

## 5.ÜNİTE

### (İDARİ YARGI DENETİMİNİN SINIRI)

#### YARGI DENETİMİ DIŞINDA BIRAKILAN İŞLEMLER

Anayasadaki hukuk devleti ilkesi, tüm idari işlemlerin yargı denetimine tabi olmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak, devletin nitelikleri arasında hukuk devleti olmak da sayıldığı halde, bazı işlemler yargı denetimi dışında tutulur. Bu yargı denetimi dışında bırakılan işlemler, idari yargı yetkisinin ilk sınırını oluşturur. Aslında bu durum hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Anayasaya göre, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Ancak, bu hükmün hemen altında Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimine tabi olmadığı belirtilir. 12.09.2010 tarihinde kabul edilen Anayasa değişikliğiyle, Yüksek Askeri Şura'nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açılmıştır. Yine Anayasaya göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun meslekten çıkarmaya ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

#### Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yapacağı İşlemler

Cumhurbaşkanı'nın re'sen imzaladığı, Başbakan ve ilgili bakanlara imzalatmasına gerek olmayan kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil yargı mercilerine başvurulamaz.

Cumhurbaşkanı uygulamada birçok atama işlemini tek başına yaptığı için bu işlemlerin hukuka uygunluğunun yargısal denetimi sorunu ortaya çıkar. Üniversite rektörlerinin atanması veya görevden alınması işlemlerinin dava edilmesiyle Danıştay, ilgili kanundaki "Devlet Başkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler" ifadesini yorumlamış, rektörlerle ilgili işlemlerin yargısal denetimine imkân sağlamıştır. Danıştay Dairesi, bu işlemlerin yargı denetimi dışında tutulmasının, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığını; Cumhurbaşkanının başka organ ya da kurumların katkıları ile oluşturduğu, dolayısıyla, re'sen, tek başına veya doğrudan doğruya yaptığı kabul edilemeyecek işlemleri, yargı denetimine tabi olduğunu, belirtmiştir.

Bir başka uyuşmazlıkta Danıştay 8. Dairesi de şöyle bir karar vermiştir: "...Dava, davacının Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Kurucu ektörlüğü görevinden alınmasına ilişkin, Cumhurbaşkanlığı kararının iptali ve bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının ödenmesi istemiyle açılmıştır.

Mahkeme 3826 sayılı Yasanın Geçici 1.maddesinin ikinci fıkrasına göre, yeni kurulan Devlet Üniversiteleri Kurucu rektörlerinin atanması, Milli Eğitim Bakanı ve Başbakanın önereceği 3 isim arasından Cumhurbaşkanınca yapıldığını ve aynı yasaya 2653 sayılı yasa ile eklenen Ek:1 maddeye göre de, kurucu rektörler bu yasada belirtilen süreler dolmadan yine aynı usule uygun olarak Cumhurbaşkanınca görevden alınabilmekte olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla bu işlemlerin, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden olmadığını ve dava konusu yapılabileceklerini açıklamıştır.

Görüldüğü üzere, idari yargının yerleşik içtihadına göre, bir başka organın, kurumun katkısıyla (aday gösterme, önerme, seçme gibi bir başka idari birimin katkısıyla) yapılan işlemler, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden sayılmamaktadır ve yargı denetimine tabidir. Zaten Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olmasının da haklı, anlaşılır ve kabul edilebilir bir hukuki sebebi yoktur.

