Danıştay, hastane alanında, çevresine göre daha fazla yapılaşma izni veren düzenlemeyi, “sağlık hizmetlerinin sağladığı kamu yararı”nı üstün bulması sonucu hukuka uygun bulunmuştur.⁶⁷⁷ Danıştay özelleştirmeye ilişkin bir kararında, “*petrokimya ürünlerine olan talebin sürekli arttığı ülkemizde, yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi artan ve kâr eden büyük bir petrokimya kompleksi olan PETKİM'in %51 oranındaki kamu*

⁶⁷⁴ Planlama faaliyetlerinde *üstün kamu yararı* olduğu hakkında bkz. Dan.6.D., 1991/2720 E, 1992/398 K, 30.01.1992; Dan.6.D., 1996/5362 E, 1997/3020 K, 17.06.1997. Danıştay’ın yerleşik içtihatı, imar planlarının ve imar plan değişikliklerinin şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun olması gerektiği şeklindedir. Bkz. Dan.6.D., 2004/422 E, 2005/5127 K, 26.10.2005; Dan.6.D., 1998/6752 E, 2000/4201 K, 22.06.2000; Dan.6.D., 1996/5362 E, 1997/3020 K, 17.06.1997; Dan.6.D., 2001/3011 E, 2002/4097 K, 07.10.2002; Dan.6.D., 2001/6807 E, 2003/105 K, 09.01.2003.

⁶⁷⁵ Bkz. AKSOYLU, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması”, s. 140; KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 509-10.

⁶⁷⁶ Dan.6.D., 1998/2072 E, 1999/6209 K, 07.12.1999; Dan.6.D., 1998/2072 E, 1999/6209 K, 07.12.1999, **DD**, S. 103, 2001, s. 529.

⁶⁷⁷ Dan.6.D., 2004/5140 E, 2004/6795 K, 21.10.2004. Danıştay’ın başka bir kararında ise nazım ve uygulama imar planı değişiklikleri ile merkezî iş alanı olarak belirlenen bir alanda “Özel Sağlık Alanı” oluşturulması için ayrıcalıklı yapılaşma hakkının üstün kamu yararı gereği olduğu kabul edilmiştir. Dan.6.D., 2013/1015 E, 2014/2428 K, 28.03.2014.

hissenin özelleştirilmesinde üstün kamu yararı bulunmadığı”na karar vermiştir.⁶⁷⁸

Kararda, PETKİM’in uzun vadede getireceği ekonomik fayda, devlet hissesinin özelleştirilmesiyle elde edilecek gelirden daha fazla olacağı ve petrokimya ürünlerine olan talep yurt çapında ve geniş ölçüde artmakta olduğu için PETKİM hisselerinin devlette olmasında, özelleştirme işlemine nazaran *üstün kamu yararı* olduğu belirtilmiştir. Danıştay burada, devlet ekonomisine büyük katkısı olan bir işletmenin % 51 hissesinin devlet bünyesinde kalmasını *üstün kamu yararı* olarak tanımlamıştır.⁶⁷⁹ Diğer bir davada, okul ya da maden işletmesi arasındaki çatışmada seçimini maden ocağı lehine yapmasını da yatırımın büyüklüğüne bağlamıştır.⁶⁸⁰

Üstün kamu yararı ilkesi, yalnızca yeni yatırım ve kamu hizmetlerinin kurulmasına ilişkin davalarda kullanılan bir ilke değildir. Danıştay, kamu görevlilerinin atama ve nakil işlemlerine ilişkin davalarda, devletin aile bütünlüğünün korunması yükümlülüğünün kamu görevlisi için haklı beklenti oluşturduğunu ve aile bütünlüğünün korunmasında üstün kamu yararı olduğunu kabul etmiştir.⁶⁸¹

⁶⁷⁸ DİDDGK, 2007/939 E, karar sayısı yok, 27.12.2007, Kazancı.

⁶⁷⁹ Başka bir örnekte, bir kamu kuruluşu olan TCDD’nin “*Demiryolu ulaşımının yolcu ve yük taşımacılığında kent içi, kentler arası ve ülkeler arası boyutuyla kitle halinde ve **yüksek taşıma kapasitesi ile öne çıkan özelliği***” sebebiyle tekel niteliğinde bulunan hizmetin sunulmasında üstün kamu yararı görülmüştür. Dan.6.D., 2006/5520 E, 2007/4165 K, 02.07.2007, Kazancı.

⁶⁸⁰ Dan.6.D., 1999/3929 E, 2009/2617 K, 15.05.2001. Ayrıca bkz. Dan.6.D., 1995/5161 E, 1996/1464 K, 25.03.1996; Dan.5.D., 2007/8867 E, 2009/5992 K, 22.05.2009; Dan.6.D., 1997/7130 E, 1999/3313 K, 15.06.1999,

⁶⁸¹ Dan.5.D., 2003/3647 E, 2006/1140 K, 14.03.2006, Kazancı. Mahkeme her koşulda Anayasa kuralına öncelik vermemektedir. Kural, idareye bir ödev yüklese bile bu yükümlük, belirli koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bkz. Dan.16.D., 2015/5065 E, 2016/1709 K, 21.03.2016; Dan.5.D., 1994/6864 E, 1995/428 K, 25.01.1995, Kazancı.

İdari yargının üstün kamu yararı tercihi, çevrenin⁶⁸² ya da aile bütünlüğünün korunmasından⁶⁸³ yana verdiği kararlar, genellikle anayasal referanslarla (yaşam hakkı, sağlıklı çevrede yaşama hakkı) güçlendirilmiş dava örnekleri olmakla birlikte; Danıştay’ın bu örnekler üzerinden bazı anayasal ilke ve haklara üstün kamu yararı varsayımıyla yaklaştığı ve ilkesel bir tutum sergilediği söylenemez. Bu yönüyle üstün kamu yararı, öngörülebilir ilke değildir. Ayrıca somut ve önceden belirlenmiş ölçütleri de yoktur. Her somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir kamu yararı dengesi kurulacağı kabul edilse bile, dengeleme yöntem ve ölçütlerinin önceden belli olmasının yargıcın takdir yetkisini azaltacağı, ayrıca denetimi daha öngörülebilir kılacağı açıktır.

Yukarıda sözü edilen davalarda görüldüğü gibi üstün kamu yararı, Danıştay’ın bazı amaçlarla somutlaştırdığı bir “tercih”tir. Üstelik bu tercihler, belli ölçütlere tabi tutulmamakta, örneğin çevre, mülkiyet, eğitim, sağlık haklarının gerçekleştirilmesine sağladığı fayda (gereklilik) da yeterli derecede ortaya konulmamaktadır. Bu denetimin

⁶⁸² Danıştay kararlarında çoğunlukla çevrenin korunması bakımından bir “üstün kamu yararı” bulunduğu ifade edilmekte ise de bu mutlak bir kabul değildir. Bkz. OVALIOĞLU, “Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı”, s. 133 vd. Çevreyle ilgili birçok davada planlama esaslarına ve şehircilik ilkelerine uygunlukta kamu yararı, hatta bazı davalarda üstün kamu yararı olduğu kabul edildikten sonra, bazı davalarda da somut olay özelinde hukuk ilkeleriyle-olgusal gerçeklerle desteklenmeden bu ilkeleri ihlal eden “diğer yarar” üstün gelmektedir.

⁶⁸³ Danıştay bütün kararlarında aile birliğinin korunmasına üstünlük tanımamakta, aile birliğinin korunması ve kamu hizmetinin gerekleri arasında bir denge kurarak karar verilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu konudaki genel tutum eş durumu gözetilmeden yapılan naklen atama işlemlerinin hukuka aykırı olduğu yönünde olmakla birlikte, Danıştay kamu hizmetinin aksayacağı kanaatine varılan durumlarda, sadece eş durumunun gözetilmemiş olmasını iptal sebebi saymamakta, kamu hizmetinin gerekleri yönünden de bir değerlendirme yapılmasını gerekli görmektedir. (Bkz. DİDDK, 2006/3202 E, 2010/306 K, 25.2.2010, **DD**, S.125, 2010, s. 31-32; Dan.5.D., 1993/3870 E, 1995/3827 K, 30.11.1995, **DD**, S. 92, s. 374. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seçkin YAVUZDOĞAN, “Danıştay’ın Naklen Atamalarda ‘Aile Birliğinin Korunması Amacıyla Eş Durumunun Gözetilmesi’ İlkesine Yaklaşımı”, TBB Dergisi, TBB Dergisi, Y. 27, S. 115, 2014, s. 181-210.

zayıf yönü, üstün görülen kamu yararının karşıt kamu yararıyla bir dengelemeye/uygunlaştırmaya tabi tutulmamasıdır. Bir kamu yararının üstün tutulması, başka bir kamu yararının sağlanmasını güçleştiriyor ya da imkânsızlaştırıyorsa, burada üstün kamu yararı söz konusu olmamalıdır. Bu haliyle üstün kamu yararı kavramı, birçok hak ve ilkeyi dolanarak devre dışı bırakma potansiyelini gerçekleştirebilir.⁶⁸⁴ *Üstün kamu yararı* argümanı genellikle, açık anayasal ve öngörülebilir dayanaklarla desteklenmeyen bir yarara dayanmakta ve diğer yarar karşısında ağır basmaktadır.⁶⁸⁵

b. Öznel Amaç Unsuru Olarak Kamu Yararı ve Hizmet Gereklere

aa. Yetki Saptırması

Yetki saptırması Fransız idare hukukunda iptal sebepleri arasında; idarenin yetkilerini verilmiş amacından başka amaçlarla kullanmasından doğan kusur/hata olarak açıklanır.⁶⁸⁶ Bu hata genellikle, işlemi yapanın ister özel, ister siyasal, ister ticari konulardan kaynaklansın kişisel husumeti tatmin amacıyla hareket etmiş olması; işlemi yapanın yetkilerini kamu yararına değil, yalnızca özel yararları tatmin amacıyla kullanıyor olması; işlemi yapanın, bir kamu yararını himaye amacıyla hareket etmiş olması ancak kamu yararının göreve ilişkin yasanın istediği yarar olmaması⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ Selin OVALIOĞLU, “Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı”, Memleket Siyaset Yönetim, C. 10, S. 24, Temmuz 2015, s. 124-146.

⁶⁸⁵ Anayasa Mahkemesi’nin, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan disiplin cezalarına ilişkin bireysel başvuru kararlarında, başvuranın sınırlanan anayasal özgürlüğü karşısında mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülüklerinin yerine getirilmesindeki *üstün yararın* gösterilmesi ve dolayısıyla anayasal haklar karşısında üstün kamu yararı gerekçeleri konusunda daha yoğun bir denetim gerektiğini ifade etmiştir. AYM, *Hulusi Özkan Başvurusu*, B.N. 2015/18638, 15.11.2018, § 40-44.

⁶⁸⁶ ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...”, s. 360.

⁶⁸⁷ Paul DUEZ, “Yetki Saptırma-İdari Tasarruflarda Maksat Unsuru”, **DD**, Y. 19, S. 74-75, 1989, s. 38.

durumunda gerçekleşir.⁶⁸⁸ Yani hukuk kurallarının lafzına uygun davranılmış olsa bile, ruhuna değer verilmemiş olup olmadığına bakılır.⁶⁸⁹ Burada hukuki bir hatadan çok, yetkinin kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır. Yetkiyi kötüye kullanma özel olarak yetki saptırması olarak değerlendirilmektedir. Yetki saptırması, idare tarafından yasanın öngördüğü amacı gerçekleştirmeye yeterli verilerin başka bir amaca ulaşmak için kullanılması durumunda meydana gelir. Bu hukuka aykırılığı nesnel amaç denetiminden ayıran şey, karar vericinin bilinçli iradesini gerektiren kararın amacıyla ilgili olmasıdır.

Sapma kusurlu karar, görünürde; şekil, yetki, konu ve sebep açısından doğrudur.⁶⁹⁰ Bu denetimi yapabilmek için önce idarenin niyetinin bilinmesi ve araştırılması gerekir.⁶⁹¹ Dolayısıyla bu denetimin öznel bir yönü bulunduğu kabul edilir.⁶⁹² Yetki saptırması denetiminde dava konusu kararı alanın psikolojik eğilimini,

⁶⁸⁸ *Günday*, kişisel amaç ve siyasi amaçlar güdülerek yapılan idari işlemler ile özel maksadı aşan idari işlemlerin varlığı durumunda yetki saptırmasının var olduğunun kabul edildiğini belirtmektedir. GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 10. B., s. 161-162.

⁶⁸⁹ OYTAN, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, s. 150.

⁶⁹⁰ Bkz. Faisal ALSHAWABKEH/Mohmmad Husien ALMAJALI, “The Influence of the Jurisprudence Administrative on the Cancellation Case; ‘Analytical Study’”, *Heliyon*, V. 7, N. 3, 2021, s. 1-6, s. 4.

⁶⁹¹ ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...”, s. 360. “*İdari işlemin maksat unsuru yönünden yargısal denetimi yapılırken, işlemin tesisinde güdülen amacın saptırılması gerekmektedir ki bu amaç her idari işlemde genel olarak kamu yararadır. Bu kapsamda, idareyi işlemin tesisine yönelten nedenler ve görünürdeki amaç dışında gerçek niyetin araştırılması, idareye işlem tesisinde tanınan görev ve yetkinin konusundan saptırılıp saptırılmadığı, yetkinin amaç dışı kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi önem taşımaktadır*”. Dan.6.D., 1997/4439 E, 1998/5786 K, 24.11.1998.

⁶⁹² “*Danıştay idari tasarrufların amacı kamu yararını sağlamak, kamu hizmetlerini müessir, istikrarlı, devamlı intizamlı ve verimli olarak verine getirmektedir. Bu amaçlara yöneltilmemiş bu amaçlardan başka amaçları sağlamak gayesini güden tasarruflar maksat bakımından sakattır. İdari tasarrufun maksadı, tasarrufu tesis edenin şahsına bağlı olduğundan sübjektif bir unsurdur. Bu sebeple maksat unsurunun hakikate uygunluğunu tespit etmek suretiyle yargı denetimine tâbi tutmak, yani idari tasarrufu kendisinden beklenen amaca uygun olarak tesis edilip edilmediğini anlamak güçtür. Başka bir deyişle, maksat*

hedefini ortaya koymak ve kanıtlamak söz konusu olduğundan, diğer hukuka uygunluk denetimlerine göre ispat bakımından daha zor bir denetimdir.⁶⁹³ Ancak buradan işlemi yapanın öznel amacının incelendiğini sanmak hatalı olur. Mahkeme, yetki saptırmasının kanıtını işlemin kendisi ve onunla bağlantılı işlemlerde aramaktadır. Böyle bir kanıyı sağlayacak olan, dava dosyasıdır. Bu nedenle her ne kadar işlemi yapanın niyeti işlemi sakatlamış olsa da, bu iş ancak dosyadaki belgelerden çıkan nesnel unsurların ve yargıca ulaşan dış olayların aracılığıyla yapılmaktadır.⁶⁹⁴ Dolayısıyla dava dosyasına giren belgelerden anlaşılmadığı sürece yargıç, yetki saptırması yönünden işlemi iptal edemez.⁶⁹⁵

Sapma tespiti, başlangıçta dava dosyasındaki somut bilgilerden yola çıkılarak yapılır. İlk veri, işlemin gerekçesidir. Gerekçeli işlem, sapmayı görmeyi kolaylaştırabilir. Ancak işlem sahibi, işlemin gerekçesinde gerçek nedenleri gizleyebilir. Bu durumda *hatalı sebep, sebebin yokluğu ve yetersizliği* kamu yararını diğer yararlardan ayıklamak için kullanılmaktadır.⁶⁹⁶ Diğer unsur, dosyaya mahkemenin iddialar üzerine veya

*denetiminde sübjektif unsurun ortaya çıkarılması bahis konusudur, idari yargı mercii bir tasarrufun maksat bakımından yargı denetimine tabi tutarken **sübjektif** bir durumu tespit etmek, yani tasarrufun kamu yararına uygun olarak yapılıp yapılmadığını araştırmak zorundadır.”* DİBK, 1965/20 E, 1972/15 K, 03.06.1972, **DD**, S. 9-10, s. 189-95.

⁶⁹³ Bkz. OYTAN, “Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, s. 150.

⁶⁹⁴ DUEZ, “Yetki Saptırma-İdari Tasarruflarda Maksak Unsuru”, s. 39.

⁶⁹⁵ Bkz. OYTAN, Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması, s. 151.

⁶⁹⁶ Örneğin Danıştay, memura verilen disiplin cezasına sebep olarak gösterilen eylemlerin ayrıca naklen atama işlemi için sebep olarak gösterilmesinde cezalandırma amacı olduğu sonucuna; davacının “görevinde başarısızlığı(nın) ya da başkaca bir olumsuzluğu(nun) ileri sürül(mediği) ve sicilleri(nin) de olumlu” olduğu gerekçesiyle varmış ve idarenin takdir yetkisini hukuka aykırı kullandığına karar vermiştir. Dan.5.D., 1998/2342 E, 1999/853 K, 07.04.1999. Kadastro müdürlüğünde çalışan ve başka bir tapu müdürlüğüne naklen atanan davacının bu atamanın bir milletvekilinin yazılı isteği doğrultusunda kurulduğunu belirterek açtığı iptal davasında Danıştay, davacının göreviyle ilgili başarısızlığı veya olumsuzluğu yönünde bir saptamanın bulunmadığı gerekçesiyle işlemi hukuka aykırı bulmuştur. Dan.5.D., 2005/452 E, 2007/7033 K, 18.12.2007, Legalbank. Ayrıca bkz. Dan.2.D., 2004/1822 E,

kendiliğinden yaptığı araştırma ya da davacı tarafından dosyaya eklenen bilgi ve belgelerdir. Bunlar, iptali istenen karardan önce veya sonra yapılan bazı yazışmalar, soruşturmalar ve işlemler olabilir.⁶⁹⁷ Örneğin davacının görevine, işinde gerekli uzmanlığına sahip olmadığı gerekçesiyle son verilmesinden sonra, aynı iş için gerekli nitelikleri taşımayan başka birinin yerleştirilmesi, iptali istenen karardan sonra yapılan bir işlem olmasına rağmen, yetki saptırması olduğunu gösterir.⁶⁹⁸ Yine işlemten sonra ortaya çıkan sonuçlar, işlemin kamu yararı amacını taşımadığına yönelik bir gösterge olabilir.⁶⁹⁹

Dava dosyası, her zaman yeterli veriyi sunmadığında yetki saptırması, dava konusuna bağlı olarak farklı yöntem ve ilkelerle belirginleştirilmeye çalışılmıştır. Yetki saptırması, bazen yasanın öngördüğü amacın açık olması, bazen hizmetle bağlantılı özel amaçlar, bazen de diğer anayasal denetim ölçütleriyle (daha nesnel ölçütlerle) ortaya çıkarılmaktadır. İlgili yasada amaç ne kadar somut ve açık düzenlenmişse, yetki saptırması o kadar kolay tespit edilebilir. Çünkü tamamen spesifik bir amaca erişmek için çoğunlukla seçimsel bir araç söz konusu olmaz.⁷⁰⁰ Bu yetki, sadece yasada öngörülmüş

2005/1657 K, 12.05.2005; Dan.5.D., 1995/1925 E, 1997/589 K, 17.03.1997; Dan.5.D., 2003/4864 E, 2005/402 K, 31.01.2005; Dan.2.D., 2006/1053 E, 2006/3272 K, 15.11.2006; Dan.5.D., 1995/4052 E, 1996/3262 K, 30.10.1996; Dan.12.D., 2010/6880 E, 2011/394 K, 31.01.2011.

⁶⁹⁷ Bkz. DUEZ, “Yetki Saptırma-İdari Tasarruflarda Maksat Unsuru”, s. 40.

⁶⁹⁸ Dan.5.D., 1993/7780 E, 1996/721 K, 27.02.1996. Nuri ALAN, “Anayasanın İdari Yargıda Somutlaşması”, DD, S. 92, s. 6-7.

⁶⁹⁹ “... imar planında sanayi sitesi alanına tahsis edilmekle birlikte, plandaki amacın gerçekleştirilmesi için yapılan **kamulaştırma işleminin tamamlanmasından sonra bu amacın saptırıldığı, taşınmazın kamunun yararlanmasına değil, belli bir grubun yararlanmasına tahsis edileceği, bu alandan yararlanmak isteyen ve yararlanması için de gerekli niteliklere sahip olan başka kişilerin bu tahsisten yararlanamayacağı açıktır...**” Dan.6.D., 1978/734 E, 1981/1972 K, 18.06.1981, DD, 44-45, 1982, s. 306. Aynı yönde bkz. Dan.6.D., 1999/1215 E, 2000/1847 K, 04.04.2000.

⁷⁰⁰ Bkz. Yüksel METİN, Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa İncelemesi, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 24.

amaçlara ulaşmak için kullanılmalıdır. Aksi halde, yetki kötüye kullanılmış olur.⁷⁰¹ Örneğin valiliklere yasayla verilen benzinlik açma izni verme yetkisinin amacı; yanıcı maddelerin sebep olacağı tehlikelerin önlenmesi olan davada, davalının benzinlik açma isteğinin vergi kaçakçılığına mani olmak amacıyla reddedilmesi, amaç bakımından hukuka aykırı görülmüştür.⁷⁰² Danıştay, kamu hizmetinin özgülendiği faaliyeti ve üretilen hizmetle bağlantılı (özel) amaçları dikkate alarak kamu yararı denetimi yapmaktadır.⁷⁰³ Üretilen hizmetle bağlantılı *ekonomide verimlilik, şehircilik ilkeleri, planlama esasları* vb. özel amaçlar, kamu yararını belirginleştirmede kolaylık sağlar.⁷⁰⁴ Örneğin boş alandan oluşan parsellerin kentsel dönüşüm alanına dahil edilmesi kentsel dönüşümün amacı dikkate alındığında “*şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına aykırı*” görülerek hukuka uygun görülmemiştir.⁷⁰⁵

İlgili yasada gösterilen amacın belirgin olması, idare karşısındakileri yetki saptırmasına karşı koruduğunu gösteren başka bir örnek, 5439 sayılı Kanun’un 2. maddesi, bakanlara “*merkez veya il teşkilatında çalışan herhangi bir memuru tayindeki usule göre ve yapılması o bakanlığa ait bir iş için, orada bakanlık teşkilatı ve boş bir görev bulunup bulunmamasıyla bağlı olmaksızın, kadrosuyla yurt içinde dilediği yerde çalıştırma*” yetkisi verilmiş olmasına dayanan davadır. Danıştay, bu yetkiyi veren hükmün ancak memurun ilgili yerde çalışmasına ihtiyaç duyulması halinde kullanılabileceğini ve hükmün cezai nitelikte olmadığını belirtmiş, bu maddeye dayanılarak disiplin cezasına konu olabilecek fiilleri dolayısıyla davacının İstanbul

⁷⁰¹ WOEHLING, “Judicial Control of Administrative Authorities in Europe...”, s. 45.

⁷⁰² Dan.6.D., 1953/1005 E, 1954/753 K, 24.03.1954.

⁷⁰³ Bkz. Dan.13.D., 2005/5525 E, 2005/977 K, 28.02.2005; Dan.6.D., 2012/1904 E, 2013/6299 K, 05.11.2013; Dan.10.D., 1999/2273 E, 2001/3966 K, 19.11.2001.

⁷⁰⁴ KARAHANOĞULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 507; ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, s. 319-320.

⁷⁰⁵ Dan.6.D., 2007/7539 E, 2009/9074 K, 05.10.2009. Ayrıca bkz. Dan.6 D., 1988/477 E, 1988/646 K, 09.05.1988.

Yüksek Denizcilik Okulu emrinde çalıştırılmasına ilişkin kararı iptal etmiştir.⁷⁰⁶ Bakan ilgili memuru, disiplin cezasına konu olabilecek fiilleri için değil de, ihtiyaç nedeniyle istihdam etseydi, bu karar idarenin takdir yetkisi içinde kabul edilebilirdi.⁷⁰⁷

Yetki saptırmasının tespitinde kullanılan diğer yöntem, belirli bir amaç için öngörülmüş usulün başka bir amaç için kullanılması, *usul saptırması* halidir. Bu yöntemde, açık bir şekilde elverişlilik ve gereklilik unsurlarının kullanıldığı görülebilir.⁷⁰⁸ Örnek davada, Haliç'in temizlenmesi kararının uygulanması için yapılması gereken kamulaştırma işlemleri yerine, yıkılma tehlikesi içerdikleri gerekçesiyle yıkım yapılması şu şekilde değerlendirilmiştir: “...(O)laya bakıldığında, aynı davacılar tarafından aynı yapı için açılan davada yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda yapının taşıyıcı elemanlarını olumsuz yönde etkileyen herhangi bir deformasyon bulunmadığı yapının uzun süre daha fonksiyonunu yerine getireceği ve yapının 6785 sayılı Yasanın 50. maddesinde belirtilen yıkılacak derecede tehlikeli bir yapı olmadığı belirtildiği, bu raporun dava konusu yıkım kararı alınmadan ve yıkım gerçekleştirilmeden önce davalı idareye tebliğ edildiği davalı idarece usulüne uygun olarak **kamulaştırma yapılmak suretiyle amaca ulaşılması gerekirken** Haliç'in temizlenmesi amacına sığınılarak fakat yıkılma eğilimli olduğundan bahisle yapının yıktırılması yoluna gidilmesinin **usul saptırmasını** oluşturduğu nedeniyle iptaline karar verilmiş(tir)”⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ Dan.5.D., 03.31.966, 848 K, bkz. ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...”, s. 363.

⁷⁰⁷ ALAN, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi...”, s. 363.

⁷⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının özüne dokunan kamulaştırmanın usul ve esaslarının anayasal düzeyde özgül bir hükümle belirlendiğini dikkate alarak, kamulaştırma usulünden sapma yoluyla aynı sonucu doğuran uygulamaların “hakkın özü”nü zedelediğini saptamıştır. AYM, 2002/112 E, 2003/33 K, 10.04.2003.

⁷⁰⁹ Dan.6.D., 1987/451 E, 1987/590 K, 27.05.1987, DBB. Kamulaştırma yoluna gidilmesi gerekirken irtifak hakkı tesis edilmesi yolundaki işleme ilişkin açılan davada, Danıştay, “kamulaştırma” yerine “irtifak hakkı” tesisi yoluna gidilmesini hukuka aykırı kabul etmiş ve açıkça ifade etmemekle birlikte, usul saptırmasının varlığına işaret etmiştir. Dan.6.D., 1986/961 E, 1986/1141 K, 17.12.1986. Aynı yönde bkz. Dan.6.D., 1986/964 E, 1986/1014

Yasakoyucunun ve idarenin amacını sorgulamaya gerek kalmaksızın da yetki saptırması denetimi yapılabilir. Örneğin eşitlik ilkesine (konu unsuruna) aykırılık söz konusu olduğunda, genellikle ortada idarenin dayanacağı bir sebep vardır ve sebep doğrudur ancak işlem ayrımcılık içermektedir. Örnek davada, idare sağlık meslek lisesi müdürü Kadro Kıstasları Yönetmeliğindeki koşulları taşıyamaması (doktor olmaması) sebebiyle görevden alınmıştır. Ancak idare görevden aldığı bu kişinin yerine bu yönetmeliğin şartlarını taşımayan birini atamıştır. Bu durumu tespit eden Danıştay, sebep unsurunun aynı hukuki durumda bulunan kişilere farklı uygulanmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.⁷¹⁰ Burada, daha önce yaptığı gibi Danıştay, yetki saptırması-amaç denetimi de yapılabilirdi ancak denetimde eşitlik ilkesini kullanmıştır.

Bugün artık yargı denetiminde yetki saptırması yerine daha çok anayasal ölçütlere uygunluk denetimi yapılmaktadır.⁷¹¹ Buna göre, yetki saptırması bakımından hukuka aykırılığın ispatı, esasen, idarenin ölçülülük veya eşitlik ilkesini ihlal eden “çelişkili” işlemleriyle mümkündür. Bu durumda nesnel denetim ilkeleri olan eşitlik ve ölçülülük ilkelerine aykırı olan bir işlemin (konu-sebep) ayrıca amaç unsuru (kamu yararı ve hizmet gerekleri) bakımından denetimine ihtiyaç yoktur. Görüldüğü gibi yetki saptırması ispatı güç olsa da, dosyadaki veriler ve çeşitli denetim ölçütleriyle tespit edilebilmektedir.⁷¹²

K, 20.11.1986, **DD**, 1987, S. 66-67, s. 287-88.

⁷¹⁰ DİDDGK, 1997/669 E, 1998/708 K, 25.12.1998. Aynı yönde bkz. Dan.12.D., 1968/339 E, 1969/1582 K, 13.10.1969, **DD**, S. 135-138, s. 370-72; Dan.5.D., 1993/7780 E, 1996/721 K, 27.02.1996. Aktaran ALAN, “Anayasanın İdari Yargıda Somutlaşması”, s. 6-7.

⁷¹¹ Sebep ve konu unsurları bakımından yapılan denetimin önem kazanması ile amaç unsuru bakımından yapılan denetime ihtiyaç kalmadığı da ifade edilmektedir. GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 993.

⁷¹² Yetki saptırmasının dava dosyasındaki verilerden tespit edilememesi durumunda Danıştay’ın ispat yükünün davacı olduğu yönünde verdiği kararlar da vardır. İlk derece mahkemesince, şahsi amaçlarla sicil düzenlendiği hususunun davacı tarafından ispatının gerektiği gerekçesiyle ve bu hususun ispat edilememesi dolayısıyla verilen iptal isteminin reddi yolundaki kararını inceleyen Danıştay, idari işlemin sebebinin objektif ve hukuken geçerli

Bununla birlikte yetki saptırmasının, neden (dosyadaki bilgiler), konu (anayasal ilkeler ve yasaya uygunluk) ve amaç yönünden değerlendirilen bir denetim ilkesi olduğu için normal yoğunlukta bir denetim olduğu söylenebilir.⁷¹³

2. Açık Hata

Açık hata testinin amacı, mahkemelerin daha önce hiç uygulamadıkları davalarda sebeplerin-olguların hukuki tasnifi üzerine ortalama-makul bir değerlendirme yapılmasını sağlamaktır.⁷¹⁴ Buna göre idare, olguların tespitinde hata yapmasa da, bu olguların değerlendirilmesinde açık bir hata yapmışsa karar iptal edilebilir. Açık takdir hatası, yanlış olduğunu anlamak için hukukçu olmaya gerek olmayan ağır ve apaçık-bariz takdir hataları⁷¹⁵ olarak değerlendirilmektedir.

Bu test başlangıçta, Fransa’da özellikle kamu görevlilerinin atama işlemleri gibi “eşdeğerlik” sorunlarının gündeme geldiği davaların yargısal denetiminde

sebeplere dayandığı hususunda ispat yükünün genel olarak idarenin üzerinde olduğunu, ancak bundan sonra bir yetki saptırması halinin varlığı hususunda ispat yükünün davacı üzerinde olacağını ifade etmiştir. Dan.2.D., 2004/6213 E, 2005/329 K, 31.01.2005.

Danıştay’ın, yetki saptırmasının varlığının “*yetkili organlar önünde davacı tarafından isbatı(nın) gerek(tiğini)*” açıkça ifade eden kararları da bulunmaktadır. Dan.12.D., 1971/2042 E, 1974/572 K, 04.03.1974, **DD**, S. 16-17, s. 414-16. Öznel amaç unsuru bakımından hukuka aykırılık bakımından ispat yükünün davacının üzerinde olduğunu kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, s. 1980; Melikşah YASİN, İdari Yargılama Usulünde İspat, XII Levha Yay., İstanbul 2015, s. 94.

⁷¹³ “Normal denetimin uygulandığı durumlarda denetim idari işlemin sebep unsuru ve dolayısıyla değerlendirme alanı üzerinde yoğunlaşmaktayken; asgari denetimin uygulandığı durumlarda denetimin yoğunluğu, amaç unsuru üzerinde yoğunlaşmaktadır.” OYTAN, “Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, s. 154.

⁷¹⁴ George VEDEL, Droit administratif 593-94, 5th Edn., 1973, s. 600. Aktaran BERMANN, “The Scope of Judicial Review...”, s. 243. ALAN, “Türk İdari Yargısında Yerindelik...”, s. 54.

⁷¹⁵ Bkz. GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 967; Celal ERKUT, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İHİD, Y. 9, S. 1-3, s. 78.

uygulanmıştır.⁷¹⁶ Bu anlamda, ilk kararlarında CE'nin açık hata testini, bu denkliğin sağlanamadığı hesap hataları için uygulamıştır. Burada iptal, hatanın çok ciddi bir hata olmasından değil, kararın fiziksel, belki de matematiksel olarak hatalı olmasından kaynaklanmıştır.⁷¹⁷ CE, iki parsel arazinin gerçek verimlilikte,⁷¹⁸ büyüklükte⁷¹⁹ veya kullanım kategorisinde eşdeğer olup olmadığı gibi kırsal arazinin yeniden dağıtımıyla ilgili (*remembrement rural*-arazinin toplulaştırılması)⁷²⁰ konulara açık hata testini uygulamıştır.⁷²¹ Bir davada, 21.735 değerindeki arazinin karşılığı olarak 21.963 verimlilik biriminde değerlendirilmiş araziye (kurula) veren çiftçinin, %1 oranında zarara uğradığı tespit edilmiştir. CE'nin çiftçi lehine karar vermesi, hatanın büyüklüğünün öncelikli sorun olmadığını göstermektedir.⁷²² Başlangıçta denklik sorunlarına uygulanan bu test zamanla, Fransız idari yargısının yargısal denetim yapmaktan kaçındığı yabancılarla ilgili kararlarda, pasaport ret işlemlerinde, mesleki yeterlilik değerlendirmelerinde, disiplin yaptırımlarında, bir devlet memurunun terfiye uygunluğuna ilişkin birçok işlemde yaygın olarak uygulanmıştır.⁷²³

⁷¹⁶ BERMANN, "The Scope of Judicial Review in French Administrative Law", s. 239.

⁷¹⁷ BERMANN, "The Scope of Judicial Review in French Administrative Law ", s. 239.

⁷¹⁸ Guyé, [1970] Rec. Cons. d'Et. 652, [1971] A.J.D.A. 54, [1971] R.D.P. 517; Ministre de l'Agriculture v. Peyron, [1966] Rec. Cons. d'Et. 592; Demoiselle Achart, [1961] Rec. Cons. d'Et. 476. Aktaran BERMANN, "The Scope of Judicial Review...", s. 238.

⁷¹⁹ Gindre, [1968] Rec. Cons. d'Et. 669. Aktaran BERMANN, "The Scope of Judicial Review...", s. 237.

⁷²⁰ Kırsaldaki toprağın yeniden dağıtılmasıyla ilgili davalar, II. Dünya Savaşı sırasındaki Alman işgali zamanından kaynaklanan düzenlemelerden kaynaklıydı. Düzenlemeler, toprağın daha rasyonel ve verimli kullanımını sağlamak için tarımsal işletmelerin zorunlu (exchange) takas yapma yetkisinin yerel kurullara verilmesini ve her mülk sahibinin her ekim türü için gerçek verimliliği bakımından, vazgeçmesi istenen toprağa eşdeğer bir arazi almalarını sağlamaktaydı. Takaslarda-dağıtımda yaşanan sorunlar kısa sürede iptal davaları açılmasına sebep olmuştur. Bkz. BERMANN, "The Scope of Judicial Review...", s. 234.

⁷²¹ BERMANN, "The Scope of Judicial Review...", s. 237.

⁷²² BERMANN, "The Scope of Judicial Review...", s. 239.

⁷²³ Kararlar için bkz. BROWN/BELL, French Administrative Law, 5th Edn, s. 262; BERMANN,

Bariz hesap ve denklik hatalarının tespitinde kullanılan açık hata testinin birçok durumda ölçülülük denetimine denk geldiği yaygın olarak kabul edilir.⁷²⁴ Dolayısıyla son haliyle, açık hata denetiminin mahkemelere idarenin takdiri ve teknik konularda verdiği kararlarda yasaların olaylara uygulanmasının makul olmasını (konu ve sebep arasında asgari bir denge olmasını)⁷²⁵ sağlayan “asgari” bir denetimden⁷²⁶ daha yoğun bir denetim olduğu söylenebilir. Örneğin *Lebon* davasında (CE, 09.06.1978), kız öğrencilerine karşı uygunsuz davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle idare tarafından görevden alınan bir öğretmene verilen cezada CE, açık hata olmadığı ve cezanın hiçbir şekilde suçla orantısız olmadığını tespit ettikten sonra temyiz başvurusunu reddetmiştir.⁷²⁷

İlkenin uygulandığı ulusal güvenlik ve siyasi nitelikli bir kararda CE, Fransa’ya yasadışı bir şekilde giren işsiz Bulgar bir mültecinin sınır dışı edilmesini açık hata gerekçesiyle iptal eden idare mahkemesi kararını onamıştır.⁷²⁸ Hükümet komiseri bu sebeplerin başvuranı, sosyal düzeni rahatsız edecek davranışlarda bulunmaya veya bunları yapmaya teşebbüs etmeye zorlanmadıklarını göstermediği sürece *kamu düzenine*

“The Scope of Judicial Review...”, s. 243.

⁷²⁴ Cristian RUMPF, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, AYD, Anayasa Mahkemesinin 31 Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 1993, s. 36; ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 103; Garry DOWNES, “Reasonableness, Proportionality and Merits Review”, New South Wales Young Lawyers Seminar Issues of Administrative Law, 24 Eylül 2008, The Law Society, Sydney, s. 8.

⁷²⁵ Nathalie JACQUINOT, *Ordre public et constitution*, Thése, Aix-Marseille, 2000, s 254-55. Aktaran Özge OKAY TEKİNSOY, “Fransız Hukukunda İdare Hakiminin İptal Davasında Uyguladığı Hukuka Uygunluk Denetiminin Kapsamı”, in *İdari Yargı*, Turan YILDIRIM, 2. B., Beta Yay., İstanbul 2010, s. 160.

⁷²⁶ Bkz. BERMANN, “The Scope of Judicial Review...”, s. 249.

⁷²⁷ BROWN/BELL, *French Administrative Law*, 5th Ed., s. 262.

⁷²⁸ *Ministre de l'Interieur v. Pardov*, [1975] Rec. Cons. d'Et. 83, [1975] A.J.D.A. Aktaran BERMANN, “The Scope of Judicial Review...”, s. 242.

yönelik bir tehdit haline getirmediğini ileri sürmüştü.⁷²⁹ Yerel Tarım Komitesi müdürünün Maliye Bakanlığı'ndan bir soruşturmayı cevaplamada gecikmesi nedeniyle görevden alındığı *Violay* (CE, 26.08.1978) davasında, mahkeme bu gecikmenin (*faute professionnelle-malpraktis*) kusur olduğunu kabul etmiş, ancak olguların değerlendirmesinin açık hata olacak kadar orantısız olduğu gerekçesiyle görevden alma işlemini iptal etmiştir. *Wahnapo* (CE 27.02.1981) davasında CE, belediye başkanına idare tarafından verilen disiplin cezasını fazla (orantısız) olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.⁷³⁰ Bu davaların gösterdiği gibi açık hata, ölçülülük kavramıyla bağlantılıdır.⁷³¹

Danıştay da herhangi bir kamu yararı değerlendirmesi içermeyen ancak sayısal-maddi hatalar içeren uyuşmazlıklarda genellikle açık hata testini uygulamıştır. Bu yönüyle açık hata testi, kolay tespit edilebilen ancak denetimi derinleştirmeden yargının işin içinden çıkacağı davalarda uygulanmıştır. Danıştay, bu davalarda uyguladığı açık hatayı “...mevzuat hükmünün yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu, idare edenlerin kasıt ya da ihmâl içinde olmadıkları süreçte, hükmü uygularken hataya düşmelerinin beklenemeyeceği hallerde, maddi olaya ve mevzuatın açık hükmüne aykırı davranılmış ve bu durum da işlemi yok denilecek kadar sakatlamış”⁷³² olması koşullarına bağlamıştır.

Bu bağlamda Danıştay çeşitli kararlarında, *açık hata* kavramına yasal/anayasal dayanak olmaksızın tesis edilen işlemlerin denetiminde başvurmuştur. Danıştay yasaya dayanmaya terfi, atama ve bunlara bağlı olarak gerçekleştirilen ödemeleri açık hatayla gerçekleştirilen usulsüz ödemeler olarak değerlendirmiştir.⁷³³ Başka bir davada, Anayasa

⁷²⁹ BERMANN, “The Scope of Judicial Review...”, s. 242-243.

⁷³⁰ BROWN/BELL, French Administrative Law, 5th Edn., s. 262.

⁷³¹ BROWN/BELL, French Administrative Law, 5th Edn., s. 262.

⁷³² Dan.10.D., 2003/4745 E, 2005/2591 K, 18.05.2005, DBB.

⁷³³ Dan.8.D., 2006/2880 E, 2006/2896 K, 07.07.2006; Dan.5.D., 2008/4865 E, 2010/5429 K, 24.09.2010; Dan.11.D., 2002/2860 E, 2005/415 K, 07.02.2005, Legalbank; Dan.10.D., 1991/235 E, 1991/3727 K, 10.12.1991, DBB. DİBK idarenin yokluk, açık hata, memurun

Mahkemesi'nin imara ilişkin bir yasa maddesini (3194 sayılı İmar Yasası md. 47) iptal etmesinin ve kararın TRT aracılığıyla kamuoyuna duyurulmasının ardından iptal kararının resmî gazetede yayımlanmasına kadar geçen sürede yapı izin belgesi verilmesi de, "açık hatalı işlem" olarak nitelendirilmiştir.⁷³⁴ Bu davalarda, yasaya ve anayasaya açık aykırılık söz konusudur.

Danıştay içtihatlarında, yasal dayanağı olmakla birlikte yasa kuralının yanlış uygulanmasından kaynaklı hesap hataları da, açık hata olarak kabul edilmektedir. Kaçakçılık ikramiyesinin dağıtımı nedeniyle verilen bir kararda, 1913 sayılı Kanun'un değişik 60. maddesi, kaçakçılık suçu nedeniyle biriken para cezalarının %30'unun takip, muhafaza işleriyle davaların takip ve müdafaasında üstün gayretleri görülen memurlara ikramiye olarak dağıtılması konusunda Gümrük ve Tekel Bakanı'na takdir yetkisi tanımıştır. Danıştay kararında, 1974 yılında 6 ay raporlu bulunan ikinci hukuk müşavirine 6000 tl, Kanun kapsamında bulunmayan zat ve sicil işleri müdürüne 1500 tl, hukuk müşavirliği memurlarına 1750 tl takdir edilirken; birinci hukuk müşavirine 1500 tl verilmesinde bir hata olduğunu belirtmiştir.⁷³⁵ Başka bir davada Danıştay, ilgili yönetmeliğe uyulmadan üniversiteler arası yatay geçişi kabul edilen bir öğrencinin kabul tarihinden 1,5 yıl sonra yatay geçiş işlemini iptal eden üniversite yönetim kurulu kararını açık hata gerekçesiyle onaylamıştır.⁷³⁶ Bu davalarda açık hata, mevzuat hükmünün

gerçek dışı beyanı veya hilesi hallerinde süre aranmaksızın kanunsuz terfi veya intibaka dayanarak ödediği meblağı her zaman geri alabileceğine karar vermiştir. DİBK, 1968/8 E, 1973/14 K, 22.12.1973. Bazı Danıştay kararlarında ise DİBK kararında yer alan açık hata olgusu sadece kanunsuz terfi ya da atama açısından değil, idari işlemlerin genel olarak geri alınmasında da dikkate alınmıştır. Bkz. Dan.10.D., 1996/4639 E, 1998/5838 K, 17.11.1998; Dan.8.D., 1996/3197 E, 1999/907 K, 03.03.1999; Dan.10.D., 1988/2571 E, 1991/922 K, 13.03.1991; Dan.5.D., 2004/3658 E, 2004/5187 K, 10.12.2004; Dan.2.D., 2012/8229 E, 2012/9842 K, 13.12.2012, Legalbank.

⁷³⁴ Dan.6.D., 1991/749 E, 1991/2306 K, 06.11.1991, Legalbank.

⁷³⁵ Dan.12.D., 20.03.1978, 642 K. Bkz. ALAN, "Türk İdari Yargısında Yerindelik...", s. 55.

⁷³⁶ Dan.8.D., 2001/1430 E, 2002/3454 K, 11.06.2002, Legalbank.

yorumuna ihtiyaç duymayacak kadar bariz (olgusal nitelemede yapılan bir hata) hesap hataları için uygulanmıştır.

Bunun dışında teknik nitelikli bazı kararlar, idarenin takdirinde olduğu gerekçesiyle daha az (açık hata) denetime tabi tutulmuştur.⁷³⁷ Türkiye’de de idarenin özellikle kamu görevlilerine ilişkin kararları için minimum denetim uygulanmaktadır.⁷³⁸ Danıştay, *kariyer ve liyakat ilkelerine* (hizmet gereklerine) aykırı atama işlemlerini çoğunlukla sebep unsurunun yokluğuna dayanarak açık hata gerekçesiyle iptal etmektedir.⁷³⁹ Yargı kararının uygulanması amacıyla il müdürlüğü görevinden alınan davacının geçmiş hizmetleri, bulunduğu görevlerin ünvan ve nitelikleri gözetilmeden mühendis kadrosuna atanması,⁷⁴⁰ görevinde başarısızlığı söz konusu olmayan Petrol Ofisi Bölge Başmüdür yardımcısı olan davacının, bu görevinden alınarak Bölge Başmüdürlüğüne uzman olarak naklen atanması;⁷⁴¹ Milli Eğitim Bakanlığı’nda 12 yıl daire başkanlığı yaptıktan sonra davacının İl Kültür Müdürlüğüne atanması işlemi, görev ve unvan bakımından açık takdir hatasıdır.⁷⁴² Bu kararlarda, bir tür “denklik” problemi olduğu kolayca görülebilir.

⁷³⁷ Dan.10.D., 1984/2739 E, 1986/1451 K, 24.06.1986 (*Gökova Kararı*).

⁷³⁸ Bkz. Dan.5.D., 1997/1899 E, 1999/1526 K, 17.05.1999; Dan.5.D., 1995/1788 E, 1997/2389 K, 30.10.1997; Dan.5.D., 1996/502 E, 1997/2127 K, 15.10.1997; Dan.5.D., 1993/5695 E, K 1993/4225 K, 09.11.1993; Dan.5.D., 1995/2403 E, 1997/3313 K, 24.12.1997; DİDDGK, 1998/283 E, 1999/1218 K, 10.12.1999; Dan.12.D., 1995/9515 E, 1997/2121 K, 13.10.1997; Dan.5.D., 1994/8773 E, 1995/2208 K, 14.06.1995; Dan.5.D., 1998/2282 E, 1999/1682 K, 24.05.1999.

⁷³⁹ Bkz. Dan.5.D., 1980/492 E, 1984/2185 K, 10.05.1984; Dan.5.D., 1981/2065 E, 1982/6570 K, 26.05.1982; Dan.5.D., 1981/2387 E, 1983/3963 K, 11.05.1983; Dan.5.D., 2004/3658 E, 2004/5187 K, 10.12.2004, Kazancı.

⁷⁴⁰ DİDDGK, 1997/134 E, 1999/407 K, 22.03.1999; Dan.5.D., 1987/219 E, 1987/461 K, 24.03.1987.

⁷⁴¹ Dan.5.D., 1987/219 E, 1987/461 K, 24.03.1987, Kazancı.

⁷⁴² Dan.5.D., 1998/2282 E, 1999/1682 K, 24.05.1999, DBB. Ayrıca bkz. Dan.5.D., 1995/1960 E, 1996/3949 K, 19.12.1996, DD, Y. 27, S. 93, 1997, s. 289; Dan.5.D., 2004/3658 E, 2004/5187 K, 10.12.2004.

Yukarıdaki dava örneklerinden açık hata testiyle asgari bir denetim yapıldığı kolayca söylenebilirse de, bazı istisna kararlar açık hatanın yalnızca bariz hukuk hatalarını içeren bir denetim olarak uygulanmadığını göstermiştir. Bu görüşü açıkça ortaya koyan kararlardan biri, sosyal devlet ilkesine aykırı işlemi açık hata gerekçesiyle iptal eden Danıştay kararıdır. Danıştay, bu kararda sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta olan davacının sözleşme ücretinin bir önceki yıla göre daha düşük belirlenmesi yönündeki işlemi “... idarenin, ülkenin ekonomik koşullarını ve enflasyon olgusunu da göz önünde tutarak, en azından tavan miktarlar üzerinden 1990 yılı ücretlerini belirlemesi gerekirken anılan noktaları göz ardı ederek daha düşük ücret belirlemesi takdir yetkisinin kullanımında **açık hataya** düşüldüğünü ortaya koymaktadır...” gerekçesiyle bozmuştur. Kararın bu yönüyle bir hesap hatası ya da açık hata içerdiği kabul edilebilir. Ancak Danıştay, ailede huzur ve refahın sağlanması ve çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri almakla devleti yükümlüğüne (AY md. 41. ve 55) ve Başlangıç kısmının 8. fıkrasında “Her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğuna işaret edilmektedir. Bireysel ve toplumsal huzurun sağlanmasının ve bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmesinin, çalışanların onurlu bir hayat sürdürmelerinin sağlanmasının en başta onların ekonomik bakımdan güçlendirilmelerine bağlı olduğu kuşkusuzdur. Anayasanın sözü edilen **hükümleri aynı zamanda çalışanların maaş ve ücretlerini saptayacak makamların**, bu konuda sahip bulundukları **takdir yetkisinin** kullanımında gözetmeleri gereken verileri de ortaya koymaktadır” ifadelerine yer vererek kararı, sadece yanlış hesaplanmaya dayanan maddi bir hata sebebiyle hukuka aykırı görmediğini göstermiştir. Mahkeme, söz konusu sayısal verilerin Anayasal ilke ve kurallara uygun olarak kullanılması gerektiğini vurgulayarak açık hata testini bir dengeleme testi olarak kullanmıştır.⁷⁴³

⁷⁴³ Dan.5.D., 1991/3725 E, 1992/1960 K, 23.06.1992.

Fransız hukukundan esinli bu asgari denetim ilkesinin Danıştay’ın tam denetim içtihadıyla uyumlu olmadığı gerekçesiyle yerleşiklik kazanmadığı söylene de;⁷⁴⁴ aksine bu denetimin konu ve yoğunluk açısından sınırlı bir denetim olmadığı, ayrıca düşük yoğunluk bir denetim olduğu kabul edilse dahi denetlenemez işlem kategorisindeki işlemleri yargı denetimine, hatta yerindelik denetimine “maruz” bıraktığı eleştirileri yapılmaktadır.⁷⁴⁵ Açık hatanın çoğu kez, açık olanın ne olduğu konusundaki öznel değerlendirmelere dayandığı,⁷⁴⁶ “tamamen mantıksız (*unreasonableness*) veya gerçeklerle büyük ölçüde orantısız olanın tespitini” içerdiği,⁷⁴⁷ dolayısıyla bu denetimin, daha ziyade makul (*reasonable-contrôle du raisonnable*) bir denetimin gerekçesi olarak düşünülmesi gerektiği⁷⁴⁸ ve “sebeup konusunda yapılan hatalı değerlendirme(nin) aslında idari işlemin konusunu etki(lediği) ve idare(nin), bu değerlendirmeye dayanarak alması gereken kararı almaya(cağı) veya almaması gereken kararı ala(cağı)”⁷⁴⁹ gerekçesiyle

⁷⁴⁴ KARAHANOĞULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 587.

⁷⁴⁵ Açık hata denetiminin yerindelik denetimi olduğu ya da bu potansiyeli taşıdığı yönündeki görüşler için bkz. GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 969; Sevtap YOKUŞ, “Hak ve Özgürlüklere İlişkin Anayasal Hükümlerin Danıştay’ca Doğrudan Uygulanması”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 19-20, 1997, s. 197-213, s. 325. Fransız Danıştay’ının Belçika’da basılan nasyonel-sosyalist ideolojiyi savunan bir derginin Fransa’da dağıtım ve satışını kamu düzenini bozucu nitelikte görüp yasaklayan İçişleri Bakanlığı işlemini iptal eden Paris İdare Mahkemesi kararına karşı yapılan başvuruyu, işlemde açık bir değerlendirme hatası bulunduğu gerekçesiyle reddettiği işlemi örnek gösteren *Tan/Gözübüyük*, açık hata kavramı ile yapılan sınırlı denetimde, idarenin değerlendirmesinin irdelenmesinin söz konusu olduğunu ifade ederek bir çeşit (içtihadi yerindelik işi) yerindelik denetimi yapıldığını ifade etmektedirler. GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, C. II, s. 526.

⁷⁴⁶ Bkz. MENDES, *Law and Administrative Discretion in The EU...*, s. 8; “*Hatanın açık olmasından ise derhal fark edilebilir, belirgin olma kastedilmektedir ve tamamen subjektif bir olgudur.*” ERKUT, İdare s. 78.

⁷⁴⁷ Federico FABBRINI, “‘Reasonableness’ as a Test for Judicial Review of Legislation in the French Constitutional Council”, *Journal of Comparative Law*, 4/1, 2009, s. 43, 55.

⁷⁴⁸ FABBRINI, “‘Reasonableness’ as a Test for Judicial Review of Legislation in the French Constitutional Council”, s. 55.

⁷⁴⁹ GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 922.

asgari bir denetim olmadığı ifade edilmektedir.

Ancak açık hata testi, çoğunlukla, denetlenmemesi gereken işlemler için geliştirilen düşük yoğunluklu bir test olarak Danıştay kararlarında uygulanmıştır.⁷⁵⁰ Açık hata, bir kararın nesnel unsurlarını denetime tabi tutar. Ve açıktır ki açık hata, hem olguların hem de ilgili mevzuatın değerlendirilmesine ilişkin hukuki hataya işaret eder. İdare takdir yetkisine sahip olsa bile, hukukta ve olguda hatalardan kaçınmakla yükümlüdür ve mahkemeler, işlemde "açık değerlendirme hatası"nı denetleme yetkisine sahiptir.

B. Anayasal Ölçütler

İdari yetkiler, günlük hayatımızda idare ile karşılaştığımız her alanda önemlidir ve idare bu alanları dönüştürme gücüne sahiptir.⁷⁵¹ İdarenin hayatımıza dokunma şekillerinin çeşitliliği göz önüne alındığında, denetim kapsamını belirlemek için birkaç genel formülün temel hakları korumaya yeterince hizmet edebileceğini kabul etmek gerçekçi olmaz. Bu sebeple yüksek idare mahkemeleri, çoğu zaman, kendi hukuk sistemlerindeki geleneksel inceleme nedenini korurken, yasallık blokuna hem anayasanın hem de uluslararası hukukun ortak ilkelerini dahil ederek idari takdir yetkisinin denetiminde yargıyı çok daha güçlü (belirlenebilir ve öngörülebilir) bir mekanizmaya dönüştürmüştür. Bu dönüşümün arkasında uluslararası sözleşmeler ve farklı ulusal idari yargı sistemlerindeki içtihatların yanı sıra, AİHM ve anayasa mahkemelerinin yargı denetiminin etkinleştirilmesine yönelik kararları önemli ölçüde etkili olmuştur. İnsan hakları konusunda mahkemeleri bağlayan bu mekanizmalar, hukuk devleti ve demokratik

⁷⁵⁰ Danıştay, genellikle, yerindelik alanında gördüğü işlemler (boş kadroya atama işlemleri) için yargı denetiminin açık, ağır bir değerlendirme hatasının araştırılmasından öteye gidilerek yapılamayacağına karar vermektedir. Bkz. Dan.5.D., 1979/3745 E, 1982/255 K, 07.03.1982; Dan.5.D., 1998/2282E, 1999/1682 K, 24.05.1999.

⁷⁵¹ Bkz. BACKES/ ELIANTONIO, Administrative Law, s. 189.

devlet temeline dayanan devlet kavramını yansıtan temel ilkelerin uygulanmasını öngörür. Böylece önceden daha çok; eşitlik ve ölçülülük gibi öncelikli yasama değerleri olan ilkeler, idari yargı denetiminin de bir parçası olmuştur.

İdari faaliyetlerin yasallığı, sadece yasama işlemlerine uygunluğunu değil; normların karmaşık hiyerarşisine ve bir dizi temel değere uygunluğu içerir.⁷⁵² Bu ilkeler genellikle, anayasal sisteme yazılı olarak dahil edilmiş ilkelerdir.⁷⁵³ Bunun yanı sıra, iç hukukta (bu ilkelerin zaman zaman uluslararası mahkemelerde de kullanıldığı görülmektedir) anayasal düzen normları olan sosyal devlet, laiklik gibi ilkeler yargılama sürecinde belirtilen eşitlik ve ölçülülük gibi ortak ilkelerle ya da tek başına idari yargı denetiminde görece olarak farklı yoğunluklarda kullanılan ölçütlerdir.

Anayasal ilkelerin denetim yoğunluğunu belirleme gücü, denetim ölçütüne göre değişkendir. Denetim yoğunluğu, denetimin derinliğiyle ilgili soruları ön plana çıkarır.⁷⁵⁴ Derinlik, işlemin usul ve esasa yönelik tespitlerin ortaya konulmasında kullanılan yetkilerin (yorum yetkileri) ve referans normların (cevaplanması gereken soruların) çokluğu ve etkiliği ile sağlanır. Denetim yoğunluğu, denetim ölçütünün hangi sorulara cevap aradığı ya da hangi sorulardan oluştuğu ve bu soruları cevap bulmak için yargı

⁷⁵² WOEHLING, “Judicial Control of Administrative Authorities in Europe...”, s. 50.

⁷⁵³ Bu ilkelerin çoğunun iç hukuktaki düzenlemesi, AİHS ile tam bir uyum içinde değildir. Bu düzenlemeler daha kapsamlı ya da daha sınırlayıcı olabilmektedir. Özellikle ölçülülük, AİHS’ten esinlenilerek 1982 Anayasası’na değişikliklerle dahil edilse de, sınırlama sistematigi bakımından farklılıklar içermektedir. Bu sistematik idari yargı söz konusu olduğunda daha da değişken hale gelir. İdari yargı denetimi, anayasa yargısı ve AİHM’in yargılama yöntemiyle tamamen uyumsuz. Örneğin Anayasa md. 13’teki gerekliliklerin bir kısmı, idari yargının öteden beri uyguladığı unsurlu denetim (amaç-konu-sebep) yöntemine denk geldiği için bu yöntemi aynen uygulamamıştır. Ancak idari yargı, artık işlemin hukuka aykırılığı ya da uygunluğunu bu ilkeler temelinde belirlemeye başlamıştır.

⁷⁵⁴ Dean R KNIGHT, *Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review: Scope, Grounds, Intensity, Context*, A Thesis Submitted to Department of Law of the London School of Economics and Political Science for the degree of Doctor of Philosophy, London, December 2014, s. 140.

yerinin ne yaptığı ve cevapların ne kadarıyla yetindiğiyle ilgilidir.

Bu durumda, aşağıdaki yöntem izlenerek maddi denetim ölçütlerinin yoğunluğu ölçülebilir.⁷⁵⁵ İlk olarak, denetim ölçütünün bileşenlerinin ortaya koyulması gerekir. Burada denetim ölçütünün hangi sorulara cevap aradığı, örneğin eşitlik ilkesinin hangi temellerde ihlal edildiği ya da ölçülülük ilkesinin sadece adil denge sorusundan mı yoksa daha ayrıntılı bir soru şablonundan ibaret olup olmadığının belirlenmesi gerekir. İkinci olarak, hakka yapılan müdahalenin hukuka uygun olduğunu kanıtlama yükümlülüğünün hangi düzeyde gerçekleşmesi gerektiğinin belirlenmesi gerekir.⁷⁵⁶

Yargısal denetim yoğunluğu arttıkça, kanıt standardı da yükselmektedir. Dolayısıyla iki kavram arasında “simbiyotik” bir ilişki vardır.⁷⁵⁷ Bir olayın gerçekliğini değerlendiren yetkili otorite, esas olarak kanıtın türü, kanıt standardını incelemektedir.⁷⁵⁸ Örneğin eşitlik denetiminde, ayrımcılık temeline göre kanıt standardı değişebilir. Yani mahkemenin bir idari işlemi değerlendirmeden önce olayın varlığına ikna olma düzeyini, örneğin ikna edici ve yeterli kanıt sunulmasının gerekip gerekmediği, kanıt sunulmadığı

⁷⁵⁵ Bkz. Core CHAN, “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, The Society of Legal Scholars (SLS) Annual Conference, Bristol, UK., 11-14 September 2012, in Legal Studies I, V. 33, N. 1, 2013, s. 1-21, Çevrim içi, <https://ssrn.com/abstract=2180463>, s. 6.

⁷⁵⁶ Kanıt kuralları -kanıt yükü ve standardı- da, tıpkı maddi denetim ilkeleri gibi idari yargıda belirliliği sağlamaya yardımcı olur. Yargılamada kanıt standardının belirlenmesi, yargıcın vicdani kanaate ne zaman ulaşmış kabul edileceğine ilişkin objektif standardın belirli olması anlamına gelir. Bu şekilde davanın tarafları bakımından dava sonucu öngörülebilir bir nitelik kazanır. Mehmet Kamil YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yay., İstanbul 1990, s. 43-44; YASİN, İdari Yargılama Usulunde İspat , s. 187.

⁷⁵⁷ David BAILEY, “Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective”, Common Market Law Review, V. 40, N. 4, 2003, s. 850 .

⁷⁵⁸ BAILEY, “Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective”, s. 847.

durumlarda hangi varsayımlara/karinelere⁷⁵⁹ dayanılıp dayanılmayacağı belirlenmelidir.

Burada, ilgili bölümler için tekrara düşmemek için idari yargıda kanıt standardının genel olarak hangi düzeyde tutulduğunu belirtmekte fayda var. İdari yargıda davanın konusuna göre belli kanıt standardı olduğunu gösteren bu açıklamalar, ilgili denetim ölçütü bakımından kanıt standardının yükseltilmesi ve düşürülmesi değerlendirmeleri için referans alınacaktır.

Kanıt standardı, yargının önündeki olayı hukuki bir sonuca bağlayabilmesi için karşılanması gereken ikna düzeyidir.⁷⁶⁰ Ortak hukuk ülkelerinde genellikle iki kanıt

⁷⁵⁹ Karinelerin asıl işlevi, ispat yükünün dağıtılması, yani ispat yükünün bir taraf için bertaraf edilmesindedir. (Emine CİN KARAGÖZ, İdari Hukukunda Karine ve Varsayım, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 146) Ancak idari yargıda hiçbir karine idare lehine ispat yükünün dağıtılması sonucunu doğurmamıştır. İdare hukukundaki karineler, resen araştırma ilkesi gereği, ispat yükünü tersine çevirecek güçte kabul edilmezler. (Bkz. TEKİNSOY, Yürütmenin Durdurulması, s. 28) Buna göre, dayananın karinenin aksinin ispat edilmesi beklenmeksizin, resen araştırma ilkesi gereği temelsiz olduğunun mahkemece tespit edilmesi işlemin hukuka aykırılığına sebebiyet vereceğinden, hukuka uygunluk karinesine dayanan tarafın bu karineyi temellendirmek durumunda olduğu kabul edilmektedir. (Bkz. CİN KARAGÖZ, İdari Hukukunda Karine ve Varsayım, s. 146.) Ancak tereddüt halinde, idari işlemin kamu yararı amacına yönelik olarak yapıldığı kabul edilecektir. (Bkz. YASİN, İdari Yargılama Usulünde İspat, s. 83.) Karine ve varsayımlara ve hatta genel değerlendirmelere dayalı olarak işlem tesis edemeyecek olan idare; gerçek, tam ve yeterli sebebe dayanarak işlem yaptığını ispat etmelidir. (Bkz. KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 482-85)

⁷⁶⁰ YASİN, İdari Yargılama Usulünde İspat, s. 181. Kanıt standardı, bir yasanın ihlal edilip edilmediğini ve/veya işlemin gerekliliğini tespit etmek için yargı yerinin ulaşılmaması gereken “delilin karşılaması gereken kesinlik derecesi”, “gerekli ikna seviyesi”, “bir vakıanın ispatlanmış sayılması için gereken delil yoğunluğu” ifadeleriyle de açıklanmaktadır. Laura PARRET, “Sense and Nonsense of Rules on Proof in Cartel Cases: How to Reconcile a More Economics-Based Approach to Competition Law With More Attention for Rules on Proof?”, European Competition Journal, V. 4, N. 1, 2008, s. 173; Emily SHERWIN/Kevin M. CLERMONT, “A Comparative View of Standards of Proof”, The American Journal of Comparative Law, V. 50, N. 2, 2002, s. 243-275, s. 244; Michele TARUFFO, “Rethinking the Standards of Proof”, The American Journal of Comparative Law, V. 51, No. 3, 2003, s. 673.

standartı olduğu varsayılır: hukuk davalarında “delil üstünlüğü” ve ceza davalarında “makul şüphenin ötesinde” kanıt standardı. Son zamanlarda AT rekabet hukukuyla ilgili yorumlarda sıklıkla atıfta bulunulan bir başka standart, *kanıtların üstünlüğüne* eşdeğer olan "olasılıklar dengesi"dir.⁷⁶¹ İdari yargıda, kanıt standardı konusunda mevzuatta ya da içtihatla somut bir kural yoktur. İdari yargılama usulünde resen araştırma ilkesinin kabul edilmesi sebebiyle delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkelerinin benimsendiği⁷⁶² ve buradan hareketle de, kanıt standardının olasılıklar dengelenmesi/delil üstünlüğü standardından⁷⁶³ daha yüksek olduğu değerlendirilmektedir.⁷⁶⁴ Özellikle idari yaptırımlar; AİHM,⁷⁶⁵ Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarıyla ceza hukuku

⁷⁶¹ PARRET, “Sense and Nonsense of Rules on Proof in Cartel Cases: How to Reconcile a More Economics-Based Approach to Competition Law With More Attention for Rules on Proof?”, s. 173.

⁷⁶² Ejder YILMAZ, “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 70.

⁷⁶³ *Olasılıklar dengelenmesi/delil üstünlüğü standardını*, “bir olayın gerçekleşmiş olmasının, gerçekleşmemiş olmasından daha muhtemel olması” şeklinde özetlemek mümkündür. (J. Thomas ROSCH, “Observations on Evidentiary Issues in Antitrust Cases”, EU Competition Law and Policy Workshop Florence, Italy, June 19, 2009, Çevrim içi, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/observations-evidentiary-issues-antitrust-cases/090619antitrustcases.pdf) Diğer bir ifadeyle, olayın gerçekleşmiş olma ihtimalinin %50’nin üzerinde görülmesi durumunda, örneğin %51 olması, olayın hukuki anlamda gerçekleştiği ispat edilmiş olacaktır. (CLERMONT/SHERWIN, “A Comparative View of Standards of Proof”, s. 251). Olayın gerçekliği konusunda şüphe varsa dahi, olayın gerçekleşmesi ihtimali aksi yöndeki ihtimalden daha yüksekse, olayın gerçekleşmiş olduğu konusunda ilgili makamlar ikna olmaktadır.

⁷⁶⁴ M.Haluk ARI/Benan KIRMIZIGÜL, “Kartel İncelemelerinde Delil ve İspata Dair Meseleler”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX, 6 Mayıs 2011-Kayseri, s. 337-381, Ankara, s. 344.

⁷⁶⁵ AİHM idari yaptırımların da ceza yargılaması ilkeleri kapsamında değerlendirilebileceğini adil yargılanma hakkına (AİHS md. 6) ilişkin kararlarında ifade etmiştir. Bu madde uyarınca, adil yargılanma hakkı, medeni hak ve yükümlülük veya cezai alanda yöneltilen suçlamaları kapsamaktadır. Bu sayede birtakım idari yaptırımlar, adil yargılanma hakkı güvencesi altına girmektedir. Bkz. AİHM, *Engel ve diğerleri/Hollanda* B.N. 5100/71, 23.11.1976;

rejimine yaklaştırıldığından makul şüphenin ötesinde kanıt⁷⁶⁶ standardına yakın bir standardın, yani yüksek bir standardın benimsendiği anlaşılmaktadır.⁷⁶⁷

Bu açıklamalar, idari yargıda kanıt standardının *açık ve ikna edici kanıt standardı*⁷⁶⁸ olduğuna işaret etmektedir. Bu standart; delil üstünlüğü standardından yüksek, makul şüphenin ötesinde kanıt standardından daha düşük, orta dereceli bir ispat standardını ifade etmektedir.⁷⁶⁹ Ancak idari yargıda, davanın konusuna göre standartlar değişmektedir. Bazı kararlardaki ifadelerden *delil üstünlüğü standardının*, diğer bazı kararlarda ise *açık ve ikna edici delil standardının* kabul edildiği görülebilir.⁷⁷⁰ İşkenceyle ilgili davalarda ise, Danıştay delilleri değerlendirirken genellikle '*makul şüphenin ötesinde*' (hiç bir kuşkuya yer bırakmayacak) kanıt standardı uygulamaktadır.⁷⁷¹

Öztürk/Almanya B.N. 8544/79, 23.10.1984). Bu sebeple ceza yargılamasında ispata ilişkin bir takım ilkeler (örneğin masumiyet karinesi, her türlü şüpheden uzak ispat standardı) idari yargı için de geçerli kabul edilmektedir.

⁷⁶⁶ *Makul şüphenin ötesinde ispat*; iddianın yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımlara dayanması ya da olaylara ilişkin çürütülemez varsayımların bulunmasıdır. AİHM, *İrlanda/Birleşik Krallık*, B.N. 5310/71, 18.01.1978, ř 161. Benzer yönde bkz. AYM, *Nejla Özer ve Müslim Özer Başvurusu*, B.N. 2013/3782, 21.4.2016, ř 114.

⁷⁶⁷ Mustafa KARABULUT, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 15-21.

⁷⁶⁸ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'ne göre *açık ve ikna edici delil*, bir olayın gerçekteleşmiş olmasının gerçekteleşmemiş olmasına göre daha yüksek olasılık içermesidir. Bkz. *Colorado v. New Mexico*, 467 U.S. 310, 1984.

⁷⁶⁹ Bkz. Robin MEADOW, "Clear and Convincing Evidence: How Much Is Enough?", *California Insurance Litigator*, 1999, s. 116-117.

⁷⁷⁰ Örnek kararlar için bkz. Didem BİRBİR EFENDİOğLU, *İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 108 vd.

⁷⁷¹ Bkz. Dan.10.D., 2008/5198 E, 2010/88 K, 26.01.2010; Dan.10.D., 2004/2216 E, 2007/4 K, 11.01.2007; Dan.10.D., 2005/8721 E, 2007/5293 K, 20.11.2007; Dan.10.D., 2004/2216 E, 2007/4 K, 11.01.2007, UYAP.

1. Eşitlik İlkesi

1931'de, Alman idare hukukunun önde gelen isimlerinden *Jellinek*, anayasal eşitlik ilkesine idarenin takdir yetkisiyle ilgili kararlarda çok nadiren atıfta bulunulduğunu gözlemlemiştir.⁷⁷² Jellinek'in gözlemine göre bu, o zamanlar anayasa ve idare hukuku arasındaki bölünmenin bir özelliğiydi. Anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesi, geleneksel olarak yasaların eşit uygulanmasının gerekliliğinden başka bir şey ifade etmiyordu.⁷⁷³ Yasaların genelliği ilkesinden yola çıkan (yasa önünde) eşitlik, Türk yargı sisteminde de, daha çok yasama işlemleri için öngörülen bir denetim gerekçesi olarak işlev görmekteydi.⁷⁷⁴

İdari yargı kararlarında eşitlik ilkesine ilişkin ilk çıkarımlardan biri; idarenin yetkisi olsa bile, belirli durumlarda haklı bir sebep olmadan yerleşik davranış biçiminden sapamamasıydı.⁷⁷⁵ Yerleşik davranışlardan sapmanın belirlenmesi, bazen içtihatlarla

⁷⁷² Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht* (Berlin: Springer, 3rd Edn, 1931) 164-165, 447. Aktaran Georg NOLTE, “General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective”, *The Modern Law Review*, V. 57, N. 2, 1994, s. 202.

⁷⁷³ Bkz. NOLTE, “General Principles of German and European Administrative Law...”, s. 202.

⁷⁷⁴ Danıştay, yakın tarihli bir çok davada Anayasa'nın 10. maddesine referansla eşitlik ilkesini kullansa da, öncesinde eşitlik ilkesini salt Anayasa'ya değil; idare hukukuna da hakim olan genel bir ilke olarak kabul etmektedir. Bkz. Dan.10.D., 1985/1885 E, 1986/2093 K, 18.11.1986, **DD**, Y. 17-1987, S. 60-67, s. 425; Dan.11.D., 2000/10901 E, 2003/739 K, 19.02.2003, DBB.

⁷⁷⁵ Bkz. NOLTE, “General Principles of German and European Administrative Law...”, s. 203. İdarenin düzenleyici işlemlerinin kaynağının takdir yetkisi olduğunu savunan *Güneş*'e göre, düzenleme yetkisi idarenin kendisine tanınan takdir yetkisini nasıl kullanacağını önceden belirlemesinden ibarettir. Bir başka anlatımla, çeşitli yasalarda idareye takdir yetkisi çerçevesinde birel işlem tesis etme yetkisi tanınması durumunda, idarenin bu yetkisini somut olayda kullanmak yerine, “benzer olaylarda eşit şekilde uygulamak üzere baştan tespit etmesi” de mümkündür. Bu da, düzenleme yetkisinin kullanılmasından başka bir şey değildir. Buna göre, idarenin takdir yetkisini benzer durumlarda eşit biçimde kullanması bir zorunluluk olduğundan, aslında bu yetkinin kullanımı ile ileride kendisini bağlayacak zımnî

bazen yasal düzenlemelere dayanmaktaydı. Bu “sapmanın” denetimini sağlamak için anayasal eşitlik ilkesi yerine muadil ifadeler ve ilkelere başvurulmuştur. Örneğin idari istikrar ve bundan türeyen ilkeler, eşitliği sağlamada en sık başvurulmuş ölçütler olmuştur.⁷⁷⁶ Bu ölçütler, çoğunlukla, idarenin nesnel düzenini korumaya yöneliktir. İdarenin takdir yetkisinin hakkın bireyselleştirilmesi açısından ele alındığı kararlarda da, Anayasal normlar yerine işlemin hukuka uygunluğu; hakkaniyet ve adalet,⁷⁷⁷ fırsat ve olanak eşitliği⁷⁷⁸ ya da kamu hizmetinde eşitlik⁷⁷⁹ ilkeleri ön plana çıkmıştır. Ancak daha sonra, idari yargı denetiminin, takdiri işlemlerin haklar üzerindeki etkisi de dikkate alınarak anayasaya uygunluk denetimine denk gelmesinde bir sakınca görülmemiştir. Bugün, eşitlik ilkesinin idareyi bağlayan bir ilke olduğu pratik ve teorik bir gerçektir.⁷⁸⁰

bir düzenleme yaptığı söylenebilir. Bkz. Turan GÜNEŞ, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s. 82 vd; 98-120.

⁷⁷⁶ Bkz. Dan.8.D., 2010/106 E, 18.05.2010, Kazancı.

⁷⁷⁷ Danıştay eski kararlarında, idari işlemin açıkça anayasal bağlamda eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmemiş, bunun yerine “*Anayasa ile ilgili yasa kurallarına ve hak ve adalet ilkelerine ters düştüğü...*” (Dan.8.D., 1988/460 E, 1989/1011 K, 11.12.1989, DBB) ya da işlemin ilgililere “*..fazladan bir yük getireceği*”, idarenin “*takdir yetkisinin dengeli ve hakkaniyet ilkesine uygun kullanılma(sı)...*” gerektiği yönünde ifadeler kullanmıştır. Bkz. Dan.8.D., 1988/668 E, 1988/714 K, 18.10.1988, DD, S. 74-75, 1989, s. 489-490. Benzer yönde bkz. Dan.8.D., 1991/324 E, 1991/1653 K, 17.10.1991, DBB; Dan.11.D., 2000/8963 E, 2003/1623 K, 08.04.2003, Kazancı.

⁷⁷⁸ Dan.8.D., 1988/460 E, 1989/1011 K, 11.12.1989, ayrıca bkz. Dan.8.D., 1992/2839 E, 1993/3652 K, 16.11.1993, Kazancı.

⁷⁷⁹ Anayasa Mahkemesi’ne göre “*kamu hizmetinde eşit davranış eşit yararlanma temel ilkedir.*” AYM, 1987/3 E, 1987/13 K, 22.05.1987, R.G. 18.09.1987/19578. Danıştay’a göre “*idare hukuku alanında eşitlik ilkesi kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, ‘ayrımcılık yapmama’ yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır.*” Dan.10.D., 1996/993 E, 1999/3627 K, 23.06.1999, DD, S. 102, 2000, s. 679.

⁷⁸⁰ Bkz. Dan.5.D., 1987/2417 E, 1988/1286 K, 14.04.1988, DBB.

1982 Anayasası'nda eşitlik ilkesi düzenlenişi itibariyle; ayrım gözetilmeksizin eşit işlem görmeyi isteme hakkı ve ayrımcılık yasağı⁷⁸¹ içeren bir kural; devlet yönetimine egemen bir ilkedir. Bu anlamda ikili bir karaktere sahiptir. “Genel esaslar” kısmında yer verilen eşitlik,⁷⁸² devletin temel amaç ve ödevlerini düzenleyen ve sosyal politika ilkeleri öngören yapısıyla nesnel düzen normudur. Aynı zamanda eşitlik, “herkes” için ayrımcılığı yasaklayan ve pozitif ayrımcılığı Anayasa'da sayılan gruplar için ayrıcalık ve ayrımcılık yasağının dışına çıkaran bir kural olarak öznel hak normudur.⁷⁸³

Anayasa Mahkemesi bu anlamda, ilkenin kapsamını net bir şekilde ortaya koymuştur: “... *soyut bir ilke olmaktan çıkarılıp, somut bir ölçü norm olarak yaşama geçirilen eşitlik ilkesi, öğretide ve idealde yarınlarda gözetilecek bir kavram değil, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak hukuksal bir olgudur.*”⁷⁸⁴ Mahkeme'nin bu yaklaşımı, eşitlik ilkesinin program bir hüküm olmaktan öte normatif (kural) bir değer taşıdığını gösterir.⁷⁸⁵ İlkenin kural karakteri⁷⁸⁶ Danıştay'ın bazı kararlarında, belirgin bir

⁷⁸¹ Bkz. Ulaş KARAN, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, in İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Ed. Sibel İnçeoğlu, 3. B., Beta Yay., İstanbul 2013, s. 459.

⁷⁸² 1961 Anayasası'nda eşitlik ilkesinin (md. 12) “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı ikinci kısımda yer almıştı.

⁷⁸³ Bir hakkın öznel boyutu; o hakkı düzenleyen Anayasa maddesiyle bu hakkı kullanırken eşitlik ilkesinden doğan ayrımcılık görmeme hakkı (Anayasa md. 10); Devletin insan haklarına saygılı hukuk devleti niteliğiyle (Anayasa md. 2) temel haklara ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerine öncelik tanıyan kural (Anayasa md. 90) dolanımıyla anayasal güvenceye dahil olan uluslararası insan haklar hukuku normlarıyla tanımlanmaktadır. Bkz. Hasan S. VURAL, Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, 1. B., Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 329.

⁷⁸⁴ AYM, 1996/15 E, 1996/34 K, 23.09.1996, R.G. 27.12.1996-22860.

⁷⁸⁵ Bertil E. ODER, “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, in Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ed. Hülya Duruduğan/Fatoş Gökşen/Bertil E. Oder/Deniz Yüksekler, Koç Üniversitesi Yay., İstanbul 2010, s. 208.

⁷⁸⁶ Alexy, kurallar ve ilkeler arasında bir ayrım yaparak anayasal normlarının uygulanma farklarını ortaya koymaya çalışmaktadır. Yazara göre kurallar ve ilkelerin ikisi de normdur,

şekilde görülmektedir.⁷⁸⁷ Anayasa md. 10/1'in kural karakterinde ve şekli eşitliğin bir görünümü olduğu açıktır.⁷⁸⁸ Bu durumda, eşitlik normu geçerli istisnaların varlığı gösterilmediğinde, mutlak olarak uygulanacaktır.

Anayasa md. 10/1'de düzenlenen yasa önünde eşitlik/ayrımcılık yasağına bakarak, eşitlik ilkesini düzenleyen normun tamamının yalnızca kural norm karakterinde olduğunu söylemek doğru değildir. Örneğin düzenlemede yer alan maddi anlamda eşitliğin sağlanmasına yönelik pozitif ayrımcılık ve diğer güvenceler, ilke

çünkü ikisi de durumun ne olduğunu söyler ve her ikisi de temel deontik komut, izin ve yasaklama ifadesi kullanılarak ifade edilebilir. Ancak kuralların hangi durumlarda uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Kurallar tanımlıdır, belli koşullar ve kesin ifadeler içerirler. Kesin ifadeler, kuralda yer alandan daha fazlasına ve daha azına izin vermez. Bu nedenle kurallar, olgular ve yasal olasılıkların yer aldığı bir alandan oluşur. Komut normların uygulanmasında yargıcın yorum yetkisi çok sınırlıdır. İlkeler ise tersine optimizasyon (uygunlaştırma) gerektirirler. Tanımlı, belli değildir; her olayın özelliğine göre uygulaması değişir. Bkz. ALEXY, A Theory of Constitutional Rights, s. 44-49; Robert ALEXY, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus (Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law)*, 2014, 22, s. 52. Dolayısıyla bu tür normların uygulanma aşamasında yargıç tarafından yorumlanmasının önemi büyüktür.

⁷⁸⁷ Örneğin Danıştay, mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için "cinsiyeti erkek olmak" ibaresini içeren düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada, Anayasa'nın 10. ve 70. maddesinden yola çıkarak kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşulların eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Dan.12.D., 2004/4382 E, 2006/539 K, 22.02.2006, **DD**, Y. 2006, S. 113, s. 364-368. Danıştay başka bir kararında 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun 1/I. maddesinde yer alan "...kadınlardan..." sözcüğünü ve 3/I. maddesini cinsiyet ayrımcılığı içerdiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur. Bkz. AYM, 2006/166 E, 2009/113 K, 23.07.2009, R.G. 19.03.2010-27526. Bu kararlar, Danıştay'ın eşitlik ilkesini kural değerinde gördüğü kararlara örnek gösterilebilir.

⁷⁸⁸ Eşitlik ilkesinin negatif anlamını ifade eden ayrımcılık yasağının uluslararası emredici kural (*jus cogens*) olduğu, yani uluslararası kamu hukukunun, çekince konulamaz temel amir hükmü haline geldiği kabul edilmektedir. Tekin AKILLIOĞLU, İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, İmaj Yay., Ankara 2010, s. 295. Aktaran Ayşe ÖZKAN DUVAN, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı", *GSÜHFD*, S. 2, 2017, s. 21-22.

karakterindedir.⁷⁸⁹ İlkeler, yargıcın yorum yetkisine bağılı olarak şekillenir. Yasa önünde eşitlik ya da ayrımcılık yasağı, şekli eşitliği tarif etmede yeterliyken; maddi eşitlik, içeriğı ilişkin bir tanımlamayı gerektirir.⁷⁹⁰ Örneğın karşılaştırmanın keyfiyete kaçmayacak şekilde yapılması, haklı nedenlerin ikna edici ve son olarak ölçülü olup olmadığı belirlemeleri mahkemenin yorumuna bağılıdır. Mahkeme, mutlak ayırım yasağı dışında, ilkeyi belli ölçütlere bağılı olarak, daha dar veya geniş yorumlayabilir. Eşitlik davalarında denetiminin yoğunluğunu; ayrıcalık-ayrımcılık yasağı, pozitif ayrımcılık kavramlarının nasıl yorumlandığı, karşılaştırmanın nasıl ve neye göre yapıldığı, farklı muamelenin nasıl tespit edildiğı; haklı neden ve ölçülülük kriterlerinin nasıl kullanıldığı ve son olarak aranan kanıt standardı belirler.

Mahkemelerin uygulamaları eşitlik standardını belirlemekle birlikte, eşitliğin asgari bir standardı vardır. Farklı ulusal anayasa mahkemelerinin, eşitlik ilkesini yerleşik içtihatlarla benzer temellere oturttuğı söylenebilir. Örneğın AFAM’a göre eşitlik ilkesi yasamayı, yalnızca eşit olanları aynı işleme tabi tutma değil; aynı zamanda en azından belli durumlarda, farklı durumda olanları aynı işleme tabi tutmamak yükümlüğü altına sokar. Fransız Anayasa Konseyi’ne göre ne yasa koyucunun farklı durumları farklı kurallara bağlaması ne de genel yarar nedeniyle eşitlikten ayrılması, eşitlik ilkesini ihlal eder; yeter ki her iki durumda da belirtilen nedenlerin sonucu olan muamele farklılığı uygulanan yasayla orantılı olsun. Anayasa Konseyi, her yasa karşısında “işlem farklılığının, durum farklılığı ya da genel çıkar nedenleriyle haklı gösterilip gösterilmediğıne” bakarak eşitlik denetimi yapmıştır.⁷⁹¹

⁷⁸⁹ Bkz. Züleyha KESKİN, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Sağlamada Korumacı Yaklaşımlar-Pozitif Ayrımcılık Çare mi Çıkamaz mı?”, in Kadın Yazıları, Hazırlayan Türkân YALÇIN, Savaş Yay., Ankara 2020, s. 441.

⁷⁹⁰ KESKİN, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Sağlamada Korumacı Yaklaşımlar-Pozitif Ayrımcılık Çare mi Çıkamaz mı?”, s. 439.

⁷⁹¹ KABOĞLU, Anayasaya Hukuku Dersleri, s. 380.

Benzer yaklaşımı, Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında görmek mümkündür: *“Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa’nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.”*⁷⁹² Danıştay’ın eşitlik yaklaşımı da, Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımına paraleldir.⁷⁹³ Ancak daha sistematik bir denetim, AİHM tarafından gerçekleştirilmektedir. AİHM genellikle, sırasıyla; farklı muamelenin belirlenmesi, karşılaştırma yapılması, farklı muamelenin nesnel ve makul nedenlerle haklı olup olmadığının tespit edilmesine dayananan usul ve ölçütlerle ayrımcılık (eşitlik) denetimi yapmaktadır. Bu çok katmanlı inceleme, yargı denetiminin yoğunluğunu gösterir. Danıştay’ın bu yöntemi tutarlı bir şekilde içtihatlarında uyguladığını söylemek güç olsa da, bu yöntemi referans alarak Danıştay’ın eşitlik denetiminin yoğunluğu tespit edilebilir.

a. Karşılaştırma Temeli ve Farklı Uygulamanın Sınıflandırılması

Eşitlik denetiminde, “karşılaştırılabilirlik” ya da “farklı muamelenin belirlenmesi” aşamaları her zaman belli bir sıraya göre yapılmaz. Bazı durumlarda farklı muamelenin belirlenebilmesi için yargılamanın karşılaştırılabilirlik sahfasına geçilmesi ya da tersi, karşılaştırma yapılabilmesi için farklı muamelenin öncelikli olarak tespit edilmesi gerekebilir. Ortada farklı bir muamele olduğu halde, davacı tarafından ileri sürülen karşılaştırma temeli yanlışsa Mahkeme, eşitlik denetimi yapmaz.⁷⁹⁴ Ancak ortada farklı

⁷⁹² AYM, 1994/90 E, 1995/22 K, 27.06.1995, R.G. 10.08.1995-22370.

⁷⁹³ Genel olarak bkz. KESKİN, Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi.

⁷⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, farklı muamelenin söz konusu olduğu ve bu muamelenin eşitlik ilkesine (kadın erkek eşitliğine) aykırı olduğu iddiasını incelerken yasal düzenleme gereği benzerlik-farklılık yönünden iki grubu (kadın-erkek) karşılaştırma gereği duymamıştır. Askerlik hizmetine ilişkin yapılan itirazda kanunun yabancı kadınla evli olanların yedek subaylıktan çıkarılmalarını öngören maddesinin kadınlar için uygulanmamasının eşitlik

bir muamele yoksa, işlemi benzerleriyle karşılaştırmaya gerek yoktur. Örneğin sınav süresinin kısa tutulduğu iddiası karşısında Danıştay, “*sınav süresinin soruların durumuna göre belirlenmesi ve tüm adaylara uygulanmış olması nedeniyle eşitsizlikten*” söz edilmeyeceğini belirtmiştir.⁷⁹⁵ Bu durum, denetimin daha az yoğun yapıldığı anlamına gelmez. Ancak farklı muamele olup olmadığının tespiti, çoğu zaman karşılaştırma gerektirebilir. Örneğin lisansüstü eğitim cari hizmet maliyetine katılımda devlet üniversitelerinde görev yapan akademik personelden farklı bir uygulamaya tabi tutulmalarına ilişkin düzenlemenin denetiminde, devlet üniversitelerinde görev yapan akademik personel ile vakıf üniversitesi personelinin farklı bir hukuki statüye tabi olmadıklarını belirmesi için bir “aynılık/benzerlik” karşılaştırması yapılmıştır.⁷⁹⁶

Çoğu durumda, farklı muamelenin varlığı tek başına yeterli değildir. Yapılan karşılaştırma sonucunda aynı durumdakilere farklı muamele eşitliğe aykırı; farklı durumda olanlara farklı muamele eşitliğe uygun ve aynı durumdakilere farklı muamele haklı nedene dayanıyorsa yine eşitliğe uygun sayılacaktır. Bu yüzden farklı muameleye maruz kalanın gönderme yaptığı kişi ya da grupla benzer/farklı olup olmadığına bakılır. Yargıç, karşılaştırma temellerini resen dikkate alır. Karşılaştırma genellikle, önceden belirlenmiş statüleri ve süregelen uygulamaları esas alır. Bu durumda başvuru kaynakları; Anayasa, yasa, düzenleyici işlem ya da idari pratiktir.⁷⁹⁷

ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, yürürlükteki yasaların kadınları askerlikten muaf tutmasından dolayı ilgili hükmün kadınlar açısından uygulanmasının mümkün olmadığı ve hükmün eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Bkz. AYM, 1964/36 E, 1964/77 K, 25.12.1964, R.G. 21.04.1965-11981.

⁷⁹⁵ Dan.8.D., 1990/851 E, 1991/1084 K, 04.06.1991.

⁷⁹⁶ DİDGK, 2009/704 E, 2013/997 K, 20.03.2013.

⁷⁹⁷ *İdari pratik*, genellikle düzenlilik, devamlılık ve idari istikrar olarak bilinen idare hukuku ilkeleriyle somutlaştırılır. (Bkz. Dan.12.D., 1969/ E, 1970/1739 K, 22.09.1970, **DD**, S. 2, 1971, s. 322-323; Dan.5.D., 1976/1613 E, 1979/1146 K, 09.05.1979, **DD**, 36-37, 1980, s. 352-354) Diğer yandan *kamu hizmetlerinde değişkenlik ilkesi*, idari istikrar ilkesinin mutlak olarak uygulanmasını engelleyebilir. Bu yüzden idari istikrar, eşitlik ilkesi kadar işlevli bir

Danıştay kararlarında karşılaştırma, aynılık ve benzerlik temelinde kurulur ve “aynı statüde olma”,⁷⁹⁸ “eşit seviyede olma”,⁷⁹⁹ “aynı hukuki durumda olma”⁸⁰⁰ biçiminde ifade edilir. Bu belirlemeye dayanarak “aynılara aynı işlem”, eşitlik ilkesinin gereğidir.⁸⁰¹ Karşılaştırma öznelinin yasa ya da nitelik itibarıyla farklı olması durumunda, ileriki aşamalara (haklı neden-ölçülülük) geçilmez; farklı statülerekilere farklı uygulama, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.⁸⁰² Olgulara dayalı bir ayrımcılık söz konusu olduğunda, örneğin mobbing vb. bir durumda, davacının dava dosyasına bazı kanıtlar sunması beklenebilir. Bu durumda bile, idarenin ayrımcı olduğu ileri sürülen uygulamayı ya da işlemi haklı bir nedene dayandırma yükümlülüğü devam eder.

ilke değildir. Dan.8.D., 2009/6617 E, YD, 25.12.2009: “... idari istikrar oluşturacak biçimde 1962 yılından bu yana ayrı bir uzmanlık ana dalı olarak belirlenen parazitoloji disiplininin yan dal olarak düzenlenmesini hukuki bir zemine oturtacak, idarenin takdir hakkını ve düzenleme yetkisini kamu yararı ve hizmet gerekleri uyarınca kullanışını ortaya koyacak bilimsel bir gerekçenin bulunmadığı anlaşıldığından” ilgili düzenlemenin iptaline karar vermiştir. Danıştay takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılmış olması ve kazanılmış hakların korunması koşuluyla idarenin uzun süren uygulamasından vazgeçebileceğini belirtmiştir. Ayrıca bkz. Dan.8.D., 2005/2542 E, 2006/3075 K, 18.09.2006, Kazancı.

⁷⁹⁸ Dan.11.D., 2000/8963 E, 2003/1623 K, 08.04.2003, Kazancı; Dan.11.D. 2000/8963 E, 2003/1623 K, 08.04.2003, DBB; Dan.10.D, 1987/932 E, 1988/242 K, 18.02.1988, **DD**, 72-73, s. 650.

⁷⁹⁹ Dan.8.D., 1997/2359 E, 1998/3478 K, 27.10.1998, DBB.

⁸⁰⁰ DİDD, 2005/270 E, 2008/1286 K, 17.04.2008, DBB; Dan.7.D., 2004/5815 E, 2007/461 K, 24.01.2007; Dan.11.D., 2004/5815 E, 2007/461 K, 24.01.2007, DBB. Dan.5.D. 1997/1325 E, 2000/1470 K, 09.05.2000, **DD**, 105, 2003, s. 276; DİDD, 2005/270 E, 2008/1286 K, 17.04.2008.

⁸⁰¹ Dan.2.D., 2004/6569 E, 2007/1038 K, 14.03.2007; Dan.11.D., 2000/8963 E, 2003/1623 K, 08.04.2003, Kazancı.

⁸⁰² Bkz. DİDDGK, 1982/381 E, 1982/289 K, 24.09.1982, **DD**, 50-51, 1983 s. 164; Dan.5.D., 1991/1858 E, 1994/71 K, 19.01.1994, **DD**, 1996, S. 90, s. 559; DİDD, 1982/428 E, 1982/411K, 05.11.1982, **DD**, 1996, S. 90, s. 167; DDDK, 1980/455 E, 1981/823 K, 10.07.1981, **DD**, S. 46-47, 1982, s. 144; DİDDGK, 1982/434 E, 1983/34 K, 04.02.1983, **DD**, S. 52-53, 1984, s. 130; DDDK, 1974/741 E, 1975//888 K, 28.11.1975, **DD**, S. 22-23, 1976, s. 169; DİDDGK, 1982/356 E, 1982/419 K, 19.11.1982, **DD**, S. 50-51, 1983, s. 69.

Bu aşama, karşılaştırma temelini belirlenmesi, yargısal denetimin yoğunluğunu azaltır ya da artırır. Örneğin bir kamu hizmetinin eşit sunulup sunulmadığı, bir hakkın eşit bir şekilde kullanılmasına izin verilip verilmediği temelinde karşılaştırma yapmak yerine, önceden belirlenmiş statü üzerinden karşılaştırma yapmak farklı hukuksal sonuçlara yol açabilir.

Aşağıdaki dava örneklerinin de göstereceği gibi, eşitlik denetiminin temeli, yani karşılaştırmanın verili statüler ya da hak temelinde yapılması, davayı farklı sonuçlara götürebilir. Örneğin cem ve kültür evlerinin su ve enerji giderlerinin idare tarafından karşılanması için bu yerlere ibadet yeri statüsü tanınması başvurusunun reddedilmesi üzerine açılan iptal davasında Danıştay, İdare Mahkemesi'nin; yasal mevzuatta cami ve mescit dışındaki yerlerin “*ibadet yeri*” olarak kabul edilmediğini, dolayısıyla bunun dışındaki yerlerin ibadet yeri olarak tanınması için yasal mevzuatta düzenleme olması gerektiği ve böyle bir düzenlemenin olmadığından bahisle verdiği ret kararını, hukuka uygun bulmuştur.⁸⁰³ Diğer yandan bir kilisenin su kullanımının bedelsiz olması isteminin reddi üzerine açılan davada Danıştay, kilisenin yasal statüsünü tespit etme ihtiyacı duymamıştır. Danıştay; kuran kursu, mescit ve cami gibi yerler ile ücretsiz öğrenci barındıran yurtlardan su ücreti alınmaması ve bu ücretin Belediye tarafından karşılanmasına yönelik verilen meclis kararında kiliseler sayılmamıştır. Danıştay kararın, “*başka din ve inanca mensup ibadethanelerin sayılmamış olmasının kararın belli bir dine ve inanca mensup ibadethaneler için alınmış bir karar olduğu anlamına gelmeyeceği, zira belde sakinlerinin mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak ile yükümlü olan belediyenin hizmet sunumunda dinsel farklılık gözetmesinin düşünülemeyeceğini; dolayısıyla kilisenin karar kapsamında sayılan dini yerlerden olduğu ve su kullanım hakkından yararlandırılması gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemin eşitlik ve*

⁸⁰³ Dan.10.D., 2006/5564 E, 2010/476 K, 02.02.2010.

*hakkaniyet kurallarına aykırı” olduğuna hükmetmiştir.*⁸⁰⁴ Buradan eşitlik ilkesinin uygulama yoğunluğu, yargının müdahale (etme-etmeme) eğilimine ya da daha teknik bir ifadeyle seçilen karşılaştırma temeline göre değişebildiği görülebilir.

Karşılaştırma, temel haklardan faydalanmayı esas aldığında farklı statüde olma, haktan (ya da idari olanaklardan) yararlanmayı engellemez. Örneğin İstanbul’da dışarıdan lise bitirme sınavlarına giren davacının, kalan sınavlarına işini ve evini taşıdığı Kocaeli’nde bulunan okullardan birinde girmesinin sağlanması isteminin reddine ilişkin Danıştay, eğitim hakkını temel alarak “...*okul dışında bitirme sınavlarına girenlerden memur olanlara, görev yerleri değişmesi durumunda, sınavlara yeni görev yerlerindeki il merkezlerinde girme hakkı tanınırken özel iş yerlerinde çalışan kişilere aynı hakkın tanınmaması Anayasa ve Milli Eğitim Temel Kanunu’nun hiçbir topluluğa ayrıcalık tanınamayacağı yolundaki kuralına aykırı olduğu gibi ayrıca temel yasa kurallarına aykırı yönetmelik çıkarılamayacağı da açıktır*”⁸⁰⁵ demiştir.

Benzerlik ve farklılık temelinde yapılan karşılaştırmanın gerekçesi değişikçe (amaçtan yola çıkarak yapılan karşılaştırma) kararın sonucunun değiştiğini gösteren örneklerden biri de, *eksik kapsamlı*⁸⁰⁶ işlemlerin denetimidir. Bu yüzden benzerlik temelinde yapılan değerlendirmeler, özellikle eksik kapsamlı işlemler için söz konusu olduğunda yerindelik denetimi eleştirileriyle karşı karşıya kalmaktadır.⁸⁰⁷

⁸⁰⁴ Dan.8.D., 2004/4350 E, 2005/809 K, 22.02.2005.

⁸⁰⁵ Dan.8.D., 1985/735 E, 1987/88 K, 24.02.1987, DBB. Aynı yönde bkz. Dan.8.D., 2014/6621 E, 2015/450 K, 04.02.2015.

⁸⁰⁶ Düzenlemenin kapsamına bir grubun alınmaması ya da o grubun açıkça hukuki düzenlemenin kapsamı dışında tutulması söz konusu olduğunda norm düzeyinde doğrudan ayrımcılık söz konusudur. KARAN, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s. 472. Bir sınıflandırma, düzenlemenin somut amacı bakımından benzer durumda olanları kapsamıyorsa eksik kapsamlıdır. Eksik sınıflandırma hakkındaki detaylı bilgi için bkz. ÖDEN, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s. 288-315.

⁸⁰⁷ Anayasa Mahkemesi eksik kapsamlı yasama işlemlerini, Anayasa’ya aykırı bulmaktadır. Bkz. AYM, 1966/1 E, 1966/21 K, 19.04.1966; 1971/58 E, 1972/22 K, 09.05.1972, R.G. 13.07.1972/14244. Anayasa Mahkemesi’nin eksik kapsamlı yasama işlemlerini denetlemekte

Danıştay, yalnızca eksik düzenleme eşitlik ilkesine aykırı ise dava konusu işlem hakkında iptal kararı vermektedir.⁸⁰⁸ “Yapı Tesis ve Onarım İşleri İhalelerine Katılma Yönetmeliği”nde (md. 8/III/7/B) teknik öğrenim gören müfettişlerin yer almadığı gerekçesiyle açılan iptal davasında, Yönetmeliğin “*teknik öğrenim yapmış olanlardan kamu kuruluşlarında kendi meslekleri ile ilgili olarak yönettikleri ve Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliğinde belirtilen esaslar dâhilinde denetledikleri işlere göre müteahhitlik karnesi verilecek kişileri belirleyen 8/III/B bendi kapsamında teknik öğrenim gören müfettişlerin sayılmamasının Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle Yapı Tesis ve Onarım İşleri İhalelerine Katılma Yönetmeliğinin 8/III/B maddesinde teknik öğrenim gören müfettişlerin sayılmaması*” nedeniyle iptaline karar vermiştir.⁸⁰⁹ Ancak bir başka davada Danıştay Dava Daireleri, davaya bakan Daire’nin uzun süredir uygulanan biyoloji bölümü mezunlarının tıpta uzmanlık sınavına girme haklarının idarenin bir düzenleyici işlemiyle ortadan kaldırılmasını *hukuki istikrar ilkesine* aykırı bulduğu kararını,⁸¹⁰ “*biyoloji bölümü mezunlarının da görevleri süresince aldıkları dersler ve eğitimden bahisle 992 sayılı Yasa kapsamında yer almaları gerektiği sonucuna varılması, Yasa kapsamının yorum yoluyla genişletilmesi anlamına gelir ki, bunun Yasa’ya tıpta uzmanlık eğitiminin amacı ve gereklilikler ile kamu yararına uygun düşmeyeceği*” gerekçesiyle bozmuştur. Buradaki

benzer gerekçeyle (yerindelik gerekçesiyle) çekimser kaldığı kararlar da mevcuttur. Söz konusu durumlar gerçekten eşitlik ilkesine aykırılık olsa bile, Anayasa Mahkemesi’nin bu eşitsizliği, eksik düzenlemeyi iptal ederek giderebilmesi veya yasama organını eşitsizliği giderici düzenleme yapmaya zorlaması mümkün değildir. Bkz. AYM, 2001/252 E, 2002/102 K, 12.11.2002, R.G. 27.02.2003-25033; 2001/252 E, 2002/102 K, 12.11.2002, R.G. 27.02.2003-25033; 1987/24 E, 1987/32 K, 24.11.1987, R.G.’de yayımlanmamıştır, bkz. anayasa.gov.tr.

⁸⁰⁸ Dan.*.D. 2001/2402 E, 2001/1123 K, bkz. <http://www.kararevi.com/karars/801153#.Ue62YNL0HfI>.

⁸⁰⁹ DİDD, 1996/387 E, 1998/521 K, 06.11.1998, DBB.

⁸¹⁰ Dan.8.D., 2009/6689 E, 06.11.2009, Kazancı.

karşılaştırma temeli, kapsama alınanlar ile alınmayanlardır. Kapsama alınma ve alınmama gerekçeleri, genellikle teknik gerekliliklere dayanmaktadır. Farklı muamele ise, düzenlemenin ‘aynı olduğu iddia edilenleri’ kapsamamasından kaynaklanır.

Anayasa md. 10’daki, farklı muameleyi ayrımcı hale getirebilecek özellikler listesi karşılaştırmayı kolaylaştırıcıdır. Dolayısıyla farklı muamelenin dayandığı etiketin tespiti genellikle sorun yaratmamaktadır.⁸¹¹ Danıştay, bazı durumlarda karşılaştırma gereği duymaksızın Anayasa’da sayılan kategorilerden faydalanarak değerlendirme yapmaktadır. Davalarda sayılan temellerde bir ayrımcılık söz konusuysa, karşılaştırılabilirlik değerlendirmesini atlaması söz konusu olabilir. Örneğin cinsiyet temelli bir eşitsizliğin dava konusu edildiği işlemde, cinsiyet eşitsizliği barizse, karşılaştırılabilirlik aşaması derinlemesine yapılmaz. Danıştay, mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için ilgili düzenlemede geçen “cinsiyeti erkek olmak” ibaresinin iptali istemiyle açılan davada, Anayasa’nın 10. ve 70. maddesinden yola çıkarak kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşulların eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar verirken kadın ve erkek karşılaştırması yapma gereği duymamıştır.⁸¹²

Mahkemelerin en bariz eşitsizliğe ya da belli bir eşitsizliğe, örneğin sadece cinsiyet eşitsizliğine odaklanması, diğer eşitsizliklerin gölgede kalmasına sebep olabilir. Böyle durumlarda benzerlik-farklılık ve farklı muamele temelindeki karşılaştırma testi zayıf kalır. Anayasa Mahkemesi’nin cinsiyet ayrımcılığının bariz olduğu bir düzenleme için, engellilik temelinde yapılan ayrımcılığa değinmeden kadın erkek eşitliği temelinde bir değerlendirme yapması bu duruma örnek gösterilebilir. Davada, davacının engelli erkek çocuğunun özel damgalı pasaportunun süresinin uzatılmasına ilişkin talebinin reddine dayanak oluşturan 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nun 14. maddesinin (A) bendinin

⁸¹¹ David J. HARRIS/Michael O’BOYLE/Ed BATES/Carla BUCKLEY, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Çev. Ulaş Karan/Mehveş Bingöllü Kılıcı, Şen Matbaa, Ankara 2013, s. 604.

⁸¹² Dan.12.D., 2004/4382 E, 2006/539 K, 22.02.2006, DD, Y. 2006, S. 113, s. 364-368.

son paragrafındaki "...*Hususi damgalı pasaport alabilecek durumda bulunanların yanında yaşayıp, evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan kız çocuklarıyla yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da hususi damgalı pasaport verilir veya bunlar baba veya annelerinin pasaportlarının refakathanesine kaydedilir*" ifadesi, Anayasa'nın 2., 10., 41. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla idari yargı tarafından Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiştir.⁸¹³ Davaya bakan mahkeme, Anayasa'ya aykırılık itirazını yalnızca kadın erkek eşitsizliğine değil, aynı zamanda "*Devletin ailenin korunması yönünde pozitif ve negatif yükümlülüklerinin mevcut olup, aile hayatının sağlıklı devamını sağlayıcı tedbirleri almak ve buna aykırı her türlü düzenlemeyi ortadan kaldırmak zorunda olduğu*" gerekçesine dayandırmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, karşılaştırmayı yalnızca kadın erkek (dava açısından kız erkek çocuğu) eşitliği temelinde yapmış ve hükmün eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararla kız ve erkek çocuklarını eşit statüde gördüğünü anladığımız Mahkeme, kız ve erkek çocuk ayrımı yapılmaksızın sözü geçen özel damgalı pasaportların engelli bireylere verilmesi gerekliliğine -haklı neden olarak- sosyal devlet ilkesi (maddi eşitlik) kapsamında değinmemiştir. Mahkeme, cinsiyet eşitliğine vurgu yaparken, engellilere için pozitif ayrımcılık temelinde bir değerlendirmeye yer vermediğinden engellilerin hak kayıplarını önlemek için yasal bir düzenleme yapılmasına uzunca bir süre ihtiyaç duyulmamıştır.⁸¹⁴ Bu yüzden bu karardan sonra oluşan yasal boşluk, engellilik temelinde ayrımcılığın devam etmesine neden olmuştur.⁸¹⁵

⁸¹³ AYM, 2004/30 E, 2008/55 K, 07.02.2008, R.G. 19.03.2008-26821.

⁸¹⁴ 2010 yılında yapılan düzenlemeden sonra maddenin ilgili kısmı şöyledir: "*(Değişik paragraf: 23/7/2010-6009/58 md.) Hususi damgalı pasaport alabilecek durumda bulunanların ergin olmayan veya ergin olsalar dahi yanlarında yaşayıp evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan öğrenimi devam eden çocuklarına 25 yaşının ikmaline kadar, yine ergin olsalar dahi yanlarında yaşayıp evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan, aynı zamanda bedensel, zihinsel veya ruhsal engellerinden en az biri nedeniyle sürekli bakıma muhtaç durumda olduğu resmî sağlık kurumlarının düzenlediği sağlık kurulu raporu ile belgelenen çocuklarına da hususi damgalı pasaport verilir.*"

⁸¹⁵ Anayasa Mahkemesi kararından sonra ayrımcılığa sebep olan süreç hakkında ayrıntılı bilgi

Anayasa Mahkemesi, özellikle somut norm denetiminin söz konusu olduğu durumlarda yalnızca iptali istenen yasa hükmünü değil, yasa hükmünün sebep olduğu somut durumları (söz konusu davada başvuru, çocuğunun engelli olması sebebiyle haktan yararlandırılmasını istemiştir) göz önünde bulundurarak, tıpkı davaya bakan idari yargı yerinin anayasaya aykırılık gerekçelerinde belirttiği gibi, karar vermiş olsaydı daha yoğun bir eşitlik denetimi yapılmış olurdu.