#### Yüksek Askeri Şura'nın Denetim Dışı Kararları

Anayasa, Yüksek Askeri Şura'nın terfi işlemleri ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma kararlarını yargı denetimi dışında tutar geriye kalan kararları yargıya tabidir. Anayasada yapılan değişiklik önce Yüksek Askeri Şura'nın tüm kararları yargı denetimi dışındaydı. Yapılan değişiklik, meslekten çıkarma kararlarına karşı dava açma imkânı tanınmış oldu. Sadece terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemlerini dava etmek mümkün değildir. Bu işlemlerin yargı denetimi dışında kalması da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

1972 tarihli, Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun birinci maddesiyle, yalnız barış zamanında görev yapmak üzere Başkent'te Yüksek Askeri Şura kurulmuştur. Üyeleri; Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Savunma Bakanı, Kuvvet Komutanları, Ordu Komutanları, Jandarma Genel Komutanı, Donanma Komutanı ile Silahlı Kuvvetler kadrolarında bulunan orgeneral ve oramirallerdir. Şuranın Başkanı Başbakandır. Başbakan bulunmadığında Genelkurmay Başkanı Y.A.Ş.'ya Başkanlık eder.

Y.A.Ş. esas olarak görüş bildirmekle görevlidir. Ancak Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu Şura'ya general ve amiralliğe terfi edecekleri seçmek ve Silahlı Kuvvetlerden ayırma işlemlerini tesis etmek görevlerini vermiştir. Anayasa, Yüksek Askeri Şura tarafından alınan bu kararların yargısal denetimini engelleyerek dava edilmesini önlemiştir.

1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu ve bu kararlara dava açılabilirdiği dönemde, Danıştay kararıyla general ve amiral olanlara "Danıştay Paşası" denilirdi. Hukuka aykırı işlemler yükselmesine mani olunan personeller, dava sonunda işlemlerin hukuka aykırılığının belirlenmesiyle terfi etmişler; ama "Danıştay Paşası" olarak adlandırılmışlardır. Kamu görevlilerine örneğin "Danıştay Profesörü", "Danıştay Valisi", "Danıştay Müfettişi" ... gibi yakıştırmalar yapılmadığı halde silahlı kuvvetler mensuplarında bu nitelemenin görülmesi, bu konuda yargı denetiminin benimsenmediğinin açık göstergesidir. Nitekim askeri yönetim tarafından yapılan Anayasa ile Yüksek Askeri Şura kararlarına yargı yolu kapatılarak bu sorun çözülmüştür.

#### Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları

Anayasa'da yapılan değişikliklerle, Yüksek Askeri Şura kararlarında olduğu gibi HSYK'nın da, meslekten çıkarma cezalarına karşı yargı yolu açılmış; ancak diğer işlemlerine yargı yolu kapalı tutulmuştur.

Adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme, birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, disiplin cezası verme yetkilerinin yargı denetimi dışında kalması, hâkimleri hukuki güvenceden yoksun bırakmaktadır.

Kurul'un görev ve yetkilerini düzenleyen kanuna göre kurulun başkan veya ilgilileri, Genel Kurulunun ilk defa aldığı kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde, Genel Kuruldan yeniden inceleme talebinde bulunabilir; ancak yeniden inceleme talebi üzerine verilen kararlar kesindir.

Dairelerin kararlarına karşı da Başkan veya ilgililer, tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde, kararı veren daireden yeniden inceleme talebinde bulunabilir. Yeniden inceleme üzerine verilen kararlara karşı, Başkan veya ilgililer tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde bu defa, Genel Kurula

*İtiraz* edebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Meslekten çıkarmayı gerektiren kararlara Danıştay'da dava açmak mümkündür.

HSYK kararları yargılama usulü kurallarına göre bir uyuşmazlığı çözümleyen türde yargısal kararlar değil, kamu görevlisi olan hâkim ve savcılarla ilgili idari işlemler olduğu için, bu kararlara karşı yargı yolunun kapatılmasını savunmak hukuk devleti anlayışına göre mümkün değildir.

## İDARİ YARGININ GÖREV ALANI DIŞINDA BIRAKILAN UYUŞMAZLIKLAR

Daha önce bazı idari işlemlerden kaynaklanan davaların adli yargıda çözümlendiğini görmüştük. Bazı uyuşmazlıklar ise askeri idari yargıya bırakılmıştır. Ayrıca, idari yargı denetiminin bir diğer sınırı da tahkim usulüdür. Yine Kabahatler Kanunu ve Hukuk Mahkemeleri Kanunu ile bazı idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargı denetimi dışında bırakılmıştır.

### Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Tarafından Görülen Davalar

1972 yılında kurulan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi; askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların *ilk ve son derece* mahkemesi olarak yargı denetimini yapar. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda; ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz. Asker kişi şöyle tanımlanmıştır: Asker kişiden maksat; Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman çavuş, uzman jandarma çavuş, erbaş ve erler ile sivil memurlardır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görev alanını şu şekilde açıklamaktadır:

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bir davaya bakabilmesi için dava konusu yönetsel işlemin "asker kişiyi ilgilendirmesi" ve "askeri hizmete ilişkin bulunması" koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. "askeri hizmete ilişkin" olup olmadığının saptanabilmesi için işlemin konusuna bakılması gerekmektedir. Eğer yönetsel işlem askeri gerekçelere, askeri usul ve yönetime ve askeri hizmete göre kurulmuş ise, bu işlemin askeri hizmete ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Daha açık bir anlatımla, askeri hizmete ilişkin yönetsel işlemler: Yönetimin bir asker kişinin askeri yeterlik ve yeteneklerinin, tutum ve davranışlarının, askeri geçmişinin, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevlerinin; askerlik hizmetinin amacı, askeri görev yerlerinin özellikleri, askeri kural ve gerekler göz önünde tutularak değerlendirilmesi sonucunda kurulan işlemlerdir. İşlem, askeri olmayan bir makam tarafından kurulmuş olsa bile durum değişmemekte, menfaati ihlal edilen asker kişinin açtığı davanın Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde görülmesi gerekmektedir." (Esas No: 2006/108, Resmi Gazete:21.07.2007).

### Tahkim Yoluyla Çözümlenen Uyuşmazlıklar

Anayasada 1999 tarih, 4446 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine imkân sağlanmıştır. Maddeye göre: Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir, Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir. Bu madde doğrultusunda, idari Yargılama Usulü Kanunu'nda da değişiklik yapılarak, idari sözleşmelerden doğan davalara, tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, istisnası getirilmiştir.

### Adli Yargıda Çözümlenen Uyuşmazlıklar

Adli yargıda çözülen idari uyuşmazlıkların olduğundan daha önce de bahsedilmişti. Bu başlık altında sadece iki önemli kanuna değinilecektir,

*Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesine göre, idari yaptırımlara karşı başka kanunlarda aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Kabahatler Kanunu'ndaki kanun yoluna başvurulacaktır. Kanun'un 27. maddesine göre idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine karşı, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir.*

*Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesine göre: Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. Bu madde, idari yargının görev alanındaki birçok tam yargı davasını adli yargıya aktarmıştır.*

## İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİ KALDIRACAK BİÇİMDE YARGI KARARI VERİLEMESİ

Anayasa'nın 125. maddesinin 4.fıkrasının ilk haline göre:"yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez." 12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasında kabul edilen Kanunla ilk cümle şöyle değiştirilmiştir : "Yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimiyle sınırlı olup hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz."

Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan hukuka uygunluk denetimi kavramı ve idarenin takdir yetkisinin kaldırılmaması, İYUK'un 2. maddesinin 2.fıkrasında şöyle düzenlenmiştir: "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdare mahkemeleri yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari işlem veya eylem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde karar veremezler."

İYUK'da idare mahkemelerinin yerindelik denetimi yapamayacağı açıkça belirtildiği halde, aynı kuralın daha da sert bir ifadeyle "hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz" şeklinde Anayasa'ya alınması, idari yargı denetiminin sınırı konusunda üzerinde durulması gereken önemli bir sorunun varlığını göstermektedir.