Eşitlik denetimi, büyük ölçüde, farklı muamele veya karşılaştırma temellidir. İdari yargıda ayırım temelleri, genellikle yasa ve Anayasa'ya dayanır. Bu düzenlemelerde sayılan ayırım gerekçeleri çok açık olsa da, sayılmayan temellerde ayrımcılık olduğunu bulma görevi yargıcıdır. Mevcut mevzuat ve yargı görüşleri tarafsız ve nesnel kılavuzlar gibi görünse de, bu her zaman doğru olmayacaktır. Farklılık ve benzerlik; toplumsal, tarihi, siyasal gerçeklere dayandırılabilir. Bu temeller dışında yapılan ayrımcılıkla diğer ayrımcılık gerekçeleri arasındaki fark, yargısal denetimin yoğunluğu farkıdır.

Farklı muamele, Anayasa'da sayılan ayırım temellerinde dışında başka temellere de dayanabilir.⁸¹⁶ Medeni hal, evlilik dışı doğum/çocuk,⁸¹⁷ yaş,⁸¹⁸ engellilik,⁸¹⁹ askerlik⁸²⁰

için bkz. Selda ÇAĞLAR, “Engelli Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, TBB Dergisi, Y. 24, S. 96, 2011, s. 163 vd.

⁸¹⁶ Anayasa 10. maddede yer alan “herkes” ve “benzeri” sebepler ifadeleriyle ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından çift yönlü, simetrik ve açık uçlu bir yaklaşım benimsenmiştir. KARAN, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s. 464-469. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan “benzeri nedenler” ifadesini ayrımcılık temellerinin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı yönünde yorumlamıştır. AYM, 1986/11 E, 1986/26 K, 04.11.1986, R.G. 22.02.1987-19380.

⁸¹⁷ Bkz. AYM, 1987/1 E, 1987/18 K, 11.09.1987, R.G. 29.03.1988-19769; Dan.10.D., 2006/2214 E, 2009/7098 K, 29.06.2009; Dan.5.D., 2005/3518 E, 2008/57 K, 15.01.2008; Dan.10.D., 2006/2214 E, 2009/7098 K, 29.06.2009, Kazancı.

⁸¹⁸ Dan.8.D., 1989/1379 E, 1990/1339 K, 19.11.1990, **DD**, Y. 22-1992, S. 82-83; Dan.10.D., 1985/1885 E, 1986/2093 K, 18.11.1986, **DD**, Y. 17-1987, S. 60-67, s. 425. Dan.8.D., 2007/6457 E, 2008/8352 K, 17.12.2008, Kazancı.

⁸¹⁹ İDDGK, 2008/2220 E, 2012/2239 K, 21.11.2012, Kazancı.

⁸²⁰ Danıştay, devlet memurluğu için askerlik koşulu öngören işlemleri eşitlik denetimine değil,

gibi durumları içeren kategoriler yargı kararlarıyla oluşturulabilmektedir. Bu, Anayasa ya da yasada sayılan kategorilere yönelik mutlak ayrımcılık yasağına gölge düşürmez, tersine eşitlik denetiminin kapsamını genişletir.

b. Haklı Nedenlerin Belirlenmesi

aa. Makul ve Nesnel Neden

Farklı (ayrımcı) muamele, her zaman eşitliği bozmaz, eşitsiz davranışın başka nedenleri olabilir. Bu nedenle, farklı muamele gerekçelerine bakılması gerekir. Burada ayrımcı/farklı muamelenin meşru ve nesnel olup olmadığı; aynı zamanda dava konusu farklı/ayrımcı muamelenin idarenin öngördüğü amaca ulaşmak için uygun ve gerekli bir araç olup olmadığı, ihlal edilen hakla hedeflenen amacın gerçekleşmesinden elde edilecek yarar arasındaki orantı da incelenmelidir. Bu haliyle eşitlik ölçütü, AİHM’in “nesnel ve haklı neden”, “orantılılık” ve “meşru amaç” ölçütlerini kapsamaktadır.⁸²¹ Farklı muamele, makul ve nesnel bir gerekçeyle haklı kılınabilirse eşitlik ilkesine aykırı olmaz.⁸²²

Mahkemenin meşru amacı nasıl belirleyeceği, yargılamanın yoğunluğu açısından önemli bir sorundur.⁸²³ Bu denetim, daha çok neden ögesi -idarenin ileri sürdüğü

yasallık denetimine tabi tutmaktadır. Koşulun erkekler için yarattığı dezavantajı, yasayla düzenlenme koşuluna uyulmadığı gerekçesiyle reddetmektedir. Dan.12.D., 2002/3815 E, 2003/2250 K, 30.09.2003, aynı yönde Bkz. Dan.5.D., 1988/1109 E, 1988/3008 K, 16.12.1988, **DD**, 1989, S. 74-75, s. 276-277.

⁸²¹ Ulaş KARAN, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, AYD, C. 32, 2015, s. 284.

⁸²² AYM, 1995/19 E, 1995/64 K, 14.12.1995, R.G. 29.07.1997-23064.

⁸²³ Anayasa Mahkemesi, haklı nedenin varlığı konusunda ölçütler geliştirmeye çalışmıştır. Mahkeme’ye göre, “*Kanunların, eşitlik ilkesine aykırı olmadığını söyleyebilmek için, sınıflandırmanın anlaşılabilir bir farklılığa dayanması, sınıflandırmanın kanunun amacıyla ilişkili, akla uygun ve adil olması, nedensiz, haksız, keyfi olmaması gerekir.*” (Bkz. AYM, 2006/159 E, 2010/47 K, 24.03.2010, R.G. 18.05.2010-27585.) Anayasa Mahkemesi’ne göre “*anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil haklı neden*” in varlığı, eşitlik

gerekçeler- yönünden yapılır. Neden ögesi, işlemin haklılığına ilişkin verileri içerir ve neden ögesindeki eksiklikler, eşitlik ilkesine aykırılık sebebi olabilir. Nedenin nesnel ve makul olması beklenir. Örneğin eşitliğe aykırı olduğu ileri sürülen rotasyon koşullarına ilişkin davada Danıştay, idarenin rotasyon konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu belirttiikten sonra “...Ancak, kuşkusuz bu uygulamanın **objektif ölçütlere bağlanması** ve *personel arasında herhangi bir nedenle **ayırma** yol açacak şekilde uygulanmasından kaçınılması gerektiği de tabiidir. Dairemizin ... dava dosyalarında verilen ara kararları ile, ‘personelin görev yerlerinin belirlenmesinde hangi ölçütlerin esas alındığı ve varsa bu ölçütlerin herhangi bir **nesnel düzenlemeye** dayanıp dayanmadığı’ hususlarının davalı idareden sorulduğu; idarece gönderilen ara karar cevabında, atama işlemlerinde, ihtiyaç ve iş yoğunluğu, eş durumu, hizmet süresi, öğrenim durumu ve sağlık halleri gibi ölçütlerin esas alındığı belirtildiği halde, atamaya tabi tutulan ve gerek bu atama işlemlerine karşı dava açmış olup halen davaları devam eden personel bakımından, gerekse diğer personel yönünden bu ölçütlerin ne şekilde gözetildiği, Yönetmeliğin 38 ve 39. maddesinde belirtildiği üzere Kurul tarafından, hizmet süreleri, eş durumu, başvuru formlarında ilgililerin atanmayı istedikleri yerlerin dolu-boş kadro durumlarının ne*

ilkesine aykırılık oluşturmaz. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır. (AYM, 1991/13 E, 1992/10 K, 19.02.1992, R.G. 17.11.1994-22114.) Mahkeme, bu ölçütlere uyan sınıflama ya da farklılaştırmaları haklı ya da kamu yararına uygun, dolayısıyla eşitliğe de uygun görmektedir. (Bkz. AYM, 1991/24 E, 1991/40 K, 31.10.1991, R.G. 01.03.1992-21158; Aynı yönde bkz. 1997/32 E, 1998/25 K, 26.05.1998, R.G. 11.03.2003-25045; 1997/74 E, 1998/69 K, 17.11.1998, R.G. 23.10.1999-23855; 1994/2 E, 1994/76 K, 25.10.1994, R.G. 28.04.1998-23326; 1996/13 E, 1992/10 K, 19.02.1992, AYMKD, C. 30, S. 1, s. 101.) AİHM de, Sözleşme’nin 14. madde çerçevesinde denetim yaparken *haklı neden* kriterini kullanmaktadır. Şikâyet edilen farklı muamelenin, ayrımcı karakterde görülmemesi için *nesnel ve makul* bir gerekçeye dayanması gerekir. AİHM, *Belçika Dil Kararı*, Seri A No. 6, s. 34, 23.07.1968, § 10. Bkz. Ivana RADACIC, “Gender Equality Jurisprudence of European Court of Human Rights”, The European Journal of International Law, V. 19, N. 4, 2008, s. 842.

şekilde değerlendirildiği (puanlama esası vs.) ve görev yerlerinin il içi veya il dışı olarak belirlenmesinde ve personel arasında farklı uygulamalar yapılmasında hangi nedenlerin etken olduğu hususları açıklanama(dığını)”⁸²⁴ belirtmiştir.

Mahkeme, özellikle aynı durumda olanlar için idarenin farklı uygulamayı (istisnaları) haklı kılacak nedenleri ortaya koyamadığı durumları eşitlik ilkesine aykırı bulmaktadır.⁸²⁵ Örneğin Danıştay, Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan “Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada, düzenlemede atama ve yer değiştirmeye ilgili birtakım sebeplerin bazı unvanlar yönünden istisna kılınmasında, somut ve araştırmalara dayanan nedenlerin makul ve nesnel olabileceğini ancak bazı varsayımlar üzerine yapılan farklılaştırmanın eşitlik ilkesine aykırı olacağına karar vermiştir.⁸²⁶

Ancak Danıştay, bazı durumlarda idarenin gerekçesini, hukuksal ve olgusal veriler üzerinde detaylı bir inceleme yapmaya gerek duymadan ikna edici bulmaktadır. Özellikle önceden belirlenmiş farklı yasal statüler üzerinden işlem yapıldığında, farklı muameleyi idarenin takdirine dayandırmakta ve takdiri işleme sebep olan nedenleri sorgulamamaktadır. Vatandaşlardan gelen şikayetler, asayiş ve güvenlik sorunları gibi sebeplerden dolayı Belediye encümenin, içkili lokantaların kapanış saatinin 22.00 olarak, diğer umuma açık işyerlerinin kapanış saatinin 24.00 olarak belirlenmesine karar vermesi üzerine açılan davada, **“düzenlemeler uyarınca idarenin işyerinin kapanış saatlerini belirleme konusunda yetkili bulunduğu tartışmasız olup;.... Olayda aynı statüde bulunmayan içkili ve içkisiz yerler bakımından farklı kuralların konulduğu anlaşıldığından ve bu tür yerlerin aynı nitelikteki işyerleri olmaması nedeniyle kendi**

⁸²⁴ Dan.5.D., 2002/3312 E, 2003/253 K, 30.01.2003, DBB.

⁸²⁵ Bkz. DİDD, 2005/270 E, 2008/1286 K, 17.04.2008; Dan.5.D., 2002/3312 E, 2003/253 K, 30.01.2003, DBB.

⁸²⁶ Dan.2.D., 2004/6569 E, 2007/1038 K, 14.03.2007, Kazancı.

*aralarında farklı kuralların getirilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Bu hale göre; idarenin mevzuatla verilen takdir hakkını haklı sebeplere dayandırdığı görüldüğünden işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.*⁸²⁷ Kararda, olayda belirtilen vatandaş şikayetleri, asayiş ve güvenlik sorunları olgusal düzlemde tartışma konusu olmamıştır.

Eşitsiz işlemi hukuka uygun hale getiren haklı neden, kamu görevlilerine ilişkin davalarda, çoğunlukla, *hizmet gerekleri* olmaktadır. Örneğin Danıştay tarafından kadın olmak, bazı hizmetler yönünden, *“hizmetin gerektirdiği niteliklere sahip olmamak”* şeklinde yorumlanmıştır.⁸²⁸ Kamu hizmetlerine girmede eşitlik ilkesi, memurluğa girişte özel ve genel koşullar dışında başka niteliklerin koşul olarak konulmamasını öngörür. Danıştay’a göre görevin gerektirdiği nitelikler, *“öğrenim, yaş, askerlik hizmeti veya yükümlülük durumu”* ile genel ve nesnel veya bazı hizmet grupları için o hizmetin gerektirdiği özel nitelikler olabilir ancak bu, kamu hizmetine girme hakkı yönünden vatandaşlar arasında her hangi bir ayırım yapıldığı anlamına gelmez.⁸²⁹

⁸²⁷ Dan.8.D., 2010/8660 E, 2013/2616 K, 29.03.2013, Hukukturk.

⁸²⁸ Danıştay, kaymakamlık sınavına kabul edilmeme işleminin iptali istemiyle açılan davada, idarenin takdir yetkisini kullanırken ileri sürdüğü *“ülkemizin idari yapısı kaymakamdan beklenen hizmetlerin fiziki yönden arzettiği zorluklar nedeniyle bayanların başvurularının reddedildiği”* gerekçesini haklı bularak idarenin kaymakamlık görevinin özelliklerini ve ülke genelinde bu görevin yürütüleceği ilçelerin toplumsal, kültürel, coğrafi ve ulaşım olanaklarını göz önünde bulundurarak kaymakamlık görevine almada kadın erkek ayrımı gözetmesinde, Anayasa’nın 70. maddesine aykırılık görmemiştir. Dan.5.D., 1984/9357 E, 1984/3836 K, 15.11.1984, DBB. Anayasa Mahkemesi de bir kararında *“kadınların vücut yapıları gereği bazı işlerde çalışmalarının mümkün olmadığı”* gerekçesiyle kadınların kamu hizmetine alınmalarını Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. bkz. AYM, 1963/148 E, 1963/256 K, 25.10.1963, R.G. 10.03.1964-11652.

⁸²⁹ Dan.5.D., 1987/2417 E, 1988/1286 K, 14.04.1988, DD, Y. 19, S. 74-75, 1989, s. 302. Bkz. AYM, 1990/39 E, 1991/21 K, 11.07.1991, R.G. 23.05.1992-21236.

bb. Anayasaya Dayanan Haklı Nedenler

Ayrımcı muameleyi eşitliğe uygun hale getiren haklı nedenler, anayasal amaçlardan kaynaklanabilir. Bu anayasal amaçlardan biri de pozitif ayrımcılıktır. Böylece eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağından daha kapsamlı bir güvence sağlar. Ayrımcılık yasağını içeren kural, genellikle yasa önünde eşitliğin karşılığı olmaktadır ve eşitliği sağlamaya yönelik bir kural olarak tek başına yeterli güvence sağlamaz. Bu ilke, ancak ayrımcılık mağduru kişi tarafından dile getirildiğinde gündeme gelebilecektir ve koruma sağlanacaktır. Bunun yanı sıra, ayrımcılık iddiası yargı önüne getirildiğinde dahi devlet için negatif yükümlülük öngören bir ilkenin yakıncı lehine yorumlanıp yorumlanmayacağı şüphelidir. Oysa pozitif ayrımcılık, yalnızca ayrımcı muamelelere değil, ayrımcılığın nedenleri ve sonuçlarını göz önüne alarak ayrımcılığın önlenmesini amaçlar. Pozitif ayrımcılıkta, olağan durumda ayrımcılık olarak değerlendirilen “öncelik tanıma” ya da “tercihte bulunma” ayrımcılık olarak değerlendirilmez.⁸³⁰

Anayasa’da düzenlenen eşitlik ilkesinin kapsamı, 2004-2010 yıllarında pozitif ayrımcılık öngören düzenlemelerle genişletilmiştir. Anayasa, özel eşitlik güvenceleri sağladığı gruplar bakımından ayırım yapmaktadır.⁸³¹ Madde metni, bu gruplar için özel önlem niteliğindeki tedbirlerin alınmasını hem emretmekte hem de bu yönde alınan tedbirlerin “ayrıcalık” kapsamında değerlendirilmesini kesin bir dille engellemektedir. Anayasa’da, pozitif ayrımcılık (eylemli eşitlik) öngören özel hükümler (AY md. 10/2 ve

⁸³⁰ KARAN, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s. 477.

⁸³¹ Anayasa md. 10, “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” ifadesiyle hem fiilî eşitsizlik kabul edilmiş hem de devlete bu konuda yükümlülük yüklemiştir. Düzenleme, kadınlara yönelik olduğu kadar erkeklere yönelik ayrımcılığı da yasaklamaktadır. Bu noktada, Anayasa’nın 10. maddesinde sözel olarak iki yönlü bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. Ancak madde metninde yer alan kadınlara yönelik ifadeler, maddenin asimetric-tek yönlü yorumlanmasına olanak vermektedir ve böylece belli grupların kendine özgü ihtiyaçlarını göz önünde tutan düzenlemelerin ayrımcılık yasağının ihlaline yol açmaması mümkündür. KARAN, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s. 465.

41/1) norm öznelere yönelik ayrımcılığın haklı kılınmasını daha da güçlendiren kanıtlardır. Bu normlarla birlikte mahkemeler, norm öznelere özgül koruma sağlamakta takdiri davranamazlar.⁸³²

Pozitif ayrımcılık anayasal güvence olmadan da, haklı neden temelinde eşitlik ilkesine uygun bulunmuştur.⁸³³ Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında sosyo-ekonomik ve kültürel yapı gerekçesiyle kadınların bazı yükümlülüklerden muaf tutulmasını sağlayan düzenlemeleri, eşitlik ilkesine aykırı bulmayarak kadınları “koruyucu” bir yaklaşım sergilemiştir.⁸³⁴ Danıştay da düzenlemeden önce verdiği kararlarda pozitif ayrımcılık uygulamalarını, fırsat ve imkân eşitliği ilkesi⁸³⁵ ve sosyal devlet ilkesi

⁸³² Bkz. Bertil E. ODER, “Eşitlik ilkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı”, in Anayasa Mahkemesinin Medenin Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 21 Mayıs 2012, 1. B., XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 5.

⁸³³ Anayasa Mahkemesi, pozitif ayrımcılık düzenlemelerinin madde metninde yer almadığı dönemlerde verdiği kararlarda dolaylı olarak “dezavantajlı” gruplar lehine “ayrımcılık” içeren düzenlemeleri hukuka uygun görmüştür. AYM, 1996/10 E, 1996/40 K, 22.10.1996, R.G. 21.10.1997-23147. AİHS’in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi açık bir pozitif ayrımcılık düzenlemesi içermemesine rağmen, eşitsiz bir durumu ortadan kaldırma amacı taşıyan farklı muameleler, AİHM tarafından koruma altına alınmıştır. Kadınların ekonomik olarak dezavantajlı durumunun göz önünde tutulması sonucu kadınlara erkeklere göre daha düşük bir emeklilik yaşı tanınmasını md. 14’e uygun bulmuştur. AİHM, *Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık* (Büyük Daire), B.N. 65731/01-65900/01, 12.04.2006, § 66.

⁸³⁴ Örneğin Mahkeme, 442 sayılı Köy Kanunu’nun 15. maddesiyle ilgili kararda, imece ödevinin ancak bedenle çalışabilecek olanlara yüklenebileceği, ayrıca kadınların da korunacağı gerekçesiyle eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. AYM, 1963/198 E, 1965/1 K, 05.01.1965, R.G. 24.05.1965-12005. ÖDEN, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, s. 333.

⁸³⁵ Örneğin İmam Hatip Okulları İdare Yönetmeliğinin 117. maddesinde yer alan “*bu okullara kaydolmak için erkek olmak şarttır*” ibaresinin iptali için açılan davada fırsat ve imkân eşitliğine değinmiş ve hükmü iptal etmiştir. Dan.11.D., 1975/24 E, 1976/ K, 15.12.1976, **DD**, Y. 7, S. 26-27, s. 479. Bir kısım derslerin öğretimini yabancı dille yapan Resmî Okullar Özel Yönetmeliğinin bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin Yönetmelikte yer alan ‘*...kız öğrenci ise üç puan eklenir*’ kuralının iptali istemiyle açılan davada Danıştay, “*...davacının iptalini istediği yönetmelik kuralı Türk toplum yapısı, gelenek ve görenekleri göz önüne bulundurularak adı geçen okullar arasında yer değişikliklerinde kız öğrencilere üç puan*

çerçevesinde değerlendirmiştir.

Eşitliğe aykırı bir işlem, başta sosyal devlet olmayı öngören Anayasa md. 2, md. 5 ve diğer hükümler temelinde devlete yüklenen ödevler bakımından pozitif ayrımcılığın haklı nedenlerini oluşturabilir.⁸³⁶ Eşitliğin bu maddi yönü, denetimi, Anayasa’da bu yönde bir düzenleme olmadığı durumlarda yoğunlaştırır. Bu durumda Mahkeme, haklı nedenleri başka ilkelerle gerekçelendirme ihtiyacı duymaktadır. Anayasa Mahkemesi, engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe uyulmadığında idari ceza yaptırımını öngören yasa maddelerinin Anayasa’ya uygunluğunu eşitlik ilkesiyle (pozitif ayrımcılık) değil, sosyal devlet ilkesiyle değerlendirilmiştir.⁸³⁷ Mahkeme, bu yükümlülüğünün, yetersizliği nedeniyle iş bulma imkânı önemli ölçüde düşük olanları koruma düşüncesine dayandığını; getirilen yükümlülüğün Anayasa’nın 50/2 maddesinin bir gereği olduğunu, engelli olmalarından dolayı çalışma hayatında dezavantajlı konumda olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılacak insan onuruna yaraşır hayat sürmelerini amaçladığını; Anayasa’nın 48. ve 61. maddelerinde devlete verilen yükümlülüklerle birlikte engelli çalıştırma zorunluluğu öngörülmesinin, sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğunu, ayrıca kuralda özel sektör açısından bir ölçsüzlükten de söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak, Anayasa’nın engeliler için pozitif ayrımcılığı hukuka uygun kabul eden hükmü (AY md. 10) dikkate alındığında, Anayasa md. 10’daki pozitif ayrımcılık düzenlemesi, sayılan gruplar pozitif ayrımcılık öngören işlemlerin denetiminde, düzenlemenin haklı nedenleri konusunda başka bir anayasal neden (örneğin sosyal devlet) aranmasına gerek bırakmaz.

*eklenmesine ve erkek öğrencilere göre bir öncelik hakkı sağlanmasına ilişkin olup, bu kuralın Anayasa ve Temel Eğitim Yasasında amaçlanan okuma ve **fırsat eşitliği ilkesini** zedelediğinden söz edilemeyeceği...*” gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Dan.8.D., 1983/826 E, 1985/4 K, 09.01.1985, Hukukturk.

⁸³⁶ Bkz. ODER, “Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı”, s. 3.

⁸³⁷ AYM, 2006/101 E, 2008/126 K, 19.06.2008, R.G. 19.11.2008-27059.

Bununla birlikte eşitlik denetiminde, pozitif ayrımcılık kapsamındaki kişiler arasında yapılan farklı muamelenin hukuka uygunluğu/aykırılığı, *sosyal devlet ilkesi* temelinde gerekçelendirilebilir. Danıştay, engelli çocuğun ailesi hakkında yapılan inceleme sonucu ailenin ekonomik gelirinin yeterli bulunması nedeniyle engelli çocuğa kurumda ücretsiz olarak bakılmayacağı yönündeki kararda, muhtaç ve engelli herkesin aynı hizmetten faydalanmasını sosyal devletin bir gereği olarak görmüştür.⁸³⁸ Mahkeme, engelliler arasında hizmetten yararlanma bakımından “yaş” ayrımı yapan düzenleme hakkında da aynı yönde karar vermiştir.⁸³⁹

c. Eşitlik Denetiminde Ölçülülük Kriterinin Kullanımı

Haklı neden tespitinden sonraki aşama kamu çıkarları ile bireysel çıkar dengelenmesidir. Farklı uygulamanın nesnel ve makul bir gerekçeye dayanması kadar, kullanılan araçların öngörülen amaç arasında makul bir ilişki bulunmaması da eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. AİHM, 14. madde çerçevesinde denetim yaparken ölçülülük ilkesini kullanmaktadır. Örneğin AİHM izlenen amaca ulaşılması, daha az ayrımcı veya daha az dezavantajlı bir önlemle mümkünse farklı muamelenin ölçülü olduğunu kabul etmektedir.⁸⁴⁰ AİHM’in yerleşik ifadesiyle “meşru bir amaç taşımadığı veya kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığı tespit edilen farklı muamele”, ayrımcı karakterdedir.⁸⁴¹

⁸³⁸ İDDGK, 2000/401 E, 2000/938 K, 03.07.2000. Aksi yönde bkz. Dan.10.D., 1998/1582 E, 1999/2239 K, 06.05.1999, Dan.8.D., 2007/6457 E, 2008/8352 K, 17.12.2008, Kazancı.

⁸³⁹ Dan.8.D., 2003/614 E, 2004/1921 K, 22.04.2004, Kazancı. Karar ile Zihinsel Özürlüler Özel Eğitim Merkezleri Yönetmeliği ile getirilmiş, zihinsel engellilere yönelik eğitim hizmetinin 21 yaş ile sınırlayan yönetmelik maddesi *sosyal devlet ilkesine* aykırı görülerek iptal edilmiştir.

⁸⁴⁰ Janneke GERARDS, “The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights”, in *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Ed. Jan Niessen/Isabelle Chopin, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2004, s. 34-36.

⁸⁴¹ *Abdullaziz ve diğerleri* kararında da Mahkeme, Sözleşme’de korunan hakların kullanılması

Mahkemeler, ayrımcılık iddiaları karşısında, ölçülülük ilkesi çerçevesinde idarenin belirlediği *amacın önemi*, bu amaçla başvurucuya yapılan ayrımcı *müdahalenin ağırlığı*, ayrımcı müdahalenin amacı gerçekleştirmeye *uygun ve elverişli* olup olmadığı, söz konusu amacın gerçekleştirilebilmesi için ayrımcı müdahalenin yapılmasının *zorunlu* olup olmadığı, başvurucunun ayrımcılık sebebiyle mağduriyetinin giderilmesi için önlem alınıp alınmadığını ve meşru müdahalenin “kabul edilemez” derecede yoğun olup olmadığını ve bazı kişilere makul olanın ötesinde, “aşırı bir yük” yükleyip yüklediğini saptamak suretiyle denetim yapabilir.⁸⁴²

Danıştay’ın denetimi genellikle, kişilerin aynı hukuki statüde olup olmadıklarıyla ve eğer kişiler aynı statüde ise farklı muamele söz konusu olup olmadığıyla ve son olarak müdahalenin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığıyla sınırlıdır. Danıştay, ölçülülük incelemesini nadiren eşitlik denetimiyle birlikte yapmaktadır. Bazı davalarda, ölçülülük denetimiyle birlikte eşitlik denetimi de yapıldığının tek göstergesi bir karşılaştırma testinin yapılmış olmasıdır. Örneğin Danıştay bir yüksek öğretim kurumuna girdiğini belgeleyen lis öğrencisi davacının öğretmenler kurulunca başarısızlığı nedeniyle sınıfta bırakılmasına ilişkin işlemde, “...sınıf öğretmenler kurulunun bakanlık emrini amacı doğrultusunda kurulda **başarılı sayılan öğrencilerin durumu ile karşılaştırıldığında Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı Okullar ile Lise ve Dengi Okulların Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinin 50. maddesi uygulanırken **takdir yetkisinin dengeli ve****

sırasında yapılan farklı bir muamelenin objektif ve makul haklı sebepler bulunmadığı veya meşru amaca sahip olmadığı veya kullanılan araçla izenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığı takdirde ayrımcılık yasağının ihlal edileceğini belirtmiştir. AİHM, *Abdullaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık*, 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28.05.1985, § 96, 106. Ayrıca bkz. AİHM, *Belçika Dil Davası*, Seri A, 23.07.1968, § 10. AİHM, *Fabris/France*, B.N. 16574/08, 07.02.2013, § 56; AİHM, *Kjartan Asmundsson/İzlanda*, B.N. 60669/00 12.10.2004, § 43.

⁸⁴² Bkz. AYM, *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu*, B.N. 2015/6728, 01.02.2018, § 84-113.

hakkaniyet ilkesine uygun kullanılmadığı”⁸⁴³ sonucuna varırken orantılılığı kullanmıştır. Bir başka davada, disiplin yönetmeliğinin ilgili maddesi uyarınca uzaklaştırma cezası verilen öğrencinin artık yurt içinde hiçbir eğitim kuruluşuna devam olanağı kalmayacağı için cezanın Anayasa (md. 42 eğitim hakkı) ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’na (md. 7 eğitimde fırsat ve olanak eşitliği) ve “hak ve adalet ilkelerine ve bu kurallarla kişilere tanınan temel hakların işlerliğine engel teşkil ettiği(ne)” karar verilmiştir. Burada disiplin cezası almış öğrenci ile almamış öğrenci arasında fark yaratılarak eğitime devam olanağını ortadan kaldıran işlem, aslında verilen ceza ile hakkın sınırlandırması arasında orantı bulunmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur.⁸⁴⁴

Danıştay’ın eşitlik denetiminde ölçülülük ilkesini kullandığı kararlar, genellikle haklı neden kriterini sağlamaya çalıştığı kararlar olmuştur. Mahkeme’ye göre ölçülü karar, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Danıştay’a göre ölçülü karar; eşitliğe aykırı müdahalenin orantılı olması, hakkın özüne zarar vermemesi ve işlemde beklenen amaç ile kullanılan araç arasında adil bir dengenin olmasıdır.⁸⁴⁵

d. Şüpheli Temeller ve Kanıt Standardı

Eşitlik davalarında haklı neden yasal-anayasal bir norma dayanıyorsa farklı, olgusal bir duruma dayanıyorsa farklı bir ispat standardı uygulanır. Örneğin kamu yararı hizmet gerekleriyle ifade edilen haklı neden anayasa gereği pozitif ayrımcılık kapsamındaysa, bu durumda yargının hukuki yorumu söz konusudur. Ancak kamu yararı

⁸⁴³ Dan.8.D., 1988/668 E, 1988/714 K, 18.10.1988, **DD**, Y. 1989, S. 74-75, s. 489-490; aynı yönde bkz. Dan.11.D., 2000/8963 E, 2003/1623 K, 08.04.2003, Corpus.

⁸⁴⁴ Dan.8.D., 1988/460 E, 1989/1011 K, 11.12.1989, Kazancı, aynı yönde bkz. Dan.8.D., 1992/2839 E, 1993/3652 K, 16.11.1993, Hukukturk.

⁸⁴⁵ Dan.8.D., 2010/2 E, 2010/0000 K, 27.01.2010, Hukukturk. DİDDK, 2009/1005 E, 10.12.2009, karar sayısı yok, Kazancı.

nesnel olarak kamusal bir ihtiyaç ya da liyakat gibi belirlenebilir bir olguya dayanıyorsa bu durumda *açık ve ikna edici delil standardı* uygulanır.⁸⁴⁶ Ancak şüpheli temellerde bir ayrımcılığın söz konusu olduğu davalarda kanıt standardı davacı lehine yükseltilebilir. Davada şüpheli bir temele dayanan farklı bir muamele söz konusuysa, farklı muameleyi haklı kılmak oldukça güçtür ve hassasiyetle temellendirilmelidir.⁸⁴⁷

Tarihsel olarak ayrımcılık maruz kalmış bir gruba yönelik farklı muamele, “şüpheli” olarak sınıflandırılmaktadır. “Şüpheli” ifadesi, bazı temellerde yapılan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturma olasılığının yüksek olduğu varsayımına dayanır. Bu noktada şüpheli temellerde ayrımcılık için daha yüksek kanıt standardı ve daha fazla koruma söz konusudur. Şüpheli temellerde kabul edilen ayrımcılıkta söz konusu olduğunda farklı muamelenin daha önemli gerekçelerle⁸⁴⁸ meşru bir nedene dayanıp

⁸⁴⁶ Yargı kararlarında genellikle “somut ve yeterli” ifadesi kullanılmaktadır.

⁸⁴⁷ Anne F. BAYEFESKY, “Defining Equality Rights”, in Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms, Ed. Anne F. Bayefsky/Mary Eberts, Carswell, Toronto-Calgary-Vancouver 1985, s. 167. Şüpheli temellerde yapıldığı kabul edilen ayrımcılık için AİHM daha ayrıntılı bir inceleme yapmakta ve taraf devletlerin takdir yetkilerini dar yorumlamaktadır. Bu durumda farklı muamelenin özellikle önemli gerekçelerle haklı kılınabileceği vurgulanmıştır. AİHM, *Inze/Avusturya*, B.N. 8695/79, 28.10.1987 § 4; *Mazurek/Fransa*, B.N. 34406/97, 01.02.2000, § 49; *Sommerfeld/Almanya*, B.N. 31871/96, 08.07.2003, § 93.

⁸⁴⁸ *Gülbu Özgüler* tarafından boşanma davası sonrasında velayet hakkı tanınan çocuğun soyadını değiştirme talebiyle açılan davanın reddi üzerine Anayasa Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlık, Anayasa’nın 10. maddesi bakımından şöyle değerlendirilmiştir. “*Bu kapsamda Anayasa’nın ismen saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak ‘çok önemli gerekçeler’ ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabileceği açıktır. Farklı muamele ne kadar ciddi kabul edilirse devletin bu farklı muameleyi haklı kılmak için daha önemli gerekçeler sunması ihtiyacı artacaktır. Başka bir deyişle potansiyel olarak ciddi bir ayrımcılık söz konusu olduğunda genellikle devlete tanınan takdir alanı daha dar olacaktır. Cinsiyete dayalı ayrımcılık da gerek uluslararası metinlerde gerek Anayasa’da açıkça yer verilen, önemli bir ayrımcılık temelidir.*” AYM, *Gülbu Özgüler Başvurusu*, B.N. 2013/7979, 11.11.2015.

dayanmadığının ortaya konulması beklenmektedir.⁸⁴⁹

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık temellerini, “şüpheli temeller” olarak da görmektedir.⁸⁵⁰ Ancak AİHM, şüpheli temelleri, yalnızca AİHS md. 14’te sayılan temellere dayandırmamaktadır. Örneğin evlilik içi-evlilik dışı doğmak temelinde yapılan farklı muamelelerde bu durum şüpheli temel olarak kabul edilmiştir. Bu durumda farklı muamelenin özellikle önemli gerekçelerle haklı kılınabileceği vurgulanmıştır.⁸⁵¹ Ayrıca AİHM, yargılamasında şüpheli temeller söz konusu olduğunda, devletlerin takdir alanını diğer ayrımcılık temellerine göre daha dar kabul etmektedir. Hatta şüpheli temellere dayanan bir başvuru söz konusuysa herhangi bir farklı muamele “*prima facie*” ayrımcılık olarak kabul edilebilmektedir.⁸⁵²

Örneğin AİHM’ye göre, kötü muamelenin özellikle ırkçı bir saikle gerçekleştiğine dair bir şüphenin mevcut olduğu durumlarda, ulusal makamlar söz konusu fiil, ister özel kişiler isterse kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilsin, mümkün olduğunca kapsamlı bir şekilde soruşturma yükümlülüğü altındadır.⁸⁵³ Ancak Anayasa Mahkemesi bu tür bir yükümlülüğün gündeme geldiği bir başvuruda, işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline hükmetmiş ancak soruşturmada ırkçı bir saikin mevcut olup olmadığına dair bir incelemenin yapılmamış olmasını göz ardı etmiştir. Mahkeme kararında işkence ve kötü muamele iddiasıyla birlikte ayrımcılık yasağının etnik köken temelinde ihlal edildiğine dair iddiayı incelemekten kaçınmıştır.⁸⁵⁴ Oysa dava dosyasında başvuruya konu olayda işkence ve kötü muamele yasağını ihlalden sorumlu olan kamu görevlilerinin

⁸⁴⁹ KARAN, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s. 257.

⁸⁵⁰ ÖZKAN DUVAN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, s. 69, 70.

⁸⁵¹ AİHM, *Inze/Avusturya*, B.N. 8695/79, 28.10.1987, § 4; *Mazurek/Fransa*, B.N. 34406/97, 01.02.2000, § 49; *Sommerfeld/Almanya*, B.N. 31871/96, 08.07.2003, § 93.

⁸⁵² BAYEFESKY, “Defining Equality Rights”, s. 167.

⁸⁵³ AİHM, *Secic/Croatia*, B.N. 40116/02, 31.05.2007, § 67.

⁸⁵⁴ AYM, *Deniz Yazıcı Başvurusu*, B. N. 2013/6359, 10.12.2014, § 12.

kullandıkları “...demek Diyarbakırlısın, adın da Deniz. Sen üniversitede az dayak yedin herhalde, doktor oldun da bir şey mi oldun” şeklindeki ifadeler yer almıştır.⁸⁵⁵

Danıştay ve Anayasa Mahkemesi, uzun yıllar dinî temellere dayanan ayrımcılık iddialarını (zorunlu din dersi kararlarını, kamu kurumlarında başörtüsünün kullanımını yasaklayan kararları, nüfus işlemlerinde kimlik kartlarında inandığı dini açıklama ya da açıklamama yönündeki talepleri reddeden kararları) şüpheli temellerde görmemiştir.⁸⁵⁶ Ancak Anayasa Mahkemesi’nin din veya inanç temelindeki ayrımcılığı, *Tuğba Arslan Başvurusunda* şüpheli temellerde değerlendirdiğini söylebiliriz. Mahkeme, *Tuğba Arslan* kararında “Anayasa’nın ismen saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak ‘çok önemli gerekçeler’ ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabileceği(ni)” belirtmiştir.⁸⁵⁷

Yine AİHM, Sözleşme’de kadınlara yönelik özel koruma gören hükümler olmamasına rağmen cinsiyete dayalı ayrımcılık içtihadında, kadın erkek ayrımını haklı kılan nedenlerin nesnel ve makul kabul edilmesi için daha güçlü gerekçeler aramaktadır.⁸⁵⁸ Türkiye’de cinsiyet ayrımcılığının en çok gündeme getirildiği davaların

⁸⁵⁵ Mahkeme’nin bazı kararlarında etnik kökenin Anayasa md. 10 kapsamındaki ayrımcılık temellerinden biri olarak kabul edildiği izlenimi veren ifadeler yer almaktadır. “Başvurucuların yargılamanın hiçbir aşamasında etnik kökenleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıkları yönünde herhangi bir iddiayı ileri sürmedikleri” ifadesini kullanmıştır. Bkz. AYM, *Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya*, B.N. 2013/1280, 28.05.2014, § 46.

⁸⁵⁶ Bkz. Dan.8.D., 2010/8496 E, 2011/yok, 12.01.2011; 1984/636 E, 1984/1574 K, 13.12.1984; 1999/3772 E, 2000/2293 K, 28.03.2000; DİDDGK, 1993/6 E, 1994/327 K, 17.06.1994; Dan.10.D., 1992/3226 E, 1995/4872 K, 25.10.1995; 2003/2029 E, 2006/6340 K, 01.03.11.2006; 2003/2040 E, 2006/6339 K, 13.11.2006, 1994/8030 E, 1996/719 K, 15.02.1996; DİDDGK, 1993/73 E, 1994/310 K, 10.06.1994; Dan.8.D., 1997/6285 E, 2000/3653 K, 15.05.2000; 1998/4242 E, 2000/1449 K, 16.02.2000; 2009/10610 E, 2010/4213 K, 13.07.2010; 2002/2939 E, 2003/1720 K, 14.04.2003. Ayrıca bkz. Züleyha KESKİN, *Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi*, XII Levha Yay., İstanbul 2014, s. 164 vd.

⁸⁵⁷ AYM, *Tuğba Arslan Başvurusu*, B.N. 2014/256, 25.06.2014, § 145-146.

⁸⁵⁸ Bkz. AİHM, *Ünal Tekeli/Türkiye*, B.N. 29865/96, 16.11.2004, § 53/63; *Burghats/İsviçre*,

başında, kadının soyadına ilişkin olanlar gelmiştir. Başlangıçta Anayasa Mahkemesi, evli kadının evlenmeden önceki soyadını ancak eşinin soyadı ile birlikte kullanılabileceğini öngören kuralın (Türk Medeni Kanunu md. 187) Anayasa’ya uygunluğunu denetlerken kadının evlendikten sonra kocasının soyadını almasını, cinsiyete dayalı farklı muamele olarak değerlendirmemiştir.⁸⁵⁹ Ancak daha sonra Mahkeme, yapılan başvurularda iddia edilen cinsiyet temelli ayrımcılığı, “(c)insiyete dayalı ayrımcılığı da uluslararası metinlerde ve Anayasa’da açıkça yer verilen önemli bir ayrımcılık temeli” olarak değerlendirmiştir.⁸⁶⁰

Cinsiyet ayrımcılığını içeren diğer bir kategori, cinsiyet kimliğini oluşturan cinsel yönelim ve cinsel hayat temelli ayrımcılıktır.⁸⁶¹ AİHM içtihatlarında, AİHS’in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesindeki ‘bunun gibi herhangi bir temelde’ ibaresine dayanılarak ayrımcılık temellerinden biri olduğu kabul edilmiştir.⁸⁶² Anayasa Mahkemesi bir kararında cinsel yönelimi hem şüpheli temellerin arasında gördüğünü⁸⁶³ hem de, ele alacağımız dava örneğinde de görüleceği gibi, cinsel yönelimi şüpheli temeller dışında tuttuğunu gösteren kararlar vermiştir.

B.N. 16213/90, 22.02.1994, § 27; *Schuler-Zraggen/İsviçre*, 24.06.1993, Seri A sayı 263, § 67; *Willis/Birleşik Krallık*, B.N. 36042/97, 11.09.2002, (final) § 67.

⁸⁵⁹ AYM, 2009/85 E, 2011/49 K, 10.03.2011, R.G. 21.10.2011-28091.

⁸⁶⁰ Bkz. AYM, *Nurcan Yolcu Başvurusu*, B.N. 2013/9880, 11.11.2015, § 36; *Gülbu Özgüler Başvurusu*, B.N. 2013/7979, 11.11.2015, § 43.

⁸⁶¹ Bireyin cinsiyet kimliğine ilişkin düzenlemeler kural olarak, AİHS’in 8. maddesine bir müdahale teşkil etmektedir. AİHM, *Rosmarie Brügge mann ve Adelheid Schueten/Almanya*, B.N. 6959/75, 12.07.1977, § 55; *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, B.N. 28957/95, 11.07.2002, § 90-91,93; *Dudgeon/Birleşik Krallık*, B.N. 7525/76, 13.03.1980, § 86,97.

⁸⁶² AİHM, *L ve V/Avusturya*, B.N. 39392/98, 09.01.2003, § 45; *E.B./Fransa*, B.N. 43546/02, 22.01.2008, § 96.

⁸⁶³ AYM, *Şahin Karaman Başvurusu*, B.N. 2012/1205, 08.05.2014, § 41. Mahkeme, *Sadika Şeker* kararında “başvurucunun ölen kardeşinin cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa uğradığı söylenemez.” ifadesini kullanmıştır. Bkz. AYM, *Sadika Şeker Başvurusu*, B.N. 2013/1948, 23.01.2014, § 60.

Anayasa Mahkemesi önüne bireysel başvuru ile gelen bir olayda başvuru, herhangi bir suç şüphesini olmadan polis merkezinde tutulduğunu, travesti olduğu için kendisine para cezası verildiği gerekçelerine dayanarak Anayasa'nın 10. ve 19. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme iddiayı, özel yaşama saygı hakkı ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirmiştir. Mahkeme, ayrımcılık iddiası söz konusu olduğu için kanıt yükünün paylaştırılabileceğini de kabul etmiştir (§ 44). Ancak Mahkeme, dava dosyasındaki tutanaklardan *“trafik denetimi sırasında başvuru karanın kara yolunda seyir hâlindeki araçları durdurmaya çalıştığı ve trafiği tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunduğunun tespit edildiği”, ve “(b)başvurucuya travesti kimliği nedeniyle ayrımcı muamele yapıldığına dair iddiayı ispata yarayan herhangi bir somut bilgi ve bulguya ise rastlanmadığı, bu itibarla somut olayda sadece cinsel yönelimi dikkate alınarak başvuru hakkında işlem tesis edildiğini söyleme(nin)”* mümkün olmadığını belirterek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Mahkeme, bu olayda başvuru karanın “travesti” olmasından kaynaklı farklı bir muameleye maruz kalıp kalmadığını ayrıca değerlendirilmediği için Mahkeme'nin cinsel yönelimi, ayrımcılık yasağı açısından şüpheli temelde görmediğini söylenebilir.⁸⁶⁴ Mahkeme ayrımcılık davalarında kanıt yükünün paylaştırılmasını kabul etmesine rağmen, idare tarafından hazırlanan yazılı kanıtlara itibar etmiştir. Ancak Mahkeme başvuru karanın ayrımcılık iddiasına ilişkin yazılı bir kanıt sunmasının mümkün olmadığını göz ardı etmiştir.

Mahkeme bu davada eğer, olayı şüpheli temellilerde değerlendirerek araştırma yetkilerini kullansaydı; “valiliğe yazılacak bir yazı ile başvuruya konu idari yaptırımın dayanağı olan 2918 sayılı Kanun'un 68. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında kaç tane idari para cezası tutanağı hazırlandığı, bunlardan kaç tanesinin

⁸⁶⁴ Kararın karşı oyunda başvuru karanın cinsel yönelimi sebebiyle ayrımcılığa uğradığı işaret edilmiştir. Bkz. AYM, *Cemal Duğan Başvurusu*, B.N. 2014/19308, 15.02.2017, Engin Yıldırım'ın karşı oyu. Ayrıca bkz. AYM, *Z. A. Başvurusu*, 2013/2928, 18.10.2017, § 73-75.

transseksüellerle ve fuhuşla ilgili olduğuna dair yazılı bilgi talep etseydi, idari yaptırımın cinsel yönelim temelli ayrımcılık saikiyle mi, yoksa nesnel bir biçimde söz konusu yasal düzenlemeye aykırı davranan herkese mi uygulandığının tespiti görece daha kolay olabilecekti.”⁸⁶⁵ İdari yargı, ayrımcılık mağdurlarının kanıt yükü engelini aşmaları sağlanabilecek ve doğrudan ayrımcılığın ispatını kolaylaştırması mümkün kılacak bu tür bir bilgiyi elde etme yetkisine sahiptir.

Bazı ayrımcı uygulamaların mahkemeler tarafından şüpheli temellerde değerlendirmemesi, ayrımcı muameleyi gerçekleştirenlerin davada elini güçlendirmekte ve takdir alanlarını genişletmiş olmaktadır.⁸⁶⁶ Örneğin cinsel yönelimi nedeniyle kamu görevinden alındığını ileri süren davacı için işten atılma sebebinin görevin gerektirdiği nitelikler değil de, ahlak kuralları⁸⁶⁷ olduğunun kabul edilmesi için kökleşmiş toplumsal

⁸⁶⁵ Bkz. Ulaş KARAN, “Anayasa Mahkemesi’nin Cemal Duğan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu”, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, 28 Aralık 2017, Çevrim içi <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/blog/anayasa-mahkemesinin-cemal-dugan-karar-ayrmlga-ka/>.

⁸⁶⁶ KARAN, “Anayasa Mahkemesi’nin Cemal Duğan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu”.

⁸⁶⁷ Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın iddia edildiği başka bir olayda (AYM, Z.A. *Başvurusu*, B.N. 2013/2928, 18.10.2017) din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmeni olan başvurucunun, eşcinsel olması sebebiyle görevine son verilmediği “öğretmenlik göreviyle bağdaşmayan iffetsiz fiil” sebebiyle görevine son verildiği belirtilmektedir. Ancak iffetsiz fiil ile kastedilenin, başvurucunun görev yaptığı okulda cinsel yöneliminin bilinmesi, okul hademesine eşcinsel ilişki teklif ettiği gibi hususlar olduğu yine Mahkeme kararından anlaşılmaktadır. Bu davada şüpheli temellerde ayrımcılık yapıldığı kabul edilseydi Mahkeme, öğretmenlik göreviyle bağdaşmayan iffetsiz fiilden kaynaklı değil de ayrımcılıktan kaynaklı olduğunu, bu durumda eşcinsel olmayan okul içi özel yaşam ilişkilerinin ne kadarının soruşturmalara konu olduğuna ayrıca bakılabilirdi. Nitekim karşı oy gerekçelerinde, Mahkeme’nin kendi içtihatlarından ve AİHM içtihatlarından da yola çıkarak başvurucunun aynı veya benzer konumda olan kişilerden farklı olarak yeniden atanma talebinin kabul edilmemesinin cinsel yönelimden kaynaklı olduğu ve bunun farklı muamele oluşturduğu ifade edilmiştir. Ayrıca farklı muameleyi meşru gösterecek ciddi nesnel ve

algılar ve süre gelen uygulamaların⁸⁶⁸ varlığı yeterlidir. Bu yüzden şüpheli temellerde yapılan ayrımcılıkta *ilk görünüş ispatı* daha işlevsel⁸⁶⁹ hale getirilebilir.⁸⁷⁰ Ayrımcı uygulamanın şüpheli temellerde gerçekleştiği kabul edildiğinde davacı lehine kanıt yükü yer değiştirir ve standardı düşer. Bu durumda, idari yargı yeri davacı lehine araştırmalar yapılabileceği gibi davalı idare aleyhine kanıt standardını yükseltebilir.⁸⁷¹

makul gerekçenin ileri sürülmediği, bireyin menfaati ile kamu menfaati arasında birey aleyhine ağır sonuçlara yol açan ölçüsüz bir müdahale olduğu ifade edilmiştir.

⁸⁶⁸ AİHM, başvurucların cinsel, ulusal, etnik ve dinsel azınlık hakları ve kadına, engellilere karşı yapılan ayrımcılığa karşı kamuoyunun dikkatini çekme amaçlı olarak düzenlemek istedikleri yürüyüş ve toplantıların engellenmesi sebebiyle önüne taşınan *Backovski ve Diğerleri/Polonya* davasında cinsel yönelim temelli ayrımcılık iddiasını değerlendirirken belirli bir ayrımcılık temeline gönderme yapmadan ancak yetkili makamların yapmış olduğu homofobik açıklamaları da değerlendirerek, eşcinsellerin toplanma özgürlüğüyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, *Backovski ve Diğerleri/Polonya*, B.N. 1543/06, 03.05.2007.

⁸⁶⁹ İlk görünüş ispatı, “tipik hayat olayı”na yani tecrübe kurallarına dayanır. Tipik hayat olayından sonuç çıkarılırken yaşam deneylerine dayanarak zarara sebep olan kimsenin kusurlu olarak hareket ettiğinden yola çıkılır. Her bir tecrübe kuralının esasını, karşılaştırılabilir koşullar altında daha önceleri de benzer sonuçları doğuran, belirli koşullar altında tekrarlanan ve bu yüzden gelecekte de devam edecek olan tecrübeler oluşturmaktadır. Hakim görüşüne göre ilk görünüş ispatı, ispat ölçüsünü düşürmektedir. İlk görünüş ispatı, ispat güclüğü veya belirsizlik durumlarda işlev görmektedir. Yani bu tür belirsiz durumları gidermeyi amaçlamaktadır. Ancak bu kurum delillerin değerlendirilmesini sınırlayan bir kurum niteliğinde değildir. İlk görünüş ispatı delillerin değerlendirilmesinin bir ön safhasıdır. Yani hakim somut uyuşmazlıkta ilk önce ilk görünüş ispatını daha sonra diğer delilleri takdir edecektir. Bkz. Leyla KESER, “İlk Görünüş İspatı”, in Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan, İzmir 2001, s. 231-251.

⁸⁷⁰ KARAN, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s. 480.

⁸⁷¹ Ayrımcılığın yargı organları önünde ispat için önerilen yöntemler için bkz. D. Çiğdem SEVER, “Ayrımcılığı İspatlamak: Güçlükler ve Olanaklar”, Uluslararası Ayrımcılık Konferansı, Eşit Haklar İçin İzleme Derneği, İstanbul 2018, s. 81-94. Çevrim içi <https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2019/01/Ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k-Konferans%C4%B1-Bildiri-Kitab%C4%B1.pdf>.

Danıştay, genellikle, şüpheli temellerde yargılama yapmak yerine, ihlal edildiği ileri sürülen hakkın kapsamını belirleyerek ayrımcılık davalarını denetlemektedir. Öğretmen olan davacıya, hakkında açılan soruşturma sonucu 4357 sayılı Kanun md. 7/e gereğince meslekten çıkarılması kararının iptali istemiyle açtığı davada Danıştay, davayı özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde değerlendirerek meslekten çıkarma işlemini hukuka aykırı bulmuştur. Danıştay “*davacının eşcinsel eğilimlerini okul içerisinde yansıttığına veya okul dışında olsa bile öğrencileri ile bu şekilde bir ilişkiye girdiğine dair bir delil, tespit veya tanık bulunmamaktadır. Disiplin soruşturması aşamasında ifadeleri alınan ve davacıyla aynı okulda görev yapan öğretmenlerin ve yöneticilerin, davacının herhangi olumsuz bir hareketini görmediklerini ve disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili bir duyumlarının olmadığını beyan ettikleri görülmektedir. Bu durumda; davacının mahremiyet alanı içerisinde rızasıyla eşcinsel ilişkiye girmesinden ibaret olan fiilinin, 657 sayılı Yasa'nın 124/2. maddesi uyarınca Memur Disiplin Hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı ve disiplin suçu oluşturmadığı, söz konusu fiilin bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasının Anayasa'nın 20/1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca ‘özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının’ ihlali sonucunu doğuracağı*”nı belirterek meslekten çıkarma işlemini hukuka aykırı bulmuştur.⁸⁷² Cinsel yönelimi sebebiyle devlet memurluğunda çıkarılma cezası alan davacı hakkındaki bir başka kararda da, Danıştay aynı gerekçeleri kullanmıştır.⁸⁷³

Bu davaların gerekçelerinde eşitlik ilkesine (AY md. 10) yer verilmekle birlikte, ayrımcılığı göstermek için karşılaştırma ya da farklı muamele testi uygulanmamıştır. Ancak Mahkeme, bu temelde yapılan ayrımcı işlemleri özel hayatın gizliliği kapsamına

⁸⁷² Dan.2.D., 2011/750 E, 2014/7169 K, 07.11.2014.

⁸⁷³ Dan.12.D., 2012/8980 E, 2016/1586 K, 23.03.2016.

sokarak Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği gibi⁸⁷⁴ *cinsellik ve mahremiyet hakkı* söz konusu olduğunda idarenin takdir yetkisinin daha dar tutulması gerektiğini ve bu alanlara yönelik “haklı” müdahalelerin varlığının kabulünün ancak ciddi gerekçelerin varlığı durumunda söz konusu olacağını kabul etmiş olmaktadır. Böylece Danıştay'ın davacıların cinsel yönelimleri sebebiyle devlet memurluğundan çıkarma cezalarını şüpheli temellerde denetlediği söylenebilir. Ancak Danıştay'ın ayrımcılık davalarında gösterdiği “şüpheli temeller” performansının AİHM'in ayrımcılık kavrayışının çok gerisinde kalmadığı, toplumsal algıların sebep olduğu ya da derinleştirdiği ayrımcılığı kararlarında titizlikle göz önüne aldığı söylenemez.

2. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, farklı hukuk sistemlerinde; açık hata, bilanço, makul karar, adil denge, hakkaniyet gibi kavramlarla öteden beri uygulanmış; günümüzde ise çoğunlukla,

⁸⁷⁴ Bkz. AYM, Z.A. *Başvurusu*, B.N. 2015/6302, 12.09.2019. Mahkeme ayrıca idarenin memurun özel hayatı kapsamında olan ancak idarece disiplin cezasına gerekçe gösterilen fiillerin meslek ve kurum üzerindeki etkilerinin de *ikna edici delillerle* ortaya koymasını beklemektedir. İdari ve yargısal makamlarca “*evli olduğunu bildiği kişiyle ilişki yaşamaması nedeniyle hizmet dışında bir memurun özel hayatına göstermesi gereken özen ve dikkati göstermediği*” tespiti yapılan ve zabıt kâtabi olan bir aday memurun, 657 sayılı Kanun'un 125/B-d maddesinde öngörülen “*hizmet dışında devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak*” fiili uyarınca almış olduğu kınama cezası nedeniyle 657 sayılı Kanun'un 57. maddesi uyarınca memuriyetle ilişkisi kesilmiş; memur bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun evli bir kişiyle ilişki yaşamaması şeklindeki özel hayatına dair fiillerinin mesleki hayatı, memur olarak görev yaptığı kurum üzerindeki olumsuz etkileri ve risklerinin ikna edici gerekçelerle açıklanamadığı; verilen kınama cezasının sonuçları bakımından ölçüsüz olduğu, yani başvurucuya verilen disiplin cezası kapsamında sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlanan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AYM, *Sevilay Sümer Başvurusu*, B.N. 2016/7091, 18.07.2019.

üç alt unsurdan oluşan (elverişlilik, gereklilik ve orantılılık)⁸⁷⁵ hem yargı kararlarında hem de teoride kabul edilen evrensel-ortak bir denetim ilkesidir.⁸⁷⁶ Öyle ki, hukukun genel ilkesi olarak kabul gören ölçülülük, pozitif bir temeli olmadan da uygulanmaktadır.⁸⁷⁷

1961 Anayasası'nda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ana sınırlama ölçütü olarak "öze dokunma yasağı" düzenlenmiş, ancak ölçülülük ilkesini işaret eden herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Buna rağmen Türk hukukunda da ölçülülük ilkesinin, hem adil denge hem de başka ilkelerle pozitif dayanak olmaksızın uygulandığını gösteren kararlarla uygulama alanı bulmuştur.⁸⁷⁸ Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasası'nda 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'la AİHS ve Ek Protokolleri temel alınarak

⁸⁷⁵ Yüksek mahkemelere göre ölçülülük ilkesi; elverişlilik, gereklilik, orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Bkz. AYM, 2012/28 E, 2012/34 K, 27.09.2012, R.G. 01.01.2013-28515; *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri*, B.N. 2013/817, 19.12.2013, § 38-39; Dan.12.D., 2015/2837 E, 2015/4660 K, 09.09.2015, Kazancı; Dan.5.D., 2016/18117 E, 2017/24013 K, 12.12.2017, Kazancı.

⁸⁷⁶ Matthias JESTAEDT, "The Doctrine of Balancing-Its Strengths and Weaknesses", in *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy*, Ed. Matthias Klatt, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 28.

⁸⁷⁷ AİHM ölçülülük ilkesini, Sözleşme'nin tamamından çıkarmaktadır. AİHS, 8-11. maddelerinde demokratik toplumda gerekli olma; 15. maddede durumun gerektirdiği ölçüde, 18. madde öngörüldükleri amaç dışında kullanılamama, 1. Ek Protokol 1. madde mülkiyet hakkını sınırlandırılmasında dengeli ve ölçülü olmaktan bahseder. Ölçülülük ilkesinin Alman hukukunda, temel anayasal değerlerden biri olan vatandaşların temel haklarını koruma zorunluluğundan kaynaklandığı kabul edilir. Ölçülülük ilkesi, Alman Anayasası'nda açıkça yer almaz. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin anayasal olarak güvence altına alındığı ve hukukun üstünlüğünün temel bir unsuru olduğu konusunda fikir birliği vardır. Bkz. BECKER, "The Development of German Administrative Law", s. 468; Bkz. Yutaka ARAI-TAKAHASHI, "Proportionality – a German Approach", *Amicus Curiae*, N. 19, 1999, s. 11.

⁸⁷⁸ Bkz. Dan.11.D., 1976/17 E, 1976/17 K, 04.11.1976, **DD**, S. 26-27, s. 476; Dan.8.D., 1988/820 E, 1990/145 K, 05.02.1990, **DD**, S. 80, s. 305; Dan.12.D., 1969/627 E, 1970/120 K, 22.01.1970, **DD**, S. 1, s. 268; AYM, 1970/48 E, 1972/3 K, 08-09.02.1972, R.G. 19.10.1972-14341; 1963/128 E, 1964/8 K, 04.02.1964, R.G. 17.04.1964-11685.

yapılan değişikle Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinde açıkça belirlenmiş, anayasal bir ilke olmuştur. 2001 değişiklikleri öncesinde de, dolaylı da olsa,⁸⁷⁹ Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında “öngöröldükleri amaç dışında kullanılmama”, Anayasa'nın 15. maddesinde “durumun gerektirdiği ölçüde” ifadeleriyle ölçölölük ilkesine işaret etmiştir.⁸⁸⁰

1982 Anayasası'nın 13. maddesinin son şekline göre “*temel hak ve hürriyetler, özlerrine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekelerine ve ölçölölük ilkesine aykırı olamaz.*” Anayasa md. 13'ün öngördüğü denetim, bu haliyle AİHM'in kullandığı denetim standardına oldukça yakındır. Sayılan ögelerle uyumlu olmayan kararlar, Anayasa md. 13 testini geçemez. Bu yönüyle md. 13, ölçölölük denetiminden çok daha ayrıntılı bir incelemeyi gerekli kılar.

Bu ayrıntılı denetim, ölçölölük denetiminden önce ve onunla birlikte uygulanan başka sınırlama ölçütlerini de içermektedir. Bu sınırlama ölçütleri arasında en yaygın kullanılan ölçütler, “öze dokunma yasağı/hakkın özü” ve “demokratik toplum düzeninin gerekleri”dir.

Öze dokunma yasağı, 1961 Anayasası ile 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra 1982 Anayasası'nda yer alan bir ölçüttür. 2001 değişikliği öncesi, 1982 Anayasası'nda

⁸⁷⁹ 2001 değişiklikliğinden önce ilkenin idari yargıda açıkça kullanıldığı en belirgin örnek, 1402'likler kararıdır. DİBK, 1988/6 E, 1988/6 K, 07.12.1989. Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. AYM 1988/50 E, 1989/27 K, 23.06.1989, R.G. 04.10.1989-20302; 1990/25 E, 1991/1 K, 10.01.1991, R.G. 05.03.1992-21162.

⁸⁸⁰ Anayasa'nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması” başlıklı 15. madde I. fıkra şu şekildeydi: “*Savaş, seferlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlölükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörölen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*” Bkz. ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 116.

hakları sınırlamanın sınırını belirten iki ilkeye yer verilmişti: “ölçülülük ve demokratik toplum düzeninin gerekleri”. *Demokratik toplum düzeninin gerekleri* ölçütünün 1982 Anayasası’nın ilk halinde *hakkın özü güvencesi* yerine getirildiği bilinmektedir.⁸⁸¹ Ancak maddenin son halinde hem hakkın özü hem de demokratik toplum gerekleri birlikte yer almaktadır. Dolayısıyla artık bu kavramların birbiri yerine kullanılması gerekmemektedir. Ancak hakkın özü kavramının, AİHM⁸⁸² ve Anayasa Mahkemesi kararlarında⁸⁸³ bazen ölçülülük ilkesiyle birlikte, bazen bağımsız bir ilke olarak ele

⁸⁸¹ 1982 Anayasası’nın ilk halinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün öz ölçütünün yerine getirildiği ve bu iki ilke arasındaki bağlantı için bkz. Reyhan SUNAY, “Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve 1982 Anayasası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2000, s. 615 vd. Zühtü ARSLAN, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, AYD, C. 19, 2002, s. 139-155; Mehmet TURHAN, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, AYD, C. 8, 1991, s. 403.

⁸⁸² AİHS’te “öz” kavramı yer almasa da, hakkın özü (essence) kavramı ve ilgili (substance-core) kavramlarla AİHM kararlarında farklı işlevlerle kullanmıştır. Mahkeme’nin kararlarında hakkın özü, bazen Sözleşme’deki herhangi bir hakka bağlı diğer haklara, bazen de hakkın kullanımını zorlaştıran sınırlamaların ölçülülüğüne işaret etmektedir. Kararlardan yola çıkarak net bir belirleme yapmak mümkün olmasa da ölçütün üç farklı işlevi olduğu söylenebilir: orantılılık, norm alanını genişletme, "merkez-çevre kriteri"ni (core-periphery) kullanarak temel haklar arasında önceliğin hangi hakka verileceğinin belirlenmesi. Hakkın özü kavramının AİHM içtihadında nasıl kullanıldığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DROOGHENBROECK/RIZCALLAH, “The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?”, s. 904–923. *İnceoğlu*, hakkın özü testinin özellikle AİHS md. 6 için uygulandığını ancak bazı farklar olmakla birlikte Sözleşme’nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde düzenlenen hakların sınırlanması denetlenirken kullanılan testle benzerlik gösterdiğini ifade etmektedir. İNCEOĞLU, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, s. 45.

⁸⁸³ Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki kararları istikrarlı değildir. Mahkeme kararlarında hakkın özü kavramını, demokratik toplum düzeni ile ölçülülük ilkesinden ayırmakla birlikte, bu kavramlar arasında sıkı bir ilişki olduğunu kabul etmektedir. “*Anayasa’nın 13. maddesinde ‘demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama’ ve ‘ölçülülük ilkesine aykırı olmama’ biçiminde iki ayrı kriter yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır.*” AYM, *Hulusi Özkan Başvurusu*,

alındığı görülebilir. Genel olarak, öz güvencesinin ölçülülük denetiminden bağımsız ve ondan önce gelen bir denetim ilkesi olduğu kabul edilmektedir.⁸⁸⁴ Dolayısıyla hakkın özüne dokunan sınırlamalar için, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük denetimi yapılmasına gerek yoktur.⁸⁸⁵ Özellikle Anayasa'nın, "pozitifleşmiş öz güvenceleri" öngördüğü durumlarda⁸⁸⁶ öncelikle uygulanması gereken bir ilkedir.⁸⁸⁷ Bu

B.N. 2015/15638, 15.11.2018; Z.A. Başvurusu, B.N. 2015/6302, 12.09.2019. AYM, 2016/133 E, 2017/155 K, 15.11.2017, § 56; AYM, 2016/179 E, 2017/176 K, 28.12.2017, R.G. 08.02.2018-30326, § 15. Mahkeme başka kararlarında hakkın özü ile ölçülülük ve demokratik toplum düzeninin gerekleri arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi kurmaktadır. *"Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle öze dokunan sınırlamalar 'demokratik toplum düzeninin gerekleri' ve 'ölçülülük' ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden 'demokratik toplum düzeninin gerekleri' ve 'ölçülülük' ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır."* AYM, 2016/179 E, 2017/176 K, 28.12.2017, R.G. 08.02.2018-30326, § 11. Aynı yönde bkz. AYM, 2014/122 E, 2015/123 K, 30.12.2015, R.G. 01.03.2016-29640, § 73-76. AYM, 2017/27 E, 2017/117 K, 12.7.2017, R.G. 22.09.2017-30188, § 27.

⁸⁸⁴ Bkz. SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Hakkın Öz, s. 119.

⁸⁸⁵ Bkz. AYM, 2016/133 E, 2017/155 K, 15.11.2017, R.G. 11.01.2018-30298, § 56: Aynı yönde bkz. AYM, 2014/122 E, 2015/123 K, 30.12.2015, R.G. 01.03.2016-29640, § 73-76. AYM, 2017/27 E, 2017/117 K, 12.7.2017, R.G. 22.09.2017-30188, § 27.

⁸⁸⁶ Bertil Emrah ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-", Kamu Hukuku Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, TBB Yay., Eylül 2013, Ankara, s. 128-129; Oktay UYGUN, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yay., 1992, İstanbul, s. 55.

⁸⁸⁷ Sağlam, öz ölçütünün ölçülülük ölçütünden farklı bir ölçüt olduğunu ifade ederken hakkın özü ya da öz güvencesinin temel hakta bir öz, cevher bulunduğu varsayımından hareket eder ve bu cevherin belli bir içeriğe sahip olduğu belirtir. Bu içerik -hakkın özü-, çevre ve çekirdek şeklinde bir ayrımla belirlenebilir. Vazgeçilmez çekirdek, daha az korunmuş nesnel unsurlarla çevrilmiştir. Sağlam, hakkın özünü oluşturan çekirdeğin Anayasa'da ilgili hakka yönelik ek güvencelerin pozitifleşmiş öz unsurları olduğunu belirtmiştir. Yazar, bu unsurlarla pozitif olarak belirlenmiş hakkın özü ile ölçülülük ilkesini aynı nitelikte görmemektedir. Ek

haliyle öz ilkesinin temel hak ve özgürlükleri korumada ölçülülük ve demokratik toplum gerekleri denetiminden önce gelen ve onlardan farklı bir ölçüt olduğu söylenebilir.⁸⁸⁸

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ise AİHS’te yer alan⁸⁸⁹ ve AİHM içtihatlarında yerleşmiş, 1982 Anayasası’nda da yer alan bir ölçüttür. Yukarıda belirtildiği gibi 1982 Anayasası’nın ilk halinde öz güvencesi yerine getirilen bu ölçütün

güvenceler, kesindir ve niteliği itibariyle özden farksızdır. *“Buna karşılık ölçülülük ilkesi, sınırlamayı yalnızca amaç araç ilişkisi açısından denetler. Amaç ve araç değiştikçe, ölçülülük ilkesinin sağlayacağı denetim de değişir. Bu nedenle ölçülülük ilkesi, sınırlama sınırı olmaktan çok, sınırlama ilkesidir.”* Sağlam, ölçülülük ilkesinin amaç amaç ilişkisinin kurulmasının dokunulmaz özün belirlenmesinden daha kolay ve dolayısıyla daha kullanışlı olduğu kabul etmekle birlikte bu kullanışlılığın, öz güvencesinin getirdiği mutlak bir yasağı nisbileştirme pahasına tercih nedeni olarak kullanılmasını onaylamamaktadır. *“Öz güvencesini ölçülülük ilkesi ya da benzer ölçütlerle açıklamak, kesin bir sınırlama yasağını nisbileştirme sonucu doğuracağından Anayasa’nın sözüne ve ruhu ile bağdaşmayan bir yaklaşım”*dır. SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Hakkın Öz, s. 155-156, 159-160, 172- 173.

⁸⁸⁸ Çağlar, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında (örneğin 1985/8 E, 1986/27 K, 26.11.1986, R.G.14.08.1987-19544 kararında) demokratik toplum düzeni ölçütüne “özgürlüğün özü” kavramını yerleştirmiş olmasını; 1961 Anayasası’nın öngördüğü “öz ölçütü” yerine 1982 Anayasası’nın “demokratik toplum düzeni gerekleri” ölçütünü getirmesini, anayasa yargısı uygulamasında belirgin bir değişiklik olarak görmemiştir. Bkz. ÇAĞLAR, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Demokrasi’ ”, s. 96-98. Özbudun ise “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriterinin düzenlemenin gerekçesinde belirtilen hakkın özü kriterinden daha belirgin ve kolay olması şüphesi bir yana bırakılarak, bu kriterin Anayasa Mahkemesi’nin yargısal denetimine güç kazandıracağı ve hürriyetler rejiminin korunmasını kolaylaştırıcı nitelik taşıdığını düşünmektedir. Bkz. ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 118. Hakkın özüne dokunma yasağını, ölçülülük ya da demokratik toplumda gereklilik ölçütlerine dayandırmanın, bu yasağın getirdiği mutlak koruma alanına uygun bir yorum olmayacağı yönündeki görüş için bkz. SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Öz, s. 119-120; TURHAN, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, s. 406.

⁸⁸⁹ Demokratik toplum düzeninin gerekleri, AİHS, 8-11. maddelerinde ve Ek 4 nolu Protokol md. 2’de yer alan bir sınırlama güvencesidir. AİHM, ölçülülük ilkesini Sözleşme’nin 8-11 maddelerinde yer alan hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin “demokratik bir toplumda zorunlu/gerekli” olması esasında yer alan “zorunlu” sözcüğünün yorumu sonucunda ortaya çıkarmıştır.

“hakkın özü/öze dokunmama” kriteri gibi özgürlüklerin sınırlandırılmasında en son çizgiyi gösteren güvence olduğu, kabul edilmiştir.⁸⁹⁰ Ancak bu ölçütün hem hakkın özü hem de ölçülülük güvencelerini içeren daha geniş bir ölçüt olduğu söylenebilir.⁸⁹¹ AİHM, müdahalenin hukuka uygunluğunu denetlerken, yasayla öngörülmüş olup olmadığına, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığına ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığına bakmaktadır. Demokratik toplum gereklerine uygunluk; müdahalenin gerekli olması, bu gerekliliğin zorlayıcı/acil toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmesi, müdahale için makul, nesnel ve zorlayıcı nedenler olması ve son olarak müdahalenin orantılı olması durumudur. Müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olup olmadığı belirlenirken

⁸⁹⁰ METİN, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük, s. 4. “Demokratik toplum gerekleri, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı anlamına gelir.” TURHAN, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, s. 407.

Yakın tarihli *Yaman Akdeniz ve Diğerleri* kararında da *hakkın özü ve demokratik toplum düzeninin gerekleri* aynı düzeyde değerlendirilen kriterler olarak ele alınmıştır. Kararda bu üç sınırlama sebebine dayanılarak yapılan denetimin aynı değerlendirme gerekçeleriyle yapılması gerektiğine işaret edilmiştir. Ayrıca “*sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem*” olmasını, *öze dokunma* veya *demokratik toplum gereklerine* uygunluk kriterleri arasında sayarak her iki kriteri de aynı düzeyde görmüştür. AYM, *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu*, B.N. 2014/3986, 02.04.2014, § 41. Kararın devamında da gereğinden daha ağır ve katı sınırlamanın hem ölçülü olmayacağı hem de demokratik toplum düzenine uygun bir sınırlama olamayacağını (§ 42) hem de müdahalede haklı sebep görüldükten sonraki aşama “*müdahalenin demokratik toplum düzeni için gerekli olup olmadığı ve ölçülü olup olmadığı*” hususlarının değerlendirileceğini belirterek ölçülülük ve demokratik toplum düzenini aynı seviyede gördüğünü göstermiştir (§ 45).

⁸⁹¹ Anayasa Mahkemesi de bir kararında sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması için özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde sınırlandığı değil, sınırlamanın nedenleri, yöntemi, bu konudaki yargısal denetim olanakları, ‘demokratik toplum düzeni’ içinde değerlendirilmesi gereğine işaret ederek bu kavramın ölçülülük ilkesinden fazlasını ifade ettiğini kabul etmiş olmaktadır. AYM, 1987/16 E, 1988/8, 19.04.1988, R.G. 23.08.1988-19908. Demokratik toplum düzeni hakkında ayrıntılı çalışma için bkz. Abdurrahman EREN, *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, Beta Yay., İstanbul 2004. s. 189 vd.

zorlayıcı toplumsal gereksinime yanıt olup olmamasına ve yapılan müdahalenin zorlayıcı toplumsal gereksinimin gerektirdiğinden daha fazla olmamasına bakılmaktadır. Bu koşula, *ölçülülük ilkesi* denilmektedir.⁸⁹² AİHM kararlarında demokratik toplum düzeninin gerekleri, müdalenin hem zorlayıcı toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmesini hem de izlenen meşru amaçla orantılı olmasını gerektirir.⁸⁹³

2001 sonrası, bu üç ölçütün de Anayasa’da yer almasıyla birlikte, demokratik toplum düzeni yerine daha çok, doğrudan hakkın özü ve ölçülülük ölçütlerine göndermeler artmıştır.⁸⁹⁴ Ancak Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararlarının etkisiyle demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü daha fazla kullanılmaya başlanmıştır. Hatta kararlarda bu üç ölçüt arasında sıkı bir ilişki olduğu sık sık belirtilmekte ve bu ölçütler birbirini tamamlar şekilde ve tek bir ölçütü sağlayan alt ilkeler gibi kullanılmaktadır.⁸⁹⁵ Mahkeme kararlarının çoğunda bu üç ilke arasında (bazen

⁸⁹² “AİHM özgürlüğe yapılan müdahalenin **demokratik toplum bakımından bir zorunluluk oluşturup oluşturmadığını** belirlemede “**ölçülülük**” ilkesine başvurmaktadır.” Mehmet TURHAN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2011, s. 89. Ölçülülük ilkesi, demokratik toplumda gerekli olmanın bir unsuru olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Süheyl BATUM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, 1993, s. 259.

⁸⁹³ “AİHM, demokratik toplum açısından değerlendirilen ‘gereklilik’ unsuruna dayalı denetimde ölçülülük ilkesine başvurmakta ve ölçülülük denetimini bu noktadan başlatmaktadır.” OĞURLU, Ölçülülük İlkesi, s. 143.

⁸⁹⁴ İNCEOĞLU, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama ve Güvence Rejimi”, s. 37.

⁸⁹⁵ AYM, 2016/165 E, 2017/76 K, 15.03.2017, R.G. 13.04.2017-30037. Mahkemeler bazı kararlarında demokratik toplum düzeni, öz ölçütünün tamamlayıcı bir parçası ya da demokratik toplumda gereklilik-zorlayıcı toplumsal ihtiyaç olarak ölçülülük ilkesinin bir parçası olarak kullanmaktadır. “*Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan ve onu kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılmaz.*” AYM, 1997/59 E, 19881/71 K, 18.11.1998, R.G. 16.01.2000-23935; Mehmet Zahit Şahin Başvurusu, B.N. 2013/4708, 20.04.2016, § 60; Selim Adıyaman Başvurusu, B.N. 2013/8846, 09.03.2016, § 57. Demokratik toplumda gerekli olmayan disiplin cezasının aynı zamanda orantısız olduğu değerlendirmesi içeren Danıştay kararı için bkz. DİDK, 2009/63

hakkın özü öncelenmekte ise de) öncelik sonralık sıralaması yapılmamakta, bu üç ilke bir bütünün parçaları olarak görülmektedir. Dolayısıyla sınırlama rejimini düzenleyen bu üç ölçütün de demokratik toplum düzenini referans aldığı açıktır.⁸⁹⁶

Ancak “demokratik toplum düzeninde gerekli”, ifadesinin anlamı açık değildir.⁸⁹⁷ Demokratik bir toplumda haklara yönelik bir müdahalenin haklı (ölçülü) olup olmadığına karar verilirken, mahkemelerin demokratik bir toplumun neyi gerektirdiğine-nasıl olması gerektiğine dair bir değer yargısı ortaya koyması beklenir. Bu yargı, referans alınan *demokratik toplum düzenine* göre değişebilir. Örneğin Anayasa Mahkemesi başlangıçta dar bir yorumla 1982 Anayasası’nda öngörülmüş olan düzeni, demokratik toplum düzeni olarak görmüştür.⁸⁹⁸ Daha sonra klasik demokrasilere, katılımcılık ve çoğulculuğa, hak

E, 2013/1998 K, 22.05.2013.

⁸⁹⁶ Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihatlarında demokratik toplum düzeni, hakkın özü kavramıyla bütünleşmiş durumdadır. Bkz. AYM, 1985/8 E, 1986/27 K, 26.11.1986, R.G. 14.08.1987-19544; 1986/17 E, 1987/11 K, 22.05.1987, R.G. 18.09.1987-19578; 1988/14 E, 1988/148K, 14.06.1988, R.G. 14.07.1988-19872; 2006/142 E, 2008/148 K, 24.09.2008, R.G. 25.12.2008-27091; 2013/108 E, 2014/15 K, 29.01.2014, R.G. 09.05.2014-28995; 2009/59 E, 2011/69 K, 13.12.2016-28.04.2011, R.G. 12.07.2011-27992; 2006/142 E, 2008/148 K, 24.09.2008, R.G. 25.12.2008-27091. Danıştay kararlarında da, demokratik toplum gereklerine uygunluk ve öze dokunmama iç içe geçmiştir: “... Öze dokunmama ya da demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, ... sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir.” Bkz. Dan.12.D., 2013/319 E, 2016/6344 K, 03.12.2016, Kazancı.

⁸⁹⁷ AİHM, böyle bir ihtiyacın olup olmadığının belirlenmesinde, davanın belirli koşullarına ve o sırada söz konusu ülkede geçerli olan koşullarına işaret ederek Sözleşmeciler Devletlere geniş/dar bir takdir marjı vermektedir. Bkz. AİHM, *Barthold/Almanya*, B.N. 8734/79, 27.03.1985, § 55; *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 6538/74, 26.04.1979, § 59, 62; *Handyside/Birleşik Krallık*, B.N. 5493/72, 07.12.1976, § 48; *Dudgeon/Birleşik Krallık*, B.N. 7525/76, 24.02.1983, § 54-58. Bkz. AİHM, *Gözel ve Özer/Türkiye*, B.N. 43453/04, 31098/05, 06.07.2010, § 51; AİHM, *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, B.N. 23536/94, 24408/94, 08.07.1999, § 62.

⁸⁹⁸ “Demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğine duraksamaya yer yoktur.”

ve özgürlüklere, ölçülülüğe atıfla daha özgürlükçü yorumlar yapmıştır.⁸⁹⁹ Bu yorumlamalarda AİHM'in demokratik toplumu ayrımcılık yasağı,⁹⁰⁰ hukukun üstünlüğü,⁹⁰¹ çoğulculuk ilkesiyle tanımlayarak başta ifade özgürlüğü⁹⁰² ve bu hakla bağlantılı hak ve özgürlükler olmak üzere diğer temel hak ve özgürlüklerin alanlarını genişleten içtihatları önemli rol oynamıştır.⁹⁰³ Bu unsurlarla şekillenen demokratik toplum anlayışı, teminat altına alınan haklara getirilen sınırlama düzenini belirler.

a. Ölçülük Denetiminin Ön Koşulu: Meşru Amaç ve Yasallık

Ölçülülük ilkesinin idari yargıda, Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihadındaki gibi sistemli bir şekilde uygulanmadığını görebiliriz. Bunun sebebi müdahalenin yasallığı ve meşru amaç (kamu yararı) testlerinin idari yargıda unsurlu denetimin önemli bir parçası haline gelmiş olması, bu denetimin yalnızca ölçülülük için değil, bütün hukuka aykırılık iddialarının denetimi için gerekli olmasıdır. Yasallık testinde verilen yetkinin türü belirlenir, yetki takdirî ise ölçülülük denetimi yapılır. Çünkü takdir yetkisi söz konusu olduğunda idarenin başka türlü (daha yumuşak aracı seçme vb.) karar verme imkânı vardır. Yasallık testini geçmeyen bir işlem için ölçülülük denetimi yapılmasına

AYM, 1985/21 E, 1986/23 K, 06.10.1986, R.G. 14.03.1987-19400.

⁸⁹⁹ Bkz. AYM, 1985/8 E, 1986/27 K, 26.11.1986, R.G. 14.08.1987-19544; 1992/17 E, 1992/30 K, 21.04.1992, R.G. 02.10.1992-21363; 1987/16 E, 1988/8 K, 19.04.1988, R.G. 23.08.1988-19908; 1986/17 E, 1987/11 K, 22.05.1987, R.G. 18.09.1987-19578; 1992/17 E, 1992/30 K, 21.04.1992, 02.10.1992-21363.

⁹⁰⁰ AİHM, *Ingrid Hoffmann/Avusturya*, B.N. 12875/87, 16.01.1992, s. 206 vd.

⁹⁰¹ AİHM, *Klass/Germany*, Seri A No 28, 06.09.1978, § 25-26.

⁹⁰² Bkz. AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, B.N. 5493/72, 07.12.1976, § 49; AYM, *Bejdar Ro Amed Başvurusu*, B.N. 2013/7363, 16.04.2015, § 62, 63.

⁹⁰³ Bakır ÇAĞLAR/Naz ÇAVUŞOĞLU, "Parti Kapatma Davalarında Mermer-Mozaik İkilemi, Demokratik Toplum Düzeni Hukuku Üzerine Notlar," AYD, C. 16, 1999, s. 162 vd. Çoğunlukla ifade özgürlüğü ve bununla ilgili hakların kullanımıyla bütünleşen demokratik toplum, mülkiyet hakkını en geniş şekilde koruyan düzen olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. AYM, 2016/133 E, 2017/155 K, 15.11.2017, R.G. 11.1.2018-30298, § 60.

gerek yoktur.⁹⁰⁴ Ancak yasallık güvencesinin ihmalinin, ulaşılacak istenen meşru amaç ile ilgililerin haklarına yapılan müdahale arasındaki dengeyi bozduğu, bu yönüyle ölçülü olmadığı söylenebilir.⁹⁰⁵

Yasallık, müdahalenin meşruluğunu gösteren unsurlardan biridir. Danıştay, kamu kurumunda da olsa, parmak izi tarama sistemi ile personelin mesai takibinin yapılmasının özel hayatın gizliliği ilkesine uygun olmadığını, kişisel verilerin ileride başka bir yerde kullanılmayacağına dair bir güvencenin bulunmadığını ve bu hakkı sınırlamanın yasal dayanağının olmadığını belirterek uygulamanın ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu davada Danıştay, uygulamayı yalnızca yasallık koşuluna aykırılık sebebiyle iptal edebilirdi, ancak kararı ölçülülük ilkesi yönünden de değerlendirmiştir.⁹⁰⁶

Müdahalenin meşruluğu, yasallığının yanı sıra kamu yararının kanıtlanmasıyla mümkün olabilir. Yasallık tek başına müdahaleye meşruiyet sağlamaz.⁹⁰⁷ Amacın meşru olmadığının tespit edilmesi durumunda ise sonraki aşamalara geçilmesine gerek yoktur. Yine de bazı davalarda Danıştay meşru amacı, müdahalenin ölçülü olup olmadığıyla

⁹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, yasal bir dayanağı olmadan iletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması şeklinde davacının haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin yasallık unsurunu taşımadığını ifade etmiş, bu nedenle meşru amaç ya da ölçülülük açısından bir değerlendirme yapılmasına gerek görmemiştir. AYM, *Mehmet Hasip Şenalp Başvurusu*, 25.01.2018, B.N. 2014/2889, § 73. Ancak Danıştay birçok kararında, idari işlemi yasal dayanaktan yoksun olduğu için iptal etmesine rağmen ölçülülük değerlendirmesi de yapmıştır. Bkz. Dan.8.D., 2011/3811 E, 2016/4474 K, 28.04.2016; Dan.8.D., 2011/3811 E, 2016/4474 K, 28.04.2016; Dan.2.D., 2016/10078 E, 2017/6692 K, 02.11.2017; Dan.10.D., 2014/3950 E, 2015/2774 K, 08.06.2015, Kazancı.

⁹⁰⁵ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 8. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 375.

⁹⁰⁶ Dan.5.D., 2013/5342 E, 2013/9525 K, 10.12.2013. Aynı yönde bkz. DİDDDK, 2014/2242 E, 2015/4991 K, 09.12.2015; Dan.10.D., 2014/3950 E, 2015/2774 K, 08.06.2015. Mesai takibinin yüz tarama sistemiyle yapılmasına karşı açılan davada da benzer gerekçeler kullanılmış ancak uygulamanın ancak yasal düzenlemeyle hayata geçirilebileceğine dair bir değerlendirme yapılmamıştır. Dan.11.D., 2017/816 E, 2017/4906 K, 13.06.2017, Hukukturk.

⁹⁰⁷ AYM, *Osman Erbil Başvuru*, B.N. 2013/2394, 25.03.2015, § 66.

birlikte değerlendirmiştir. Örneğin Danıştay, “Gecekondu Önlleme Bölgesi ilan edilen sahada idarece amaçlanan hedeflerin sağlanması için ıslahı mümkün olmayan yapıların bulunduğu arsaların kamulaştırmasında kamu yararı bulunsa da, ruhsatlı olan ve muhafaza edilmesi mümkün olan yapıların ve arsaların kamulaştırılmasında kamu yararının olduğundan söz edilemez. Diğer bir anlatımla, düzenli ve planlı kentleşmenin sağlanması maksadıyla bir alanın gecekondu önleme bölgesi ilan edilerek bu alandaki bazı taşınmazların kamulaştırılması mümkün olmakla birlikte, ruhsatlı olan ve imara uygun olarak yapılan ve kullanılan taşınmazın kamulaştırılmasını haklı kılabilecek meşru bir amaçtan söz edilmesi mümkün” olmadığını belirttiği işlemi, hukuka aykırı bulmuştur.⁹⁰⁸

Meşru amaç kriteri, ölçüsüz sınırlamalar için yeterli bir koruma sağlamaz. Meşru amaç testi daha çok, kamu yararı ve bireysel yarar arasında yapılan tartımın yani, orantılılık incelemesinin yoğunluğunu belirlemektedir.⁹⁰⁹ Örneğin bir müdahalede kamu yararı ne kadar fazla/çok görölürse, bireyin katlanması beklenen gereken “yük” o kadar artacak ve müdahalenin orantılı bulunma olasılığı o kadar artacaktır. Tersi durumda yani kamu yararı düşük görölüğünde, bireyin katlandığı külfet ile toplumsal yarar arasındaki denge birey lehine olacaktır. Ölölülük ilkesinde meşru amaç, aracın uygunluğu ve seçilen temel hakları sınırlayıcı aracın orantılı olup olmadığı noktasında işlevseldir. Ölölülük ilkesi, bireylere yükümlölük getiren işlemlerin yalnızca yasal bir temele dayanmasını yeterli görmez, aynı zamanda işlemin meşru bir amaca yönelik olup olmadığı, sınırlamanın bu amaca ulaşmaya uygun olup olmadığı, amaca ulaşma kabiliyetine eşit derecede sahip ancak haklara daha az zarar veren alternatif bir aracın seçilip seçilmediği ve söz konusu araçlarla amaca ulaşmanın yarattığı avantajın haklara maliyetine kıyasla ağır basıp basmadığını içeren bütüncöl bir değerlendirme gerektirir.

⁹⁰⁸ Dan.6.D., 2013/2811 E, 2016/115 K, 25.01.2016, Kazancı.

⁹⁰⁹ H. Burak GEMALMAZ, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Ankara 2018, s. 138.

b. Ölçülülük Denetiminin Aşamaları

aa. Elverişlilik

Sınırlandırıcı önlemin, sınırlama amacı açısından elverişli kabul edilebilmesi için bu önlemin istenilen amaca/sonuca bir katkı sunması gerekir.⁹¹⁰ Bu aracın, amacı tam olarak gerçekleştirmesi gerekmez, kısmen gerçekleştirmesi yeterlidir.⁹¹¹ Elverişlilik aşaması, belirlenen politikanın amaca fayda sağlayıp sağlayamayacağı ampirik-olgusal değerlendirmesine dayanır.⁹¹² Bu yüzden elverişlilik ilkesi, diğer iki alt ilkeye oranla daha az görecelir.⁹¹³ Genellikle idare tarafından öngörülen tedbirler, az çok yasanın amacını gerçekleştirmeye elverişlidir.⁹¹⁴ Bu nedenle, elverişlilik ilkesinin pratikteki oldukça sınırlı bir öneme sahiptir.⁹¹⁵ Hakkında hırsızlık sebebiyle yapılan soruşturma ve yargılama sebebiyle davacının sahip olduğu ticari taksilere ait izin belgelerinin belediye tarafından iptal edilmesi üzerine açılan davada Danıştay, kamusal hizmetin niteliğini ve hırsızlık suçunun vasfını birlikte değerlendirerek dava konusu düzenlemenin davacının çalışmasını (şoför olarak) değil, ticari araç sahibi olmasını engellediği gerekçesiyle işlemi

⁹¹⁰ BVerfGE 30, 316; 33, 187. Aktaran SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Hakkın Özü, s. 114.

⁹¹¹ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Hakkın Özü, s. 114.

⁹¹² KENAN/KREMNITZER/SOURCE, “Facts, Preferences, and Doctrine: An Empirical Analysis of Proportionality Judgment”, s. 352; ALEXU, “Constitutional Rights and Proportionality”, s. 52.

⁹¹³ Bkz. SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Hakkın Özü, s. 112.

⁹¹⁴ *Elverişlilik* ilkesinin yasanın amacı doğrultusunda denetime tabi tutulduğu Anayasa Mahkemesi kararlarından biri, 3236 sayılı Kanun’un 1 ve 2. maddelerine ilişkindir. Bu hükümler, kan gütme sebebiyle adam öldürülmesi veya buna teşebbüs edilmesi halinde, failin yakın hısımlarının başka yerlere naklini öngörmektedir. Mahkeme kararında, bu önlemi, Anayasa md. 18/2'deki sınırlama amaçları açısından ele almış ve bu amaçlardan hiç birini gerçekleştirmeye elverişli bulmamıştır. Bu nokta özellikle müdahalenin “milli güvenliği sağlama” amacı bakımından oldukça açık bir biçimde dile getirilmiştir. Bkz. AYM, 1963/330 E, 1964/15 K, 11.02.1964, R.G. 14.07.1964-11753.

⁹¹⁵ ALEXU, “Constitutional Rights and Proportionality”, s. 53.

ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur.⁹¹⁶ Danıştay’a göre burada düzenlemenin amacına uygun bir araç seçimi söz konusu değildir. Kullanılan araçlar, kamu yararını gerçekleştirmeye uygun değilse diğer iki ilkenin (gereklilik ve orantılılık) denetimine geçilmesine gerek kalmaz.

bb. Gereklilik

Ölçülülük ilkesinin sonraki basamağı olan gereklilik,⁹¹⁷ amaca gerçekleştireye yönelik birden çok araç içinden birey haklarını en az sınırlayacak ve kamuya en az yük getirecek olanın, yani “en yumuşak aracın seçilmesi”⁹¹⁸ gereğine işaret eder.⁹¹⁹ Dolayısıyla, birden çok seçenek/araç söz konusu değilse bunlar arasından en yumuşak aracın seçilmesi de söz konusu olamaz. Bu seçim, amaca ulaşmak için “*aynı derecede etkili*” olan araçlar arasından yapılmalıdır. Yani, önemler temel hakkı sınırlama derecesi bakımından en az sınırlandırıcı olan ancak istenilen amacı gerçekleştirmeye aynı derecede elverişli aracın seçilmesi gerekir.⁹²⁰ Bu seçenekler, demokratik toplumda meşru görülmelidir.

⁹¹⁶ Dan.8.D., 2011/3811 E, 2016/4474 K, 28.04.2016, Kazancı.

⁹¹⁷ Anayasa Mahkemesi’ne göre, *demokratik toplumda gereklilik ölçütü*, sınırlamanın zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olmasını ifade etmektedir. AYM, *Emin Aydın Başvurusu*, B.N. 2013/2602, 23.01.2014, § 48.

⁹¹⁸ SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlanması ve Hakkın Öz*, s. 115; SIGNH, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, s. 163.

⁹¹⁹ METİN, *Ölçülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, s. 30; SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlanması ve Hakkın Öz*, s. 115. Dan.10.D., 2009/13450 E, 12.04.2010.

⁹²⁰ AYM, *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu*, B.N. 2014/3986, 02.04.2014, § 42: “... Sınırlama amacı ile aracı arasında adil bir dengenin gözetilmesi şeklinde tarif edilen **ölçülülük ilkesi ile daha az sınırlayıcı ya da daha hafif tedbirlerle sınırlama amacına ulaşılması mümkün olduğu halde hak ve hürriyetleri daha çok sınırlayan, haklardan yararlanacak kişilere daha ağır yükümlülükler getiren düzenlemelerin önlenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla belli bir amaca ulaşmak için alınan sınırlayıcı tedbir, gereğinden ağır ve katı ise o sınırlama ölçülü olmayacağı gibi demokratik toplum düzenine de uygun bir sınırlama olmayacaktır.**”

Danıştay, özellikle toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile ilgili kararlarda en sert araç olan yasaklama yerine, erteleme kararı verilmesi gerektiğini düşündüğünde gereklilik ilkesine başvurmuştur. Toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasaklanmasına neden gösterilen kamu düzeninin bozulması yönünde somut ve açık bir tehlike görülmediğinde, yasaklama önlemi ölçülülük ilkesine aykırı kabul edilmektedir.⁹²¹ Mahkeme, diğer seçeneklerin varlığını açıkça görebildiği davalarda, bu ilkeyi daha kolay uygulamaktadır.⁹²²

Avrupa yargısında yoğun ölçülülük denetiminin temelinde müdahalenin gerekliliği için ciddi-somut gerekçelerle birlikte demokratik toplumda gerekli (zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca yönelik) olma koşulu yatmaktadır. AİHM kararlarında gereklilik kavramı, sınırlayıcı müdahalenin, demokratik toplumda zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaca karşılık gelmesini ifade eder.⁹²³ Zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ortaya koyan ciddi ve somut gerekçeler, her davanın özgül koşullarında, olayın bütünlüğü içinde ve objektif koşullar göz önüne alınarak belirlenmelidir.⁹²⁴ Demokratik toplumlarda temel

⁹²¹ Dan.10.D., 2006/946 E, 2008/6084 K, 15.09.2008, Kazancı.

⁹²² Anayasa Mahkemesi, aracın amaç için gerekli olup olmadığını değerlendirirken uygun seçenekleri kıyaslayarak demokratik toplumda gereklilik ölçütünü tespit etmeye çalışmaktadır. Mahkeme, başvurucunun kadın güvenlik görevlisi tarafından elle aranması mümkünken, herkesin göreceği şekilde kıyafetini çıkarmaya zorlanmasını demokratik toplumda gereklilik ölçütüne uygun görmemiştir. AYM, *Esra Nur Özbey Başvurusu*, B.N. 2013/7443, 20.05.2015, § 94. Bir sinema filminin kaydı ve tescili talebinin kamu düzeni ve Anayasa'daki diğer ilkelere uymadığı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlali iddiasıyla açılan davada Mahkeme, idare mahkemesinin yasaklama yerine başka tedbirlerin uygulanması gerekliliğinin göz önünde bulundurmamasını eleştirmiştir. Bkz. AYM, *Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu*, B.N. 2015/8147, 08.05.2019.

⁹²³ AİHM ilk kararlarından itibaren, Sözleşme'nin 10. maddesinde geçen "gerekli" kavramını, "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç" olarak yorumlamaktadır. AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, B.N. 5493/72, 07.12.1976; *Sunday Times/Birleşik Krallık*, (no 1), B.N. 6538/74, 26.05.1979. AYM, 2016/133 E, 2017/155 K, 15.11.2017, R.G. 11.1.2018-30298, § 58.

⁹²⁴ AİHM, *Zana/Türkiye*, B.N. 8954/91, 25.11.1997; AYM, *Abdullah Öcalan Başvurusu*, B.N.

hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin gerekliliği, bazı haklar bakımından çeşitli koşullara bağlanmış ve bir çerçeve çizilmiştir. Örneğin ifade ve basın özgürlüğü ile başkalarının kişisel haklarının çatışması halinde, müdahalenin *orantılı* ve *demokratik toplumda gerekli* olup olmadığını belirlemeye yönelik AİHM, *Alex Springer AG* davasında bazı kriterler geliştirmiştir.⁹²⁵ Danıştay, bu ölçütleri kullanarak hakkın norm alanını demokratik toplum düzenine uygun bir şekilde belirlemektedir. Bu kriterler çerçevesinde yapılan analizle, hakkın norm alanına giren eylemler için öngörülen sınırlayıcı tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak değerlendirilmez. Demokratik toplumlarda hakkın kullanım alanları ve kapsamı oldukça geniş yorumlandığı için⁹²⁶ temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan yaptırımların gerekli olduğunun kabul edilmesi oldukça zordur.

Bir televizyon programına katılan Aczimendi lideri olan şahsa 28 Şubat sürecinde ve tarikatının rolüyle ilgili sorular yöneltildiği, program konuğu tarafından mevcut rejimin yıkılması gerektiğinin belirtildiği, bu ifadeler sebebiyle de yayın ilkesinin

2013/409, 25.06.2014, § 100; *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu*, B.N. 2014/3986, 02.04.2014, § 41.

⁹²⁵ *Axel Springer AG/Almanya*, kararındaki ölçütler: a) basında yer alan yazı veya ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, b) hedef alınan kişinin tanınmışlık düzeyi ve yazının amacı, c) ilgili kişinin yayından önceki davranışı, d) bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, e) yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ile f) yaptırımın ağırlığıdır. AİHM, *Axel Springer AG/Almanya*, B.N. 39954/08, 07.02.2012. AİHM'in yerleşik içtihatlarında, denetim yetkisinin uygulanmasında Mahkeme'nin müdahaleyi, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dâhil olmak üzere davayı bir bütün olarak ele alarak incelemesi gerektiği, düşünce açıklamalarına ilişkin söz veya metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddeti teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, söz ve açıklamalarda kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldıklarının dikkate alınmasının uygun olacağı vurgulanmaktadır. AİHM, *Zana/Türkiye*, B.N. 8954/91, 25.11.1997; *Özgür Gündem/Türkiye*, B.N. 23144/93, 16.03.2000; *Sürek/Türkiye*, B.N. 24762/94, 08.07.1999.

⁹²⁶ Dan.6.D., 2009/10109 E, 2011/3784 K, 18.10.2011, Legalbank; AYM, 2016/133 E, 2017/155 K, 15.11.2017, R.G. 11.01.2018-30298.

ihlali sebebiyle tv kanalına uyarı cezası verilen kararda Mahkeme,⁹²⁷ cezanın toplumsal ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığını araştırırken ifade özgürlüğü davalarında kullanılan bir çok ölçütü göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme, soyut bir değerlendirme yapmadan “*ifade ortamına dahil olan ifade edenin sıfatı, hedef alınan kişinin kimliği, tanınmışlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususları (Axel Springer AG/Almanya)*” göz önünde bulundurarak program sunucusunun programdan önce ve sonra konu hakkındaki görüşlerini ifade ettiği yazıları ve bu şahsın görüşlerine karşıt görüşlere de programda yer verilerek tartışma ortamının demokratik olduğu, programa davet edilen kişinin görüşlerinin kamuoyu tarafından bilinir olduğu, şahsın görüşlerinin şiddet nefret söylemi içermediği, programın amacının geçmişin aydınlatılması ve konunun çok yönlü ele alınmasının sağlankara çoğulcu bir ortamın sağlandığı, bu çerçevede dava konusu yaptırımla gerçekleştirilen kısıtlamanın “toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği”, bu anlamda sınırlamanın *gereklik ölçütünü* sağlamadığı, söz konusu ifadelerin basın özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁹²⁸

Danıştay, kamu görevlilerine verilen disiplin cezalarıyla ilgili davalarda ise demokratik toplum düzeni ve bu toplum düzeninde ifade özgürlüğünün gerekliliği ve kapsamı hakkında uzun içtihat alıntıları yapmakla ve demokratik toplumda ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin gerekliliğiyle ilgili AİHM’in içtihadi kriterlerini kullanmakla birlikte, ceza konusu eylemin öngörülen suç için “*tipiklik*” koşulunu gerçekleştirmediğine karar verebilmektedir.⁹²⁹ Dolayısıyla çoğu davada Danıştay, hakkı

⁹²⁷ Dan.13.D., 2013/1727 E, 2014/3771 K, 26.11.2014.

⁹²⁸ Aynı yönde bkz. DİDDGK, 2019/1752 E, 2020/1288 K, 30.06.2020.

⁹²⁹ Bir memura bir kamu kurumu hakkında sosyal medyada yer alan paylaşımındaki ifadeleri sebebiyle verilen kademe ilerlemesi cezasının dava edildiği bir davada (Dan.12.D., 2013/6667 E, 2016/6358 K, 13.12.2016) Mahkeme, *Axel Springer AG* kararındaki kriterlerden olan "yazının hedef aldığı kişinin kimliği ve yazının amacı" çerçevesinde kamusal yetki kullananların, gördükleri işlev sebebiyle, eleştiriye daha fazla katlanmak

sınırlandırıcı işlemleri-disiplin cezalarını demokratik toplumda gereklilik kriterine uygunluk yönünden değerlendirmesine rağmen iptal gerekçesini olguda hataya (tasnif hatası) dayandırmakta ancak cezaların da demokratik toplumda gerekli olmadığını-acil bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmediğini de belirterek denetimde demokratik toplum düzenini referans aldığını göstermeye çalışmaktadır.⁹³⁰

Gereklilik koşulu, her zaman daha az kısıtlayıcı alternatif bir önlemin varlığını aramaz, yani daha az kısıtlayıcı alternatifi olmayan ancak hakkın kullanımını engelleyecek ve zorlaştıracak nitelikteki herhangi bir önlem bile *demokratik toplumda gerekli* görülmeyebilir. İfade özgürlüğü ve bu hakla bağlantılı olan toplantı ve gösteri özgürlüğü ve sendikal haklara ilişkin kararlarda, başvuruçuların sürekli soruşturma ya da disiplin cezası tehdidi altında bulunmalarının yaratacağı “*caydırıcı etki*”, müdahalenin demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük denetiminde dikkate alınan hususlardan bir

durumunda olduklarını, kamu görevlilerinin iş yerlerinde gördüklerini iddia ettikleri yolsuzluk ve hukuka aykırı uygulamaları yasal yollardan şikayet etme hakları da bulunduğunu, yazının bütünü değerlendirildiğinde; yazıda, ironik bir yaklaşım bulunmakla birlikte doğrudan ilgililere bir hakaret ve küçük düşürücü unsurlar içermediğini tespit etmiş ve davacının eyleminin, ilgili yasadaki "Amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak" disiplin suç tanımına uymadığı, olayda disiplin hukukunda yer alan "tipiklik" şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. Aynı yönde bkz. Dan.12.D., 2013/319 E, 2016/6344 K, 13.12.2016.

⁹³⁰ Üye oldukları sendikanın çağrısına uyarak, kanun tasarısını protesto etmek üzere düzenlenen bir günlük ulusal eyleme katılan öğretmenlere, göreve gelmedikleri gerekçesiyle uyarma cezası verilmiştir. Danıştay, her ne kadar ceza çok küçük olsa da, öğretmenlere verilen disiplin cezasının sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için meşru grev ya da eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir nitelik taşıdığı ve “*acil bir sosyal ihtiyaca*” tekâbüle etmediği ve bu sebeple “*demokratik bir toplumda gerekli*” olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak Mahkeme, uyarma cezasına konu eylemi, sendikal hak kapsamında görerek eylemin disiplin suçu teşkil etmediği belirtmiş, eyleme verilen cezayı sebep unsuru (tasnif hatası) nedeniyle hukuka aykırı görmüştür. Dan.12.D., 2016/5722 E, 2016/5443 K, 29.11.2016, Kazancı; benzer yönde DİDDK, 2007/2281 E, 2011/244 K, 14.04.2011, **DD**, 128, 2011, s. 33.

diğeridir.⁹³¹ Danıştay, ceza çok küçük olsa da, öğretmenlere verilen disiplin cezalarının sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için yaptığı meşru grev ve eylemlere katılmaktan vazgeçirici (caydırıcı) nitelikte olduğunu ve “*acil bir sosyal ihtiyacı*” karşılamadığı ve bu sebeple “*demokratik bir toplumda gerekli*” olmadığı sonucuna varmıştır.⁹³²

cc. Orantılılık

Gereklilik testi, tüm olası seçenek önlemlerin, seçilen kamu amacına aynı katkıyı sağlandığını değil, hakların daha az sınırlandırıldığını göstermektedir. Ancak daha az da olsa bir çok önlem, hakları sınırlandırır. Bu sebeple hakkı sınırlandırıcı işlem son bir aşamadan daha geçer. Mahkemeler çoğunlukla, testin bir ya da daha fazla aşamasını atlayarak ve adil denge sorusuyla birleştirerek,⁹³³ yani sorunu yalnızca orantılılık üzerinde yoğunlaştırarak çözüme eğilimindedirler.⁹³⁴ AİHM ve Anayasa Mahkemesi gibi Danıştay da, ölçülülük denetimini orantılılık ilkesi üzerinde yoğunlaştırmaktadır.⁹³⁵

⁹³¹ AYM, *İlker Deniz Yücel Başvurusu*, B.N. 2017/16589, 28.05.2019, § 164-165.

⁹³² Dan.12.D., 2016/5722 E, 2016/5443 K, 29.11.2016, Kazancı; benzer yönde DİDDK, 2007/2281 E, 2011/244 K, 14.04.2011, **DD**, 128, 2011, s. 33. Ayrıca bkz. AYM, *Hasan Güngör Başvurusu*, B.N. 2013/6152, 24.02.2016, § 54-55; AYM, *Tayfun Cengiz Başvurusu*, B.N. 2013/84/63, 18.09.2014, § 62.

⁹³³ AİHS'te yer alan hakların sınırlandırılması bakımından kullanılan ölçülülük ilkesi ile Kıta Avrupası ekolünde kullanılan "ölçülülük" ilkesi aynı anlama gelmemekte ve bütünüyle aynı unsurları paylaşmamaktadır. AİHS bakımından Anglo-sakson yaklaşımdan esinlenen "adil denge" kavramı kullanılmaktadır. AİHM'in kararları orijinal dilinden okunduğunda açıkça görülebileceği üzere, ölçülülük, adil dengenin kurulup kurulmadığı değerlendirilirken gözetilen bir unsurdur. (Bkz. *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, B.N. 7151/75-7152/75, 23.09.1982, Series A No. 52, § 69, 73; *Jahn ve diğerleri/Almanya*, B.N. 46720/99, 72203/01; 72552/01, 30.06.2005, § 93-94). H. Burak GEMALMAZ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi”, İÜHFM, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 654.

⁹³⁴ Bkz. CHAN, “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, s. 9-10.