### İdarenin Takdir Yetkisi

İdarenin hangi durumlarda nasıl davranacağını hukuk kurallarıyla belirlenmiş olması halinde yargıç, idari işlemin hukuka uygun olup olmadığına, mevcut düzenlemeye bakarak karar verir. Ancak, işlemin sebebinin veya yapılacak işlemin açıkça belirtilmemesi, idarenin tercihinin bırakılması da mümkündür. İdareye, işlemin sebebinin, konusunu, zaman ve yerini belirlemek; çeşitli çözümlerden birini seçmek; işlem yapmak ya da yapmamak konusunda verilen bu hareket serbestisi, takdir yetkisi olarak adlandırılmaktadır (Kaya, 2001, s.253 vd.).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararında takdir yetkisi: "İdareye alınacak karar konusunda belli ölçüde serbestlik tanıyan, yasal olarak kabul edilebilir kararlar arasından uygun gördüğünü seçme imkânı veren yetki" olarak tanımlanmıştır. Takdir yetkisinin kullanımında uyulması gereken temel ilkeler şunlardır: "Takdir yetkisini kullanan bir idari makam:1. Yetkinin verilmiş amacından başka amaç güdemez; 2. Yalnızca somut olaya ilişkin öğeleri dikkate alarak nesnellığe ve tarafsızlığa uyar; 3. Hakkaniyete uymayan ayrımcılıktan kaçınarak yasa önünde eşitlik ilkesini gözetir; 4. İşlemin amacıyla, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge sağlar;".

Hukuk kuralları idareye, "yapılabilir", "atanabilir", "değiştirilebilir"... gibi tercih imkânı tanıyan ifadelerle takdir yetkisi verebilir veya "gerekli tedbirleri alır", "gerekli işlemleri yapar" şeklinde düzenlemelerle nasıl davranacağını belirlemeyi idareye bırakır. İşlemin konu unsurunda takdir yetkisinin varlığı tartışmasız kabul edilmektedir. "Gerekli görüldüğünde", "lüzumu halinde"...gibi ifadelerle, idareye yapacağı işlemin sebebinin

belirleme imkânı tanınması ya da "kamu düzeninin korunması", "genel sağlık"...gibi içeriği belirsiz kavramların işleme sebep olarak gösterilmesi halinde de idare, işlemin sebebini belirlemede serbestiye sahiptir.

İdarenin işlem ve eylemlerinin açıkça düzenlenmesi, günlük yaşamdaki her ihtimalin öngörülmesi, esasen mümkün değildir. Bu sebeple, takdir yetkisi tanınması *zorunludur*. İdare, kamu yararını gerçekleştirmekle görevli olduğuna göre, hukuk kurallarının kamu yararı doğrultusunda uygulanması için boşluklar bırakılması normaldir. Ancak, sorun bu yetkinin kullanımında ortaya çıkmaktadır. Uygulamada idare, kamu yararı amacıyla bağdaşmayan işlemler yapabilmektedir. Ayrıca yasaların geniş takdir yetkisi tanınması, idarenin düzenleyici işlemlerinde bu yetkinin sınırlandırılmaması, işlemlerin denetiminde idare bakımından da sorun doğurmaktadır. İdare, takdir yetkisi kullanarak yaptığı işlemin yargısal denetiminde, kendisini ve işlemini güvence içinde hissedememekte, yargının müdahale sınırını belirleyememektedir.

#### Takdir Yetkisinin Denetlenmesi

İdareye geniş takdir yetkisi tanınmış olması, uygulamada idareye hareket alanı sağlayamamakta; aksine idare mahkemesi hâkimine geniş takdir yetkisi tanımakta; bazen idarenin elinin kolunun bağlandığı eleştirisine yol açmaktadır. Peki ama idarenin takdir yetkisini kullandığı işlemler yargı denetimi dışında mı kalmalıdır?