⁹³⁵ AİHM'in demokratik toplumda gereklik ölçütünü orantılılığa indirgediği yönünde bkz. Janneke GERARDS, “How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human

Ölçülülük ilkesinin temel uygulama alanının genel olarak hak öznesi olan birey ve temel hakları gerçekleştirme yükümlülüğü olan devlet arasındaki ilişkide olduğu ve bu ilişkinin dengelenmesinin (makul bir denge kurulması) ölçülülük denetiminin özünü oluşturduğu kabul edilmektedir.⁹³⁶

Mahkeme, seçilen araçların amacı gerçekleştirmeye elverişli ve gerekli olduğuna ikna olduğunda, yapılan seçimin taraflar açısından maliyetini hesaplar. Bu maliyet hesabı, idarece kullanılan aracın yarışan çıkarları ne ölçüde etkilediğinin tartımıyla yapılır. Ölçülülük, elverişlilik ve gereklilik alt ilkeleriyle olgusal olasılıklar uygunlaştırılmaya çalışılırken orantılılık ilkesiyle yarışan yararlarından biri -hukuksal olasılıklar- optimize edilmeye, yani aralarında makul bir denge kurulmaya çalışılır.⁹³⁷ Bu dengeleme, çatışan iki farklı yarar arasında yapılır. Bu çatışma, bazen kamu yararı ile bireysel yarar arasında, bazen de iki hak ya da hak ile anayasal değer arasında gerçekleşir. Orantılılıkta bu yararlar arasındaki denge, bir çok değişkene bağlıdır. Müdahalenin ağırlığı, kamu yararının yoğunluğu ve temel haklarla somutlaşan yararlar, tartımda ibrenin yönünü taraflardan biri

Rights”, International Journal of Constitutional Law, V. 11, N. 2, 2013, s. 469. Anayasa Mahkemesi’nin de benzer bir eğilimle, özellikle orantılılık denetimine odaklandığı ve üçlü testin bir bütün halinde ve aşamalı olarak uygulandığı bir bireysel başvuru kararının tespit edilmediği ifade edilmektedir. Bkz. Betül DURMUŞ, “Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklilik Ölçütü”, s. 4, Çevrim içi, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Betu%CC%88l-Durmus%CC%A7-Bireysel-Bas%CC%A7vuru-Kararlar%C4%B1nda-Demokratik-Toplumda-Gereklilik-O%CC%88lc%CC%A7u%CC%88tu%CC%88.pdf>. Aynı eğilimin Danıştay için de geçerli olduğu söylenebilir. Örneğin Danıştay bir kararında, ölçülülük ilkesini elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarıyla tanımlamasına rağmen dava konusu disiplin cezasını elverişlilik ve gereklilik unsurlarına uygunluk açısından değerlendirmemiştir. Bkz. Dan.5.D., 2016/18117 E, 2017/24013 K, 12.12.2017.

⁹³⁶ Philip KUNIG "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi", Çev. Burak Çelik/Gökçen Doğan/Ahmet Çağrı Yıldız, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2019, s. 166.

⁹³⁷ Bkz. ALEXY, “Constitutional Rights and Proportionality”, s. 52.

lehine değiştirebilir. Kişisel ve kamusal yarar arasındaki dengeleme sürecinde bir tarafın kazancıyla diğer tarafın kaybı arasında orantının kurulabilmesi için idarenin özellikle nc kişiler üzerindeki işlemin önemsiz-arızı (incidental effects) etkilerinin de dikkate alınması gerekir.⁹³⁸ Bu geler; demokratik toplum gerekleri, hakkın z, Anayasa'nın özüne ve sözüne uygunluk kavramları çerçevesinde değerlendirilir. Bu çerçevede *müdahalenin ağırlığı, kamu yararının yoğunluğu, ilgili hakkın niteliği* ile somutlaştırma yapılır.

Müdahalenin ağırlığı, mahkeme kararlarında ilgililer için “lsz”, “katlanılamaz” ve “aşırı yük” gibi ifadelerle⁹³⁹ ortaya konulmaktadır. Hakkın kullanımını ortadan kaldıran ve zorlaştıran, katlanılmaz nitelikte ve ağırlıkta görülen sınırlamaların başında hakkın özüne yönelik olanlar gelmektedir. Bir hakkın kullanımını ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde zorlaştıran tedbirler, hakkın özünü zedeler.⁹⁴⁰ Hakkın özüne "hiçbir halde" dokunulmayacağına göre, ze dokunan müdahaleyi her halde (“evleviyetle”) orantısız bir sınırlama şeklinde anlamak gerekir.⁹⁴¹ Temel hak ve özgürlüklerin kamu yararı gerekçesiyle sınırlanmasının sınırı, hakkın özüne dokunma yasağıdır. Kamu yararı dengelemesi, hakkın özünün dışında kalan kısım için yapılır.⁹⁴²

⁹³⁸ SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s. 167.

⁹³⁹ SAğLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Hakkın z, s. 116; METİN, llk İlkesi-Karşılaştırılmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s. 37.

⁹⁴⁰ Anayasa Mahkemesi kararlarına göre sınırlama, bir hak ve hürriyetin kullanılmasını imkânsız kılıyor ya da aşırı derecede gleştiriyorsa o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olur. Bkz. AYM, 1963/25 E, 1963/87 K, 08.04.1963, R.G. 18.07.1963-11457; 1962/208 E, 1963/1 K, 04.01.1963, R.G. 13.03.1963-11354; 2014/122 E, 2015/123 K, 30.12.2015, R.G. 01.03.2016-29640, ř 73.

⁹⁴¹ Bkz. SAğLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Hakkın z, s. 120. AYM, 2016/133 E, 2017/155 K, 15.11.2017, R.G. 11.01.2018-30298, ř 56.

⁹⁴² Anayasa Mahkemesi, kişi yararı ile kamu yararı arasındaki dengenin korunamaması ve bunun sonucunda hakkın kullanılamaz hale getirilmesinin *hakkın özüne* dokunacağını belirtmiştir. AYM, 1999/33 E, 1999/51 K, 29.12.1999, R.G. 29.06.2000-24094.

Bu sınır, AİHM yargılamasında demokratik toplumda gerekliliktir.⁹⁴³

Danıştay da hakkın özünü belirlerken demokratik toplum düzenindeki gereklilik ölçütünü kullanmaktadır. Danıştay bir festival etkinliğinin yasaklanmasını, toplantı gösteri hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle ölçülü bulmamıştır.⁹⁴⁴ Bir hakkın belli amaçlarla sınırlandırılması onun demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğu anlamına gelmez, ancak hakkın özünü yine de zedeleyebilir. Danıştay bir kararında, mülkiyet hakkının kamu yararı sebebiyle sınırlandırılabilceğini ve bunun da demokratik toplum düzenine aykırı olmadığını ancak ilgili düzenlemelerde mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler için belli süreler öngörülmemesini hakkın özüne müdahale olarak nitelendirmiştir.⁹⁴⁵ Bu davada, belirsizlik hak sahibi açısından katlanılmaz, dolayısıyla orantısız bulunmuştur. Demokratik toplumda gerekli görülen sınırlamalar, hakkın özüne dokunmadıkça orantılı kabul edilebilir.⁹⁴⁶

Hakkın özüne dokunmayan her sınırlamanın da ölçülü olduğu söylenemez. *Yaptırımın niteliği ve ağırlığına* göre hakkın özüne dokunmayan sınırlamalar, orantısız olabilir. Bireyin “katlanması” beklenmeyecek müdahaleler, AİHM deyimiyle “aşırı külfet olarak” görülen müdahaleler, orantısızdır. Katlanılabilirlik, mülkiyet hakkına ilişkin davalarda zararın miktarı ve bireyin ekonomik ve sağlık durumu esas alınarak tespit edilmektedir. Örneğin zaten yoksul olan bir kişinin malvarlığındaki küçük bir eksilme, kişi açısından *katlanılabilir* kabul edilmez.⁹⁴⁷ Müdahale edilen malvarlığının başvuruçuların hayatlarında oynadığı rolün büyüklüğü, müdahaleye katlanma derecesini

⁹⁴³ AİHS md. 8-11'e göre sınırlamanın sınırı, "demokratik bir toplumda gerekli olan"dır. GEMALMAZ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi”, s. 653.

⁹⁴⁴ Dan.10.D., 2006/946 E, 2008/6084 K, 15.09.2008, DBB.

⁹⁴⁵ Dan.6.D., 2015/680 E, 2015/4767 K, 30.06.2015, Kazancı.

⁹⁴⁶ AYM, 2015/79 E, 2017/164 K, 29.11.2017, R.G. 20.03.2018-30366, § 32.

⁹⁴⁷ AİHM, *Gashi/Hırvatistan*, B.N. 32457/05, 13.12.2007, § 41-42.

düşürür.⁹⁴⁸ Örneğin ortalama gelire sahip mağdurun ağır bir suç değil de kabahat işlemesi karşılığında malvarlığına yönelik ciddi bir azalmanın meydana geldiği durumlarda müdahalenin katlanılabilirliğini tespit etmeye yardımcı olabilmektedir.⁹⁴⁹ Malvarlığı değerinde azalma olan kişilerin sağlık durumları, müdahalenin katlanılabilirliğini, zararın miktarı az olsa da, azaltabilir.⁹⁵⁰

Katlanılabilirlik, ifade özgürlüğü ve bu hakkın kullanımıyla ilgili diğer davalarda çoğu kez “hoşgörü”, “tahammül” ve “kabul edilebilir sınırlar” ifadeleriyle somutlaşan bir kıstastır. İfade özgürlüğü davalarında, ifade özgürlüğünü kullanan kişi ile bu hakkın kullanımından zarar gördüğünü ifade eden kişinin kimliği ve ifadenin içeriği değerlendirmede belirleyici olmaktadır. “Kişilerin hak ve şöhretlerinin korunması kapsamında ifade özgürlüğüne müdahalenin demokratik toplumlarda gerekliliği konusunda sade vatandaşlarla, kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileriyle siyasetçileri birbirlerinden ayırarak değerlendirmeler yapmak gereklidir. Kamuya mal olmuş kişilerin özellikle siyasetçilerin ve gazetecilerin şöhreti söz konusu olduğunda toplumun bu kişilerle ilgili olarak haber alma hakkı da dikkate alınarak daha fazla eleştiriye **tahammül etmeleri** gerektiği ve bu alanda basın özgürlüğünden daha geniş olduğu, kamu görevlileriyle ilgili haber ve yorumlarda kamu görevlilerinin görevlerini layıkıyla yerine getirebilmeleri için kamu güvenine sahip olmaları gerektiği, bunun ise kamu görevlilerinin asılsız suçlamalara karşı korunmakla sağlanabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.”⁹⁵¹

⁹⁴⁸ AİHM, *Devecioğlu/Türkiye*, B.N. 17203/03, 13.11.2008, § 40.

⁹⁴⁹ Bkz. AİHM, *İsmayilov/Rusya*, B.N. 30352/03, 06.11.2008, § 36-38; ayrıca bkz. *Grifhorst/Fransa*, B.N. 28336/02, 26.02.2009.

⁹⁵⁰ Bkz. AİHM, *Scollo/İtalya*, B.N. 19133/91, 28.09.1995, § 17, 38; *Poltorachenko/Ukrayna*, B.N. 77317/01, 18.01.2005, § 45.

⁹⁵¹ AYM, *Emin Aydın Başvurusu*, B.N. 2013/2602, 23.01.2014, § 49; ayrıca bkz. AYM, *Ali Rıza Üçer Başvurusu*, 02.07.2015, 2013/8598, § 56; *Tansel Çölaşan Başvurusu*, B.N. 2014/6128, 07.07.2015, § 65-67; *Bekir Coşkun Başvurusu*, B.N. 2014/12151, 04.06.2015, § 58-68;

Toplanma özgürlüğü ile ilgili davalarda da “katlanılabilirlik” kriteri, hakkın kullanımından doğan sonuçların hakkı kullanmayanlar açısından ve hakkın sınırlandırılmasının haklı nedeni olarak değerlendirilir. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri koşullarını düzenleyen Kanun’un 6529 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle değiştirilen 6. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...ve vatandaşların günlük yaşamını zorlaştırmayacak...”, ifadesinin Anayasa’ya uygunluğunun denetlendiği davada Anayasa Mahkemesi, bu koşulu, toplantı gösteri yürüşleri hakkının kullanımının bireylere/üçüncü kişilere yüklediği külfetin “aşırı ve katlanılabilir” olup olmadığına bakarak bir ölçülülük değerlendirmesi yapmıştır.⁹⁵² Mahkeme, bireysel başvuru kararlarından birinde hakkın kullanımı için katlanması gereken belli bir düzey olduğunu belirterek toplantı hakkının katlanması gereken düzeyi geçen “karışıklığı”, müdahaleyi haklı kılan bir ölçüt olarak kullanmıştır: “(S)omut olayda, (...) eylemin sonuçlarının toplantı hakkının yol açabileceği ve katlanması gereken belli bir düzeye kadar olan karışıklıktan öteye geçtiği, başkalarının haklarının engellenmesi noktasında ağır bir külfete yol açtığı, dolayısıyla Sendika kararında belirtilen iş bırakma eylemini aşar suretteki bu eylemleri nedeniyle başvuruçulara disiplin cezası verilmesi şeklindeki müdahalenin kamu düzeninin korunması amacı bakımından zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği kabul edilmelidir.”⁹⁵³

Danıştay bazı davalarda, temel hakları referans almadan müdahalenin ağırlığına karar vermektedir. Öğrencilere verilen disiplin cezalarını denetlediği davalarda Danıştay, eğitim hakkından açıkça söz etmese de, eğitim hakkını kullanmayı zorlaştıran cezaları,

İbrahim Özden Kaboğlu Başvurusu, B.N. 2015/18503, 30.05.2019, § 61-75; aynı yönde AİHM kararları için bkz. AİHM, *Lingens/Avusturya*, B.N. 9815/82, 08.07.1986, § 42; *İncal/Türkiye*, B.N. 22678/93, 09.06.1998, § 54; *Dabroski/Polonya*, B.N. 18235/02, 19.02.2006, § 35.

⁹⁵² Bkz. AYM, 2014/101 E, 2017/142 K, 28.09.2017, R.G. 27.12.2017-30283.

⁹⁵³ AYM, *Tonguç Özkan ve Diğerleri Başvurusu*, B.N. 2015/1261, 26.09.2019, § 50. Ayrıca bkz. AYM, *Emine Soyaslan Başvurusu*, B.N. 2014/11306, 18.04.2019, § 43, 49.

amaç-araç ilişkisi bakımından orantısız bulmuştur. Bir sağlık meslek lisesi öğrencisine verilen disiplin cezasının iptali amacıyla açılan davada, okuldan sürekli uzaklaştırma cezasının öğrencinin işlediği suça göre “ağır” olduğuna ve “suç ile ceza arasında adil bir dengenin bulunması gerektiğine göre suça oranla ağır olarak takdir edilen cezanın bu nedenle iptaline” karar verilmiştir.⁹⁵⁴ Diğer bir davada “...davacının işlediği disiplin suçunun yurttan süresiz çıkarılmayı gerektirecek ağırlıkta olmadığı ve suç ile ceza arasında adil bir dengenin bulunmadığı”na karar vermiştir.⁹⁵⁵

Orantılılık denetiminde temel hakların karşısında terazinin diğer ucunda kamu yararı amacı vardır ve kamu yararının yoğunluğu tartımın kimin lehine sonuçlanacağını gösterir. AİHM, kamu yararını düşük seviyede gördüğü davalarda müdahalede *adil denge* bulunmadığı gerekçesiyle hakkın ihlaline karar vermektedir.⁹⁵⁶ Anayasa Mahkemesi’nin de aynı yönde kararları vardır. Örneğin *Uras* davasında Mahkeme, taşınmazın tahsis amacının değiştirilmesini (yoldan konut alanına dönüştürülmesi) ve ilgili mevzuat hükmü nedeniyle taşınmazın iadesinin veya tazminatın istenememesini kategorik olarak kamu yararı koşuluna aykırı görmemiştir. Ancak eski malikin bağışlama koşulunun yerine getirilmemiş olmasından ötürü taşınmazın kendisine iade edileceği yönünde meşru beklentisi bulunduğundan, konut alanına dönüştürülen taşınmazın malike iadesi durumunda elde edilecek bireysel yararlar belediyenin mülkiyetinde kalmasıyla elde edilecek kamusal yararın önemi ve ağırlığı konusunda kuşkuya düşmüş ve buradan hareketle meşru amacın varlığını müdahalenin orantılılığıyla birlikte ele almıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre iade hakkının kaldırılması karşısında idarenin konut alanına çevrilen taşınmazdan ekonomik yarar elde edecek olması, devlete güveni zedelemekte ve

⁹⁵⁴ Dan.8.D., 1983/212 E, 1984/178 K, 01.02.1984, DBB.

⁹⁵⁵ Dan.8.D., 1984/497 E, 1985/437 K, 24.04.1985, **DD**, Y. 6, S. 60-62, 1986, s. 389. Ayrıca bkz. Dan.8.D., 1988/820 E, 1990/145 K, 05.02.1990, **DD**, Y. 21, S. 80, s. 305, aynı yönde bkz. Dan.8.D., 1995/3680 E, 1997/3928 K, 11.12.1997, DBB.

⁹⁵⁶ GEMALMAZ, Mülkiyet Hakkı, s. 138.

maliklere aşırı bir külfet yüklemektedir. İdarenin konut alanına dönüştürdüğü taşınmazdan ekonomik çıkar sağlamasıyla elde edilecek kamu yararı, taşınmazın malike iade edilmemesi nedeniyle malikin yüklendiği külfete kıyasla hafif kalmaktadır.⁹⁵⁷ Danıştay da, mülkiyet hakkının kamu yararı sebebiyle sınırlandırılmasında demokratik toplum gereklerine aykırılık görmese de mülkiyet hakkının kullanımını zorlaştıran müdahaleyle kıyasladığında kamu yararını daha düşük seviyede görmüştür.⁹⁵⁸

Orantılılıkta dengeleme için bir tarafta kamu yararı diğer tarafta bireysel bir hakkın varlığı her zaman şart değildir. Üçüncü kişinin bireysel yararı ya da hakkı da dengelemede göz önüne alınır. Ancak denetimde ağırlık verilen hak-menfaat yine kamu yararı gereğine dayandırılmaktadır. Danıştay, bir programda yer alan ifadelerin yayın ilkesini (insan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygı ilkesi) ihlal ettiği gerekçesiyle verilen idari para cezasının hukuka uygunluğunu değerlendirirken, ifade ve basın özgürlüğü ile birey hakları arasında olaya özgü bir dengeleme yaparken basın özgürlüğünün kullanılmasındaki kamu yararını daha yoğun bulmuştur. Bu bağlamda, basın özgürlüğü ile özel hayatın gizliği hakkına yönelik müdahalelerin “ağırlığını” karşılaştırmıştır. TV programında yer alan ifadeleri,⁹⁵⁹ basın özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmiş⁹⁶⁰ ve basın özgürlüğü karşısında kişilik haklarına ağır bir müdahale olarak görmemiştir.

İdarenin sınırlandırıcı işlemi, bazı durumlarda Anayasa’nın diğer hükümleriyle çatışabilir. Bu durumda pratik uyum tekniği kullanılabilir. Bu teknik sayesinde çatışan anayasal kuralın varlığını ve optimal etkinliğini koruyacak şekilde sınırlar çizilebilir.

⁹⁵⁷ AYM, *Süleyman Oktay Uras ve Sevtâ Uras Başvurusu*, B.N. 2014/119994, 09.03.2017, § 75, 78-82.

⁹⁵⁸ Dan.6.D., 2015/680 E, 2015/4767 K, 30.06.2015, Kazancı.

⁹⁵⁹ Dan.13.D., 2013/2894 E, 2014/ 4670 K, 31.12.2014, Kazancı.

⁹⁶⁰ Dan.13.D., 2013/2894 E, 2014/4670 K, 31.12.2014, Kazancı.

Pratik uyuşumda,⁹⁶¹ Anayasa'nın bütünü göz önünde alınarak ve maddeler arasında bir hiyerarşi oluşturmada bir temel hak diğerinin sınırını oluşturabilir. Pratik uyuşum kullanırken özellikle Anayasa md. 13'ün bir parçası olan orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığı test edilmelidir.⁹⁶² Danıştay, sendika kararıyla iş bırakma eylemine katılan aile hekimine verilen ihtar cezasına karşı açılan davada, pratik uyuşum ilkesini uygulayarak denetim yapma yoluna gitmiştir. Davada Danıştay, sendikal eylemin *demokratik toplum gereklerine* uygun olduğunu kabul etse de, sağlık personeline nöbet görevi getirilmesine ilişkin düzenlemenin “bireyin sağlık hakkını koruyucu, iyileştirici ve sağlık sunucularından etkili bir şekilde yararlanmasını sağlayıcı” nitelikte olduğu ve sağlık hakkının devlete bir yükümlülük yüklediğini, bu yükümlülüğün yerine getirilmesindeki kamusal yararı dikkate alarak vatandaşlara sağlık hizmetinin sunumu ile yükümlü olan davacının, iş bırakma eyleminin sağlık hizmetini sekteye uğrattığı ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle cezanın hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır.⁹⁶³ Mahkeme, sendikal haklar (grev hakkı) ile sağlık ve yaşam hakkı arasındaki

⁹⁶¹ Bkz. SAĞLAM, Temel Hakların Korunması ve Hakkın Özü, s. 47-53, 129-137; Korkut KANATOĞLU, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Yay., İstanbul 2000.

⁹⁶² İNCEOĞLU, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, s. 24. Anayasa Mahkemesi'nin hem pratik uyuşum hem de ölçülülük ilkesini kullandığı dava örnekleri vardır. Bkz. AYM, 2001/309 E, 2002/91 K, 15.10.2002, R.G. 12.12.2003-25314; 2006/21 E, 2006/38 K, 13.03.2006, R.G. 11.12.2007-26727.

⁹⁶³ Dan.2.D., 2016/5586 E, 2017/5222 K, 20.06.2017. Mahkeme, ilginç bir şekilde, hakkı sınırlandıran işlemin değil iş bırakma eyleminin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu karar vermiştir. Ölçülülük, idarenin işlemlerinin denetiminde kullanılan (bu işlemlerin ölçülülük ilkesine uygunluğunu belirleyen) bir ilkedir, idare karşısındaki özel kişinin (hizmet kullanıcısı, hizmet sunucusu) eylemlerini ölçen bir ilke değildir. Mahkeme kararında geçen ifade şu şekildedir: “Her ne kadar, yukarıda yer verilen ulusal ve uluslararası mevzuat ile AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca; 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

tartımda sağık hakkına ağırlık vermeyi tercih etmiştir. Kararda, gereklilik ilkesi gereğı, idarenin seçimlik yöntemleri -en yumuşak aracı seçme- göz önünde bulundurma yükümlülüğü tartışılmamıştır.

Mahkeme, zaman zaman bir hak ya da özgürlükle bir ilkeyi dengelemeye çalışmaktadır. Danıştay, böyle bir dengeleme/değerlendirmeyi kamuda çalışan personelin kılık ve kıyafetini düzenleyen düzenleyici işlemlerde değişiklik yapılmasına dair kararı incelerken yapmıştır. Kararda, pratik uyuşum ilkesi, demokratik toplumdaki uzlaşi kültürüne ve çoğulculuk ilkelerinin gerekleri olarak uygulanmıştır. Mahkeme kararda başörtüsünü yasaklayan ibareleri kaldıran değişiklikleri; devletin laiklik devlet olma ve temel hakları (dava konusu temel haklar; Anayasa'nın 24. maddesinde belirtilen din özgürlüğü ve 48-49 maddelerindeki çalışma ve sözleşme özgürlüğü) gerçekleştirme görevleri bağlamında (AY md. 2 ve 5, Başlangıç) değerlendirmiştir. Ancak Mahkeme, bu dengelemeyi yaparken laiklik ilkesini, daha önceki kararlarının aksine ayrımcılık yapmama; başörtüsünü de laiklik ilkesine zarar vermeyen pasif bir simge olarak yorumlamıştır. Danıştay kararda, Anayasa'nın bütününe ele alarak bir dengeleme işlemine girse de, gerekçesini temel hakların yasayla sınırlandırılması gerekliliğine dayandırmıştır.⁹⁶⁴

Mahkeme, müdahalenin ölçülülüğüne davayla ilgili *diğer hususları* da değerlendirerek karar vermektedir. Özellikle idari yaptırım kararlarında tartım yapılırken idari yaptırıma konu eylemin geçmişte bir çok defa yapılmış olması, memurlara verilen disiplin cezalarında ise geçmiş hizmetleri ve sicili göz önünde bulundurulmaktadır.

getirilmesine ilişkin düzenlemenin, bireyin sağık hakkını koruyucu, iyileştirici ve sağık sunucularından etkili bir şekilde yararlanmasını sağlayıcı nitelikte olduğu ve temel haklar arasında yer alan sağık hakkının korunmasındaki kamusal yarar dikkate alındığında, vatandaşlara etkin, verimli ve hızlı bir hizmet sunumu ile yükümlü olan davacının, iş bırakma eyleminin sağık hizmetini sekteye uğratacağı ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır."

⁹⁶⁴ Dan.2.D., 2016/10078 E, 2017/6692 K, 02.11.2017.

Örneğin Danıştay, bir program nedeniyle radyo yayınının 30 gün süreyle durdurulmasına ilişkin işlemde, işleme esas alınan yayında yer alan “ifadelerin ağırlığı” ve davacı yayın kuruluşunun ilgili yasada öngörülen yayın ilkesini “*bir çok kez ihlal etmesi*” karşısında ölçülülük ilkesine aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.⁹⁶⁵ Başka bir olayda, “*daha önceki tarihlerde, otel odasında fuhuş yapılması, 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanununa Muhalefet ve müstecirinin iş başında bulunmaması nedeniyle 11 kez kapatıldığı anlaşılan davacıya ait otelde, Erzurum Devlet Güvenlik Mahkemesinin arama kararına dayanılarak, yapılan kontrolde, otelde müşteri olarak kalan bayanların kayıtlarının olmadığı, otelin müstecirinin ise bulunmadığının tespit edildiği gerekçesiyle dava konusu işlemle 89 gün süre ile kapatıl(masını)*” davacının geçmişte aldığı cezalar ve sicil durumu da gözönünde tutularak verilen cezada hukuka, haklılık ve ölçülülük ilkelerine aykırılık bulunmamıştır.⁹⁶⁶

Disiplin cezasıyla ilgili bir davada Danıştay; “...*Davacıya verilen disiplin cezasının, ceza verilmesine neden olan eylemin oluş biçimi, samimi ikrar ve ifadeleri, geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarının olumlu olup, olmadığı ve sicilleri değerlendirilerek daha alt bir cezanın verilip verilemeyeceği hususu dikkate alınmaksızın*” verilen kararda orantılılık ilkesi yönünden hukuka aykırılık görmüştür.⁹⁶⁷ Ancak 657 sayılı Kanun md. 125/3’e göre “*geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve iyi veya çok iyi derecede sicil alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulayabilir*” hükmü ile benzer düzenlemeler bulunan disiplin yönetmeliklerindeki hükümlerin idareye bu konuda takdir yetkisi verdiği,⁹⁶⁸ ayrıca daha

⁹⁶⁵ Dan.10.D., 2002/6116 E, 2003/4808 K, 05.12.2003, Kazancı.

⁹⁶⁶ Dan.8.D., 2004/782 E, 2004/3958 K, 22.10.2004, Kazancı.

⁹⁶⁷ Dan.8.D., 1994/7699 E, 1996/3386 K, 25.11.1996, Kazancı. Benzer yönde Dan.8.D., 1995/3680 E, 1997/3928 K, 11.12.1997.

⁹⁶⁸ Gözler, takdir yetkisinin varlığı sebebiyle böyle bir denetimin yerinde olmadığını düşünmektedir. Bkz. GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 965. Danıştay’ın da devlet memurlarının bir alt derece ceza ile cezalandırılması konusunda idarenin takdir yetkisinin

hafif bir ceza verilmesi konusunda değerlendirme yapılmadığı gerekçesiyle işlemi hukuka aykırı bulan Danıştay'ın, eylem ile verilen ceza arasında “adil bir denge” bulunmadığı gerekçesine dayanmasının denetimin gerçek anlamda ölçülülük denetimi olmadığı sonucunu değiştirmeyeceği belirtilmektedir.⁹⁶⁹

c. Ölçülülük Denetiminde Kanıt Standardı

Ölçülülük denetiminin yoğunluğu, iki hat üzerinden belirlenir. Yoğun ölçülülük denetiminin ilk koşulu, hakkı sınırlandıran işlemin meşruluk, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık aşamalarının tamamını içeren bir teste tabi tutulmasıdır. Bu unsurların tamamını içeren ölçülülük, genellikle birbiriyle iç içe geçmiş olgusal ve normatif soruları gündeme getirir. Ölçülülük incelemesindeki aşamalar, kararın hem normatif hem de ampirik-olgusal yönlerini kapsar.⁹⁷⁰ "Elverişlilik" ve "gereklilik" aşamaları sırasıyla, belirlenen politikanın amaca fayda sağlayıp sağlayamayacağı ve ihlali azaltacak eşit derecede etkili bir politikanın mevcut olup olmadığı ampirik değerlendirmesine dayanır.⁹⁷¹ Bu iki ilke, izlenen amaca ulaşmak için en iyi maddi (olgusal) sonuçların seçimi anlamına gelir. Pratikte en problemlili aşama olan orantılılık ise politika-siyasa

yargı kararıyla kaldıramayacağına ilişkin kararları mevcuttur. Dan.12.D., 2002/2564 E, 2005/4197 K, 23.11.2005; Dan.12.D., 2001/2892 E, 2001/4064 K, 26.11.2001.

⁹⁶⁹ Disiplin suçunun açık bir şekilde kanunda düzenlendiği yani idarenin, fiilin hukuki nitelendirmesi bakımından bir takdir yetkisinin bulunmadığı bazı durumlarda da Danıştay'ın ölçülülük ilkesini uygulaması hakkındaki eleştiri için bkz. OKAY TEKİNSOY, “Yargı İçtihatları Kapsamında Disiplin Suç ve Cezalarında Hukuki Belirlilik İlkesi”, s. 976.

⁹⁷⁰ Mattias KUMM, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement” in Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy, Ed. George Pavlakos, 2007, Portland, OR: Hart Publishing, s. 137.

⁹⁷¹ Raanan Sulitzeanu-KENAN/Mordechai KREMNETZER/Sharon Alon SOURCE, “Facts, Preferences, and Doctrine: An Empirical Analysis of Proportionality Judgment”, Law & Society Review, V. 50, N. 2, 2016, s. 352.

seçeneklerinin değerlendirilmesini, birey ve toplum çıkarlarının yarışan değerleriyle ilgili normatif yargı gerektiren⁹⁷² bir konudur. Bu noktada denetim, olgusal unsurları ve bunların hukuki değerlendirmesini, ilgili yasanın doğru bir yorumu kapsayacak biimde⁹⁷³ ele alındığında belli bir yoğunluğa ulaşabilir. Bu haliyle ölçölölük oldukça yoğun bir denetimdir.⁹⁷⁴ Ancak ölçölölük unsurlarından biri veya ikisi gözardı edilirse denetimden beklenen koruyuculuğun çoğu kaybedilir ve denetim yoğunluğu düşer.⁹⁷⁵

Denetim yoğunluğunun diğer bileşeni, idarenin sınırlayıcı bir önlemin ölçölölü olduğunu göstermesi için yerine getirmesi gereken kanıt standardını nasıl karşılaması gerektiğiyle ilgilidir. Hem çıkarları doğrudan etkilenen tarafın hem de geniş bir yelpazede ilgili ortak ve bireysel çıkarları korumakla yükümlü idarenin, mahkemeye denetim işlevinde yardımcı olma görevleri vardır.⁹⁷⁶ Ancak genel olarak, idari yargıda kanıt yükü tarafların davayı kazanma konusundaki çıkarlarıyla uyumlu bir şekilde dağıtılmıştır. Kanıt yükü, birçok idari yargı sisteminde tarafların eşitsizliği ve iptal davalarının objektif niteliği sebebiyle resen araştırma yetkileriyle birey lehine hafifletilmiştir.⁹⁷⁷ Çoğu

⁹⁷² Julian RIVERS, “The Presumption of Proportionality”, The Modern Law Review, V. 77, N. 3, 2014, s. 409-433.

⁹⁷³ RIVERS, “The Presumption of Proportionality”, s. 415-416.

⁹⁷⁴ Danıştay, ölçölölük denetiminin maksimum denetim olduğunu kabul etmektedir. “Azami denetim, ölçölölük ilkesi başta olmak üzere, özellikle temel hak ve özgürlöklere müdahale eden idari işlemler bakımından söz konusu olmaktadır.” Dan.5.D., 1949/2246 E, 1950/1607 K, 06.06.1950, **DD**, S. 46-49, s. 235-38.

⁹⁷⁵ Bkz. CHAN, “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, s. 11.

⁹⁷⁶ 2577 sayılı İYUK md. 20 dışında ispat konusunda sessizdir. Bu yüzden genel ispat kuralları, idari yargı açısından da kabul edilmektedir. Söz konusu olayların tamamen ya da büyük ölçüde yetkililerin münhasır bilgisi dâhilinde olduğu ve bu bilginin mahkemeyle paylaşılmadığı durumlarda, (İYUK md. 20) davacı aleyhine olan varsayımlar hükme esas alınmaz. Dan.5.D., 1994/7820 E, 1996/1370 K, 02.04.1996.

⁹⁷⁷ Bkz. BERMAN, “The Scope of Judicial Review...”, s. 208-209. Danıştay bir kararında olumsuz sicil işleminin iptali istemiyle açılan davada, işlemin sebep unsurunun kanıt yükünün davalı idarede olduğuna hükmetmiştir. Dan.2.D., 2004/6213 E, 2005/329 K, 31.01.2005. Öğretide, amaç unsuru yönünden kanıt yükünün davacıya düşebileceğini kabul

durumda idare, ölçülülük denetiminin her aşamasında gerekçelendirme yükünü taşır. Bu sebeple idari yargıda denetim yoğunluğu kanıt yüküne değil, mahkemenin ne düzeyde ikna olacağına yani kanıt standardına bağlı olarak değişmektedir. İdare, mahkemeyi kararın ölçülü olduğuna bütün aşamalarda ikna edemezse, karar 'ölçüsüz' olur. Mahkeme, idarenin idari işlem için öngördüğü aracın haklılığını görmek için kanıt standardını daha yüksek veya daha düşük tutarak yoğunluğu belirleyebilir.⁹⁷⁸

Ölçülülük denetiminin ilk üç aşamasında; meşru amaç, elverişlilik, gereklilik aşamalarında kanıtlama ve kanıt standardı oldukça önemlidir. Amprik verilerin denetlendiği bu aşamalarda, ilgili ve yeterli sebepler çerçevesinde meşru amaç (kamu yararı), elverişlilik ve gereklilik (ciddi ve somut tehlike olup olmadığı, en yumuşak aracın seçilip seçilmediği, seçilen aracın zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelip gelmediği) belirlenir. Bununla birlikte, denetiminin içinde kısmen barındırdığı *hakkın önemi ve niteliği ve müdahale yoğunluğu* gibi bağlamsal faktörler⁹⁷⁹ mahkemenin kanıt standardını belirlemesine rehberlik edebilir. Son aşama olan orantılılıkta ise kanıtlamayla ilgili sorunlar, büyük ölçüde çözülmüştür. Orantılılık aşamasında ilgili işlemin sosyal maliyeti, yani dava konusu hak veya hakların önemi ve kamu yararının yoğunluğu göz önünde bulundurularak bir dengeleme yapılır. Denetim, bu aşamaların her birinde farklı yoğunluktadır ve bu aşamaların her biri farklı inceleme -kanıt- kriterleri içermektedir.

Ölçülülük denetiminde orantılılıktan önceki aşamalarda, idarenin amacının ve seçilen aracın hukuka uygun olduğunun kanıtlanması gerekir. Hem idarenin takip ettiği amaç hem de seçilen aracın gerekliliği ilgili, yeterli ve ikna edici delillerle kanıtlanmalıdır. Bu iki unsurun (araç ve amaç) belirlenmesi birbirine bağlıdır. Ölçülülük denetiminin merkezinde idarenin seçtiği araç vardır. Önlemin dayanağı olan amaç; kamu

eden yazarlar vardır. Bkz. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, s. 1980.

⁹⁷⁸ Örneğin Danıştay, özellikle idari yaptırımlara ilişkin davalarda yüksek kanıt standardı aramaktadır. Bkz. YASİN, İdari Yargılama Usulünde İspat, s. 201 vd.

⁹⁷⁹ CHAN, “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, s. 19.

yararı ile belirginleştğinde, bu amaca uygun araçlar daha net tespit edilir.⁹⁸⁰ Amacın tespiti, aracın denetimini kolaylaştırır. Amaç, yasanın yorumuyla ve olguların değerlendirilmesiyle ortaya çıkarılabilir. Amacın somut ve belirgin olması, özellikle ölçülülük ilkesinin bütün unsurları açısından önem taşır. Amaç ne kadar somut ve belirginse, gereklilik denetimi o ölçüde kolaylaşır. Özel bir amaca ulaşılması için çoğunlukla başka bir seçim, yani yumuşak bir araç söz konusu olmaz.⁹⁸¹

Meşru amaç testinde kanıtın önemli bir boyutu, belirsiz kavramların (kamu düzeninin bozulması gibi) somutlaştırılmasıdır.⁹⁸² Meşru amacı ortaya koyan deliller, hem yasaya hem de olgulara dayandırılabilir. Ancak yasa tek başına idari önlemin amacını meşru kılmaya yetmez. Örneğin TBMM’ye 1 km kadar yakın hiçbir yerde toplantı veya gösteri yapılamayacağına ilişkin yasal düzenlemenin denetlendiği kararda Anayasa Mahkemesi, amacın ve aracın her somut olayda farklı değerlendirileceğini, idarelerin biçimsel bir bakış açısıyla yalnızca toplantının yasaya aykırı olduğuna dayanarak başvurucunun toplantı ve gösteri özgürlüğüne müdahalesini haklı görmediğini belirtmiştir.⁹⁸³ Bu karar, müdahalenin meşruluğu için yasal dayanağın tek başına “ilgili

⁹⁸⁰ “Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işyeri sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde iş kolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle bu sınırlama ile önlenmek istenen sendika sayısındaki şişkinliğin ve bir çok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasa kuralı ile varılmak istenen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir. Bu da kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişli olmadığını göstermektedir.” AYM, 1970/48 E, 1972/3 K, 09.02.1972, R.G. 19.10.1972-14341. Ayrıca bkz. AYM, 1963/330 E, 1964/15 K, 11.02.1964, R.G. 14.07.1964-11753.

⁹⁸¹ Bkz. METİN, Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s. 191.

⁹⁸² *Nolan ve K/Rusya* davasında ulusal güvenlik nedeniyle sınır dışı edilen bir Yehova Şahidi, sınırdışı işleminin Sözleşme’nin 9. maddesinin, dinini ifade etme hakkının, ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir. Mahkeme, hükümetin ulusal güvenlik riski iddiasını tam olarak yerine getiremediğine dikkat çekmiştir. Bkz. AİHM, *Nolan ve K/Rusya*, B.N. 2512/04, 12.02.2009, § 59.

⁹⁸³ AYM, *Osman Erbil Başvuru*, B.N. 2013/2394, 25.03.2015, § 66.

ve yeterli gerekçe” olamayacağını ortaya koyarken kanıt standardını da yükseltmektedir.

İdari kararın gösterdiği amacın meşruluğu, çoğu zaman gerekliliğinin kanıtlanmasına bağlıdır. Anayasa Mahkemesi, hükümlülerin haberleşme özgürlüğünün söz konusu olduğu başvurularda, cezaevinde güvenliği ve düzeni sağlamak amacıyla başvurucuya gönderilen “*mektupların imha edilmesini gerektirecek boyutta tehlikeye sokacak koşulların var olduğuna dair gerekçe(nin)*”, ceza infaz kurumları ve derece mahkemelerinin kararlarında sunulamadığına karar vermiştir.⁹⁸⁴ Danıştay bir çok davada, idarenin belirsiz kavramlarla ifade ettiği sebep için *yeterli ve ikna edici deliller* sunmasını beklemiştir.⁹⁸⁵ Ancak Danıştay her davada, kanıt standardını belli bir eşikte tutma ihtiyacı duymamıştır. Bir şirkete bağlı işyerlerinde, Kristal-İş Sendikası tarafından uygulanan yasal grevin, “*genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu*” nitelikte olduğu gerekçesiyle (60 gün) ertelenmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının yürütülmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada Danıştay, “*davalı Başbakanlıkça temin edilip gönderilen Ekonomi Bakanlığının, Milli Savunma Bakanlığının, Sağlık Bakanlığının ve Milli*

⁹⁸⁴ AYM, *Eren Yıldız Başvurusu*, B.N. 2013/759, 07.07.2015, § 80; *Ahmet Temiz Başvurusu*, B.N. 2013/1822, 20.05.2015, § 71.

⁹⁸⁵ Danıştay, hukuken gösterilen sebep-sonuç arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanan “grevin ertelenmesi” işlemini iptal ettiği kararda, grevin milli güvenliği ve genel sağlığı bozucu olduğu gerekçelerini ikna edici bulmamıştır. Yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda genel sağlığı bozucu nitelikte görülebilmesi için, toplumun önemli bir kesiminin sağlık yönünden veya buna bağlı olarak sosyal bakımdan ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalması, giderilmesi olanaksız kayıp ve zararların ortaya çıkması gerektiğini belirtmiştir. Dan.10.D., 1995/6497 E, 2005/3777 K, 15.10.1997, Kazancı. Danıştay, yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için, ülke ve devletin özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkması gerektiğini belirterek milli güvenlik gerekçelerinde ikna edilme düzeyini yükseltmiştir. Dan.10.D., 2003/6134 E, 2006/2551 K, 19.04.2006, in Dan.10.D., 2014/3628 E, 16.07.2014, Kazancı. Genel olarak idari yargıda idari işlemin soyut amacını dayandığı sebeplerin somut ve yeterli gerekçeler olarak sunulması gerektiği yönünde bir içtihat vardır. Bkz. Dan.10.D., 2006/6908 E, 2009/8214 K, 24.09.2009; Dan.10.D., 2008/3205 E, 2009/9757 K, 17.11.2009; Dan.13.D., 2007/13686 E, 2008/7969 K, 19.12.2008.

*Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin yazılarında, Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları Anonim Şirketine bağlı işyerlerinde uygulanan grevin genel **sağlığı ve milli güvenliği** bozucu etkisinin olduğu yönünde” bildirdikleri görüş yazılarıyla yetinmiştir.⁹⁸⁶ Daha sonra Anayasa Mahkemesi önüne gelen bu davada, belirsiz gerekçelere dayanan grev erteleme kararının “zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaca” dayandığının ortaya konulmadığı⁹⁸⁷ ve sendika hakkını sınırlayan erteleme “demokratik toplumda gerekli” olmadığı sonucuna varılmıştır.⁹⁸⁸ Anayasa Mahkemesi burada, tıpkı AİHM gibi, Sözleşme’yle güvencede olan hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleleri meşrulaştıran “*gerekli ve yeterli sebeplerin*” varlığının tespitini ölçülülük ve demokratik toplum gerekleri çerçevesinde yapmıştır.⁹⁸⁹ *Yeterli ve gerekli sebeplerin varlığı* ortaya konulduğunda, müdahalenin ölçülü olup olmadığı değerlendirilebilir.*

İdare gerekliliği belirlerken idare için en kolay-en az maliyetli aracı seçme yoluna gidebilir, idare için gereklilik maliyetlerden kaçınmayı içerir.⁹⁹⁰ Kaçınılması gereken maliyetler, birey hakları aleyhine olan maliyetlerse, örneğin seçimlik araçların (en

⁹⁸⁶ Dan.10.D., 2014/3628 E, karar numarası yok, 16.07.2014, Kazancı.

⁹⁸⁷ AYM, *Kristal-İş Sendikası Başvurusu*, B.N. 2014/12166, 02.07.2015, § 82.

⁹⁸⁸ AYM, *Kristal-İş Sendikası Başvurusu*, B.N. 2014/12166, 02.07.2015, § 80-81-82.

⁹⁸⁹ AİHM, idari ya da yargısal müdahalenin demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkelerine uygun olduğunu *yeterli ve ilgili gerekçelerle inandırıcı bir şekilde* ortaya konulması beklenmektedir. AİHM, *Dudgeon/Birleşik Krallık*, B.N. 7525/76, 23.10.1981 § 52-54; *Young, Hames ve Webster/Birleşik Krallık*, 13.08.1981, Seri A No 44; *Lingens/Avusturya*, 08.07.1986, seri A no 103, *Ezelin/Fransa*, 26.04.1991, seri a no 202. Mahkeme, *Sunday Times* kararında, başvuruçular hakkında verilen yasak için gösterilen gerekçeleri 10. maddenin 2. fıkrasına göre yeterli bulmayıp demokratik toplumda gerekli görmemiştir. Bkz. *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 26.04.1979, Seri A No 30, İnsan Hakları Kararları Derlemesi, C. 1, s. 375. AİHM, *TKBP* davasında, Sözleşme’nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerindeki hakların kullanılmasına karşı yapılan müdahalenin (yasaklamanın), “demokratik bir toplumda gereklilik” kısıtıyla değerlendirilmek zorunda olduğunu belirtmiştir. AİHM, *TBKP/Türkiye*, B.N. 133/1996/752/951, 30.01.1998, bkz. İnsan Hakları Kararları Derlemesi, Ed. Osman Doğru, C. 2, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 1998, s. 392.

⁹⁹⁰ ALEXY, “Constitutional Rights and Proportionality”, s. 54.

yumuşak araç) maliyetinin yüksek olması durumunda, alternatif araçların devlet harcamalarını artırması, idarenin daha yumuşak bir aracı seçme imkânının olmadığı iddiası geçerli bir kanıt olmamalıdır. Temel haklar, ilke olarak devletin imkânları ile nisbileştirilemez. Devlet genel olarak temel hakların gerçekleştirilebilmesi için uygun ortamı yaratmak zorundadır.⁹⁹¹

Genellikle bir müdahalenin gerekli olduğunu kanıtlamak gerekli olmadığını kanıtlamaktan daha zordur.⁹⁹² Gerekliliği kanıtlamak için idarenin ortada daha yumuşak bir tedbir olmadığını göstermesi gerekirken, gerekli olmadığını kanıtlamak için diğer tarafın ya da mahkemenin daha iyi bir önlemin olduğunu kanıtlaması gerekir. İdari yargıda, mahkeme kendiliğinden alternatif çözümleri göz önünde bulundurabilir, davacının bunu açıkça ortaya koyması ya da mahkemeyi bu konuda ikna etmesi beklenmez.

Sebebe unsur (gerekli ve yeterli sebepler) ortaya konulduktan sonra idari işlem için öngörülen usul kurallarının tam olarak uygulandığının, örneğin karar alma süreçlerinin demokratikliği (katılım vb.) ve idarenin araştırma yükümlülüğünün (bilimsel verilere başvurmak) yerine getirildiğinin gösterilmesi, meşru amacın-kamu yararının varlığına bir karine oluşturabilir. İdare siyasasını gerçekleştirmeye yönelik her türlü faaliyet, kamu yararı olarak gerekçelendirilebilirse de belli usuller çerçevesinde alınmış kararlar için kamu yararının varlığı ve yoğunluğu konusunda kanıt standardını yükseltmeye gerek olmayabilir.

Her davada ilgili ve yeterli sebeplerin ortaya konulması beklenmekle birlikte, ölçülülük denetiminde hakların niteliği⁹⁹³ göz önüne alınarak bazı davalar için daha

⁹⁹¹ Bkz. METİN, Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s. 34.

⁹⁹² RIVERS, “The Presumption of Proportionality”, s. 425.

⁹⁹³ Davor ŠUŠNJAR, Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston 2010, s. 122.

yoğun bir inceleme ve daha yüksek bir kanıt standardı aranabilir.⁹⁹⁴ Örneğin mutlak koruma altındaki işkence ve ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda, müdahale kamu yararının varlığından bahisle hiçbir haklı gerekçe kabul görmez ve ihlal dengelemeye tabi tutulmaz. Dokunulmaz haklar ve bu hakların sınırlandırılmasına yönelik olasılıklar etrafındaki tartışma, mutlak olmayan haklara müdahalelerin yargısal denetim yapısına ilişkin tartışmadan çok farklıdır. Diğer haklar arasında ise hakların mutlak niteliğine göre denetim yoğunluğunun değişmesi gerektiğinden bahsedilemez. Ancak bazı yazarlarca mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde sıkı bir ölçülülük testi uygulanması gerektiği; idarenin alternatifleri uygun şekilde değerlendirdiğini ve müdahalenin orantılı olduğunu göstermesi ve dolayısıyla belli bir düzeyde kanıt standardının aranması gerektiği savunulmaktadır.⁹⁹⁵ Ayrıca AIHM içtihatlarında, zaman zaman, bazı hakların niteliği üzerinden denetim yoğunluğunun artırıldığını görebilir. Örneğin mülkiyet hakkına yönelik müdahalede denetim yoğunluğu oldukça yüksektir. Mülkiyet hakkını düzenleyen 1 nolu Ek Protokol'ün 1. maddesindeki ifadeler, *kamu yararı* olduğu kanıtlanmadıkça, sınırlamalara izin verilmemesi konusunda ısrar etmektedir.

Danıştay, her kararında olguları ölçülülüğün bütün aşamalarından geçirerek ve belli bir kanıt standardına göre sınamamaktadır. Mahkeme, çoğu zaman elverişlilik ve gereklilik unsurlarını atlayarak ve atlama sebebini gerekçesinde açık bir şekilde ortaya koymadan, orantılılık denetimine geçmektedir. Oranlilik kriteri, idare hukukunda disiplin cezaları, idari para cezaları gibi idari yaptırımlarda yaptırım konusu eylem ile verilen ceza arasındaki orantıyı belirlemede ve diğer kolluk işlemlerinde müdahalenin temel haklar açısından yoğunluğunu ölçmede oldukça sık kullanılmaktadır.⁹⁹⁶ Özellikle idari yaptırım

⁹⁹⁴ CHAN, “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, s. 6.

⁹⁹⁵ CHAN, “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, s. 18; Steven GREER, “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, Oxford Journal of Legal Studies, C. 23, S. 3, s. 428.

⁹⁹⁶ Bkz. Dan.3.D., 2010/367 E, 2011/3019 K, 21.06.2011; Dan.12.D., 2015/2837 E, 2015/4660

kararlarında dengelenmesi gereken hukuki değerler olan kamusal ve bireysel yararın (temel hakların) maliyeti açıkça hesaplanmadan orantısız/orantılı yargısına varılmaktadır. Bu davalarda bireysel hak ve özgürlükleri temel alarak ölçülülük denetimi yapılması gerekirken, birçok davada konusu işlemle etkilenen temel hak ile idarenin korumaya çalıştığı değerler arasında açık bir karşılaştırma yapılmadan cezanın suçla olan ilişkisi değerlendirilmektedir.⁹⁹⁷ Temel hakları, kamu yararına feda etmenin sosyal maliyetleri vardır. Bu maliyetler; temel hakları korumayan bir yargı düzenin meşruiyeti ve sağladığı güven duygusunun zedelenmesi ve temel hakları koruyan düzenin işlevsiz kalması, dolayısıyla sosyal düzenin bozulmasıdır. Hak ihlali ne kadar ciddiye, davacı için sonuçları o kadar vahim ve toplumun temel değerleri o kadar tehlikede olur.

3. Anayasanın Değer İlkeleri

Kişiler için anayasa güvencesi, anayasaların yalnızca kişilere ait hak ve özgürlük alanlarını tanımlayan normlarından ibaret değildir; anayasaların bütün normları, bu güvencenin konusu ve çerçevesini belirlemektedir.⁹⁹⁸ Anayasalar; kamu otoritesinin kuruluşunu, amacını, ödevlerini ve yetkilerini tanımlayan nesnel düzen normları ve temel hak ve özgürlükleri tanımlayan özne hak normlarından oluşur. Temel hak ve özgürlüklerin nesnel ve özne hak boyutları vardır. Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen maddeler, tek başına özne hak normlarıdır. Ancak özne hak normları aynı zamanda nesnel düzeni belirleyici etki taşır. Bu etki, temel hakların ikili karakteri kapsamında ele alınır.⁹⁹⁹ Örneğin, yurttaşların seçme ve seçilme haklarını güvenceye alan anayasa normu,

K, 09.09.2015; Dan.8.D., 1995/3680 E, 1997/3928 K, 11.12.1997, Kazancı.

⁹⁹⁷ Danıştay bazı davalarda disiplin cezaları ile korunan hukuk değeri, kamu hizmetlerinin sağlıklı yürütülmesi amacı ile dengelemektedir. Dan.12.D., 2003/3174 E, 2006/6690 K, 26.12.2006, Kazancı.

⁹⁹⁸ VURAL, Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, s. 109.

⁹⁹⁹ Hakların ikili karakteri hakkında ayrıca bkz. SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, s. 16 vd.

aynı zamanda, siyasal sistemin nesnel düzenine ilişkin bir belirleme getirmiş olur.¹⁰⁰⁰ Temel haklar, böylelikle nesnel değerler düzeninin bir parçası olurlar.¹⁰⁰¹ Nesnel düzen normları ise aynı zamanda öznel hakları tanımlamazlar.¹⁰⁰² Ancak bu normların oluşturduğu değerler düzeni, öznel hak kullanımlarını etkiler.

Anayasa'nın başta temel haklar olmak üzere Başlangıç bölümünde ve çeşitli hükümlerinde nesnel belirlenimi yoğun ilke ve kavramların normlaştırıldığı ve bu normlara uygunluk denetiminin bir kurum olarak yer aldığı sistemlerde, değer sorununun önemi çok daha güncel ve belirgindir. Bu sorun etrafında yürütülen tartışmalardan çıkarılacak sonuçlar, hem temel hakların yürürlük gücünün şekil ve yoğunluğunu hem de hak temelli denetimi doğrudan ilgilendirir.¹⁰⁰³

1982 Anayasası değerler sisteminin kaynağı, devletin niteliklerinin sayıldığı Anayasa md. 2'de bulunabilir. Maddede devlete yüklenen değerler, değiştirilemezlik yasağıyla (AY md. 4) korunur ve pozitif hukuk açısından diğer normlarla aynı bağlayıcılık düzeyindedir (AY md. 11). Ayrıca bu değerlerin çoğu, hem temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hem de nesnel niteliği yoğun maddelerde vücut bulmaktadır. Örneğin sosyal devlet ilkesinin amacını açıkça ortaya koyan ifadeler, hem Anayasa md. 5'te ve md. 10'da hem de Başlangıç kısmında¹⁰⁰⁴ yer almıştır. Anayasa'da, temel hakları

¹⁰⁰⁰ Zafer GÖREN, Temel Hak Genel Teorisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir 2000, s. 42. *“Örneğin din özgürlüğünün öznel hak boyutu din ve vicdan hürriyeti (AY md. 24) eşitlik ilkesinden doğan ayrımcılık görmeme hakkı; Cumhuriyet'in insan haklarına saygılı hukuk devleti niteliği (AY md. 2) ile temel haklara ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerine öncelik tanıyan kural Anayasa md. 90 dolanımıyla anayasal güvenceye dahil olan din özgürlüğüne ilişkin uluslararası insan haklar hukuku normlarıyla tanımlanmaktadır.”* Bkz. VURAL, Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, s. 329.

¹⁰⁰¹ Bkz. SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 234.

¹⁰⁰² VURAL, Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, s. 110.

¹⁰⁰³ SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 226.

¹⁰⁰⁴ Başlangıç kısmı 8. fıkra: *“Her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğuna işaret*

ve adil ücret ve vergilendirme politikaları gerçekleştirme ödevini hatırlatan, devlete ekonomik hayata müdahale yetkisi veren, sosyal hakları tanıyan düzenlemeler de bu kategoridedir.¹⁰⁰⁵ Laiklik ilkesi, hem kurumsal örgütlenme ilkesi olarak¹⁰⁰⁶ hem de temel haklarla ilgili birçok maddede sınırlamanın özünü oluşturacak şekilde ele alınmıştır.¹⁰⁰⁷ 1982 Anayasa'sının Başlangıç bölümünde yer alan “Atatürk ilke ve inkılapları” deyimine¹⁰⁰⁸ de, ayrıca 42., 58., 81. ve 134. maddelerinde değinilmiştir. Bütün bu düzenlemelerle, Anayasayı bir değerler bütünü olarak görmek mümkündür.

Anayasa (nesnel) değerler düzeni olarak kabul edildiğinde, temel hakların da bu düzeni oluşturan değerler çerçevesinde geçerli olmaları ve bu değerlerle bir şartlanma ilişkisi içinde değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Yani özgürlüğün kullanımı, nesnel bir değeri gerçekleştirme veya onunla çelişmeme şartına bağlanabilir. Ancak değerlerin belirlenmesinde toplumdaki egemen tasarıma gönderme yapıldığında, değerler hakkın

edilmektedir.”

¹⁰⁰⁵ Anayasa md. 48, 166, 167, 168 ile 172 arasındaki maddeler.

¹⁰⁰⁶ Anayasa md. 136: “*Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir.*”

¹⁰⁰⁷ Bkz. Anayasa md. 10, 13, 14, 15, 27, 24. Eroğul’a göre bu hükümler laiklik hakkının norm alanını belirlemek için başvurulması gereken ilkelere. Eroğul, laiklik ilkesini bir öznel bir hak normu olarak görmektedir. Bkz. Cem EROĞUL, “Öznel Bir Hak Olarak Laiklik”, 1991, AÜSBFD, Muammer Aksoy’a Armağan, C. 46, S. 1-2, 1991.

¹⁰⁰⁸ Anayasa, inkılap kanunları bakımından benimsediği düzenlemeyle bu konuda “Anayasa’ya uygunluğu” bir varsayım ve yorum yükümlülüğü olarak getirmektedir. Çünkü Anayasa md. 174/1 inkılap kanunlarının amacını anayasallaştırmıştır. ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 31. Bununla birlikte, 1998 yılındaki içtihatla inkılap kanunları ile Anayasa arasındaki teleolojik uyumun onlara Anayasa değeri kazandırmayacağı ve Anayasa’ya uygunluk denetiminde esas alınmalarına yol açmayacağı da vurgulanmıştı. Bkz. AYM, 1997/62 E, 1998/52 K, 16.09.1998, R.G. 20.10.2000-24206. İnkılap kanunlarının daha güçlü kullanıldığı içtihat örnekleri için bkz. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF Yay., İstanbul 1993.s. 101-105.

kullanımını sınırlandıran bir işlev görür.¹⁰⁰⁹ Nitekim zaman zaman bu kaygıları haklı çıkaracak yargısal kararlar verilmiştir.¹⁰¹⁰

a. Başlangıçta Yer Alan İlkeler

Başlangıç bölümleri, çoğunlukla, anayasalara felsefi ve ideolojik boyut katan ve anayasal sistemin işlevine dair temel görüş ve ilkelerin belirtildiği bölümlerdir.¹⁰¹¹ Başlangıç kısmını, ulusal kimliği pekiştirmeye hizmet eden ancak hukuki bağlayıcılığı olmayan sembolik; yasal ve anayasal hükümleri anlamada yol gösterici bir rolün verildiği yorumlayıcı; ve anayasal haklar için bağımsız bir kaynak-içerik olarak ele almak mümkündür.¹⁰¹² Türkiye Anayasası Başlangıç kısmı, anayasaya ideolojik anlamını veren ve temel ilkelerin belirlendiği tek yer olmamakla birlikte, Başlangıç metninin içerdiği ideolojik ve milliyetçi referansların yargı kararlarında sıkça kullanıldığı görülmektedir. Mahkeme, Başlangıç ve Anayasa md. 2'deki ilkelerin yorumlarıyla inşa ettiği değerler düzenini korumaya çalışırken, pozitif kurallardan çok daha geniş bir yasaklama rejimi oluşturmuştur.¹⁰¹³ Parti kapatma davalarında, Başlangıç'ta belirtilen “bölünmez bütünlük” ve “Atatürk milliyetçiliği” gibi değerlere açık olmayan düşüncelere siyasi alan kapatılmıştır.¹⁰¹⁴ Başörtüsü yasaklarıyla ilgili kararlarda da, değerler düzeninin

¹⁰⁰⁹ Bkz. SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 250.

¹⁰¹⁰ Bkz. SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 252 vd.; Tolga ŞİRİN, Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması İle Mukayeseli Bir İnceleme, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 106.

¹⁰¹¹ Bkz. Peri URAN, “Anayasaların Başlangıç Kısımları”, İÜHFM C. 73, S. 1, 2015, s. 223-248; Levent KORKUT, “Başlangıç Kısımlarının Hukuki Etkisi, Temel Nitelikleri ve 1982 Anayasası: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2017, s. 43-82.

¹⁰¹² Bkz. Liav ORGAD, “The Preamble in Constitutional Interpretation”, International Journal of Constitutional Law, V. 8, N. 4, 2010, s. 715.

¹⁰¹³ Bkz. ÇAĞLAR, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri...”, s. 166.

¹⁰¹⁴ Bkz. AYM, 1971/1 E, 1971/1 K, 20.05.1971, AYMKD, S. 9, s. 67-68. Mahkeme’nin (1971/1 E) bu kararında, Milli Nizam Partisi’nin faaliyetlerini değerlendirirken kullandığı ölçütlerden biri de Başlangıç kısmında yer alan “Türk Milliyetçiliği” ifadesidir. Mahkeme daha sonraki

unsurlarını, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne atfen "Atatürk milliyetçiliği", 174. madde okumasıyla "devrim yasaları" ve laiklik ilkesi oluşturmuştur.¹⁰¹⁵

Danıştay da, bu ilkelerin yargısal yorumunda benzer bir tutum izlemiştir. Danıştay'ın Başlangıç'ta ve Anayasa md. 2'de belirtilen "Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılık ve laiklik" ilkelerini sınırlama ölçütü olarak kullandığı kararlar, çoğunlukla kamu görevlilerine ya da öğrencilere yönelik başörtüsü yasakları sebebiyle uygulanan yaptırımlara karşı açılan davalar olmuştur.¹⁰¹⁶ Yakın tarihli bir kararında da Danıştay, hem Başlangıç kısmında hem ilgili yasada (1739 sayılı Yasa) yer alan Atatürk milliyetçiliğini temel alarak, okullarda *öğrenci andı* okunmasını öngören düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada ret kararı vermiştir.¹⁰¹⁷

Yukarıda verilen örneklerin çoğunda, anayasal değerler düzenini oluşturan (Başlangıç ve AY md. 2'de yer alan) ilkeler hakkın veya özgürlüğün sınırlandırılmasında ölçü norm olarak kullanılmıştır.¹⁰¹⁸ Ancak Başlangıç başta olmak üzere diğer ilkeleri

kararlarında da bu ilkeyi siyasal alanın sınırını çizen temel ilkelerden biri olarak kullanmıştır. Bkz. (*Huzur Partisi Davası*), AYM, 1983/2 E, 1983/2 K, 25.08.1983, AYMKD, S. 20, s. 345. Bkz. ÇAĞLAR, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri...", s. 166.

¹⁰¹⁵ AYM, 1989/1 E, 1989/12 K, 07.03.1989, R.G. 05.07.1989-20216.

¹⁰¹⁶ Bkz. DİDDK, 1993/161 E, 1994/327 K, 17.06.1994; Dan.8.D., 2001/225 E, 2002/1726 K, 21.03.2002; Dan.8.D., 1998/5912 E, 2000/4951 K, 27.06.2000; Dan.8.D., 2009/6614 E, 2011/982 K, 18.02.2011, Dan.8.D., 2013/10501 E, 2018/2319 K, 24.04.2018.

¹⁰¹⁷ Dan.8.D., 2009/6614 E, 2011/982 K, 18.02.2011.

¹⁰¹⁸ "Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde hiçbir zaman Başlangıcı bağımsız ölçü norm olarak kullanmadığı halde, 1982 Anayasası döneminde kullanmıştır." Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Hukukunda Anayasallık Bloku, İÜHF Yay., İstanbul 1993, s. 116-31. Anayasa Mahkemesi, Başlangıç kısmını çoğu kez Anayasa'nın dayandığı genel ilkeleri ortaya koyarken hukuki bir değer tanımış, yani destek ölçü norm olarak kullanmıştır. Bkz. AYM, 1963/198 E, 1965/1 K, 05.01.1965, R.G. 24.5.1965-12005. Yüksek Mahkeme; istisnai olarak ise Başlangıç kısmını Anayasaya uygunluk denetiminin *temel ölçü normu* olarak kullanmıştır. Başlangıcın *ölçü norm* olarak kullanıldığı kararların başında 3029 sayılı Kanun'un yabancılara mülk satışında mütekabiliyet şartının aranmasından Bakanlar Kurulu kararıyla vazgeçebileceğinin düzenlendiği hükümlerin iptali istemiyle açılan kararı gelir.

içeren diğer normlar doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadıklarından, bu normların temel hakların yorumunda “destek” ölçü norm görevi görmeleri beklenir.¹⁰¹⁹ Her ne kadar Başlangıç, 1982 Anayasası 2. maddesindeki atıfla ve ayrıca Anayasa’nın 176. maddesiyle Anayasa metnine dahil¹⁰²⁰ ve diğer Anayasa maddeleriyle eş normatif bağlayıcılıkta olsa da¹⁰²¹ Başlangıç’taki saf siyasal ve hukuk ötesi bir takım ilkelerden (örneğin “Türk milli menfaatleri, Türklük’ün tarihi ve manevi değerleri; Türk varlığı; milli gurur, milli varlık, milli kültür”), hukuki nitelendirmeye uygun bir dille yazılmamış oldukları için somut

Mahkeme kararında, Başlangıcın 4. ve 7. paragrafında yer alan “milletlerin hak eşitliği” ve “milli menfaatlerin korunması” ilkeleri bu temel ilkeler çerçevesinde değerlendirilmiş, mütekabiliyet esası da milletlerarası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge ve Türk yabancılar hukukunun genel ilkesi olarak görülmüştür. Bkz. AYM, 1984/14 E, 1986/7 K, 13.06.1985, R.G. 24.08.1985-18852. Ayrıca bkz. AYM, 1973/38 E, 1975/23 K, 25.02.1975, R.G. 03.12.1975-15431. Türkiye Elektrik Kurumu’nun; teşebbüs, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin yabancılar satılmasına olanak veren normları Anayasa’nın Başlangıcının 7. paragrafında yer alan “Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk millî menfaatlerinin karşısında korunma görmeyeceği” ilkesine aykırı bulmuştur. AYM, 1994/43 E, 1994/42-2 K, 09.11.1994, AMKD, C. 1, S. 31, s. 292-295. Bkz. AYM, 1985/16 E, 1986/5 K, 04.03.1986, R.G. 09.05.1986-19102..

¹⁰¹⁹ EREN, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru...”, s. 255; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 75. Anayasa Mahkemesi kararlarında, Başlangıç bölümünde yer alan “Atatürk ilke ve inkılapları” ifadesini ölçü norm olarak kullanmıştır. Hatta kararlarda bu ilkenin Anayasa kurallarından üstün tutulduğu izlenimi uyandıran “1982 Anayasasının temelini oluşturmuştur” ve “Türkiye Cumhuriyeti’nin temelini oluşturmuştur” ifadeleri yer almıştır. Bkz. AYM, 1989/1 E, 1989/12 K, 07.03.1989, R.G. 05.07.1989-20216.

¹⁰²⁰ 1961 Anayasası da Başlangıç metnini Anayasa metnine dâhil etmiş ve diğer Anayasa normları gibi bağlayıcı olarak kabul etmiştir (1961 Anayasası md. 156/1).

¹⁰²¹ YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, s. 118; URAN, “Anayasaların Başlangıç Kısımları”, s. 235.

hukuki normlar çıkarmak güçtür.¹⁰²² Bu durum, hukuksal yorumla da bağdaşmaz.¹⁰²³ Başlangıç'taki ilkelere hukuki değer tanınarak, ölçü normlar bloku içine sokulması hukuki belirleyiciliği zayıf ilkelerin uygunluk denetiminde kullanılmasının hukuki sonuçlarını ister istemez tartışmalı kılmaktadır.¹⁰²⁴

b. Laiklik İlkesi

Laiklik ilkesi de, Başlangıçla beraber, benzer kararlarda birçok defa temel hakları tek başına sınırlandıran ölçüt norm olarak işlev görmüştür. Laiklik ilkesinin Başlangıç bölümünde belirtilen hukuk dışı kavramlardan farkı, Anayasa'nın diğer hükümlerinde yer alan ve sistematik bakış açısıyla somutlaşabilecek hukuksal bir ilke olmasıdır.¹⁰²⁵ İstisnalar¹⁰²⁶ olsa da Anayasa Mahkemesi'nin laiklik içtihadını şekillendiren kararlarında laiklik, devletin tarafsızlık yükümlülüğüyle birlikte,¹⁰²⁷ temel hakkı sınırlandırıcı ve

¹⁰²² KORKUT, “Başlangıç Kısımlarının Hukuki Etkisi, Temel Nitelikleri ve 1982 Anayasası: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, s. 74. Ayrıca bkz. İlhan ARSEL, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşları, Mars Matbaası, Ankara 1965, s. 143-145; Yavuz SABUNCU, Anayasaya Giriş, İmaj Yay., Ankara 2004, s. 18; Cem EROĞUL, Anattüzeye Giriş, İmaj Yay., Ankara 2004, s. 315-318.

¹⁰²³ ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 28. Başlangıç'ta yer alan ilkelerin Anayasa'da yer alan daha somut hukuksal dayanaklarla desteklenerek yorumlanması gerektiği hakkında bkz. Bülent TANÖR/Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. B., Beta Yay., İstanbul 2009, s. 83-85.

¹⁰²⁴ ÇAĞLAR, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri...”, s. 179.

¹⁰²⁵ Bkz. ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 29.

¹⁰²⁶ Anayasa Mahkemesi, semavi dinler mensuplarına diğer dinlerin mensuplarına oranla daha geniş koruma tanıyan 3255 sayılı Kanun hükümlerini, hem eşitlik hem de laiklik ilkesine aykırı bulmuştur. Bkz. 1986/11 E, 1986/26 K, 04.11.1986, R.G. 22.02.1987-19380. Anayasa Mahkemesi, 05.05.1972 tarih ve 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun, Anayasa'nın 24. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla önüne gelen iptal davasında, yine 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu önceki kararında belirttiği gerekçelerle Anayasa'ya aykırılık iddiasının reddine karar vermiştir. Bkz. AYM, 1995/17 E, 1995/16 K, 21. 06.1995, R.G. 14.10.1995-22433.

¹⁰²⁷ AYM, 1986/11 E, 1986/26 K, 04.11.1986, R.G. 22.02.1987-19380; 1989/1 E, 1989/12 K, 07.03.1989, R.G. 05.07.1989-20216.

nesnel düzeni koruyan bir değer olarak ele alınmıştır.¹⁰²⁸ Anayasa Mahkemesi, türban kararları¹⁰²⁹ olarak bilinen kararlarında laikliği Cumhuriyet’in temel niteliklerinin ötesinde tarihsel ve amaçsal yorumla bir ideoloji olarak tanımlamıştır. Bu kararlarında Mahkeme, laikliğin hukuki bir ilke olmasının ötesinde “uygar bir yaşam biçimi, siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi” bir değer olarak ele almıştır.¹⁰³⁰

Bu kararların etkisinde Danıştay, laiklik ilkesini ve Başlangıç kısmını benzer bir hukuki yorumla belli uyuşmazlıklarda kullanmıştır.¹⁰³¹ Özellikle “türban kararları”, bu konuda öne çıkan örneklerdir.¹⁰³² Bu kararlarda Danıştay laikliği, dava konusu hakları, (eğitim hakkı, din özgürlüğü, çalışma hakkı) kapsamlı bir şekilde ele almadan Devlet ideolojisini korumaya sağladığı katkı ile değerlendirmiştir. Laiklik ilkesini birçok kararda, temel hakları sınırlandırmakta kullanan Danıştay, yakın zamanda, başörtüsünü yasaklayan ibareleri, ilgili mevzuattan kaldıran düzenlemeler hakkında verdiği bir kararında liberal bir bakış açısıyla laiklik ilkesini tarafsızlık yükümlülüğüyle değil, eşitlik ilkesi-ayrımcılık yasağıyla yorumlamıştır.¹⁰³³ Bu kararda Danıştay, laiklik yorumunu din

¹⁰²⁸ *Diyanet İşleri Başkanlığının Anayasa’da yer almasının ve mensuplarının memur niteliğinde sayılmasının... bir çok tarihi nedenlerin, gerçekleri ve ülke koşullarıyla gereksinimlerinin doğruluğu bir zorunluk sonucu olduğuna kuşku yoktur.*” Bkz. AYM, 1970/53 E, 1971/76 K, 21.10.1971, R.G. 15.06.1972-14216.

¹⁰²⁹ Kamuoyunda “türban kararları” olarak da isimlendirilen kararlar için bkz. AYM, 1989/1 E, 1989/12 K, 07.03.1989, R.G. 05.07.1989-20216; 1990/36 E, 1991/8 K, 09.04.1991. R.G. 31.07.1991-20946; 2008/16 E, 2008/116 K, 05.06.2008, R.G. 22.10.2008-27032.

¹⁰³⁰ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 87.

¹⁰³¹ Bu uyuşmazlıklar başörtüsü, zorunlu din dersi, nüfus hizmetleri, ibadet yerleri kararları olarak gruplandırılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem ERDEM KARAHANOGULLARI, “Danıştay Kararlarında Din, Vicdan Özgürlüğü”, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3622/karahanogullaridinozgurlugu.pdf>.

¹⁰³² Örnek olarak bkz. Dan.8.D., 1999/3772 E, 2000/2293 K, 28.03.2000; Dan.8.D., 1999/4279 E, 2000/359 K, 20.01.2000; Dan.2.D., 2004/4051, 2005/3366 K, 26.10.2005.

¹⁰³³ Anayasa Mahkemesi’nin benzer tutumu için bkz. AYM, 2012/65 E, 2012/128 K, 20.09.2012, R.G. 18.04.2013-28622; *Tuğba Arslan Başvurusu*, B.N. 2014/256, 25.06.2014.

ve vicdan özgürlüğü lehine güncellemiştir.¹⁰³⁴ Danıştay, laiklik ilkesini Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 13., 15. ve 24. maddeleriyle ve din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen AİHS'nin 9. maddesi, İHEB 18. maddeleriyle birlikte değerlendirmiştir. Mahkeme, başörtüsünün laiklik ilkesine aykırı bir simge olarak kabul edilip edilmemesinde idarenin takdir yetkisinin olduğu yönündeki görüşünü de AİHM içtihatlarına dayandırmıştır. Ancak başörtüsünü kamu kurumlarında yasaklayan ibareleri ilgili mevzuattan çıkaran düzenlemeyi, her ne kadar laiklik, ölçülülük ve kamu yararına aykırı bulmadığını belirtse de, daha çok, başörtüsünün kullanımını sınırlandıran bu düzenlemelerin yasayla düzenleme koşulunu gerçekleştirmediği gerekçesiyle iptal ettiği izlenimi uyanmaktadır. Ancak dinî özgürlük ve haklarla olan gerilimli ilişkisiyle gündeme gelen laiklik ilkesinin, denetimde anayasanın bütünselliği ilkesinin bir sonucu olarak uygulandığı söylenebilir.

Son dönem kararlarda,¹⁰³⁵ bu bütünsel yorum din özgürlüğü lehine yapılırken bundan önceki kararlarda Başlangıç ve Anayasa'nın 2. maddesiyle birlikte yapılan laiklik

¹⁰³⁴ Dan.2.D., 2016/10078 E, 2017/6692 K, 02.11.2017, Kazancı. Dava, Bakanlar Kurulu Kararı ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmeliğin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin 1. paragrafında yer alan “Kadınlar; Elbiseler temiz, düzgün, ütülü, sade; ayakkabılar ve/veya çizmeler sade ve normal topuklu, boyalı; görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış; tırnaklar normal kesilmiş olur” cümlesindeki “kadınlar”; ibaresinden sonra gelen birinci cümle ile 02/09/1925 tarihli ve 2413 sayılı Bakanlar Kurulu kararının “Bilumum Devlet Memurlarının Kıyafetleri Hakkında Kararname”ye ilişkin bölümünün (2) numaralı bendinin “Binalar dahilinde başı açık bulunmak kaidedir” şeklindeki birinci cümlesi yürürlükten kaldırılmasının laiklik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle açılmıştır. Danıştay, din ve vicdan özgürlüğü ve çalışma hakkı başta olmak üzere birçok Anayasa hükmüyle beraber uluslararası hukuk kaynaklarını (düzenleme ve içtihatları) kullanarak bu düzenlemenin hukuka aykırı olmadığını açıklamış, sonra da karar “*mevzuatımızda, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin başı örtülü olarak çalışmasını açıkça yasaklayan herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır. ...Bu Kanunda kadınların baş örtülü olarak çalışmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır*” ifadesiyle yasaya uygunluk denetimi yapmıştır.

¹⁰³⁵ Dan.8.D., 2012/5257 E, 2014/8567, 12.11.2014; Dan.2.D., 2016/10078 E, 2017/6692 K, 02.11.2017, Kazancı. AYM, *Tuğba Arslan Başvurusu*, B.N. 2014/256, 25.06.2014.

yorumunun tersi bir sonuç doğurduğu da hatırlatılmalıdır. Örneğin din dersi zorunluluğuna ve derslerin içeriğine itiraz içeren davalarda Danıştay, laiklik ilkesini eşitlik ilkesi, ifade özgürlüğü ve eğitim hakkıyla birlikte ele almak yerine tek başına bir tarafsızlık ilkesi olarak ele almış ve bu yönde açılan iptal davalarını reddetmiştir.¹⁰³⁶ Danıştay'ın genel yaklaşımı, bu derslerin Anayasa (md. 24) gereği zorunlu olduğu ve din derslerinden muaf tutulma taleplerin reddilmesinde hukuka aykırılık olmadığı yönünde olmuştur.¹⁰³⁷ Danıştay içtihadını, AİHM'in *Hasan ve Eylem Zengin*¹⁰³⁸ kararındaki gerekçe doğrultusunda önemli ölçüde değiştirdi.¹⁰³⁹ Danıştay aynı tutumu, kimlik kartlarında bulunan din hanesine kişinin dininin yazılması zorunluluğu öngören düzenlemeler için de göstermişti.¹⁰⁴⁰ Bu kararların verilmesinde Anayasa Mahkemesi'nin

¹⁰³⁶ Dan.8.D., 1997/6285 E, 2000/3653 K, 15.05.2000; 1998/4242 E, 2000/1449 K, 16.02.2000; 2009/10610 E, 2010/4213 K, 13.07.2010.

¹⁰³⁷ Dan.8.D., 2002/2939 E, 2003/1720K, 14.04.2003.

¹⁰³⁸ AİHM, *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, B.N. 1448/04, 09.10.2007, § 58-76. Kararın gerekçesinde din eğitiminin çoğulcu ve nesnel olarak tasarlanması gerektiği ve ayrıca zorunlu din dersinin başvuruçuların AİHS'e Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesi çerçevesindeki haklarını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesine göre Devlet, eğitim ve öğretim konusunda üstlendiği işlevleri yerine getirirken, müfredatta yer alan bilgilerin bir dinin telkininden uzak sakin bir ortamda öğrencilerin din hakkında eleştirel düşünce geliştirmelerine imkân verecek şekilde objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda iletilmesine özen göstermelidir. Devletin, ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygısızlık olarak değerlendirilebilir nitelikte belli bir fikrin aşılması amacını gütmesi yasaktır.

¹⁰³⁹ Bkz. Dan.8.D., 2006/4107 E, 2007/7481 K, 28.12.2007; 2007/679 E, 2008/1461 K, 29.02.2008; 2007/8365 E, 2009/3238 K, 15.05. 2009, DBB.

¹⁰⁴⁰ İDDGK, DİB ve Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakülte'sinden alınan cevaplarda Yehova Şahitliği dini ekolünün, Hristiyanlıktan ayrı müstakil bir din sayılmasının mümkün olmadığının bildirilmesi üzerine davacının nüfus kütüğündeki "dini" sütununa "Yehovanın Şahidi" yazılması isteminin reddi yolundaki işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı yönünde karar vermiştir. DİDDGK, 1993/73 E, 1994/310 K, 10.06.1994, DBB. Danıştay aynı nitelikteki diğer davaları da, Türkiye Hahambaşılığı ve Rum Patrikliği tarafından "Yehova Şahitliği"nin ayrı bir din olarak tanınmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Dan.10.D. 2003/2029 E, 2006/6340 K, 13.11.2006; Dan.10.D. 2003/2040 E, 2006/6339 K, 13.11.2006, DBB. İdare

tutumu belirleyici olmuştur.¹⁰⁴¹ Danıştay genel olarak, din özgürlüğü kapsamında olan dini açıklama hakkını yalnızca ilahi dinlere tanıyan bir tutum sergilemiştir.

Danıştay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin özellikle başörtüsü kararlarında temel ölçü norm olan laiklik ilkesinin ve Anayasa'nın dayandığı diğer değer normlarının sabit, değişmez daha doğrusu, öngörülebilir yorumunun söz konusu olmadığını, dönemsel olarak kolayca yeniden yapılandırılabilirliklerini göstermektedir. Bu yüzden yargı kararlarını belirsiz anayasal kavramlarla gerekçelendirmek ve bu ilkeleri çok sık kullanmak yerine, birey hak ve özgürlükleri ve genel hukuk ilkelerine dayanan bir temelde gerekçelendirmek daha tutarlı bir yaklaşım ortaya koyabilir.

c. Sosyal Devlet İlkesi

(İdeolojik açıdan) fazlaca değer yüklü olan Anayasa md. 2'nin normatif değeri ve işlevi, maddede yer alan ilkelerin niteliğine göre değişkenlik gösterir. Bir kere, devletin niteliklerinin sayıldığı değerlerin tümü evrensel değildir. Bir çok anayasada yer alan

Mahkemesince, Gök-Tanrı dininin Hristiyan, Musevi vs. semavi dinlerden biri gibi bağımsız bir din sayılamayacağı gerekçesiyle reddedilen dava, Danıştay tarafından onanmıştır. Dan.10.D., 1994/8030 E, 1996/719 K, 15.02.1996, DBB.

¹⁰⁴¹ Nüfus aile kütüğündeki “dini” bölümüne istenilen dinin yazılması konusunda da sorunlar yaşanmıştır. Din hanesine Bahai dininin işlenmesi yolundaki başvurunun reddine ilişkin işleminin iptali istemiyle açılan başka bir davanın temyiz incelemesi sırasında, “*uyuşmazlığın kaynaklandığı Nüfus Yasasının 43. maddesinin aile kütüğüne dinin yazılmasını öngören hükmünün, bireye dini açıklama zorunluluğunu getirdiği, bireyin özel ve kişiye özgü durumunu saklı tutma hakkını ve din özgürlüğünün dinini açıklama ögesini ortadan kaldırdığı, Cumhuriyetin temel ilkelerinden biri olan laiklik ilkesini zedelediği*” gerekçeleriyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Danıştay; Anayasa Mahkemesi'nin iptal istemini reddeden kararı (AYM, 1995/17 E, 1995/16 K, 21.06.1995, R.G. 14.10.1995-22433) ve İçişleri Bakanlığı Genelgesi'de Hristiyanlık, Musevilik ve İslam dinine mensup olanların dininin yazılacağı belirtiltiği gerekçesiyle Musevilik, Hristiyanlık ve Müslümanlık gibi semavi dinler dışında kalan davacının düşüncesinin nüfus aile kütüğüne yazılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Dan.10.D., 1992/3226 E, 1995/4872 K, 25.10.1995.

başlangıç bölümü, her anayasa için farklı değerleri ön plana çıkarır ve hukuksal etkileri de farklıdır. Sosyal devlet ilkesi de, her hukuk sisteminde kabul edilmiş anayasal bir ilke değildir.¹⁰⁴² Dolayısıyla uluslararası anlamda standart bir uygulaması yoktur.¹⁰⁴³ Ancak sosyal devlet ilkesi, genellikle hakları sınırlandırıcı değil, genişletici bir etki taşımaktadır. Bunun en iyi örnekleri, Alman yargı kararlarında görülebilir. Alman Anayasası, devletin sosyal bir devlet olduğunu (md. 20(1), 28 ve 79/3 ile birlikte) belirtmesine rağmen, genel olarak temel sosyal haklardan bahsetmez.¹⁰⁴⁴ Sosyal haklar, sosyal devlet ilkesi

¹⁰⁴² “*Hak ve anayasa kuramcılarının bir kısmı da, sosyal haklar olarak anılan grupta **belirginlik, tanım birliği, evrensellik ve uzlaşma** eksikliği gibi gerekçelerle anayasal düzenlemeye karşı çıkmaktadır.*” Bertil E. ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, GSÜHFD, C. 7, S. 1, 2008, s. 204. Bkz. Bülent TANÖR, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yay., İstanbul 1978, s. 196; Oktay UYGUN, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi, AYD, C. 20, Ankara 2003, s. 267 vd.

¹⁰⁴³ 1958 Fransız Anayasası hiçbir şekilde sosyal hak içermez. Bkz. Fundamental Social Rights in Europe, Social Affairs Series, SOCI 104 EN 02/2000, Çevrim içi https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/104/part3_en.htm. Yine de Fransa’da sosyal devlet sisteminin zayıf olduğu söylenemez. Bkz. Sophie NADAL, “The Welfare State System in France”, in Welfare States and the Future, Ed. Vivekanandan B./Nimmi Kurian, Palgrave Macmillan, London 2005, s. 97-112. Temel hakların ve sosyal hakların yazılı anayasal bir metinle korunmadığı bunun yerine, 1215 Magna Carta, 1627 Haklar Bildirgesi, 1679 Habeas Corpus Yasası ve 1689 Haklar Yasası gibi çeşitli metinler bir tür ‘anayasa’ oluşturduğu Birleşik Krallık’ta, anayasal sosyal güvenlik hakkı yoktur. Buna rağmen, diğer üye devletlerdekiyle karşılaştırılabilir çeşitli sosyal faydalar ve herkes için ücretsiz ulusal bir sağlık hizmeti vardır. Yasa hükümlerine göre sosyal imkânlardan yararlanma hakkı da vardır. Buna karşılık, idare mahkemeleri, sosyal hakların korunmasında neredeyse hiçbir rol oynamamaktadır, çünkü mahkemeler genellikle sosyal haklar geliştirmeyi reddetmiştir. Bkz. Fundamental Social Rights in Europe, Social Affairs Series, SOCI 104 EN 02/2000.

¹⁰⁴⁴ Luis María Díez-PICAZO/Marie-Claire PONTTHOREAU, “The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks”, European University Institute, 1991, (EUI Working Paper. Law; No. 91/20) - 33 sayfa, s. 18. Bunun ana nedeni, bu hakların sürekli olarak değişen ekonomik ve sosyal koşullara uyarlanma ihtiyacını karşılamaktır. Bkz. https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_en.pdf, s. 16.

kapsamında ele alınır.¹⁰⁴⁵ Mahkeme kararlarına göre bir hak, devletin sosyal yükümlülüğüne dayandırılabilir.¹⁰⁴⁶

Türkiye örneğinde Anayasa'nın yapısal ilkelerinin bazıları (laiklik ilkesi ve Başlangıç'taki ilkelerin bir kısmı) yargısal yorumla, hakkı sınırlandırıcı şekilde kullanılırken sosyal devlet ilkesi, insan onuru düşüncesine dayanan devlet düşüncesinden ilhamla hakları genişleten ve hakların yargısal yolla anayasal sisteme dahil edilme araçlarından biri olmuştur.¹⁰⁴⁷ Yargısal denetimin yoğunluğu, sosyal devlet ilkesinin hukuksal karakteriyle belirlenmektedir. Öncelikle bu ilke, Anayasa'nın tamamında yer alan öznel ve nesnel hükümlerle karakterizedir.¹⁰⁴⁸ Her ne kadar nesnel bir değer olarak bireyin öznel bir hakkının doğrudan bu ilkedен çıkarılamayacağı ileri sürülse de;¹⁰⁴⁹ bazı

¹⁰⁴⁵ Bkz. PICAZO/PONTHOREAU, "The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks", s. 16.

¹⁰⁴⁶ Federal İdare Mahkemesi kararı, BVerwGE 1, 159 (161), bkz. Zafer GÖREN, "Sosyal Devlet", in Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir 2000, s. 14.

¹⁰⁴⁷ Anayasa Mahkemesi'nin sosyal devleti hukuk yaratmada dayanak aldığı karar için bkz. AYM, 2004/18 E, 2004/89 K, 24.06.2004, R.G. 23.11.2004-25649. Anayasa Mahkemesi birçok kararında sosyal devleti, Anayasa'nın 5. maddesiyle okumaktadır. Bkz. AYM, 1986/16 E, 1986/25 K, 21.10.1986; 1990/1 E, 1990/21 K, 17.07.1990, R.G. 16.07.1991-20931; 1990/15 E, 1991/5 K, 28.02.1991, R.G.27.03.1992-21184.

¹⁰⁴⁸ AY md. 5, 35, 41, 44, 46, 47, 48, 49, 51, 55, 56, 57, 60, 65, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172. Ayrıca Başlangıç 6. paragrafta yer alan "*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*" kuralı ile 10. maddedeki eşitlik ilkesi Anayasa'nın benimsediği sosyal devlet ilkesinin amaçlarını belirgin kılmaktadır. "*Genel eşitlik ilkesi*"nin düzenlediği md. 10 alanında sosyal devlet ilkesinden, sadece şekli eşitliğin esas alınmaması, sosyal gerçekliğin, eşit ya da farklı davranmanın objektif nedeni olarak kullanılması ve böylece maddi bir eşitliğe ulaşılması ödevi doğmaktadır.

¹⁰⁴⁹ Bkz. TANÖR, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, s. 360; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 154; İbrahim Ö. KABOĞLU, "Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları", in Anayasal Sosyal Haklar, Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yay., İstanbul 2012, s. 16. Ayrıca bkz. AYM, 1963/138 E, 1964/71 K,

sosyal haklar bakımından¹⁰⁵⁰ kamu yetkilerini şekillendirirken, hakların kullanımını kolaylaştıracak imkânların hukuka uygun olmasını sağlar. Hak temelli denetimde sosyal devlet ilkesi, idari yargı denetiminin anayasal dayanakları arasındadır.¹⁰⁵¹

Sosyal devlet ilkesi, temelde toplumsal olarak dezavantajlı olanları korumak, eşitsizlikleri gidermek için sosyal düzeni şekillendirme yükümlülüğü olarak ele alınmaktadır.¹⁰⁵² Sosyal devleti gerçekleştirme yöntemleri; sosyal hakların tanınması ve

11.12.1964, R.G. 02.04.1965-11969; 1986/16 E, 1986/25 K, 21.10.1986, R.G. 31.01.1987-19358.

¹⁰⁵⁰ Sendikal haklar, grev hakkı, emeğin korunmasıyla ilgili haklar (angarya yasağı, ücretli tatil hakkı) gibi bir kısım (kolektif-aracı) sosyal haklar, hukuksal etki doğurma bakımından klasik haklarla benzerlik gösterirler. Bunlar öznesi, konusu ve yükümlüsü belli bir hak olmanın ötesinde kendiliklerinden uygulanabilir nitelik taşırlar. Bu nedenle, bu hakları, soyut “program hüküm” şeklinde değerlendirmek söz konusu olamaz. TANÖR, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, s. 232 vd. Sosyal hakların kullanımı güvenceleyen kolektif sosyal hakların denetimde temel denetim ölçütü sosyal devlet değil, ölçülülük olmaktadır.

¹⁰⁵¹ Bkz. SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s. 18.

¹⁰⁵² Anayasa Mahkemesi’ne göre sosyal devlet, “*hukuk devletini belirleyen ilkelere koşut olarak, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, kişinin huzur ve refahını gerçekleştiren ve bunları güvence altına alan, kişi ile toplum yararları arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli biçimde düzenleyen, özel teşebbüsün güvenilirlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması, çalışması ve kendisini geliştirmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemler olarak adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeyi amaç edinen devlettir*” AYM, 1995/15 E, 1995/55 K, 05.10.1995, R.G. 18.02.2000-23968. Anayasa Mahkemesi devletin bu ilke uyarınca bireyin doğuştan sahip olduğu *onurlu bir yaşam sürdürme*, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasına olanak sağlamakla yükümlü olduğunu belirterek sosyal devletin temel amaç ve görevlerini, “*sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliği*” (bkz. AYM, 1986/6 E, 1,989/42 K, 07.11.1989, R.G.05.06.1986-19128), “*güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi*” (bkz. AYM, 1972/16 E, 1972/49 K, 17.10.1972, R.G. 12.01.1973-14419; 1990/28 E, 1991/11 K, 02.05.1991, R.G. 16.10.1991-221023; 1988/19 E, 1988/33 K, 26.10.1998, R.G. 11.12.1988-20016; 1987/16 E, 1988/8 K, 19.04.1988, R.G. 23.08.1988-19908; 1990/27 E, 1990/2 K, 17.01.1991, R.G. 19.08.1991-20965), hukuksal dayanışmayı (bkz. AYM, 1987/16 E, 1988/8 K, 19.04.1988, R.G. 23.08.1988/19908; 1990/27 E, 1990/2 K, 07.02.1991, R.G. 19.08.1991-20965; 1990/28

ekonomik eşitsizlikleri azaltmaya yönelik tedbirlerin öngörülmesi olmak üzere iki (özel ve nesnel düzenlemeler) biçimde sınıflandırılabilir.¹⁰⁵³ Hem sosyal hakların kullanımı hem de toplumsal eşitsizlikleri gidermeye yönelik tedbirler öngören anayasa kurallarının denetiminde sosyal devlet, genel denetim ilkesidir. Bununla birlikte, bütünsel yaklaşımın bir sonucu olarak sosyal devlet odaklı denetimde, temel hakların ya da destekleyici program hükümlerin sosyal haklara eşlik etmesi söz konusudur.¹⁰⁵⁴ Bu bütünsel yaklaşım; sosyal hakların uygulama alanını, imkânlarını genişletmekte ve takdir yetkisi sınırlandırmaktadır.¹⁰⁵⁵ Sosyal haklar, birey hakları bağlamında yorumlanabildikleri

E, 1991/11 K, 02.04.1991, R.G. 16.10.1991-21023; 1988/19 E, 1988/33 K, 02.05.1991, R.G. 11.12.1988-20016) sağlayan ilke olarak görmüştür. Danıştay, “Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesiyle Devletin kendi koyduğu hukuk kurallarına uyması ve çalışan, çalıştığı halde karşılığını yeterince alamayan ve mutlu bir yaşantıya kavuşamayan kişilere yardımcı olmasının amaçlandığı”nı belirtmiştir. Dan.5.D., 2001/5253 E, 2003/796 K, 13.03.2003.

¹⁰⁵³ Hamide BAĞÇECİ TACİR, “Sosyal Devlet Kapsamında Çalışma Özgürlüğü ve Çalışma Hakkının Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 153, 2019, s. 968.

¹⁰⁵⁴ Mahkeme çoğunlukla, sosyal güvenlik hakkının kapsamını belirlerken yaşam hakkı (md. 17), sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı (md. 56), çalışanların parasal haklarına ilişkin taleplerini mülkiyet hakkı (md. 35) ve devlete bazı gruplara için özel güvence sağlayan hükümlerle (örneğin AY md. 61-62) birlikte belirlemektedir. Bkz. Dan.11.D., 2012/8725 E, 2015/5032 K, 04.11.2015; Dan.11.D., 2010/4736 E, 2014/552 K, 27.02.2014; Dan.11.D., 2014/1363 E, 2014/7360 K, 26.11.2014; Dan.11.D., 2012/6073 E, 2014/8383 K, 18.12.2014; Dan.10.D., 2007/5744 E, 2011/563 K, 11.02.2011. Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. AYM, 1986/16 E 1986/25 K, 21.10.1986, R.G. 31.01.1987-19358; 1990/27 E, 1991/2 K, 17.01.1991, R.G. 19.08.1991-20965. AYM, 2008/58 E, 2011/37 K, 10.02.2011, R.G. 14.05.2011-27934; M. Akdoğan ve diğerleri, B.N. 2013/817, 19.12.2013; Abdulhalim Bozboğa, B.N. 2013/6880, 23.03.2016; Ahmet Bozkurt Başvurusu, B.N. 2013/3081, 20.02.2014; Hamza Bugdaci Başvurusu, B.N. 2013/1858, 03.02.2016; Nurcan Öztok Başvurusu, B.N. 2015/13201, 21.03.2019.)

¹⁰⁵⁵ Sosyal ve klasik hakların bütünlüğüne dayalı bir yorum, Anayasa md. 65’deki sınırların uygulanmasına da engeldir. ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması...”, s. 225.

ölçüde öncelikleri somutlaşır ve daha geniş bir korumadan yararlanabilir.¹⁰⁵⁶ Buna ek olarak bireysel haklarda kullanılan denetim ölçütleri; eşitlik, ölçülülük ve hakkın özü sosyal devleti gerçekleştirmeye dönük, farklı yoğunlukta denetim imkânları sunabilir. Özellikle hakların kullanımını zorlaştıran ya da sınırlayan koşullar bakımından her ölçüt için farklı değerlendirmeler söz konusu olabilmektedir.

Pozitif statü hakları kategorisinde olan sosyal haklara ilişkin maddelerde özel sınırlama nedenleri öngörülmemiştir. Ancak ilgili düzenlemede, hakkın konusu ve öznesi bakımından öngörülen bir takım koşullar, sosyal haklar için bir sınırlama sayılır.¹⁰⁵⁷ İdari yargıda sosyal devlet ilkesi, çoğunlukla, kamu hizmetlerinin yararlanma koşullarına ilişkin davalarda bir denetim ilkesi olmaktadır.¹⁰⁵⁸ Hakların kullanılmasını zorlaştıran koşullar, örneğin kamu hizmetlerinden faydalanmanın belli bir bedel (ya da daha yüksek

¹⁰⁵⁶ ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması...”, s. 225. AİHM de, sosyal bir hizmet olan sağlık hizmetlerine erişim hakkını, yaşam hakkıyla bağ kurarak denetleyebilmiştir. Mahkeme, acil sağlık hizmetinin ücretli sunulması ve sağlık hizmetin doğru düzgün sunulmaması sebebiyle davacının tıbbi bakıma erişim hakkından mahrum kaldığı gerekçesiyle yaşam hakkının ihlal edildiğine karar verebilmiştir. AİHM, *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye*, B.N. 13423/09, 09.04.2013.

¹⁰⁵⁷ TANÖR, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, s. 331. Genel olarak düzenleme, sınırlamadan daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Yasa koyucunun temel haklar alanında yaptığı her sınırlama bir düzenleme olmakla birlikte, her düzenleme bir sınırlama değildir. Bir düzenleme, belirli bir temel hakkın güvence altına aldığı yaşam kesitini yani norm alanını daraltıyorsa, bir sınırlama söz konusudur. Bir hakkı güçlendiren düzenlemeler ve kullanımını sağlayan düzenlemeler ise sınırlama değildir. SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlanması ve Hakkın Özü*, s. 21-22; İbrahim Ö. KABOĞLU, *Kolektif Özgürlükler*, DÜHF Yay., Diyarbakır 1989, s. 253 vd. Ayrıca bkz. AYM, 1997/62 E, 198/52 K, 16.09.1998, R.G. 20.10.2000-24206.

¹⁰⁵⁸ 13. maddede yer alan güvence ölçütleri, sosyal haklar için de geçerlidir. Bkz. KABOĞLU, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, s. 28. Ayrıca bkz. Bertil E. ODER, “Temel Hakların Yargısallaşmasında Sorunlar: Türkiye Örneği”, in *Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar*, Ed. İoanna Kuçuradi, Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yay., 2, İstanbul 2011, s. 145.

bir bedel) ve yaş gibi koşullara bağlanması, sınırlama örnekleri olarak gösterilebilir.¹⁰⁵⁹ Örneğin Danıştay sistematik bir eğitime ve bakıma ihtiyaç duyan zihinsel engellilerin bu ihtiyacının karşılanması için 21 yaş koşulunu getiren düzenlemeyi, sosyal güvenlik ve eğitim öğretim hakkını sınırladığı¹⁰⁶⁰ ve “*hasta tarafından bedeli mukabilinde piyasadan temin edilen tıbbi malzemenin (stentin) bedelinin ödenmeyerek hastanın sağlık hizmetine erişim hakkının engellenmesi veya ağır bir maddi yük altında bırakılmasının sağlık ve yaşam hakkı*” na aykırı olduğu için sosyal devlet ilkesine aykırı bulmuştur.¹⁰⁶¹ Bu tür kararların gerekçelerinde özellikle insanlık onuru/onurlu yaşama hakkı, eşitlik¹⁰⁶² ve fırsat eşitliği,¹⁰⁶³ ölçülülük,¹⁰⁶⁴ hakkın özü¹⁰⁶⁵ ve diğer hakların gerçekleştirilmesi-özgürleştirme ödevi (AY md. 5),¹⁰⁶⁶ sosyal devlet ilkesine bağlanmıştır.

¹⁰⁵⁹ Sosyal devlet ilkesi, anayasal olarak kamu hizmetlerinin (ücretlendirilmesi/fiyatlandırılması) bedel karşılığında sunulmasından fazlasını ifade etse de, Danıştay kararlarına konu kararlar özellikle sağlık hizmetlerinin ücretlendirilmesi ve sosyal güvenlik hakkıyla ilgili parasal davalarda ölçü norm olarak kullanılmaktadır. İdare hukukunda sosyal devlet, eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik hizmetleri gibi temel sosyal ihtiyaçların bedelsiz ve makul bir bedelle devlet tarafından karşılanabilmesini ifade eden bir kavram olarak kabul eden görüş için Bkz. ULUSOY, Yeni Türk İdare Hukuku, s. 87. Anayasal hakların gerçekleştirilme araçlarından olan kamu hizmetlerinin ücretlendirilmesini sosyal devlet ilkesi bağlamında incelenmektedir. Bkz. AYM, 1987/16 E, 1988/8 K, 19.04.1988, R.G. 23.08.1988-19908.

¹⁰⁶⁰ Dan.8.D., 2003/614 E, 2004/1921 K, 22.04.2004. Kazancı.

¹⁰⁶¹ Dan.10.D., 2010/6009 E, YD, 16.06.2010, Legalbank.

¹⁰⁶² DİDD, 2006/1017 E, 2009/3073 K, 17.12.2009; DİDD, 2000/401 E, 2000/938 K, 03.07.2000, Kazancı.; Dan.11.D., 2011/3215 E, 2014/7755 K, 04.12.2014, Hukukturk.

¹⁰⁶³ Dan.11.D., 1975/24 E, 1976/ K, 15.12.1976, **DD**, Y. 7, S. 26-27, s. 479) Dan.8.D., 1983/826 E, 1985/4 K, 09.01.1985, Hukukturk.

¹⁰⁶⁴ Danıştay sosyal güvenlikle ilgili bir kararında iş sonu tazminatı hakkında verilen bir kararda iş sonu tazminatının mülkiyet hakkı kapsamına girdiği ve ölçülülük denetimine tabi tutulması gerektiğini belirtilmiştir. Bkz. Dan.12.D., 2018/2637 E, 2019/3020 K, 24.04.2019.

¹⁰⁶⁵ Bkz. Dan.10.D., 2007/7297 E, 09.07.2008; Dan.15.D., 2013/2611 E, 2016/65 K, 20.01.2016; Dan.15.D., 2013/2611 E, 2016/65 K, 20.01.2016; Dan.15.D., 2013/2969 E, 2015/ 5931 K, 13.10.2015, Kazancı.

¹⁰⁶⁶ Bkz. Dan.15.D., 2013/2611 E, 2016/65 K, 20.01.2016; Dan.15.D., 2013/2969 E, 2015/ 5931 K, 13.10.2015, Kazancı.

Sosyal devlet temelli düzenlemeler (hak ve yükümlölükler) ile diğér bireysel hakların çatışması durumunda sosyal devlet, diğér denetim ilkelerini devre dışı bırakma veya dengelemede karşı ağırlık oluşturma gücüne sahiptir. Sosyal devlet ilkesinin bu anlamda en çok karşılaştığı/çatıştığı hüküm, Anayasa'nın 65. maddesidir. Anayasa'nın “devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı” başlıklı 65. maddesi¹⁰⁶⁷ devletin mali kaynakları ile sosyal haklar arasında bir uyumlaştırmayı/dengelemeyi gerektirir. Madde, sosyal haklar ve devletin olumlu edimini gerektiren düzenlemeler söz konusu olduğunda idarenin takdirini genişleten bir norm olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁶⁸ Ancak yargı

¹⁰⁶⁷ Anayasa'nın 65. maddesindeki sınır, ancak olumlu edim gerektiren sosyal haklar bakımından geçerlidir. Olumlu edim gerektirmeyen sendika, toplu sözleşme, grev gibi hakların gerçekleşmesi 65. maddede yer alan ölçütlere bağlanamaz. Fazıl SAĞLAM, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yay., Lefkoşa 2013, s. 284; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 155.

¹⁰⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, 1986 yılında dava konusu bir olayla ilgili olarak, devletin sosyal güvenliği sağlama amacıyla kamu hizmeti kurmasının zorunlu olduğunu ancak bu ödevi yerine getirirken malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde geniş bir takdir yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. AYM, 1986/16 E, 1986/25 K, 21.10.1986, R.G. 31.01.1987-19358. Anayasa Mahkemesi genellikle özellikle sağlık hizmetlerinin sunulmasında 65. maddedeki “mali kaynaklarının yeterliliği” ölçütünü yasa koyucuya takdir yetkisi verdiğini kabul etmektedir. AYM, 1963/172 E, 1963/244 K, 21.10.1963, R.G. 01.02.1964-11622; 1971/44 E, 1972/29 K, 06.06.1972, R.G. 03.03.1973-14465; 1987/16 E, 1988/8 K, 19.04.1988, R.G. 23.08.1988-19908.

Bilgen, sosyal kamu hizmetleri bağlamında 1982 Anayasası'nın 65. maddesindeki hükmü, devletin zamanlama, yer ve kapsam belirleme konusunda bir takdir yetkisi şeklinde yorumlamakta, bunun belli bir planlama çerçevesinde Anayasa'da düzenlenen temel hakları gerçekleştirmek için kamu hizmetlerini kurmak ve işletmek zorunluluğunu kaldırmadığını savunmaktadır. *Bilgen*, ayrıca, Anayasa'nın kurulmasını ve işletilmesini öngördüğü sosyal kamu hizmetlerinin çoğunun, 1982 Anayasası'nın kabul edildiği tarihte kurulduğunu ve işletildiğini, bu nedenle yasa koyucunun Anayasa'nın 65. maddesinin kendisine takdir yetkisini tanıdığını ileri sürme hakkının bulunmadığını ileri sürmektedir. O halde 65. madde hükmü, idarenin kamu hizmetlerini yürütürken (kurulmuş kamu hizmeti açısından gündeme gelecek bir madde olarak) ortaya çıkan kaynakların kullanımı konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisine ilişkindir. Pertev BİLGEN, “Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme”, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, S. 5, 1995, s. 13.

kararlarının bir kısmında Anayasa'nın 65. maddesi, hakların sağlanmasına ilişkin bir sınır değil, hakların nasıl ve ne ölçüde gerçekleştirilebileceğine ilişkin bir sınır olarak görülmüştür.¹⁰⁶⁹ Danıştay bir kararında, *“kamu hizmetini görev olarak yüklenmiş bir kamu kurumunun, görev alanına giren hizmetleri, halkın yakın ve uzak gelecekteki gereksinmelerini, bu gereksinmeleri gidermek için kamu yönetiminin gerek duyacağı araç, gereç ve personel durumunu önceden planlayarak gerekli önlemleri alması(nın) ve görevini yerine getirmesi(nin) asıl ol(duğu)...”* görüşüne yer vererek 65. maddenin bu hizmetlerin verilmesini sınırlayacak şekilde idarenin takdirini genişleten bir hüküm olarak kullanılmasını uygun görmemiştir.¹⁰⁷⁰ Bu ve benzer kararlar, özellikle sağlık hizmetlerinde (sosyal güvenlik davalarında) 65. madde ve sosyal devlet ilkesi arasındaki dengelemede ağırlığın çoğunlukla sosyal devlet ilkesine verildiğini gösterir.

Danıştay sosyal hakların sınırlandırılmasına ilişkin kararlarında, 65. madde ile sosyal devlet arasındaki (mali olanaklar ve sosyal devleti koruma yükümlülükleri-sosyal haklar arasındaki) dengeyi kurarken Anayasa'nın 13. maddesini değil, sosyal devlet ilkesini kullanmaktadır.¹⁰⁷¹ Oysa Anayasa'daki yükümlülükler dayanılarak alınan

¹⁰⁶⁹ Dan.10.D., 1990/3505 E, 1992/1385 K, 13.04.1992, **DD**, S. 86, s. 588; Dan.10.D., 1995/6440 E, 1997/4796 K, 24.11.1997, **DD**, S. 96, s. 604; Dan.10.D., 2007/7391 E, 2010/7354 K, 05.10.2010, DBB; DİDD, 1995/816 E, 1997/1 K, 17.01.1997, **DD**, S. 94, s. 108; Dan.2.D., 2007/1200 E, 2008/5284 K, 31.12.2008, DBB; AYM, 1990/27 E, 1991/2 K, 17.01.1991, R.G. 19.08.1991-20965. Ayrıca bkz. GÖREN, “Sosyal Devlet”, s. 42.

¹⁰⁷⁰ Bkz. Dan.11.D., 1975/4855 E, 1977/1704 K, 04.05.1977, **DD**, S. 28-29, s. 604; aynı yönde bkz. Dan.10.D., 2011/7 E, 2011/337 K, 22.06.2011.