İdareye takdir yetkisi tanınan durumlarda yargının bu yetkinin kullanımına müdahale etmemesi gerektiği söylenebilir. Ancak, idarenin takdir yetkisi kullanarak yaptığı bir işlemin yargı denetimi dışında kalmasını ileri sürebilmek için, idarenin şaşmaz, yanılmaz biçimde kamu yararı amacıyla hareket etmesi ve kamu yararını gerçekleştirmesi gerekmektedir. İdari işlemlerin dürüst, şaşmaz ve yanılmaz biçimde kamu yararını gerçekleştirmesi gerekir. Bu söylenemeyeceğine göre, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından bu işlemlerin yargı denetimine tabi olması vazgeçilmezdir.

Bu noktada, mahkemelerin (hâkimlerin) de şaşmaz-yanılmaz şekilde kamu yararını amaçladıklarını ileri sürmenin de mümkün olmadığı; hâkimlerin kişisel duygularla karar verebilecekleri söylenebilir. Ancak yargı kararlarının denetim süzgecinden geçmesi ile bu sakınca önemli ölçüde giderilmektedir.

Özetlemek gerekirse, Anayasa ve İYUK'da yer alan, idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde yargı kararı verilemeyeceği kuralı, takdir yetkisine dayanılarak yapılan işlemlerin yargı denetimi dışında kalacağı anlamına gelmemektedir. Bu sebeple, idarenin takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı, idari yargı mercilerince denetlenmektedir.

#### YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞI

Yukarıdaki açıklamalarda, idarenin takdir yetkisinin mutlak, sınırsız ve keyfi olmadığı, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılıp kullanılmadığının idari yargıda denetlendiği görülmüştü. Bu noktada, yerindelik denetimi yasağı konusunu da ele almak gerekmektedir. Çünkü yerindelik denetimi ile takdir yetkisinin denetimi, iç içe geçebilen sınırlarının belirlenmesi zor iki alandır.

Yerindelik denetimi, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde, idari yargı hâkiminin yetkisinin sınırındır. Yerindelik, takdir yetkisinin denetiminde kullanılan hizmet gerekleri ve kamu yararı ölçütlerine uygun bir işlemin, isabetli veya yararlı olup olmadığına hâkim tarafından karar verilmesidir. Hâkim böyle bir değerlendirme yaptığında, idareye tanınan yetkiyi kullandığı için, yargı denetiminin dışına çıkmış olmaktadır. Çünkü idari yargı hâkimine verilen yetki, idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını belirleme yetkisidir. İdarenin yerine geçerek bir işlemin, isabetli, yararlı olup olmadığına karar veren hâkim, Anayasayla kendisine verilen yetkiyi aşarak, idare içinde bir üst amir konumuna gelmiş olmaktadır. Bu sebeple hâkim, anayasal yetki sınırlarına dikkat ederek karar vermelidir.

Yerindelik denetimi ile hukuka uygunluk denetimi birbirinden farklıdır. Hukuka uygunluk denetiminde yürürlükteki mevzuata, yargı içtihatlarına ve süreklilik kazanmış olan idari uygulamalara aykırılık olup olmadığı araştırılır. Yerindelik denetimi ise, hukuk kurallarına uygun bir işlemin veya eylemin yapılıp yapılmamasına veya ne şekilde yapılması gerektiğine karar vermektir. Örneğin bir göreve atanabilmek için gerekli şartları taşıyan birden fazla aday bulunduğu idarenin yaptığı seçimin denetlenmesi yerindelik denetimidir. Böyle bir denetim, yürütme (idare) görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini engelleyeceği için, yasaklanmıştır.

Uygulamada verilen örnek kararlardan, yerindelik denetiminin hangi hallerde söz konusu olacağına ilişkin bazı ölçütler çıkarmak mümkündür:

İlk belirtilmesi gereken nokta, *nesnellik (objektiflik)*'tir. Bir işlemde takdir yetkisi kullanılırken *eşitlik ilkesine*, *hizmet gereklerine* ve *kamu yararına* uygun davranılmadığı somut ve objektif olarak belirlenemiyorsa, yapılacak denetim yerindelik denetimi olacaktır. Örnek kararlarda bu durum, idarenin "işleyiş zorunluluklarıyla ilgili" ya da "idarenin hukuk sınırları içindeki seçeneklerinden birine karışılması" şeklinde ifade edilmiştir.