¹⁰⁷¹ Danıştay'ın kamu görevlilerinin özel sağlık kuruluşlarından aldıkları hizmetlere ödenecek tedavi giderlerine ilişkin bir kararında 65. maddeyi devletin yükümlülüklerini azaltan bir hüküm olarak değil, görevlerinin önceliklerini gözetme yükümlülüğü veren bir madde olarak yorumlamış ve yaşam hakkı ve sosyal güvenlik hakkıyla birlikte ele amıştır. Dan.2.D., 2009/1338 E, 2009/1799 K, 29.04.2009, Kazancı. Kararda ücret koşulunun sağlık ve yaşam hakkı üzerindeki etkileri, ölçülülük ve hakkın özü bakımından ele alınmamıştır. Danıştay ayrıca yasal dayanağı bulunmadan, sosyal hizmetlerin ücret karşılığında sunulmayacağı hakkında karar verirken temel hak ve özgürlükler için kullandığı Anayasa md. 13 ölçütünü

önemler bir sınırlama içerdiğinde, 13. maddedeki kriterlerin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁷² Ancak Danıştay’ın sağlık hizmetlerinin ücretlendirilmesine ilişkin davalarda md. 65 (mali kaynakların yeterliliği koşulu) karşısında yaşamsal önem taşıyan tedaviler için öngörülen koşulların “*hastaların çok ağır mali yük altında bırakılması(na)*”¹⁰⁷³ ve “*sağlık hakkının özünün zedelenmesine*”¹⁰⁷⁴ yol açacağını belirtmesiyle aslında, sosyal haklar bakımından devletin yükümlülüğü ile mali kaynakların yeterliliği arasında Anayasa’nın 13. maddesi ve ölçülülük ilkesi doğrultusunda bir denge gözetttiği de ifade edilmiştir.¹⁰⁷⁵

Oder’e göre Anayasa md. 65’teki “mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde” ifadesi, öz’ün dışındaki alana ilişkin düzenlemelerin hukuka uygunluğunu denetlemede kullanılmalıdır.¹⁰⁷⁶ Anılan ölçüt, içinde barındırdığı “ölçüsünde” ifadesinin kastettiği gibi, ölçülülük ilkesi bağlamında yapılacak testin içinde yer almalıdır. Öz güvencesi, ölçülülük denetimi, daha doğru bir ifadeyle, dengeleme-tartım faaliyeti gerektirmez. Dolayısıyla pozitifleşmiş öz güvenceleri bakımından takdir yetkisi söz konusu

kullanmamıştır. Mahkeme, Anayasa’nın 2., 5. ve 61. maddelerini gerekçe olarak göstermiştir. Bkz. DİDDGK, 2000/401 E, 2000/938 K, 03.07.2000, Kazancı.

¹⁰⁷² Bu konuda bkz. Bertil E. ODER, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları: 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, in Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Hazırlayan Ozan ERGÜL, Kamu Hukukçuları Platformu, TBB Yay., Ankara 2013, s. 188; D. Çiğdem SEVER, “Yargı Kararlarında Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı“, in Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar, Bildiriler Kitabı, TODAİE, 2014, s. 469 vd.

¹⁰⁷³ Dan.2.D., 2007/1200 E, 23.10.2007, Kazancı; Ayrıca bkz. Dan.10.D., 2011/7 E, 2011/337 K, 22.06.2011.

¹⁰⁷⁴ Dan.10.D., 2007/7297 E, 09.07.2008; Dan.15.D., 2013/2611 E, 2016/65 K, 20.01.2016; Dan.15.D., 2013/2611 E, 2016/65 K, 20.01.2016; Dan.15.D., 2013/2969 E, 2015/ 5931 K, 13.10.2015, Kazancı.

¹⁰⁷⁵ SEVER, “Yargı Kararlarında Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı“, s. 485.

¹⁰⁷⁶ ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması...”, s. 223-224.

olamayacağı gibi, mali kaynakların yeterliliği de haklı neden oluşturmaz.¹⁰⁷⁷ Hakkın çekirdeğini oluşturan yükümlülükler, devletin hiç bir şekilde haklılaştıramayacağı bir yükümlülük-hak kategorisi yaratır. Özel ve öncelikli koruma yükümlülükleri öngörülmesi, dokunulmayacak öz'ün belirlenmesi sosyal haklara yönelik korumayı artırabilir.¹⁰⁷⁸

Oder, sosyal haklar bakımından öz güvencesinin, kişisel ve siyasal haklardan farklı olarak hakka “dokunmamaya” değil, pozitifleşmiş öz öğeleri dışında, asgari yükümlülüğe işaret ettiğini, *asgari yükümlülük* yerine getirilmediğinde öz’e dokunulduğunu belirtmektedir.¹⁰⁷⁹ Ancak Anayasa Mahkemesi sosyal güvenlik hakkına ilişkin bir davada, öz ölçütünü hakkın yerine getirilmesinde (md. 65-maddi kaynakların yeterliliği ölçüsünde) kısıtlı koşullar bağlamında değil, doğrudan hakka müdahale - dokunma- niteliği taşıyan düzenleme için kullanmıştır. Mahkeme, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 110. maddesinde yer alan “... suç sayılır bir hareketi yüzünden hastalanan sigortalıya geçici iş görmezlik ödeneği verilmemesi...” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasında söz konusu düzenlemeyi “*emeğinden ve sosyal güvenlik hakkından başka hiçbir güvenceye sahip olmayan işçinin, suç sayılabilecek kusurlu bir eylemi nedeniyle sosyal güvenlikten yoksun bırakılmasının, prime dayanan sigorta anlayışına uygun olmadığını*”, söz konusu kuralın sosyal güvenlik hakkının özüne aykırı olduğunu belirterek Anayasa’nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırı bulmuştur.¹⁰⁸⁰ Anayasa Mahkemesi bu davada “hakkın özü” ölçütünü kullanarak devletin sosyal güvenliğe ilişkin görevleri bakımından bir öz ile bağlı olduğunu ortaya koymuştur. Sağlık hizmetlerinde “18 ay ile sınırlı tedavi”ye ilişkin kararda ise Anayasa Mahkemesi,

¹⁰⁷⁷ ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması...”, s. 223-224.

¹⁰⁷⁸ Bkz. İzzet Mert ERTAN, “Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/Çekirdek Yükümlülükler”, in Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar, TODAİE Yay., Ankara 2014, s. 85-102.

¹⁰⁷⁹ ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması”, s. 212, 223.

¹⁰⁸⁰ AYM, 1995/37 E, 1995/31 K, 11.07.1995, R.G.23.03.1996-22589.

Anayasa tarafından koruma altına alınan yaşam ve sağlık haklarını (AY md. 17 ve 56) “sınırlayıcı, yararlanmayı zorlaştıracı ya da zayıflatıcı” yani hakkın özüne dokunan düzenlemelerin 65. madde ile haklılaştırılmayacağını belirtmiştir.¹⁰⁸¹ Anayasa Mahkemesi, öz ölçütünü, hem 65. madde hem de öz’e “dokunan” diğer düzenlemeler karşısında bir kalkan olarak kullanmıştır.

Sosyal devlet, yalnızca 65. madde karşısında dengeleyici bir ilke değil, aynı zamanda piyasa özgürlüklerini ve temel hakların kullanımını sınırlayan ve dengeleyen bir ilke olarak kullanılmaktadır. Bu anlamda norm alanını belirleyici etkisi olduğu söylenebilir. Örneğin bu ilke, mülkiyet hakkına ve sözleşme özgürlüğüne bir sınır oluşturabilir.¹⁰⁸² Anayasa Mahkemesi bir kararında özel okullara ilişkin burslu öğrenci okutma yükümlülüğü öngören düzenlemenin, eğitim hakkı ve sosyal devlet gereği çalışma özgürlüğünü sınırlandırılabileceğine karar vermiştir.¹⁰⁸³ Yine, TRT Kurumu Genel Müdürlüğü’nde sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta olan davacının, sözleşme ücretinin bir önceki yıla göre daha düşük nispette ödenmesi işleminin iptali istemiyle açılan dava da bu duruma örnek oluşturabilecek niteliktedir. Danıştay, ailede huzur ve refahın sağlanması ve çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri almakla devletin yükümlülüğünü (AY md. 41 ve 55) hatırlatmış ve Başlangıç kısmının 8. fıkrasındaki *"Her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğuna işaret edilmektedir. Bireysel ve toplumsal huzurun sağlanmasının ve bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmesinin, çalışanların onurlu bir hayat sürdürmelerinin sağlanmasının en başta onların ekonomik bakımdan güçlendirilmelerine bağlı olduğu kuşkusuzdur. Anayasanın sözü edilen hükümleri aynı zamanda çalışanların maaş ve ücretlerini saptayacak makamların, bu konuda sahip bulundukları takdir yetkisinin kullanımında gözetmeleri gereken verileri de ortaya*

¹⁰⁸¹ AYM, 1996/17 E, 1996/38 K, 16.10.1996, R.G. 09.08.1997-23075.

¹⁰⁸² Bkz. Jeff KING, “Social Rights Constitutionalism and The German Social State Principle”, e-Pública, V. I, N. 3, 2014, s. 29, 34.

¹⁰⁸³ AYM, 1990/4 E, 1990 K, 12.04.1990, AYMKD, 26, s. 124 vd.

*koymaktadır” ifadeleriyle sosyal devleti bir sınırlama ölçütü olarak kullanmıştır.*¹⁰⁸⁴

Bununla birlikte, sosyal devlet ilkesinin sosyal-ekonomik politika kararlarının denetiminde karşı ağırlık oluşturma/sınırlandırma gücü zayıftır. Örneğin özelleştirme kararlarında, sözleşme özgürlüğünü sınırlayarak sosyal politika kararlarını yönlendiren bir ilke olarak işlev görmemiştir.¹⁰⁸⁵ Danıştay özelleştirmeye ilişkin kararlarda,¹⁰⁸⁶

¹⁰⁸⁴ Dan.5.D., 1991/3725 E, 1992/1960 K, 23.06.1992, Kazancı.

¹⁰⁸⁵ Devletin ekonomi politikası müdahale niteliğinde olan özelleştirme ile kararlarında Anayasa Mahkemesi, sosyal devlet ilkesini değil, milletin bağımsızlığı (siyasal ve ekonomik bağımsızlık) karşılık ilkesi, milli menfaatler, ulusal güvenlik gibi belirsiz kavramları ön plana çıkararak iptal kararları vermiştir. Bkz. AYM 1994/49 E, 1994/45-1 K, 15.06.1994, AMKD, S. 30, C. 1, s. 217-296 (TELEKOM). Aynı nitelikte bkz. AYM, 1994/43 E, 1994/42 K, 09.12.1994, AMKD, S. 31, C. 1, s. 275-318 (TEK). *Özbudun*, bu kararları siyasi partilere Başlangıç’tan hareket ederek belli bir mili menfaat anlayışının zorlanmasını demokratik düzene aykırı olduğunu demokratik bir siyasal sistemde milli menfaati veya kamu yararının takdiri seçilmiş siyasal kadrolara ait olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. *Özbudun’a* göre böyle bir durum partiler arası siyasi yarışın da anlamını yitirmesine neden olacaktır. *ÖZBUDUN*, Türk Anayasa Hukuku, s. 76-77. Bu sonuç, Anayasa Mahkemesi’nin kategorik olarak özelleştirmeyi Anayasa’ya aykırı bulduğu anlamına gelmez. Mahkeme, Devletin ekonomik yaklaşımlarında kamu girişimlerine ağırlık veren ve millî ekonomiyi Anayasa’da öngörülen devletçilik ve sosyal devlet anlayışla düzenleyen bir devlet olduğu belirtilmesine rağmen (Bkz. AYM, 1985/20 E, 1986/30 K, 24.12.1986, R.G. 15.03.1987-19401) Devletin liberal ekonomi politikası izlenmesinin Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca bkz. AYM, 1984/9 E, 1985/4 K, 18.02.1985, R.G. 26.06.1985-18793; 1985/2 E, 1985/16 K, 27.09.1985, R.G. 05.12.1985-18949; 1994/43 E, 1994/42-2 K, 09.12.1994, R.G. 10.09.1994-22047; 1994/49 E, 1994/45-2 K, 07.07.1994, R.G. 10.09.1994-22047; 1994/70 E, 1994/65-2 K, 22.12.1994, R.G. 28.01.1995-22185. 1999 tarihli 4446 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasa’nın 47. maddesi değiştirildikten sonra Mahkeme, özelleştirme işlemleri için yeni bir 5. madde yorumuyla karşılıklık ilkesini zorunluluk olmaktan çıkarmış ve bu konuda daha liberal kararlar vermeye başlamıştır. Bkz. AYM, 2004/68 E, 2005/104 K, 23.12.2005; R.G. 21.09.2006-26296. Aynı doğrultuda bkz. AYM, 2002/47 E, 2006/1 K, 05.01.2006, R.G. 07.10.2006-26312. Sosyal devlet ilkesiyle denetim yaptığı bir kararda Mahkeme, kamu hizmetinin özelleş(tir)me yöntemlerinden (özel kişilere gördürme) biri olan hizmet satın alınması yoluyla sağlık hizmetinin sunulmasını sosyal devlet ilkesine aykırı bulmamıştır. AYM, 2004/114 E, 2007/85 K, 22.11.2007, R.G. 24.12.2007-26736. *Özbudun*, 1982 Anayasası’nda belirtilen müdahale hükümlerine rağmen, Anayasadaki sosyal devlet anlayışının, siyasal iktidarlara belli bir ekonomik politika modelini empoze etmediğini düşünmektedir. *ÖZBUDUN*, Türk Anayasa Hukuku, s. 14.

¹⁰⁸⁶ Özelleştirme ilk bakışta kamu teşebbüslerinin özel kişilere satılması olarak algılanmakla

yasanın amacına uygun (ekonomide verimlilik) bir denetim yaparken, özelleştirmenin sosyal haklardan yararlanmayı (ilgili kamu hizmeti bağlamında) nasıl etkilediği konusunda herhangi bir tartışma yürütmemektedir.¹⁰⁸⁷ Özelleştirme konulu davalar, yasayla düzenlendikten sonra, yasanın amaçları çerçevesinde denetlenmeye başlanmıştır.¹⁰⁸⁸

Yukarıda ifade edildiği gibi sosyal güvenlik hakkına ilişkin davalarda¹⁰⁸⁹ belli bir ağırlığa sahip olan sosyal devlet ilkesi, diğer hizmetlerin ücretlendirilmesine ilişkin davalarda aynı ağırlığa sahip değildir. Danıştay, sosyal güvenlik-sağlık hizmetleri dışındaki hizmetlerde idarenin takdir yetkisine dayanarak belirlediği kamu hizmeti

beraber; kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri de, geniş anlamda özelleştirme kavramı ile ifade edilmektedir. Turgut TAN, “Sağlık Hizmetleri İhaleyle Satın Alınabilir mi?”, İÜHFM, C. 69, S. 1 - 2, 2011, s. 289.

¹⁰⁸⁷ Danıştay imtiyaz usulüyle bakanlığa bağlı kurumlarda teşhis ve tedavi sistemleri oluşturma ve bu sistemleri işletme imtiyazının verilmesinin ilişkin taslağı inceleyen İdari İşler Kurulu, sağlık hizmetinin **imtiyaz sözleşmesi ile özel kişilere** gördürülmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Karara göre sağlık hakkı, “devletin yükümlülükleriyle birlikte **sosyal ve hukuk devleti olma niteliğinin** kapsamını da belirleyen, tıpkı eğitim ve öğretim gibi, kişi güvenliği gibi devletin varlığının sebebi olan haklardandır ve asıl olan bunların devlet eliyle yürütülmesidir. ...Öte yandan Anayasa’nın 56/4 maddesinde yer alan ‘...kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek...’, **65 inci maddesinde yer alan ‘...mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde...’ gibi ifadeler, devletin aslı görevi olan sağlık hizmetinin bir bölümünün, imtiyaz yolu ile bir özel hukuk tüzel kişisine gördürülmesini haklı kılamaz.”** DİİK, 1990/90 E, 1990/73 K, 25.10.1990. Bkz. TAN, Sağlık Hizmetleri İhaleyle Satın Alınabilir mi?”, s. 290.

¹⁰⁸⁸ 1994 yılında 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’dan sonra özelleştirme işlemlerinin esasına ilişkin denetimi Danıştay, bu yasanın amaçları çerçevesinde yapmaktadır. Bu amaçlar; kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılmaması, ihale şartnamesinin özelleştirmeden beklenen yararları güvenceye alacak nitelikte olmaması, rekabet ortamının oluşturulmaması, tekelci yapının önlenmemesi ve aleniyet ilkelerine ve kamu yararına aykırılıktır. Zeynep GÜNLER, “Özelleştirme ve İdari Yargı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 11, S. 44, 2020, s. 1-22. Danıştay kararları için bkz. Dan.13.D., 2015/4556 E, 2017/765 K, 27.03.2017; Dan.13.D., 2005/7873 E, 2007/7894, 27.11.2007, Kazancı.

¹⁰⁸⁹ Dan.2.D., 2007/1200 E, 23.10.2007; Dan.10.D., 2007/7297 E, 09.07.2008, Kazancı.

bedelini verimlilik, ekonomik ve sosyal gereklere ve kamu hizmeti gereklerine uygun bulmaktadır.¹⁰⁹⁰ Ancak Anayasa Mahkemesi, Danıştay’ın aksine, birçok kararında sağlık hizmetleri dahil kamu hizmetlerinden faydalanmayı bedel koşuluna bağlayan düzenlemeleri sosyal devlet ilkesine aykırı görmemiştir.¹⁰⁹¹ Mahkeme, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak sağlık hizmetlerinin bedelsiz sunulması anlayışının günümüzde önemini yitirdiğini, bu hizmetten faydalananlardan “belli bir ücret(in)” alınabileceğini, bu hizmeti veren kurumların “kâr amacı güdebi(leceğini)” belirtmiştir.¹⁰⁹²

Danıştay kararlarında; sosyal devlet, laiklik ve Başlangıç içinde yer alan yapısal değerler, anayasal normların yorumunda, hukuk yaratmada hem genişletici hem sınırlandırıcı etkiye sahiptir. Çoğunlukla tek başlarına, başka bir denetim ölçütüne yer verilmeden hakların yanında ya da karşısında kullanılan bu ilkeler, bazı kararlarda ölçülülük ve eşitlik denetimiyle de desteklenmektedir. Danıştay ayrıca sosyal devlet ilkesini kullandığı kararlarında çoğunlukla temel haklarla bağlantı da kurarak bütünsel bir yaklaşım ortaya koymaktadır.

Anayasa’nın yapısal ilkeleri, diğer anayasal normların yorumunda, hukuk yaratmada hem -destekleyici- genişletici hem de sınırlandırıcı etki gösterirler.¹⁰⁹³

¹⁰⁹⁰ Bkz. Danıştay, Tekel İşletmeleri Genel Müdürlüğü’nce üretilen sigara ve içki fiyatlarına yapılan zammın (Dan.10.D., 1987/84 E, 1988/1709 K, 18.10.1988, **DD**, S. 74-75, s. 595-600), Türk Hava Yollarınca iç hat uçak biletlerine zam yapılmasına ilişkin zammın (Dan.10.D., 1989/96 E, 1989/2636 K, 26.12.1989, **DD**, S. 78-79, s. 515-517), bir yönetmelikle elektrik güvence paralarının yükseltilmesinin (Dan.10.D., 1987/87 E, 1990/372 K, 26.02.1990, **DD**, S. 80, s. 388-389) ve engelli çocuklara ilişkin hizmetlerde ücret istenmesini öngören düzenlemenin iptali istemiyle açıdan davada (Dan.10.D., 1998/1582 E, 1999/2239 K, 06.05.1999, Kazancı) iptal istemlerini reddetmiştir.

¹⁰⁹¹ AYM, 1984/9 E, 1985/4 K, 18.02.1985, R.G. 26.06.1985-18793; 1987/16 E, 1988/8 K, 19.04.1988, R.G. 23.08.1988-19908. (*Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Kararı*); 1990/18 E, 1991/4 K, 14.12.1991, R.G. 08.04.1991-20865, aksi yöndeki kararı için bkz. AYM, 1996/17 E, 1996/38 K, 16.10.1996, R.G. 09.08.1997-23075.

¹⁰⁹² AYM, 1988/16 E, 1988/8 K, 19.04.1988, R.G. 26.12.1988-20031.

¹⁰⁹³ SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 211. Ayrıca bkz. TANÖR, Anayasa Hukukunda

Yargısal denetimde değer odaklı (value protecting approach) yaklaşım, yargıçlar devleti ve yerindelik denetimi eleştirisine açıktır.¹⁰⁹⁴ Bu tehlikelere karşı AFAM yeni içtihatlarında değerleri koruyan yaklaşımı yerine anayasanın bütünlüğü ilkesine başvurmaya başlamıştır.¹⁰⁹⁵ Aynı etki ve değerde olan anayasanın bütün hükümleri, temel haklar dahil bütün hükümler, anayasanın değerler sisteminin birer parçasıdır.¹⁰⁹⁶ Bu nedenle, bazen birlikte uygulanması zorunlu iki kuraldan biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ancak, temel hak ve özgürlüklerin içerik ve sınırları ile nesnel düzen normları arasındaki ilişki-dengenin anayasanın bütünlüğü ilkesiyle kurulması zorunlu olmakla birlikte, bu ilişki-denge, temel hakların sınırlandırma rejimi dikkate alınarak ve hukuk devleti perspektifinden (özgürlük lehine) kurulmalıdır.¹⁰⁹⁷

Anayasa md. 2'deki, hukuk devletini niteleyen bütün değerlerin aynı zamanda insan haklarına saygıya ilişkin genel bir perspektif öngören, 2., 5.,¹⁰⁹⁸ 13., ve 90.

Sosyal Haklar, s. 367 vd.

¹⁰⁹⁴ Bkz. ÇAĞLAR, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri...", s. 141.

¹⁰⁹⁵ Bkz. SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 254.

¹⁰⁹⁶ "Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların birarada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanmaları zorunludur." Bkz. AYM, 1990/32 E, 1990/25 K, 16.10.1990, R.G. 30.11.1990-20711.

¹⁰⁹⁷ SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 343. "Çünkü anayasaların demokratik devlet ve kuvvetler ayrılığı ilkesine ağırlık verenler ile hukuk devleti ilkesine ağırlık verenler, **anayasaya uygun yorum** tercihi olarak farklı geleneksel yorum yöntemlerini seçeceklerdir. Demokratik devlet ve kuvvetler ayrılığına ağırlık verilmesi, doğrudan yasa koyucunun iradesine öncelik tanınması ve tarihsel yorum metodu kullanılmasını; hukuk devleti ilkesine ağırlık tanıyan yaklaşımlar ise sözel, sistematik, teleolojik yoruma ağırlık verilmesini gerektirir. Çünkü hukuk devleti ilkesi, hukukta açıklık, öngörülebilirlik ve kesinlik gibi unsurlarıyla açık sözel anlamın, sistematığın ve kanunun amacının üstünlük taşımasına neden olabilir." ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 138.

¹⁰⁹⁸ AYM, 1990/1 E, 1990/21 K, 17.07.1990, AMKD, S. 26, s. 325; ayrıca bkz. AYM, 1990/15 E, 1991/5 K, 28.01.1991, AMKD, S. 27, C. 1, s. 174. Anayasa'nın 5. maddesi sosyal devlet ilkesiyle birlikte Anayasa'nın yapısal ilkeler bloku içinde yer alırlar ve bu nitelikleriyle de, diğer anayasal normların yorumunda etki gösterirler. TANÖR, Anayasa Hukukunda Sosyal

maddeyle birlikte yorumlanması gerektiği açıktır. Bu hükümler, hak ve özgürlükler lehine yorum¹⁰⁹⁹ yapılması olanakları sunmaktadırlar.¹¹⁰⁰ Yapısal ilkelerin hukuk yaratmada-hukuksal yorumdaki ortak sınırı, temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır. Çünkü bu ilkeler, hakların kullanım koşullarını belirlerler. Bir hak için belirlenen özel sınırlama nedeninin varlığı, sınırlama nedenine yönelik denetimde yargıcın yorum yetkisini de sınırlar. Ayrıca anayasal değerler düzeninin en tartışmalı ifadelerini içeren Başlangıcın 8. paragrafında yer alan yoruma yönelik ifadenin özel sınırlama nedeni (nitelikli yasa kaydı) içeren özgürlükler bakımından sınırlama nedenleri türetmede kullanılmayacağı vurgulanmalıdır.¹¹⁰¹

Son olarak yapısal ilkelerin denetiminde gözetilmesi gereken usulün diğer denetim ilkelerinden farklı olduğunu belirtmekte fayda var. Yapısal ilkeler, normatif beyanları dile getirirler; bu nedenle hukukun biçimlendirilmesi faaliyetini doğrudan yönlendirirler.¹¹⁰² Davacı tarafın bu ilkelere aykırılığı ileri sürdüğü durumlarda devletin bu niteliklere uygun davranması gerekliliğini kanıtlaması gerekmez. Bu ilkelere aykırılık tespiti, norm alanının belirlenmesi bakımından önem taşır. Kamu yararının bu ilkelerle belirlenmesi, kanıt gerektirmeyen nesnel amaç unsuru bakımından hukuka uygunluk

Haklar, s. 367 vd.

¹⁰⁹⁹ Özgürlük lehine yorum aynı ya da yakın etki ve güce sahip, fakat sonuçları farklı iki yorum arasında özgürlüğü koruyan yorumun tercih edilmesidir. SAĞLAM, Anayasa Hukuku Ders Notları, s. 52. Anayasaya uygun yorum-anayasanın bütünlüğü her zaman özgürlükler lehine yorum anlamına gelmez. Örneğin laiklik, bir hakkın sınırlandırılması (eğitim, din vicdan vb.) işlevi görebildiği gibi hakkın kapsamını genişleten bir işlev de görebilir. Temel hakları sınırlandıran bir anayasal değere ağırlık vermek yerine, temel haklara ağırlık verilmesi özgürlük lehine olacaktır. Anayasa Mahkemesi de temel hakları güçlendirecek yorumun tercih edilmesi ve sınırlamaların mümkün olan en dar biçimde yorumlanarak yorum yoluyla yeni sınırlamalar getirilmemesi gerektiğini kabul etmektedir. AYM, 2009/31 E, 2011/77 K, 12.05.2011, R.G. 23.07.2011-28003.

¹¹⁰⁰ SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 334.

¹¹⁰¹ ODER, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 30.

¹¹⁰² SANCAR, Temel Hakların Yorumu, s. 211.

denetiminin bir parçasıdır. Nesnel amaçsal yorumla yapılan denetim, olguların gerçekliği ortaya konulduktan sonra olguların nitelendirilmesi ve uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının yorumlanmasıyla ilgili bir denetim olduğundan bu durum, kanıtlamaya ilişkin standartların uygulanmasını gerektirmez.



SONUÇ

İdarenin yerine getirmek zorunda olduğu görevlerin çoğalması ve karmaşıklaşması, yasalarla idarenin takdir yetkisinin genişlemesine ve dolayısıyla yargı denetiminin yoğunluğunun düşmesine neden olurken idari işlemlere ilişkin maddi adalet taleplerinin artması ve mahkemelerin anayasal gerekleri karşılama sorumluluğuyla hareket etme beklentisi denetim yoğunluğunun artmasına yol açmaktadır. Denetim yoğunluğunun artması, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında daha etkili bir denetimin yapıldığını gösterirken; güçler ayrılığı ve idarenin yasallığı ilkelerinin ihlal edildiği itirazını da beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla yargısal denetim, temel hakların etkili bir şekilde korunması ile güçler ayrılığı ilkesine saygı arasında dikkatli bir tutumu gerektirir. Bu tutum; farklı tarihsel, kültürel ve yasal geleneklere dayanan anayasal yapı modeliyle yakından ilgilidir.

İlk olarak yargı denetiminin yoğunluğunu artıran güvence ve yetkilerin çoğu anayasaya ve yasaya bağlıdır. Bu yüzden anayasal ve yargısal yapının temel özellikleri, yargısal denetim yoğunluğuna ilişkin önemli ipuçları içerir. Yargı yetkisi ve denetim yoğunluğuna ilişkin ilk veriler, yargı denetiminin anayasal temellerinde bulunur. Anayasa gereği, mahkemelerin, hukuk devletinin ve hakların koruyucusu olduğunun kabulü, mahkemelere yürütmenin faaliyetlerini hukuka ve temel haklara uygunluk yönünden denetlemesi için açık bir yetki vermektedir. Ancak denetimin standart bir yoğunlukta yapılması için mahkemelerin belli bir yetki ve güvence düzeyine ulaşması beklenir. Bu yetki ve güvenceler, yargının diğer güçler karşısındaki pozisyonunu ve dolayısıyla yargısal tutumları ve yargı denetiminin yoğunluğunu belirler.

Yargı yoğunluğunu belirleyen yargısal yetkiler ve bağımsızlık güvenceleri, mahkemelerin diğer organlar karşısındaki kurumsal kapasitesiyle ve anayasal pozisyonuyla yakından ilgilidir. Örneğin idare mahkemeleri, belirli bir kararın yürütme uygulanmayacağı ya da yasama tarafından engelleneceği bilgisiyle hareket eder. Ayrıca

yargıçlar, bu makamlar tarafından atanır veya görevden alınabilir. Yargıçların yargıçlık statüleri ve özlük hakları, yasama ve yürütmeye bağlıdır. Yargı, yasamanın ve yürütmenin müdahalelerinden tamamen uzak değildir. Bu organlar tarafından bir dizi müdahale söz konusu olabilir. Yasamanın, geriye dönük düzenlemelerle belirli bir davaya veya dava türüne müdahale etmesi bu örneklerden biridir. Anayasal güvence altında olmasına rağmen, Türkiye’de yargı bağımsızlığının, yargıçları atayan kurumlar ve bu kurumların yapısı ile ilgili sorunlar nedeniyle hala şüpheli olduğu söylenebilir.

Diğer yandan yargı denetimine kapalı alan kategorisinin anayasa tarafından genişletilmesi ve mahkemelerin kendiliğinden bazı işlemleri kategorik olarak görev alanı dışında bırakarak yargı kısıntıları oluşturmaları, esas hakkında karar imkânını ortadan kaldırmaktadır. İdari yargıdaki yetki ve alan kısıtlamaları ya da yargı denetimini genişleten yetkiler, yargısal aktivizm ya da çekingenlik gibi farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Güçler ayrılığı ile temel hakların sağlanması ikileminde yol alan idari yargı, yargısal çekinceleri bazı sınırlamalarla (güçler ayrılığı, yerindelik yasağı); yargısal aktivizmi de temel hak ve özgürlükler, anayasanın değer ilkeleri ve idari işlem kuramıyla meşrulaştırmıştır. Ancak bazı davalarda denetim yoğunluğu, idareye verilen takdir yetkisinin genişliği gerekçesiyle düşürülmesine rağmen, Anayasa’da sayılanlar dışında hiçbir karar kategorisinin *a priori* olarak denetim kapsamı dışında olmadığı kabul edilmiştir. Bu yönüyle yargılanabilirliğin, bazı idari işlem kategorileri bakımından yoğun olmasa da, öngörülebilir düzeye eriştiği söylenebilir. Ancak anayasayla yargı denetimi dışında bırakılan konuların yargısal denetim güvencesine kavuşturulması, hukuk devletinin gerekleri yönünden önemli bir ihtiyaçtır.

Anayasa gereği (AY md. 125) idari yargı yetkisine yönelik sınırlama ise, hem iptal ve tam yargı davası ayrımını hem de bu davaların sınırlı işlevini dikkate almadığı için çok işlevli bir sınırlama değildir. Bu nedenle bu düzenleme; iptal davasının nitelikleri, bazı davalarda iptal kararının hukuka uygun sonucun yerine getirilmesini kaçınılmaz kılacak

sonuçlar doğurması, aynı zamanda pratiklik kaygısıyla idari işlem tesis etme özelliklerinden dolayı mutlak olarak uygulanacak bir yasak olamamıştır. Tam yargı davası da, Türk hukukunda edim davası gibi idari işlem kurmaya zorlama kapasitesi olmayan ve neredeyse sadece “tazminat davası” olarak işlev gördüğünden yargı yetkisine ilişkin bu yasağın bu dava türü için de etkisiz olduğu söylenebilir. Olguların yasallık denetiminin bir parçası olarak kabul edilmesi de bu yasağın anlamsız olduğunu ya da açılabilir olduğunu gösterir. Nitekim olguları değerlendirip yerindelik alanında olup olmadığını belirleme yetkisine sahip bulunan makamın kendisi de, yine idari yargı yeridir.

İdari yargının yargılama kapasitesini gösteren unsurlardan bir diğeri, sahip olduğu usuli yetkilerdir. Bu usuli yetkilerin en önemlisi, araştırma yetkisidir. Araştırma yetkileriyle toplanan bilgi, denetim ölçütlerinin doğru uygulanmasında çok önemlidir. İdari yargıya tanınan resen araştırma yetkisi, geniş bir yetki olmakla birlikte, özellikle temel hakların ihlalinin söz konusu olduğu işlemler için yargılamanın hızlandırılması amacıyla tanık dinlenmesine izin verecek şekilde daha da genişletilebilir. Diğer usul kuralları da, örneğin yazılılık ilkesi, aynı amaçla, idari davaların yapısı göz önünde bulundurularak esnetilebilir. Yargıcın elindeki yargısal emir gibi usuli araçlar, yargısal denetimin bir parçası olduklarından denetim yoğunluğunu belirleyen bir diğer bileşendir. Yargısal emir yetkisi, işlem üzerinde gerçekleşen denetimin derinliğini doğrudan göstermese bile, yargıcın elindeki işleme müdahale etme araçlarından biridir. Ancak Türk hukukunda idari yargının denetim yaparken idari işleme müdahale araçları oldukça zayıftır. İdari yargının bireyi korumaya dönük yetkileri artırılabilir. Mahkeme, sahip olduğu ara karar yetkileriyle davaya erkenden müdahale imkanı elde ettiğinde bireysel hak kayıplarının önüne geçebilir. Ancak bu yetkiler yasalarla açıkça düzenlenmeli, mahkemelerin karar gerekçeleriyle anayasa ve yasalarla öngörülen yasakları dolanmaları ya da “ihlal” etmeleri engellenmelidir.

İdari usul kuralları da, yasalarla düzenlendiği için yasamanın elindedir. Yasa, idari işlemi yönlendirecek standartlar içermediğinde ve bu nedenle etkili bir şekilde karar vermeyi idarenin takdirine bıraktığında; yargıçlar idari işlemi, kendi politik ve kişisel değer yargılarına dayanarak denetleyebilir. Bu kuralların yasayla bağlayıcı hale getirilmesi, idarenin takdir yetkisini önemli ölçüde sınırlandırarak yargısal denetiminin yoğunluğunu düşürebilir. Bu mekanizma, yargının idari işlemin esasına ilişkin denetimin yoğunluğu konusundaki eleştirileri de bir ölçüde bertaraf edebilir. Ancak Türkiye’de tüm idari işlemlere ilişkin bir idari usul yasası yürürlükte değildir. Çeşitli düzenlemelerde dağınık bir şekilde bulunan usul kuralları, takdir yetkisinin sınırlandırılması açısından yeterli güvenceyi sağlamamaktadır.

Sonuç olarak, idarenin yargısal denetiminin, anayasa ve yasal düzenlemeler açısından yeterli kurumsal kapasiteye sahip olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte, uluslararası yargı yetkisinin kabulünün ve anayasa mahkemelerinin gelişen rolünün, yargısal yetki ve güvencelerin artmasına katkı sağladığı açıktır.

Yargıç yetkilerinin sınırlandırıldığı sistemlerde; ulusal ve uluslararası yargı mekanizmalarının etkisi ve artan dava sayısı yargı yetkisinin genişletilmesi yönünde baskı oluşturmaktadır. Bu baskılar, yargının rolünü geliştirmiş ve devletin üç erki arasındaki ilişkiyi büyük ölçüde değiştirmiştir. Sonuç olarak, yargı giderek daha fazla inceleme yapmak zorunda kalmakta ve hatta bazen diğer iki erkin yetki alanını kısıtlamaktadır. Yargı yetkisinin genişlemesindeki en büyük endişe; yargının yasama ve yürütmenin alanına müdahale edip yasama ya da yürütme gücü gibi hareket ederek güçler ayrılığı ilkesine zarar vermesidir.

Güçler ayrılığı ilkesinin amacı, tarihsel olarak devletin farklı işlevlerine sahip organlar arasında gücü dağıtmak, gücün tek elde toplanmasının önüne geçmek ve dolayısıyla da hak ve özgürlükleri korumaktır. Yargı yetkisinin genişlemesi, yargı ve diğer güçler arasında bir üstünlük mücadelesi olarak değil, kamu yararının sağlanması

için bunlar arasında kolektif bir kararı ortaya çıkaracak bir imkan olarak değerlendirilmelidir. Yargı yetkisini sınırlamak, kamu yararını belirleme yetkisinin yalnızca yasama ve yürütmede olduğunu ve bu yetkinin hiyerarşik ve siyasi denetime tabi olduğunu kabul etmek anlamına gelir. Güçler ayrılığı, insan hakları ve hukuk devleti ilkesi ile birlikte düşünüldüğünde, yargı yetkisinin sınırlandırılmasını değil, tersine güçlendirilmesini gerektirir. Yargının temel işlevi; yasama ile yürütmenin işlem ve eylemlerinin anayasaya, insan haklarına ve hukukun temel ilkelerine uygun olup olmadıklarını denetlemektir. Bu işlev, yargıya daha fazla yetki verilmesini gerektirir. İdari yargıya açık bir şekilde geniş yetkiler tanıyan sistemlerde bu yetkilerin güçler ayrılığı bağlanmında ciddi sorunlar doğurduğu söylenemez.

Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere ulusal içtihat mahkemelerinin ve uluslararası mahkemelerin gelişen yargılama yöntemleri ve araçlarıyla yaptığı denetimin, idari yargı denetimini daha yoğun ve etkin hale getirdiğı söylenebilir. Yasallık denetiminin genişlemesinin merkezinde, yargıcın yaratıcı kararlarının etkisinin yanı sıra, yargı organlarının anayasayı, uluslararası hukuk kurallarını ve hukukun genel ilkelerini hukuk düzeninin normatif bir bileşeni haline getirmesi vardır. İdari yargı, söz konusu kaynakları; anayasaya ve sözleşmeye uygun yorum, yasanın ihmali ya da anayasa ve uluslararası sözleşme normlarının doğrudan uygulanması yoluyla başarılı bir şekilde yargı denetimine dahil etmiştir. Bu gelişmenin diğer bir sonucu da, idari yargı denetimi gerekçelerinin değişmeye başlamasıdır. Anayasal korumanın önemi artıkça, içtihadi ölçütler temel haklar bağlamında ekstra koruyuculuk sunamadıkları için yavaş yavaş terk edilmektedir.

Denetim yoğunluğu, ikinci olarak, denetimin derinliğiyle ilgili soruları ön plana çıkarır. Derinlik, usul ve esasa yönelik tespitlerin ortaya konulmasında kullanılan yaratıcı yetkilerin, işleme müdahale etme imkanı veren usuli yetkilerin ve referans normların çokluğu ve etkili kullanımıyla sağlanır. Denetim yoğunluğu, denetim ölçütünün hangi

sorulara cevap aradığı ya da hangi sorulardan oluştuğu, bu sorulara cevap bulmak için yargı yerinin ne yaptığı, cevapların ne kadarıyla yetindiği ve son olarak kararın sonucuyla, yani mahkemelerin araştırma kapsamı ve alternatif sonuç getirme gücüyle ilgilidir.

Bu çerçevede denetimin derinliğine ilişkin ilk sonuç, yargısal denetim gerekçelerine yöneliktir. İç ve dış yasallık denetimi arasındaki yoğunluk farkı, denetim gerekçeleri ile araştırma yetkilerinin kullanımı açısından belirgindir. Dış yasallık gerekçeleri yasaya dayanmakta ve denetim belge üzerinde yapılmaktadır. Dolayısıyla bu denetimde araştırma yetkileri bakımından pek değişmeyen bir standart söz konusudur. Bu yönüyle dış yasallık denetimi, idari yargıcın daha az müdahalesi ile sonuçlanmaktadır. Ancak dış yasallık denetiminde, her ne kadar temel kaynak yasa olsa da, özellikle şekil denetiminde referans normaların arttığı ve bazı kararlarda esas denetimi yapabilmek için yeni koşullar arandığı söylenebilir. Dolayısıyla dış yasallık denetimi de, bazı yönlerden idari yargıcın yorumuna ve müdahalesine açıktır.

İç yasallık denetiminde yargısal sürecin, çoğunlukla, (en azından yoğun bir denetim için) iki aşamalı olarak gerçekleştirilmesi beklenir. Bu iki aşamanın öncelikle, uygulanacak normun ve içeriğinin, belirli bir olgunun varlığının ve dava konusu olgunun ilgili yasa ya da temel hak kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi; sonra da, denetim ölçütleriyle gerekçelendirilmesini kapsadığı kabul edilmektedir. İç yasallık denetiminin bu aşamaları, işlemin denetim gerekçelerine bağlı olarak farklı yoğunlukta olabilmektedir. Hem unsurlu denetim hem de içtihadi denetim ölçütleriyle yapılan denetim, yerini anayasal ölçütlerine dayanan denetime bırakmakta, bu da her iki aşamada denetim yoğunluğunu değiştirmektedir. İşlemin unsurlarına ve içtihadi ölçütlere dayalı denetim ile anayasal ölçütlere dayalı denetim arasındaki yoğunluk farkını, temel haklar belirlemektedir. Örneğin yasa normu belirsiz bir kavram içeriyorsa bu durumda norm alanı, demokratik toplum düzeni ve temel haklarla birlikte çizilir. Bu durumda mahkeme,

ilgili yasal kavram için belli bir tanım yapmadan, dava konusu olguların temel hakların norm alanı içinde olup olmadığını demokratik toplum düzeninin gerekleri çerçevesinde belirler.

Gerekçelendirme ya da hukuki temellendirme olarak isimlendirilen ikinci aşamada denetim yoğunluğu, denetim ölçütüne uygunluk için aranan koşulların çokluğuna ve kanıt standardına bağlı olarak değişmektedir.

İçtihadi ölçütlerden olan kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütünün bir çok davada, nesnellik koşulunu karşıladığı söylenebilir. Kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütü, sebep yoğun bir denetimle belli bir yoğunluk düzeyine ulaşmıştır. Bu ölçütü karşılamak için, çoğunlukla, somut ve yeterli bir sebep aranmaktadır. Ayrıca kamu yararı ve hizmet gerekleri, zaman zaman, içinde eşitlik ve ölçülülük gibi ilkeleri barındıran bir denetim ölçütü olmuştur. Bununla birlikte, bu ölçütler kadar açık, çerçevesi belli, öngörülebilir bir denetim sunamamaktadır. Kamu yararı denetiminin farklı versiyonları olan üstün kamu yararı ve bilanço ilkelerine dayanan denetimin ölçülülük denetimine yakın bir denetim olduğu söylenebilse de, bunlar ölçülülük denetimi kadar yoğun bir denetim sağlayamamaktadır. Kamu yararını dengelemede kullanılan veriler, her davada farklı olabilmektedir. Bu denetimlerde, anayasal gerekçelendirme ve olgusal gerekçelendirme, çoğunlukla ön planda değildir.

Öznel amacın ortaya çıkarılması için kullanılan yetki saptırması,, dosyadaki bilgilerle ve işlemin anayasal ölçütlere uygunluğuyla saptanmaktadır. Aynı sonuca anayasal denetim ilkeleri kullanılarak varılabildiği ölçüde yetki saptırması denetiminin kullanılmasına gerek yoktur. Diğer bir içtihadi denetim ilkesi olan açık hata, genellikle herhangi bir kamu yararı değerlendirmesi içermeyen ancak maddi hatalar içeren uyuşmazlıklarda uygulanmaktadır. Dolayısıyla sebep ve konu unsurlarının uyumu açısından kapsamlı bir denetim sunmaz.

İçtihadi denetim ölçütleri, kamu hizmetinin maddi niteliğine ilişkin olduğu durumlarda nesnel bir denetim sunsa da, temel hakları dışarıda bırakmakta ve idarenin amaçlarına odaklanmaktadır. Hak kayıpları bazı davalarda, kamu yararı ve hizmet gerekleri denetiminin konusu olsa bile, buradaki öncelik işlemin idari amaçlara uygunluğuna verilmektedir. Özellikle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında kurulan dengede, çoğunlukla, kamu yararının hangi anayasal değere ya da hangi olgusal gerçekliğe dayandığı açık değildir. Denge, temel hakkın ve somut gerçekliğin denk geldiği anayasal norm ile kurulmalıdır. Bazı durumlarda işlem, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olsa bile, ölçülü olmayabilir. Üstelik eşitlik, ölçülülük ve diğer ölçütler kamu yararını tamamen dışarıda bırakan ölçütler değildir. Kamu yararı ve hizmet gerekleri, meşru neden belirlenirken ya da temel haklarla idarenin amaçları arasında dengeleme yapılırken göz önünde bulundurulur.

Anayasal denetim ölçütlerinin temel hakları koruma yönünden daha güvenceli olduğu ve temel hakların kullanımını maksimize ettiği açıktır. Ancak bu ölçütlerin, idari yargıda uygulanma biçimleri ve aranan kanıt standardı, denetim yoğunluğunu değiştirmektedir. Örneğin eşitlik denetiminde karşılaştırma; yasal statü, temel haklar veya ayrımcılık pratikleri üzerinden yapıldığında farklı sonuçlara ulaşabilmektedir. Karşılaştırma temeli, yargısal denetimin yoğunluğunu azaltabilir ya da artırabilir. Yine, mahkemenin yorumuna bağlı olarak şekillenen haklı neden ölçütü, eşitlik ilkesinin sağladığı güvenceyi işlevsiz bırakabilir. Belli davalar için daha yüksek bir kanıt standardının aranıp aranmaması da günün sonunda mahkemenin tutumuna bağlıdır.

Ölçülülük ilkesinin belli üç aşamayı içerdiği ve daha açık ve analitik bir çerçeve sağladığı için içtihadi ilkelerden daha “yoğun” bir denetim gerekçesi olduğu kabul edilir. Ancak ölçülülük, genellikle orantılık testiyle özdeşleşmiş durumdadır. Bu, ölçülülük denetimini zayıflatmaktadır. Bununla birlikte orantılılık, diğer alt ilkelere göre daha yoğun bir denetim ilkesidir. Orantılılık denetiminde, temel hakka yapılan müdahale ile

seçilen araçla ulaşmak istenen amaç, anayasal önem açısından dengelenir. Ancak bu tartımın her zaman rasyonel bir şekilde gerçekleştiği de söylenemez. Yarışan çıkarların tanımlanması, bunların görelî öneminin tartılması ve somut koşullarda hangisine öncelik verileceğinin belirlemesi değer yargısı içeren bir incelemedir. Özellikle orantılılık ilkesinin uygulanmasında politik ve kişisel tercihlerin etkili olmaması için demokratik toplum gerekleri ölçütünün kullanımı önem taşır. Demokratik toplumda hem hakkın norm alanı genişler hem de hakka yapılan müdahalelerin meşruluğu daha sıkı koşullara bağlanır. Bununla birlikte ölçülülük testinin sonucu; gerekliliği ve kamu yararının yoğunluğunu belirleyebilmek için aranan kanıt standardına, hakkın niteliğine ve zararın katlanılabilirliğine göre değişmektedir.

Anayasa'nın değer ilkeleri; somut birer denetim ölçütü değil, normatif beyanları dile getiren, bu nedenle hukukun biçimlendirilmesi faaliyetini doğrudan yönlendiren nesnel düzen normlarıdır. Anayasal haklar ile bu değerler arasındaki çatışma, temel hakların sınırlanma rejimi dikkate alınarak özgürlük lehine çözülebileceği gibi, anayasanın öngördüğü düzeni önceleyen ideolojik yaklaşımla derinleştirilebilir. Hukuk devletinde ilk yaklaşımın seçilmesi beklenir. Laiklik ilkesi ve Başlangıç'taki bazı ilkelerin, yargı pratiğinde ideolojik referanslarla hakları sınırlandırmak amacıyla kullanılmasıyla bu beklentinin uzunca bir süre karşılanmadığı söylenebilir. Ancak hem Anayasa Mahkemesi hem de Danıştay'ın son dönem kararlarında bu ilkelerin, temel haklarla olan ilişkisi daha çok vurgulanmakta ve hakları sınırlandırmada kullanılmamaktadır. Mahkemelerin katı-ideolojik “müdahaleci” yaklaşımının, son dönemde “koruyucu liberal” bir yaklaşıma evrildiği söylenebilir. Bununla birlikte, özellikle Başlangıç'tan çıkarılan muğlak ilkeler yerine temel haklara dayanan anayasal denetim ölçütlerinin uygulanması, yani sınırları ve koşulları belli ilkeler çerçevesinde denetim yapılması, öngörülebilirliğin sağlanması açısından da daha elverişlidir.

Anayasa'nın değer ilkelerinden sosyal devlet ilkesi ise bütünsel bir yaklaşımla ve pozitif yükümlölük ve temel haklar temelinde ele alınmakta; hakları sınırlandırmak yerine hakların kullanım alanını genişleten, ayrıca “mali kaynakların yeterliliği” sınırlamasının devre dışı kalmasını sağlayan bir işlev görmektedir. Sosyal devlet, hakların kullanım alanlarını genişleten bir işleve sahip olmasına rağmen bazı durumlarda yeterli güvenceyi sağlamamaktadır. Sosyal devlet ilkesi, temel hakların yorumunda destekleyici işlev görür; sübjektif haklar doğurmaz; devletin yükümlölüklerini hatırlatır. Bu yüzden daha ilkesel ve normatif bir yaklaşımın oluşturulması gerekmektedir. Yargı organlarının kararlarında sosyal devlet ilkesiyle korunmaya çalışılan hakların denetiminde, temel hak ve özgürlükler için uygulanan anayasal denetim ölçütlerinin kullanılması, daha yoğun bir denetim imkanı sunabilir. Özellikle hakkın özü ölçütüyle birlikte kullanılabilecek “asgari öz” ölçütü önceliklerin belirlenmesinde yol gösterici olabilir.

Son olarak, yapısal ilkelerin denetiminde, kanıt standardı ve yükü denetim yoğunluğunu belirleyecek etkide değildir. Bu ilkelerle yapılan denetim, olguların gerçekliği ortaya konulduktan sonra, olguların nitelendirilmesi ve hukuk kurallarının yorumlanmasıyla ilgili bir denetim olduğundan, kanıtlamaya ilişkin standartların uygulanmasını gerektirmez.

Çalışmanın, yargı denetiminin yoğunluğunana ilişkin belirsizlik sorununa çözüm getirmediği ileri sürülebilir ya da ne ölçüde çözüm getirdiği sorulabilir. Ancak çalışmanın amacı, yargılama sürecini ve bu sürece etki eden faktörleri göz önüne alarak asgari düzeyde bir öngörülebilirliği ortaya koymaktır. Denetim yoğunluğuna ilişkin temel bir standart belirlemek aldaticı olabilir; her davanın kendine özgü konu ve zaman bağlamlı sorunları olduğu için, denetim ölçütlerinin her davada standart bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Ayrıca yargılamanın her zaman, yukarıda belirtilen ikili aşamadan geçerek yapıldığını söylemek güçtür. Nitekim norm alanı belirlendikten sonra işlemin eşitlik ve ölçölölük gibi ilkelerle denetimine gerek kalmayabilir. Bu, daha az yoğun bir

denetim yapıldığı anlamına gelmez. Mahkemelerin gerçeği bulmadaki rolü, dava konusu işlemin niteliğine göre büyük ölçüde değişebilir. Buradaki girişim, denetim ölçütleri ve yöntemlerinin karşılık geldiği “ne kadar”lık kısmının denetlendiği ile denetlenen “kadarı”nın yetki meselesine olan etkisini ortaya koymaktır. Hangi konuların “ne kadar” denetlendiği, geniş bir yelpazeye yayılan faktörlerden bağımsız değildir.

Bu nedenle, çalışmanın, kullanılan ölçüt ya da yöntemlerden hangisinin daha etkili, gerekli ve iyi olduğu konusunda bir sonuç sunmadığını ya da sunamadığını belirtmekte yarar var. Kaldı ki, hem içtihadi hem de anayasal denetim ölçütlerinin denetim yoğunluğunu belirleme gücü, denetim ölçütüne göre değişmektedir. Denetim yoğunluğu, kullanılan ölçütün öngördüğü koşullar kadar yargılama politikasına bağlı olarak değişmektedir. Sonuç olarak, kararların gerekçeleri, yargının aldığı fiili pozisyonları desteklemek için kullanılabilir. Mahkeme, denetlemek istemedği davalarda düşük yoğunluklu denetim testlerinden birini, örneğin ölçülülük yerine açık hata testini uygulayabilir ya da araştırma yetkilerini daha az kullanabilir.

Bununla birlikte, idarenin yargısal denetiminin anayasal ilkeleri karşılayan bir düzeye erişmiş olduğu söylenebilir. Anayasal ölçütler, denetim yoğunluğunu artırma kapasitesine sahiptir. Bu, anayasal ilkelerin içtihadi ilkelere kıyasla idari işlemlerin daha yoğun denetlenmesini sağlayan kesin bir çerçeve sunması beklentisine yol açabilir. Bu beklenti, gerçekçi olmamakla birlikte, yargı, öngörülebilirliğin sağlanması için denetimin her aşamasında, her ölçüt için belli bir standardı her davada uygulamalıdır. Anayasal ölçütlerle yapılan denetim, bu ölçütlerin asgari koşulları çerçevesinde gerçekleştirilmeli ve bu ölçütlerden sapmaları olabildiğince açık, anlaşılır ve ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirmelidir. Bu ölçütlerin, mahkeme kararları ya da doktrin doğrultusunda küçülebilen veya genişleyebilen esnek ölçütler olarak sunulması da oldukça risklidir.

İdari yargı yeri, tüm yetkilerini bireyi ve hukuk devletini korumak adına rasyonel bir şekilde kullandığında, muhtemelen daha yoğun bir denetim yapmış olur. Bu sonuç,

hem hukuk devletinin sağlanmasına hem de bireysel hakların korunmasına katkı sunmaktadır. Yargısal denetimin yoğunluğuna ilişkin değerlendirmeler, ancak demokratik bir hukuk devletinde sağlıklı sonuçlar doğurabilir. Hukuk devleti niteliklerini yitiren ya da arka planda bırakan bir devlette yargısal denetim belirsizleşebilir, yargı organları yargısal yetkilerini kullanmakta çekingen olabileceği gibi, bu yetkileri aşan bir denetim de yapabilir. Hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik bir devlette her üç organ, yasaların öngördüğü sınırlar içinde ve temel hukuk ilkeleri temelinde hareket ettiğinde, işlemlerin sonuçları az çok öngörülebilir olacaktır.