İkinci ölçüt ise şudur: İdarenin tercihte bulunmak hak ve yetkisine sahip olduğu hallerde yargı, bu yetkiyi belirli bir kişi lehine kullanmaya zorlayamayacaktır.

Üçüncü olarak: İdarenin yürütmesi gereken bir faaliyet hakkında, talimat niteliğinde hüküm kurulması da yerindelik denetimi olarak kabul edilmektedir. Yargıç, idareye ne tür işlem tesis etmesini, ne yönde davranması gerektiğini söylediğinde hiyerarşik üst konumuna geçeceği için, artık yapılan denetim hukuka uygunluk sınırı dışına taşarak idari denetim haline dönüşmektedir. Danıştay uygulamasına göre, yargı yerlerinin, idarenin yerine geçerek idareyi işlem yapmaya zorlamaları halinde de yerindelik denetimi yapılmış olmaktadır.

Uygulamadan çıkarılan bir başka ölçüt, *açık hata denetimi* veya *açık değerlendirme hatası* kontrolüdür. Buna göre, idarenin takdir yetkisini kullanırken açık hataya düştüğünün belirlenemediği hallerde yapılacak denetim, yerindelik denetimi olacaktır.

Açık hata, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerde idarenin yaptığı açık, belirgin, hemen fark edilebilen, getirdiği çözüm adalet duygularına açıkça ters düşen, bir değerlendirme veya tercih hatasıdır (Alan, 1982, s.54). Özellikle teknik uzmanlık gerektiren konularda idarenin açık değerlendirme hatası yapıp yapmadığını incelemek, Fransa uygulamasında da görülmektedir. "Teknik konularda maddi olgularla ilgili değerlendirme araçları bulunmayan Fransız idare hâkimi, bu güçlük karşısında bilriksi incelemesini tercih etmediğinden, dava konusu hususun idarenin takdirine bırakıldığını kabul etmektedir." Örneğin bir taşocağı işletmesinin çevre için oluşturduğu riskin değerlendirilmesinde Fransız idare hâkimi yargısal denetimde açık değerlendirme hatası ile yetinmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere: İdari yargı yetkisine Anayasa ve kanunlarla getirilen sınırlamayı somutlaştıracak olan idari yargı uygulamasıdır. İdare ve vergi mahkemeleri kararları, Danıştay'ın denetim süzgecinden geçtiği için, yerindelik denetimi yasağının anlam ve kapsamı, nihayetinde Danıştay kararlarıyla belirlenmektedir. Dolayısıyla, Danıştay ve idari yargı mercilerinin uygulaması önem taşımaktadır.

"Eğer yargıç, yetkisinin derinliğine inme sınırlarını olayların özelliklerine göre bizzat tayin etmez veya edemezse bunun tepkileri uzun vadede görülecek ve yargı müessesesinin saygınlığı söz konusu edilebilecek; kararların tarafsızlığı kolayca tartışılır hale gelecektir. Bunun dışında bir müeyyide olamayacağı, fakat böyle bir müeyyide de pek ağır olduğu için, kamu hukuk yargıç, kendi dikey yetki alanını kendi belirleyecektir." İdari

yargı hâkimi, "idarecinin keyfiliği, hâkimin keyfiliğiyle ikame edilmiş olur" (Gözler, 2003, s.829) eleştirisine muhatap olmayacak şekilde karar vermelidir.

İdari yargı hâkimi, meslek saygınlığını gözeterek, tarafsız, objektif, istikrarlı, toplumda adalet ve yargıya güven duygusunu sarsmayacak şekilde denetim yetkisini kullandığı takdirde, yerindelik denetimi yaptığı eleştirisine maruz kalmayacaktır. Bu konuda asıl görev ve sorumluluk hâkime düşmektedir. Bu bağlamda, kararların gerekçeli olması ilkesinin; yargı bağımsızlığının amacı ve bedeli olan yansızlığı kanıtlayıcı olanağı veren ve hâkim onurunu koruyan bir araç olduğu bilinmelidir..."

#### **İDARENİN YARGI KARARIYLA İŞLEM YAPMAYA ZORLANAMAMASI**

İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre idari mahkemeler, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar veremezler. Bu kural, uygulamada, idarenin yargı kararıyla işlem yapmaya zorlanamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır,

Örneğin Danıştay 5. Dairesi, beraat ettiği için alındığı göreve tekrar dönmek isteyen bir kamu görevlisinin açtığı davada şöyle karar vermiştir: "...Memurların sınıflarının da değiştirilmesi suretiyle naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Olayda davacının beraat ettiği bahisle tekrar..., İlçe Milli Eğitim Şube Müdürlüğü görevine atanma isteğinin dava konusu işleme reddedilmesi idarenin takdir yetkisini adı geçen lehine kullanmadığını göstermekte olup, boş bulunan bir kadroya kamu yararı amacı ve hizmet gereklerini gözeterek en uygun kişiyi atamak üzere gerekli nitelikleri taşıyanlar arasında tercihte bulunmak hak ve yetkisine sahip bulunan idarenin bu yetkisini belirli bir kişi lehine kullanmaya yargı kararıyla zorlanamayacağı açık olduğundan, bu nedenle tesis edilen işleminde hukuka aykırılık görülmemiştir."

Danıştay 8. Dairesi'nin bir kararında ise, iki jüri üyesinin olumlu raporuna rağmen idarenin öğretim görevlisi kadrosuna atama yapmama işlemini iptal eden idare mahkemesi kararı, şu gerekçeyle bozulmuştur: "Olayda davalı idarenin Tıp Fakültesi Anesteziyoloji ve Reanimasyon Anabilim Dalına öğretim görevlisi alınacağı ilanla duyurulduğu, başvuran adayların değerlendirilmeleri için oluşturulan jürinin iki üyesinin davacı hakkında olumlu görüş bildirmelerine karşın, idarece bu kadroya, başvuranlardan hiçbirinin atanmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda nedenlerini belirterek ilan ettiği kadroya atama yapmayan davalı idare, yargı yerlerince atama yapması için zorlanamayacağından, davanın reddi gerekirken, dava konusu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir."

İdarenin takdir yetkisini kullanarak, işlem yapıp yapmayacağına veya ne zaman harekete geçeceğine karar vermesi olağandır. Yukarıda açıklandığı üzere, idarenin tercihinin isabetli olup olmadığı idari yargı hâkimi tarafından tartışılmamalıdır.

#### **İDARİ İŞLEM VEYA EYLEM NİTELİĞİNDE YARGI KARARI VERİLEMEMESİ**

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesi idari yargı yetkisinin sınırlarını belirlerken idari işlem veya eylem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceğini de hüküm altına almıştır. Danıştay, idare ve vergi mahkemeleri, önlerine gelen davalarda davayı kabul (işlemin iptaline-tazminata) veya ret kararı vermektedirler. Hâlbuki adli yargı mercileri için böyle bir sınırlama olmaması sebebiyle, adli yargı hâkimleri, idareye ne şekilde hareket edeceklerini söyleyebilmekte, bazen idare yerine geçerek karar alabilmektedirler.

İdare mahkemesi kararlarının kendiliğinden sonuç doğurmaması, kararların idare tarafından uygulanmasının gerekmesi, idari yargının etkinliğini azaltmaktadır. Kanun'dan kaynaklanan sorun, idari yargının yetersizliği veya etkisizliği gibi algılanmaktadır. Oysaki idare mahkemelerinin yetkisi sınırlıdır. Bu sınırlamanın önemi, kararların uygulanması görüldüğünde daha iyi anlaşılacaktır,