Dava konusuna ilişkin bir sınıflandırma da söz konusu olabilir, en azından hangi davalarda hangi ölçütlerin kullanıldığı ya da kullanılan ölçütlerin denetimde nasıl kullanıldığına dair daha açık ve öngörülebilir bir sonuç çıkarmak mümkün olabilir.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, Kral Devletinden İmparatorluğa, 3. B., İmge Kitabevi, 2002.
- AKBULUT, Emre, “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, TBB Dergisi, S. 81, 2009, s. 1-21.
- AKGÜL, Mehmet Emin, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesini Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2010, s. 79-101.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, “Arşiv Belgeleri Işığında Şura’yı Devletten Danıştay’a İdari Yargı Teşkilatı”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993-Ankara, Danıştay Yay., 1993, s. 120-135.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, AİD, C. 14, S. 3, Eylül 1981, s. 37-56.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Danıştay Kararlarına Göre Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar”, AİD, C. 16, S. 3, 1983, s. 32-47.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Kamu Yararı Üzerine Düşünceler”, İHİD, Y. 1988, C. 9, S. 1, s. 11-22.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Yönetmel İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, AİD, 1982, C. 15, S. 2, s. 7-19.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı Konusunda Bir Karşılaştırma”, Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü, 5 Mart 2012, İHİD, C. 15, S. 2, 2012, s. 171-193.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü”, Çevrim içi, www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm , 11 Ağustos 2004.
- AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları I, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., Ankara 1995.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Yönetmel Yargı ve Denetimin Etkinliği”, AİD, C. 23, S. 1, 1990, s. 3-11.
- AKSOYLU, Özge, “Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması”, GSÜHFD, S. 2, 2011, s. 139-254.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin

Yay., Ankara 2000.

ALAN, Nuri, “Anayasanın İdari Yargıda Somutlaşması”, DD, S. 92, s. 3-36, Çevrim içi, <https://cdn.bartın.edu.tr/personel/ecf292227efb77dbdc4ccb91b19d8031/danistay-dergisi-92.pdf>.

ALAN, Nuri, “İdari Yargının Dünyü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü”, TBB Dergisi, S. 2, 1998, s. 517-560.

ALAN, Nuri, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Yay., No: 21, 1972, s. 330-369.

ALAN, Nuri, “Bürokrasi ve İnsan Hakları”, Bürokrasi ve İnsan Hakları Açık Oturumu, 10 Aralık 2006, Ankara, TBB Yay., No. 122, s. 7-18.

ALAN, Nuri, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, 10-11-12 Haziran-Ankara, Danıştay Yay., 1982, s. 31-61.

ALEXY, Robert, “Constitutional Rights and Proportionality”, Revus (Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law), 2014, 22, s. 51–65.

ALEXY, Robert, A Theory of Constitutional Rights, Çev. Julien Rivers, Oxford University Press, B. 2, Oxford 2002.

ALTINDAĞ, Halil, “Yasama Kısıntısı”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C. 8, S. 20, 2016, s. 247-266.

ALTINDAĞ, Halil, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, XII Levha Yay., İstanbul 2016.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, “Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited”, European Public Law, V. 6, N. 1, 2000, s. 69-80.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, “Proportionality – a German Approach”, Amicus Curiae, N. 19, 1999, Çevrim içi, <http://journals.sas.ac.uk/amicus/article/view/1458/1335>, s. 11-13.

ARDIÇOĞLU, Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2017, s. 20-51.

ARI M. Haluk/KIRMIZIGÜL, Benan, “Kartel İncelemelerinde Delil ve İspata Dair Meseleler”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX, 6 Mayıs 2011-Kayseri, s. 337-381, Çevrim içi, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Haber/rekabet-hukukunda-guncel-gelistmeler-sempozyumu-ix-fa212a96090844a490b796fe233b7392>.

ARSEL, İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Kitap: Cumhuriyetin

- Temel Kuruluşları, Mars Matbaası, Ankara 1965.
- ARSLAN, Süleyman, “Tanzimat Döneminin Yarattığı Bir Yargı Organı Şura’yı Devlet”,
Jale G. Akipek’e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya 1991, s.
75-95.
- ARSLAN, Zühtü, “Temel Hak ve Öztürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi
Üzerine Bazı Düşünceler”, AYD, C. 19, 2002, s. 139-155.
- ATAR, Yavuz, “Anayasanın Üstünlüğü Ve Bağlayıcılığı İlkesi Ve Bu İlkenin Anayasada
Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi , C. 2, s. 2, 1989, s. 182-209.
- ATAR, Yavuz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık
Denetimi”, AYD, C. 36, S. 1, 2019, s. 241-259.
- AVCI, Adem, “İngiliz Hukukunda Mandamus (Mandatory Order) İlkesi”, Hacettepe
Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2014, s. 165-180.
- AYANOĞLU, Taner, “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının
Niteliği”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, 9 Mayıs 2003-
Ankara, Danıştay Yay., No: 68, 2004, s. 63-71.
- AYAYDIN, Cem, “İdari Yargının Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar
Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, İÜHFM, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 505-
592.
- AYBAY, Rona, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, TBB Dergisi, S.
70, 2007.
- AYDAR, Hafize Sevinç, İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye’de
Uygulanabilirliği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal
Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2007.
- AZRAK, A. Ülkü, “İdarî Usul ve Yasalaştırılması”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi II.
Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990-Ankara, Danıştay Yay., 1990, s. 821-834.
- AZRAK, A. Ülkü, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak Takdir Yetkisi”, İHİD, C. 6,
S. 1-3, s. 17-28.
- AZRAK, A. Ülkü, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, AYD, C. 9, 1992, s.
223-340.
- AZRAK, A. Ülkü, “Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi”, İÜHFM, C. 33, S.
1-2, 1967, s. 66-82.
- AZRAK, A. Ülkü, “Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay”, II. Ulusal İdare Hukuku
Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993-Ankara,
Danıştay Yay., 1993, s. 11-37.

- AZRAK, A. Ülkü, “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, Hukuk Kurultayı 2000, C. I, Ankara Barosu Yay., Ankara 2000, s. 331-335.
- AZRAK, A. Ülkü, “Yargı ve İdare, İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme”, İÜHFM, C. 34, 1969, S. 1-4, s. 129-155. (Yargı ve İdare)
- AZRAK, A. Ülkü, “Yasama ile İdarenin Yargısal Denetimi ve Siyaset”, in Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı, Hyperlink, İstanbul 2001, s. 67-82.
- BACKES, Chris/ELIANTONIO, Mariolina, Administrative Law, in Introduction to Law, Ed. Jaap Hage/Bram Akkermans, Springer 2014, s. 1-36. (September 1, 2013) Çevrim içi, <https://ssrn.com/abstract=2393029> ya da <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2393029>.
- BAĞÇECİ TACİR, Hamide, “Sosyal Devlet Kapsamında Çalışma Özgürlüğü ve Çalışma Hakkının Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 153, 2019, s. 965-984.
- BAILEY, David, “Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective”, Common Market Law Review, V. 40, N. 4, 2003, s. 845-888.
- BALKAR, K. Galip, “Teşkilatı Esasiye Kanununa Aykırı Kanun Karşısında Mahkemenin Durumu”, AÜHFD, C. 10, S. 1-4, 1953, s. 212-226.
- BALTA, Tahsin B., İdare Hukukuna Giriş I, TODİE Yay., No 117, Ankara 1968/1970.
- BARAK, Aharon, Purposive Interpretation in Law, Princeton University Press, Princeton 2005.
- BARBER, Nicholas W., “Self-defence for Institutions”, The Cambridge Law Journal, V. 72, N. 3, 2013, s. 558-577.
- BARNETT, Hilaire, Administrative&Constitutional Law, 5. B., Canvendish, Londra 2004.
- BAŞPINAR, Recep, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, DD, Y. 1, S. 3, 1971, s. 59-85.
- BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993.
- BAYEFSKY, Anne F., “Defining Equality Rights”, in Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Ed. Anne F. Bayefsky/Mary Eberts, Toronto-Calgary-Vancouver, Carswell, 1985, s. 345-359.
- BAYRAKTAR, Erman, “Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Yay., Ankara 1976, s. 254-294.
- BECKER, Florian, “The Development of German Administrative Law”, Geoge MASON Law Review, V. 24, 2017, s. 453-476.

- BEREKET, Zuhale, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yay., Ankara 1996.
- BERMANN, George A., "The Scope of Judicial Review in French Administrative Law,"
Columbia Journal of Transnational Law, V. 16, N. 2, 1977, s. 195-254, Çevrim içi,
h7ps://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2107.
- BIGNAMI, Francis, "Comparative Administrative Law", George Washington University,
Public Law and Legal Theory Paper No. 2012-115, s. 1-28.
- BİLGİN, Pertev, "Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme", AÜSBF İnsan
Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, S. 5, 1995, s. 12-16.
- BİRBİR EFENDİOĞLU, Didem, İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı, İstanbul
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı,
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- BJORGE, Eirik, "'Contractual' and 'Statutory' Treaty Interpretation in Domestic Courts?
Convergence around the Vienna Rules", in The Interpretation of International Law
by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence, Ed. Helmut Philipp
Aust/George Nolte, Oxford University Press, 2016, s. 49-70.
- BOBBIO, Norberto, The Age of Rights, Çev. Allan Cameron, Polity Press, Cambridge
1996.
- BOBEK, Michal, "Reasonableness in Administrative Law: A Comparative Reflection on
Functional Equivalence", Eric Stein Working Paper No. 2/2008, s. 1-13, Çevrim
içi, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140750.
- BONNARD, Roger, İdarenin Kazai Murakabesi, Çev. Ahmed Reşid TURNAGİL,
Devlet Basımevi, İstanbul 1939.
- BOULANGER, Özge Didem, İdari İşlemin Sebep Unsuru, Marmara Üniversitesi Sosyal
Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi,
İstanbul 2016.
- BROWN Neville L./BELL, John S., French Administrative Law, 5th Edn, Oxford
University Press, Oxford 1998.
- BROWN, Neville L./GARNER John F., French Administrative Law, 2d Edn.
Butterworth & Co Publishers, Lincoln 1973.
- BUĞUÇAM, Ziya Bekir, "Common Principles of Judicial Review of Administration in
Europe: A Comparative Study of France, the UK, the ECHR and the EU", Law &
Justice Review, Y. 3, S. 5, Aralık 2012, s. 55-120.
- BÜLBÜL, Erdoğan, "Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri
Reformu", Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, 10-11 Mayıs
2002-Ankara, Danıştay Yay., 2002, s. 63-95.

- ÇAĞLAR, Bakır, “ ‘Hukuk’la Kavranan ‘Demokrasi’ ya da ‘Anayasal Demokrasi’ ”, AYD, C. 10, 1993, s. 233-322.
- ÇAĞLAR, Bakır, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Demokrasi’”, AYD, C. 7, 1997, s. 57-127.
- ÇAĞLAR, Bakır, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, AYD, C. 2, 1985, s. 163-195.
- ÇAĞLAR, Bakır, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, AYD, C. 3, 1986, s. 137-187.
- ÇAĞLAR, Bakır/ÇAVUŞOĞLU Naz, “Parti Kapatma Davalarında Mermer-Mozaiik ikilemi, Demokratik Toplum Düzeni Hukuku Üzerine Notlar”, AYD, C. 16, 1999, s. 143-187.
- ÇAĞLAR, Selda, “Engelli Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, TBB Dergisi, Y. 24, S. 96, 2011, s. 149-178.
- ÇAKMAK, N. Münci, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin Yay., Ankara 2013.
- CANANEA, Giacinto della, “Reasonableness in Administrative Law”, in Reasonableness and Law, Law and Philosophy Library 86, Ed. Giorgio Bongiovanni/Giovanni Sartor/Chiara Valentini, Springer, Italy 2009.
- CANDAN, Turgut, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması”, İdari Yargı Paneli, 11-12 Nisan 2003-Mersin, Şen Matbaa, s. 212-262.
- CANDAN, Turgut, “Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar”, DD, Y. 14, S. 54-55, 1984, s. 31-40.
- CAROLAN, Eoin, The New Separation of Powers, Oxford University Press, Oxford 2009.
- CARTABIA, Marta, “Separation of Powers and Judicial Independence: Current Challenges”, European Court of Human Rights the Authority of the Judiciary Seminar in the occasion of the Solemn Hearing of the Court Strasbourg, January 26th, 2018, s. 1-11, Çevrim içi, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/news/cartabia_3.pdf.
- ÇELİK, Demirhan Burak, “16 Nisan Anayasa Değişikliği ve Yeni Hâkimler ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme”, AÜSBFD, C. 73, S. 4, 2018, s. 1057-1094.
- CEYLAN, Mahmut, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, XII Levha Yay., İstanbul 2017.
- CHAN, Core, “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, The Society of Legal Scholars (SLS) Annual Conference, Bristol, UK., 11-14 September 2012, in Legal Studies I, 2013, V. 33 N. 1, s. 1-21, Çevrim içi,

<https://ssrn.com/abstract=2180463>.

CHEVALLIER, Jacques, Hukuk Devleti, Çev. Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Yay., Ankara 2010.

ÇİÇEK, Erol, “İnsan Hakkı Olarak Çevre ve Çevre Hukukuna Hakim Olan Bazı İlkeler”, TBB Dergisi, Y. 25, S. 103, 2012, s. 351-378.

CİN KARAGÖZ, Emine, İdari Hukukunda Karine ve Varsayım, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

CLERMONT, Kevin M./SHERWIN, Emily, “A Comparative View of Standards of Proof”, The American Journal of Comparative Law, V. 50, N. 2, 2002, s. 243-275.

CRAIG, Paul, “Law, Fact And Discretion in UK”, Çevrim içi, https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/paul_craig.pdf.

CRAIG, Paul, “The Nature of Reasonableness Review”, Current Legal Problems, V. 66, N. 1, 2013, s. 131–167.

DALKILIÇ, Elvin Evrim, “Anayasa Mahkemesi’nin Son Dönem Kararlarında Yasa ile Yetkilendirmenin Anlamına İlişkin Gözlemler”, TBB Dergisi, S. 139, 2018, s. 25-26.

DALY, Paul, “Administrative Law Values II: the Four Values”, July 6, 2014, Çevrim içi, <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2014/07/06/administrative-law-values-ii-the-four-values/>.

DOEHRING, Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul 2002.

DONNO, Marzia De, “The French Code ‘Des Relations Entre Le Public Et L’administration’ A New European Era for Administrative Procedure?”, Italian Journal of Public Law, V. 9, N. 2/2017, s. 220-260, Çevrim içi, http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2017_volume_2/IJPL_volume2_2017.pdf.

DOWNES, Garry, “Reasonableness, Proportionality and Merits Review”, New South Wales Young Lawyers Seminar Issues of Administrative Law, The Law Society, 24 September 2008- Sydney, s. 1-14, Çevrim içi, <https://www.aat.gov.au/AAT/media/AAT/Files/Speeches%20and%20Papers/ReasonablenessSeptember2008.pdf>

DROOGHENBROECK, Sébastien Van/RIZCALLAH, Cecilia, “The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?”, German Law Journal, V. 20, N. 6, 2019, s. 904-923.

DUEZ, Paul, “Yetki Saptırma-İdari Tasarruflarda Maksak Unsuru”, DD, Y. 19, S. 74-75,

1989, s. 38-40.

DUGUIT, Leon, “The Law and the State”, Harvard Law Review, V. 31, N. 1, 1917, s. 1-185.

DURAN, Lütfi, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, AİD, C. 20, S. 4, 1987, s. 3-17.

DURAN, Lütfi, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)”, AİD, C. 21, S. I, 1988, s. 63-77.

DURAN, Lütfi, “Atatürk Döneminde Danıştay”, in Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yay., İstanbul 1988, s. 193-222.

DURAN, Lütfi, “Tükiyenin Yargı Düzeni” in Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yay., İstanbul 1988, s. 25-35.

DURMUŞ, Betül, “Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gerekliklik Ölçütü”, s. 1-7, Çevrim içi, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Betu%CC%88l-Durmus%CC%A7-Bireysel-Bas%CC%A7vuru-Kararlar%C4%B1nda-Demokratik-Toplumda-Gerekliklik-O%CC%88lc%CC%A7u%CC%88tu%CC%88.pdf>.

DURSUN, Hasan, “İdari Usul ve Şekil İlkeleri İle Genel İdari Usul Kanunu Öntasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım”, Türk İdare Dergisi, Y. 79, S. 426, Eylül 2007, s. 219-248.

ERDEM KARAHANOGULLARI, Özlem, “Danıştay Kararlarında Din, Vicdan Özgürlüğü”, s. 11-21, Çevrim içi, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3622/karahanogullaridinozgurlugu.pdf>.

EREN, Abdurrahman, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, AYD, C. 36, S. 1, 2019, s. 1-72.

EREN, Abdurrahman, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri” , AYD, C. 32, 2016, s. 231-301.

EREN, Abdurrahman, Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yay., İstanbul 2004.

ERGÜL, Ozan, “Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Güncel Hukuk, S. 173, 2018, s. 30-32.

ERKUT, Celal, “Fransa’da 1953 Reformu ve Bugünkü İdari Yargının Genel Görünümü”, İHİD, Y. 5, S. 1-3, Aralık 1984, s. 49-62.

ERKUT, Celal, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, İdari Yargı Sempozyumu 2000, 11-12 Mayıs 2000-Ankara, Danıştay Yay., 2000, s. 89-96.

- ERKUT, Celal, “Danıştay’ın 1402’likler Kararı: Türk Kamu Hukuku’nun Yüz Akı”, Tarık Zafer Tunaya Armağanı, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 1992, s. 71-86.
- ERKUT, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İHİD, Y. 9, S. 1-3, s. 69-91.
- ERKUT, Celal, Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi), Kavram Yay., İstanbul 1996.
- ERKUT, Celal, İptal Davasını Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yay., Ankara 1990.
- EROĞUL, Cem, “Öznel Bir Hak Olarak Laiklik”, 1991, AÜSBFD, Muammer Aksoy’a Armağan, C. 46, S. 1-2, 1991, s. 183-190.
- EROĞUL, Cem, Anatüzeğe Giriş, İmaj Yay., Ankara 2004.
- ERTAN, İzzet Mert, “Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/Çekirdek Yükümlülükler”, in Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar, TODAİE Yay., Ankara 2014, s. 85-102.
- ERVIN, Sam J. “Separation of Powers: Judicial Independence”; Law and Contemporary Problems, 35, 1970, s. 108-127.
- FABBRINI, Federico, “‘Reasonableness’ as a Test for Judicial Review of Legislation in the French Constitutional Council”, Journal of Comparative Law, 4/1, 2009, s. 39-68.
- ALSHAWABKEH Faisal/ALMAJALI, Mohmmad Husien, “The Influence of the Jurisprudence Administrative on the Cancellation Case; ‘Analytical Study’”, Heliyon, V. 7, N. 3, 2021, s. 1-6.
- GEANT, A J., “The Government of Louis XIV (1661-1715)” University of Mannheim, Çevrim içi, <http://mateo.uni-mannheim.de/camenaref/cmh/cmh501.html#011>.
- GEMALMAZ, H. Burak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi”, İÜHFM, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 649-673.
- GEMALMAZ, H. Burak, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Ankara 2018.
- GENÇAY, Gökçe, “Ormancılıkta Kamu Yararı”, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 1, 2010, s. 45-56.
- GERARDS, Janneke, “The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights”, in The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe, Ed. Jan Niessen/Isabelle Chopin, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2004, s. 3-60.

- GERARDS, Janneke/SENDEN Hanneke, "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, V. 7, N. 4, 2009, s. 619-653.
- GILBERG, Karine, *Joint Project on Improving the Effectiveness of the Administrative Judiciary and Strengthening the Institutional Capacity of the Council of State-Reforms in the French Administrative Justice System and Alternative Dispute Resolution (ADR) Methods*, Aralık 2020, Ankara, Council of Europe.
- GİRİTLİ İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yay., İstanbul 2008.
- GİRİTLİ, İsmet, *İdarenin Yetkisini Saptırması*, 1957, s. 1-28, Çevrim içi, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/ihfm/article/view/1023011216/1023010475>.
- GİRİTLİ, İsmet, *Türkiye'de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları*, İstanbul 1958.
- GÖNENÇ, Levent, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı*, Adalet Yay., Ankara 2015.
- GÖREN, Zafer, "Sosyal Devlet", in Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir 2000, s. 1-49.
- GÖREN, Zafer, *Temel Hak Genel Teorisi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir 2000.
- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, Ekin Yay., 2011.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, C. I, 2. B., Ekin Yay., Bursa 2009.
- GÖZLER, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, 1. B., Ekin Yay., Bursa 2000.
- GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yay., Bursa 2000.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku (İdari Yargılama Hukuku)*, C. II, 8. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 343.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Yönetmelik Yargı*, 30. B., Turhan Kitapevi, Ankara 2010.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 8. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- GRANGER, Marie-Pierre, "The Preamble(s) of the French Constitution: Content, Status, Uses and Amendment", *Acta Juridica Hungarica*, V. 52, N. 1, 2011, s. 7-12.
- GREER, Steven, "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 23, S. 3, s. 405-433.
- GROTE, Rainer, "Rule of law, Rechtsstaat and 'Etat de droit'", in *Constitutionalism*,

- Universalism and Democracy-A Comparative Analysis, Ed. Christian Starck, 1999, s. 127-176.
- GUTMANN Amy/THOMPSON Dennis, Democracy and Disagreement, Belknap Press, Cambridge 1996.
- GÜLAN, Aydın, “Fransa’da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2001-Ankara, Danıştay Yay., No 63, Ankara 2003, s. 23-36.
- 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 Yay., Ankara 1991, s. 139-148.
- GÜNDAY, Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, AYD, S. 14, 1997, s. 347-358.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. B., İmaj Yay, Ankara 2015.
- GÜNDAY, Metin, İdarenin Takdir Yetkisi, Doçentlik Tezi, 1982.
- GÜNEŞ, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965.
- GÜNLER, Zeynep, “Özelleştirme ve İdari Yargı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 11, S. 44, 2020, s. 1-22.
- GÜNTHER, Carsten, “Administrative Justice in Europe -Report for Germany-“, Leipzig, Çevrim içi, http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/germany/germany_en.pdf .
- GÜRAN, Sait, “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, AYD, C. 2, 1985, s. 143-159.
- GÜRAN, Sait, “Anayasanın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, Anayasa Mahkemesinin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Sunulan Bildiriler, 28-29 Nisan 1994-Ankara, AYD, Ankara 1995, s. 191-200.
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2019.
- HAN, Deniz Bilge, “Pandemide Özgürlüklerin Koruyucusu Olarak Danıştay: référé-liberté Usulü”, 5 Ekim 2020, Çevrim içi, http://publicisteturc.org/pandemide-ozgurluklerin-koruyucusu-olarak-danistay-refere-liberte-usulu/#_ftn4,
- HARAŠIĆ, Žaklina, “More about Teleological Argumentation in Law”, Pravni Vjesnik God 31 BR. 3-4, 2015, s. 23-49.
- HARRIS David J./O’BOYLE, Michael/BATES Ed/BUCKLEY, Carla, Avrupa İnsan

- Hakları Sözleşmesi, Çev. Ulaş Karan/Mehveş Bingöllü Kılıcı, Şen Matbaa, Ankara 2013.
- HATEMİ, Hüseyin, Hukuk Devleti Öğretisi, İşaret Yay., İstanbul 1989.
- HAYEK, Friedrich A. von, “Siyasal Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti (Hukuk Devleti Siyasî İdeali)”, in Hukuk Devleti- Bir Hukuki İlke Bir Siyasi İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, 2. B., Adres Yay., 2008, s. 79-153.
- HERRMANN, Richard L., “Procedural Due Process in Administrative Law: Some Thoughts from the French Experience, University of Michigan Journal of Law Reform, 45, 1968, s. 45-65
- HUME, David, “That Politics May Be Reduced to a Science”, Political Essays, Ed. Knud Haakonssen, Cambridge University Press, 1994, s. 4-15.
- İBA Şeref/SÖYLER Yasin, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, AYD, C. 36, S. 1, 2019, s. 195-223.
- İNCEOĞLU, Sibel, “Adil Yargılanma Hakkı” in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Ed. Sibel İnceoğlu, 3. B., Beta Yay., İstanbul 2013, s. 209-286.
- İNCEOĞLU, Sibel, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Ed. Sibel İnceoğlu, 3. B., Beta Yay., İstanbul 2013, s. 7-21.
- İNCEOĞLU, Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, in İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Ed. Sibel İnceoğlu, 3. B., Beta Yay., İstanbul 2013, s. 23-52.
- İNCEOĞLU, Sibel, “Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime İHAS’a Uyum Işığında Bir Değerlendirme, AYD, C. 30, 2013, s. 83-106.
- JESTAEDT Matthias, “The Doctrine of Balancing-Its Strengths and Weaknesses”, in Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy, Ed. Matthias Klatt, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 152-172.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, in Anayasal Sosyal Haklar, Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yay., İstanbul 2012, s. 15-35.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasaya Hukuku Dersleri, 2. B., Legal Yay., İstanbul 2005.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Kolektif Özgürlükler, DÜHF Yay., Diyarbakır 1989.

- KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 5. B., Afa Yay., İstanbul 1993.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, AYD, C. 8, 1991, s. 291-322.
- KANATOĞLU, Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Yay., İstanbul 2000.
- KAPLAN, Gürsel, “İdari Yargıda Sözlülük Usulü”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 13, C. 13, S. 1, s. 33-46, Çevrim içi, <http://www.idare.gen.tr/KAPLAN-tanik.pdf>.
- KAPLAN, Gürsel, Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Ekin Yay., Bursa 2016.
- KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 6. B., Ekin Yay., Bursa 2020.
- KARA, Burcak Can, İptal Davasında Sebep İkamesi, Yetkin Yay., Ankara 2020.
- KARABATAK, Rüstem, “Türk Hukukunda Kanunların Anayasaya Uygun Yorumu”, DD, Y. 28, S. 94, 1998, s. 28-48.
- KARABULUT, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- KARAHANOGULLARI, Onur, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, in Prof. Dr. Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 199-215.
- KARAHANOGULLARI, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 3. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2015. (İdarenin Hukukla Kavranması).
- KARAHANOGULLARI, Onur, İdari Yargı-İdarenin Hukuka Zorlanması, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- KARAHANOGULLARI, Onur, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, Doçentlik Tezi, İnternet Paylaşımı, Ankara 2005.
- KARAN, Ulaş, “Anayasa Mahkemesi’nin Cemal Duğan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu”, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, 28 Aralık 2017, Çevrim içi, <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/blog/anayasa-mahkemesinin-cemal-dugan-karar-ayrimclga-ka/>
- KARAN, Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, AYD, C. 32, 2015, s. 235-306.
- KARAN, Ulaş, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, in İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir

- İnceleme), Ed. Sibel İnceoğlu, 3. B., Beta Yay., İstanbul 2013, s. 459-494.
- KARATEPE, Şükrü, “İdarenin Takdir Yetkisi”, Türk İdare Dergisi, Y. 63, S. 392, 1991, s. 63-119.
- KARAVELİOĞLU, Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, C. II, 6. B., Hukuk Yay., Ankara 2006.
- KAYA, Cemil, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı, XII Levha Yay., 1. B., İstanbul 2011.
- KELSEN, Hans, “Anayasanın Yargısal Teminatı”, Çev. Yasin Sönmez, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015, s. 857-914.
- KENAN Raanan Sulitzeanu/KREMNITZER Mordechai/SOURCE Sharon Alon, “Facts, Preferences, and Doctrine: An Empirical Analysis of Proportionality Judgment”, Law & Society Review, V. 50, N. 2, 2016, s. 348-382.
- KESER, Leyla, “İlk Görünüş İspatı”, in Prof. Dr. Mahmut Tefvik Bırsel’e Armağan, İzmir 2001, s. 231-251.
- KESKİN, Züleyha, “İngiliz Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Denetim Ölçütü: Wendsbury Unreasonableness”, in Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, C. II, Atılım Üniversitesi, Ankara 2020, s. 751-778.
- KESKİN, Züleyha, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Sağlamada Korumacı Yaklaşımlar- Pozitif Ayrımcılık Çare mi Çıkmaz mı?”, in Kadın Yazıları, Hazırlayan Türkan Yalçın, Savaş Yay., Ankara 2020, s. 437-465.
- KESKİN, Züleyha, Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi, XII Levha Yay., İstanbul 2014.
- KING, Jeff, “Social Rights Constitutionalism and The German Social State Principle”, e-Pública, V. I, N. 3, 2014, s. 19-40.
- KIRATLI, Metin, “İsviçre’de İdari Usul Kodifikasyonu”, AİD, C. 6, S. 2, 1973, s. 47-60.
- KNIGHT, Dean R., Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review: Scope, Grounds, Intensity, Context, A Thesis Submitted to Department of Law of the London School of Economics and Political Science for the degree of Doctor of Philosophy, London 2014.
- KOCH, Charles H., "Judicial Review of Administrative Discretion" Faculty Publications, 624, 1986, Çevrim içi, <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/624>.
- KORKUT, Levent, “Başlangıç Kısımlarının Hukuki Etkisi, Temel Nitelikleri ve 1982 Anayasası: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Güz 2017, s. 43-82.
- KUMM Mattias, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement.” in Law, Rights and Discourse: Themes

- from the Legal Philosophy of Robert Alexy, Ed. George Pavlakos, Portland 2007, OR: Hart Publishing, s. 131-65.
- KUMRULU, Ahmet, “Türkiye’de Vergi Yargısının İşlevi ve Hukuk Düzenine Katkısı Üzerine Bir Değerlendirme”, in II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara, s. 231-240.
- KUNIG, Philip, "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi", Çev. Burak Çelik/Gökçen Doğan/Ahmet Çağrı Yıldız, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2019, s. 159-178.
- LAGEOT, Celine, “National Legal Tradition-France”, in Judicial Review: A Comparative Analysis Inside the European Legal System, Ed. Susana Galera, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2010, s. 71-86.
- LATOURNERIE, Roger, Conseil d’Etat’nın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme, Çev. Yıldızhan Yayla, İÜSBF Yay., İstanbul 1982.
- LINDSETH, Peter, “‘Always Embedded’ Administration: The Historical Evolution of Administrative Justice as an Aspect of Modern Governance”, University of Connecticut School of Law Working Paper Series, Paper 19, 2004, s. 1-28.
- LOCKE, John, The Second Treatise of Government, New York, The Liberal Arts Press, John Locke, Second Treatise of Government, 1952, 13. Bölüm, s. 46-52. Çevrim içi, <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>
- LOUGHLIN, Martin, Kamu Hukukunun Temelleri, Çev. Dilşad Çiğdem Sever/Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yay., Ankara 2018.
- LOUGHLIN, Martin, The Idea of Public Law, Oxford University Press, Oxford 2004.
- LOVRIC, Daniel, "A Constitution Friendly to International Law: Germany and its Volkerrechtsfreundlichkeit" [2006] AUYearBkIntLaw 4; (2006) 25 Australian Year Book of International Law 75, Çevrim içi, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUYearBkIntLaw/2006/4.html>.
- MacCORMICK, D. Neil/SUMMERS, Robert S., “Interpretation and Justification”, in Interpreting Statutes A Comparative Study, Ed. D. Neil MacCormick/Robert S. Summers, Aldershot: Dartmouth Applied Legal Philosophy Series, 1991, s. 522–525.
- MASON, Anthony F., “Judicial Independence and the Separation of Powers-Some Problems Old and New”, The University of British Columbia Law Review, 1990, s. 345-359,
- MASSOT, Jean, “The Powers and Duties of the French Administrative Judge”, s. 1-11, Çevrim içi,

https://law.yale.edu/sites/default/files/area/conference/compadmin/compadmin16massot_powers.pdf.

MATHEWS, Jud, “Proportionality Review in Administrative Law”, Contributions to Books 9. 201, s. 1-26, Çevrim içi, http://elibrary.law.psu.edu/book_contributions/9.

MEADOW, Robin, “Clear and Convincing Evidence: How Much Is Enough?”, California Insurance Litigator, Mayıs 1999, s. 116-121.

MEMİŞ, Emin, “Yasaların Anayasa Uygun Yorumunda Danıştay Yargıcının Anayasa Yargıcı İşlevini Yüklenmesi (Karşılaştırmalı Hukuk Analizleri)”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl, 9 Mayıs 2003, Danıştay Yay., Ankara 2004, s. 11-61.

MENDES, Joana, “Law and Administrative Discretion in the EU: Value of a Comparative Perspective”, 2016 Conference on Comparative Administrative Law, April 2016, s. 1-37, Çevrim içi, https://law.yale.edu/sites/default/files/area/conference/compadmin/compadmin16mendes_law.pdf.

MENSAH, Barbara, European Human Rights Case Summaries 1960-2000, Cavendish, London-Sydney 2002, Çevrim içi, [european-human-rights-case-summaries-1960-2000.pdf](http://www.cavendishpublishing.com/european-human-rights-case-summaries-1960-2000.pdf).

METİN, Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2017, s. 1-74.

METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa İncelemesi, Seçkin Yay., Ankara 2002.

MIKULI, Piotr, “Separation of Powers”, Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL], s. 1-16, Çevrim içi, <https://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e466?rskey=JlZofi&result=172&prd=MPECCOL>.

MINATTUR, Joseph, French Administrative Law, Journal of the Indian Law Institute, V. 16, N. 3, July-September 1974, s. 364-376.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Kanunların Ruhu Üzerine, Çev. Berna Günen, 2. B, İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2017.

NADAL, Sophie, “The Welfare State System in France”, in Welfare States and the Future, Ed. B. Vivekanandan/Nimmi Kurian/Palgrave Macmillan, London 2005, s. 97-112.

NEHUSHTAN, Yossi, “The Non-Identical Twins in UK Public Law: Reasonableness

- and Proportionality”, *Israel Law Review*, V. 50, N. 1, 2017, s. 69–86.
- NEUBORNE, Burt, “Judicial Review and Separation of Powers in France and The United States”, *Newyork University Law Review*, V. 57, N. 3, 1982, s. 363-442.
- NOLTE, Georg, “General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective”, *The Modern Law Review*, V. 57, N. 2, 1994, s. 191-212.
- ÖDEN, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yay., Ankara 2003.
- ÖZKAN DUVAN, Ayşe, “Devlet Teorisonde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 1, 2019, s. 35-60.
- ODER, Bertil E., “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık, *AYD*, C. 30, 2013, s. 49-59.
- ODER, Bertil E., “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları: 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, in *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Kamu Hukukçuları Platformu, Hazırlayan Ozan ERGÜL, TBB, Ankara 2013, s. 121-213.
- ODER, Bertil E., “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, in *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Ed. Hülya Duruduğan/Fatoş Gökşen/Bertil E. Oder/Deniz Yüksek, Koç Üniversitesi Yay., İstanbul 2010, s. 207-238.
- ODER, Bertil E., “Anayasal Düzende İdari Yargı Sistemi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu*, 12 Mayıs 2015-Ankara, Danıştay Yay., No. 89, s. 91-100.
- ODER, Bertil E., “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, *GSÜHFD*, C. 7, S. 1, 2008, s. 199-231.
- ODER, Bertil E., “Eşitlik ilkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı”, in *Anayasa Mahkemesinin Medenin Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 21 Mayıs 2012, 1. B., XII Levha Yay., İstanbul 2013.
- ODER, Bertil E., “Temel Hakların Yargısallaşmasında Sorunlar: Türkiye Örneği”, in *Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar*, Ed. İoanna Kuçuradi, Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yay., 2, İstanbul 2011, s. 143-162.

- ODER, Bertil E., Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, 1. B., Beta Yay., İstanbul 2010
- OĞURLU, Yücel, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Resen Araştırma İlkesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, s. 119-133.
- OĞURLU, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük, Seçkin Yay., Ankara 2002.
- OKAY TEKİNSOY, Özge, “Fransız Hukukunda İdare Hakiminin İptal Davasında Uyguladığı Hukuka Uygunluk Denetiminin Kapsamı”, in İdari Yargı, Turan YILDIRIM, 2. B., Beta Yay., İstanbul 2010, s. 154-166.
- OKAY TEKİNSOY, Özge, “Yargı İçtihatları Kapsamında Disiplin Suç ve Cezalarında Hukuki Belirlilik İlkesi”, in Prof. Dr. Metin Günday’a Armağan, C. II, Atılım Üniversitesi, Ankara 2020, s. 963-991.
- OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, XII Levha Yay., İstanbul 2011.
- ONAR, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, (C. I-II-III), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ORGAD, Liav, “The Preamble in Constitutional Interpretation”, International Journal of Constitutional Law, V. 8, N. 4, 2010, s. 714-738.
- OVALIOĞLU, Selin, “Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı”, Memleket Siyaset Yönetim, C. 10, S. 24, Temmuz 2015, s. 124-146.
- OYTAN, Muammer, “Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi-Birinci Kitap-İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990-Ankara, Danıştay Yay., s. 149-158.
- OZANSOY, Cüneyt, “İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna”, Hukuk Kurultayı 2000, C. I, Ankara Barosu Yay., Ankara 2000, s. 371-374.
- ÖZAY, İl Han, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikler”, AYD, S. 19, 2002, s. 275-286.
- ÖZAY, İl Han, “Türkiye’de İdari Yargının İşlevi ve Kapsamı”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yay., Ankara 1982, s. 11-30.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim II- Yargısal Koruma, XII Levha Yay., İstanbul 2010.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, 3. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yay., İstanbul 2004.
- ÖZBUDUN, Ergun, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, AYD, C. 2, 1985, s. 227-238.

- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yay., 15. B., Ankara 2014.
- ÖZDEŞ, Orhan, “Danıştay ve Tarihi Gelişimi”, DD, Y. 1, S. 1, 1971, s. 22-32.
- ÖZDEŞ, Orhan, “Danıştay’ın Tarihi Gelişimi ve Cumhuriyet Döneminde Danıştay”, Danıştay 50. Yıl Özel Sayısı, s. 167-183.
- ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti- Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 1. B., İletişim Yay., İstanbul 2014.
- ÖZKAN DUVAN, Ayşe, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, GSÜHFD, S. 2, 2017, s. 17-81.
- ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitapevi, Ankara 2003.
- ÖZTÜRK, K. Burak, “İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi”, in Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, C. II, Atılım Üniversitesi Yay., Ankara 2020, s. 1033-1048.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Teksir, Ankara 1977.
- PAKUSCHERT, Ernst K., “The Use of Discretion in German Law”, The University of Chicago Law Review, V. 44, N. 1, 1976, s. 94-109.
- PARRET, Laura, “Sense and Nonsense of Rules on Proof in Cartel Cases: How to Reconcile a More Economics-Based Approach to Competition Law With More Attention for Rules on Proof?”, European Competition Journal, V. 4, N. 1, 2008, s. 169-199.
- PICAZO Luis María Díez/PONTHOREAU Marie-Claire, “The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks”, European University Institute, 1991, (EUI Working Paper. Law; No. 91/20, s. 1-33. Çevrim içi, https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_en.pdf).
- RADACIC, Ivana, “Gender Equality Jurisprudence of European Court of Human Rights”, The European Journal of International Law, V. 19, N. 4, 2008, s. 841-857.
- SARICA, Ragıp, “İptal Davasıyla Tam Kaza (Tam Yargı) Davası Arasındaki İlgisi”, İÜHFM, C. 11, 1945, s. 101-153.
- RIVERS, Julian, “The Presumption of Proportionality”, The Modern Law Review, V. 77, N. 3, May 2014, s. 409-433.
- ROSCH, J. Thomas, “Observations on Evidentiary Issues in Antitrust Cases”, EU Competition Law and Policy Workshop Florence, Italy, June 19, 2009, Çevrim içi, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/observations-evidentiary-issues-antitrust-cases/090619antitrustcases.pdf, s. 1-13.
- RUMPF, Cristian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, AYD,

- Anayasa Mahkemesinin 31 Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 1993, s. 25-48.
- RUSCH, Wolfgang, “Procedures in Eu Member States”, Conference on Public Administration Reform and European Integration, Budva-Montenegro, 26-27 March 2009, SIGMA, s. 3-10, Çevrim içi, <http://www.sigmaweb.org/publications/42754772.pdf>
- SABUNCU, Yavuz, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, İnsan Hakları Yıllığı, TODAİ Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C. 7-8, 1985-1986, s. 15-26.
- SABUNCU, Yavuz, Anayasaya Giriş, İmaj Yay., Ankara 2004.
- SAĞLAM, Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yay., Lefkoşa 2013.
- SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Hakkın Öz, AÜSBF Yay., Ankara 1982.
- SANCAR, Mithat, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, 3. B., İletişim Yay., İstanbul 2004.
- SANCAR, Mithat, Hukuk Devletinin Genel Teorisi, Dipnot Yay., Ankara 2006.
- SANCAR, Mithat, Temel Hakların Yorumu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1995.
- SANCHEZ, Yoan, “Proportionality in French Administrative Law” in The Judge and the Proportionate Use of Discretion: A Comparative Study, Ed. Sofia Ranchordás/Boudewijn Willem Nicolaas de Waard, 43–72, Abington: Routledge 2016.
- ŞANLI ATAY, Yeliz, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, Y. 24, S. 96, 2011, s. 293-315.
- SARICA, Ragıp İdari Kaza, C. I, İdari Davalar, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1949.
- SARICA, Ragıp, “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, İÜHFM, C. 8, S. 3-4, 1942, s. 457-472.
- SARICA, Ragıp, Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Salahiyeti, İstanbul 1943.
- SAYHAN, Şebnem, “İdari Yargı Sistemlerinin Karşılaştırılmalı Analizi”, İÜSBFD, S. 15, 1996, s. 67-74.
- ŞENEL, Alaeddin, Siyasal Düşünceler Tarihi, 4. B, Bilim ve Sanat Yay., Ankara 1995.
- SEVER, D. Çiğdem, “Ayrımcılığı İspatlamak: Güçlükler ve Olanaklar”, Uluslararası Ayrımcılık Konferansı, Eşit Haklar İçin İzleme Derneği, İstanbul 2018, s. 81-94.

Çevrim içi, <https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2019/01/Ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k-Konferans%C4%B1-Bildiri-Kitab%C4%B1.pdf>.

SEVER, D. Çiğdem, “Yargı Kararlarında Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı“, in Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar, Bildiriler Kitabı, TODAİE, 2014, s. 469-490.

SEVER, D. Çiğdem, Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

SINGH, Mahendra P., German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer 2001.

SIR, Onur, Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Adalet Yay., Ankara 2011.

ŞİRİN, Tolga, “ ‘Hukukun Üstünlüğü’ (Rule of Law) ve ‘Hukuk Devleti’ (Rechtsstaat): Aralarında Fark Var mı?“, in Prof. Dr. Tuncer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yay., Ankara 2010, s. 679-696.

ŞİRİN, Tolga, “2017 Anayasa Değişikliği’nin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi“, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 6, S. 11, 2017, s. 85-116.

ŞİRİN, Tolga, “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi“, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 7, S.14, s. 289-356.

ŞİRİN, Tolga, Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması İle Mukayeseli Bir İnceleme, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 106.

SRIRANGAM, Veena, “A Difference in Kind Proportionately and Wednesbury“, IALS Student Law Review, V. 4, N. 1, 2016, s. 46-66.

SUNAY, Reyhan, “Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve 1982 Anayasası“, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2000, s. 615-632.

ŠUŠNJAR, Davor, Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston 2010.

TALLON, Denis/HAZARD John N./BERMANN, George A., “The Constitution and the Courts in France“, The American Journal of Comparative Law, V. 27, N. 4, 1979, s. 567-587.

TAN, Turgut, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi“, AÜSBFD, Prof. Dr. Oral Sander’e Armağan, C. 51, S. 1, 1996, s. 409-423.

TAN, Turgut, “Sağlık Hizmetleri İhaleyle Satın Alınabilir mi?“, İÜHFMD, C. 69, S. 1 - 2,

2011, s. 289-298 .

TAN, Turgut, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, AÜSBFD, C. 51, S. 1, 1996, s. 409-423.

TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. B., Beta Yay., İstanbul 2009.

TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), 21. B., Yapı Kredi Yay., İstanbul 2010.

TANÖR, Bülent, Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD Yay., İstanbul 1997.

TANÖR, Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yay., İstanbul 1990.

TANÖR, Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yay., İstanbul 1978.

TARUFFO, Michele, “Rethinking the Standards of Proof”, The American Journal of Comparative Law, V. 51, N. 3, 2003, s. 659-677.

TEKİNSOY, M. Ayhan, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yay., Ankara 2013.

TEZİÇ, Erdoğan, “Kanunların Anayasaya Uygunluğun Esas Açısından Denetimi”, AYD, C. 2, 1985, s. 21-38.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2007.

TREVES, G.E., “Administrative Discretion and Judicial Control”, Modern Law Review, X, 1947.

TRUCHET, Didier, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, in Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Çev. Ender Ethem Atay, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 357-375.

TUNCAY, Aydın H., İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, Danıştay Yay., Ankara 1972.

TURGUT, Nükhet, “İhtiyat İlkesi”, AÜHFD, C. 45, S. 1, 1996, s. 67-102.

TURHAN, Mehmet, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, AÜSBFD, C. 62, S. 3, s. 379-404.

TURHAN, Mehmet, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, AYD, C. 8, 1991, s. 401-420.

TURHAN, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2011, s. 77-107.

TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile, “Almanya’da İdari Yargının Tarihi Gelişimi”, in Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, C. II, Atılım Üniversitesi, Ankara 2020, s. 1443-

- TURMANGİL, Civan, “Vergi Davasının Hukuki Niteliği”, AÜHFD, C. 39, S. 1-4, 1982-1987, s. 125-156.
- ULER, Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yay., Ankara 1970.
- ÜLGEN, Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, GSÜHFD, S. 1, 2018, s. 1-39.
- ULUSOY Ali, “Cumhurbaşkanın Tek Başına Yaptığı İşlemler ve Yargısal Denetimi Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 3, 2008, s. 13-25.
- ULUSOY, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yay., Ankara 2019.
- URAN, Peri, “Anayasaların Başlangıç Kısımları”, İÜHFM C. 73, S. 1, 2015, s. 223-248.
- UYGUN, Oktay, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, AYD, C. 20, Ankara 2003, s. 250-284.
- UYGUN, Oktay, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yay., İstanbul 1992.
- UYGUR, Gülriz, “Hukuk Devletinde Hukukun Önünde Olmanın Anlamı”, in Erdal Onar Armağanı II, Ankara Üniversitesi Yay., No: 391, Ankara 2013, s. 1153-1171.
- UZUN, Ertuğrul, “Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, 25, İstanbul Barosu Yay., s. 72-96.
- VILE, M.J.C., Constitutionalism and the Separation of Powers, 2. B, Liberty Fund, Indianapolis 1998, Çevrim içi, https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/677/Vile_0024_EBk_v6.0.pdf.
- VURAL, Hasan S., Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, 1. B., Seçkin Yay., Ankara 2013.
- WOEHLING, Jean-Marie, “Judicial Control of Administrative Authorities in Europe: Toward a Common Model”, Hrvatska Javna Uprava, V. 6. N. 3, 2006, s. 35–56.
- YALÇIN, Enes, İdare Hukukunda Eksik Kapsamlı Düzenlemelerin Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.
- YANCI ÖZALP, Nihan, “2017 Anayasa Değişikliklerinin Yasama Yürütme İlişkilerine ve Yargı Bağımsızlığına Etkileri”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 6, S. 11, 2017, s. 117-136.
- YAŞAR, Hasan Nuri, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, 2. B., XII Levha Yay., İstanbul 2013. (Yargısal Emir)
- YASİN, Melikşah, İdari Yargılama Usulünde İspat, XII Levha Yay., İstanbul 2015.

- YAVUZDOĞAN, Seçkin, “Danıştay’ın Naklen Atamalarda ‘Aile Birliğinin Korunması Amacıyla Eş Durumunun Gözetilmesi’ İlkesine Yaklaşımı”, TBB Dergisi, Y. 27, S. 115, 2014, s. 181-210.
- YAYLA, Yıldızhan, “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi, Anayasa Mahkemesi”, İÜHFM, C. 30 S. 3-4, 1965, s. 1034-1048.
- YAYLA, Yıldızhan, “İdari Yargılamada Veriler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2002-Ankara, Danıştay Yay., 2002, s. 49-61.
- YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2009.
- YAZICI, Serap, “Yargı Reformu Projesi: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, in Yargısal Düğüm: Türkiye’de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, Ed. Serap Yazıcı, TESEV, İstanbul 2010, 17-20.
- YEŞİLYURT, N. İrem, “Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 32, 2014, s. 1-29.
- YEŞİLYURT, N. İrem, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı”, AÜSBFD, C. 70, S. 2, 2015, s. 403-433.
- YEŞİLYURT, N. İrem, Türkiye’de İdari İşlem Kuramı-İdare Hukuku Öğretisi Üzerine Tarihsel Bir Deneme, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017.
- YILDIRIM, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yay., İstanbul 1990.
- YILDIRIM, Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, MÜHFHAD, C. 23, S. 2, 2017, s. 13-28.
- YILDIRIM, Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, AYD, C. 36, S. 1, 2019, s. 293-314.
- YILMAZ, Ejder, “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, 9 Nisan 2004-Kayseri, s. 67-88.
- YILMAZ, Yunus, “İdare Hukukunda Sebep Unsuru ve Sebep İkamesi”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S. 21, 2006, s. 83-106.
- YOKUŞ, Sevtap, “Hak ve Özgürlüklere İlişkin Anayasal Hükümlerin Danıştay’ca Doğrudan Uygulanması”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 19-20, 1997, s. 197-213.
- YORGANCIOĞLU, Erçetin, “Danıştay Yargılama Usulünde Resen İnceleme Yetkisi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler-I, Danıştay Yay., Ankara 1976, s. 218-254.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeni Yapılanması

- ve İşleyişi ile Bu Süreçte Anayasa Mahkemesinin Tutumu Üzerine Bir Değerlendirme”, GSÜHFD, C. 13, S. 1, 2014, s. 717-751.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, 1. B., Beta Yay., İstanbul 1996.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF Yay., İstanbul 1993.
- DAVIS, Martha S., “A Basic Guide to Standards of Judicial Review”, South Dakota Law Review, 33, 1988, ss. 469- 483, s. 469-470.
- DALY, Paul, “Justiciability and the ‘Political Question’ Doctrine”, ss. 1-23. Çevrim içi, <https://www.canlii.org/en/commentary/doc/2010CanLIIDocs606>
- ERGÜL, Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım Uler’e Armağan, Yayına Hazırlayan Muhammed ERDAL, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Lefkoşa 2014, ss. 65-86, s. 83
- ŞAHİN, Erdal, Yasallık İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- Venice Commission, “Opinion on the Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey”, 29.03.2011, CDL-AD 2011-004.
- Venice Commission, Judicial Appointments, 15.03.2007, CDL-JD 2007-001 rev.
- Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968, Danıştay Yay. 2. B., Ankara 1986.
- Zaferpark Dosyası, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., Ankara 1988.
- “Danıştay Birinci Başkanı Profesör İsmail Hakkı Ülgen’in 10 Ağustos 1972 Tarihli Barolar Birliği Toplantısında İrticalen Yaptığı Konuşma”, DD, Y. 2, S. 5, 1972, s. 5-18.
- Constitutional Council of France, DC 71-44 (Freedom of Association), 16.07.1971, Çevrim içi, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/caselaw/decision /decision-no-71-44-dc-of-16-july- 1971.135366.html>.
- İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, Ed. Osman Doğru, C. 2, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 1998.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Uygulamacılar İçin El Kitabı, Hazırlayan Dovydas Vitkauskas, 2. B., Avrupa Konseyi, 2018.
- Fundamental Social Rights in Europe, Social Affairs Series, SOCI 104 EN 02/2000, Çevrim içi, https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/104/part3_en.htm.

General Reports of Congresses, International Association of Supreme Administrative Jurisdictions, Madrid, 2004 VIIIth Congress, s. 1-41, Çevrim içi, <https://www.aihja.org/images/users/1/files/germany.en.0.pdf> .

“The Impact of Foreign Law on Domestic Judgments: France”, Çevrim içi, <https://www.loc.gov/law/help/domestic-judgment/france.php>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>

https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/104/part3_en.htm.

www.bundesverfassungsgericht.de

<https://www.britannica.com/topic/judicial-review>.



İDARİ YARGIDA YARGISAL DENETİMİN KAPSAMI VE SINIRLARI

ÖZET

İdari yargıda denetimin kapsamı ve sınırları, iki temel hat üzerinden ilerler. Bunlardan birincisi idari yargının denetim alanı ve denetim etkisini ortaya koyan ve genellikle yasa ve anayasa tarafından oluşturulan kurumsal yapıdır. Bu kurumsal yapının içinde, anayasanın yargı yetkisine ve temel haklara ilişkin hükümleri, anayasa mahkemeleri ve uluslararası mahkemelerin kararları, anayasayla veya yasayla idari yargıya verilen yetkiler ya da idari yargıya yönelik sınırlanmalar yer alır. Bu yapı, mahkemelerin işlemleri denetleme yönündeki tutumunu da etkiler. Diğer, ikincisi, bu kurumsal yapıyla şekillenen idari yargının sahip olduğu yetkileri idari işlemi denetlerken ne kadar ve nasıl kullandığı, yani denetimin derinliğiyle ilgilidir. Bu aşama, idari yargının işlemi denetlemeye başlamasından sonraki süreçle ilgilidir. Bu sürecin nasıl işlediğini idari yargının idari işlemin denetlenirken kullandığı usuli yetkiler ile mahkemenin gerekçesinin dayandığı ilkelerde görebiliriz. Bu çalışma, idari yargıda yargısal denetimi bu iki eksenle ele almıştır.

Anahtar Kavramlar: Denetimin yoğunluğu, yargısal denetimin derinliği, yargı yetkisi, idarenin takdir yetkisi, maddi denetim ölçütleri, idari yargı yetkisinin kapsamı ve sınırları.

SCOPE AND LIMITS OF JUDICIAL REVIEW IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION

ABSTRACT

The scope and limits of review in administrative jurisdiction proceeds along two basic lines. The first of these is the institutional structure, which reveals the control area and effect of the administrative judiciary and is generally formed by the law and the constitution. This institutional structure includes the provisions of the constitution on jurisdiction and fundamental rights, the decisions of the constitutional court and international courts, the powers given to the administrative judiciary by the constitution or the law, or the limitations on the administrative judiciary. This structure also influences the attitude of the courts towards reviewing proceedings. The other, the second, is related to how much and how the administrative judiciary shaped by this institutional structure, uses its powers while reviewing the administrative act, in other words, the depth of the review. This stage is related to the process after the administrative judicial review. We can see how this process works in the procedural powers used by the administrative judiciary while reviewing the administrative act and the principles on which the reasoning of the decision is based. This study deals with the judicial review in the administrative judiciary in these two axes.

Key words: Intensity of control, depth of judicial review, administrative jurisdiction, discretion, substantive review criteria, scope and limits of administrative jurisdiction.