

YÖNETİM ÜZERİNDE "HUKUKA UYGUNLUĞUN" VE "YERİNDELİĞİN" DENETİMİ

H. Sami GÜVEN*

GİRİŞ

Yönetim, boşlukta bir vakum içinde yalnız başına varolan bir sistem değildir. Yönetimin bir çevresi vardır. Yönetim, ekonomik, hukuki ve toplumsal sistemler içinde yer alan açık bir sistem, bir gerçektir. Yönetim çevresi ile karşılıklı ve sürekli bir etkileşim halindedir. Bu etkileşimin belirli bir derecesi ve kapsamı olması gereklidir. İşte "yönetimsel denetim" sorunu böyle bir gereksinimin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yönetim üzerinde uygulanan denetim şekillerini, "iç denetim" ve "dış denetim" olmak üzere iki kümede incelemek olasıdır. İç denetime genellikle "hiyerarşik denetim", "yönetimsel denetim" v.b. gibi isimler verilmektedir ki, bu yönetim hiyerarşisi içinde bir üst makamın, alt makamlar üzerindeki denetimini belirtir. Örneğin, ilçe yönetimleri üzerinde il yönetimlerinin ve il yönetimleri üzerinde de bakanlıkların uyguladığı denetim gibi. "Hiyerarşik denetleme çeşitli şekillerde yapılır. Bilindiği gibi, üst makamın, nezaret etmek, talimat vermek, disiplin cezası uygulamak, memurun terfi ve ilerlemesinde etken olmak, memurların işlemlerini denetlemek gibi bir takım yetkileri vardır"¹.

Yönetimin dış denetimi, siyasi ve kazai denetim biçimlerinden oluşur. Yönetimin siyasi denetimi önce ulusal egemenliği doğrudan temsil eden Yasama Organının yönetim üzerinde sahip olduğu yüksek denetleme yetkisi olarak, bakanların bakanlık örgütü içindeki bütün memurların çeşitli işlemlerinden dolayı Yasama Organına karşı sorumluluğu şeklinde ortaya çıkmakta ve sonra da kamuoyunun ve basının dolaylı olarak halkın dilek ve şikayetlerini, kamuoyunun ne istikamete yönelik bulunduğunu yönetenlere ulaştırarak, yönetim üzerindeki denetimleri şeklinde biçimlenmektedir.

Prof. T. Bekir Balta'nın da belirttiği gibi, yönetim üzerinde uygulanan bu denetim biçimleri yeterli değildir²:

* Doç. Dr.; Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

1 Sadık Artukmaç, *Bizde İdarenin Murakebesi*, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1950, s. 28.

2 T. Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara, TODAİE, 1970, s. 221.

"Yargı dışı türlü denetim şekilleri iyi işlemler bile, yeterli olamazlar. Gerçekten yönetsel denetimin objektiflik, hakka saygı yerine tek yanlı yönetsel düşüncelerin etkisi altında kalması mümkündür ve böyle de işlediği oluyor. Parlamento ise, kişisel sorunlarla — bunlar genel bir ilgi konusu olmadıkça — pek meşgul olmaz. Ve olması da doğru değildir. Siyasi yapısı, sorunları nesnel ölçülerle incelemeye pek elvermez. Halk denetimi ise hem harekete geçişi, hem de objektif olma açısından yeterli değildir. Bu nedenlerle yönetilenlerin yönetim ile olan anlaşmazlıklarını nesnel bir şekilde inceleyip karara bağlayan bir mercie ihtiyaç vardır. Bu da Yargı Merciidir."

Gerçekten de dış denetim yollarından en etkili ve nesnel olanı yönetimin kazai denetimidir. Nesneldir, çünkü yönetimin dışındadır ve ondan bağımsızdır. Etkindir; zira "yargı tekniği bakımından ayrı bir sistem olarak örgütlenmesi hem uzmanlığa karşı olan gereksinmeyi karşılamakta, hem de pratik kimi faydaları da beraberinde taşımaktadır"³.

Yönetsel yargıda, yönetimin temsil ettiği kamu yararı ile yönetilenlerin temsil ettiği kişisel çıkarların çatışması söz konusudur. Kişisel çıkarlar yönetimin bir karar ve eylemi ile ihlal edilmiştir. Yargısal denetimde bütün sorun, bu iki tür çıkar arasında duyarlı bir dengenin kurulması ve "kişiden ayrı bir güç olan yönetim karşısında yurttaşların korunarak, özgürlüklerin kullanılabilir bir şekilde tutulmasıdır"⁴.

A- Yönetim Üzerinde Yargı ve Yasama Denetimi

Yargı denetiminin açıklığa kavuşturulması ancak, diğer bir dış denetim biçimi olan Yasama Denetimi'nden ayrılması ile olanaklıdır. Doktrinde bu ayırım genellikle; yönetim üzerindeki yargı denetimi için —Hukuka Uygunluğun Denetimi— yasama denetimi için de —İhtiyaca Uygunluğun Denetimi— (yerindelik) biçiminde yapılagelmektedir.

Brian Chepman'ın belirttiği gibi, yasaya uygunluğun denetimi, yurttaşların ve kamu makamlarının eylemlerinin yasaya uygunluğunu; yönetsel politika ve yönetsel gerekliliğin (yerindelik) denetimi ise, kamu makamlarının, hükümet ve yasama organınca belirtilen siyasaya uygun hareket edilmesini sağlar. Birincisi yönetsel yargının, ikincisi ise yasama organının görevidir⁵.

Hemen şunu belirtelim ki, gerçek yaşamdaki uygulama, doktrinde yapılan bu ayırıma pek uymamaktadır. Çünkü, hukuka uygunluk ile, yerindelik arasında bir sınır çizmek her zaman olası görünmemektedir. Bu konuyu, çalışmamızın daha sonraki kısımlarında ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Burada, doktrinde egemen olan görüş yani yönetsel yargının ana görevi olan —hukuka uygunluğun denetimi— sorunu, kısaca yönetsel yargının oluş nedeni üzerinde durmak istiyoruz.

Yönetimin kazai denetimi, hukuka bağlı devlet düşüncesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. "Yönetimin kazai denetlenmesinin gerekliliği, bugün üzerinde tartışılmayacak kadar açıktır. Demokratik bir toplumda yönetimin kendini hukuk

3 Andre De Laubedere, *Traite Elementaire de Droit Administratif*, L.G.D.J., Paris 1951, s. 251.

4 A.k., s. 250.

5 Brian Chepman, *İdare Mesleği*, (Çev. C. Tutum), Ankara. TODAİE, 1970, s. 173.

kurallarına bağı sayması ve bu kuralların dışına çıktığı zaman kendini bir yaptırım karşısında bulması, hukuk devleti anlayışının zorunlu bir unsuru ve aynı zamanda doğal bir sonucudur"⁶.

Yönetel yargının ayrı bir sistem olarak doğması "erkler ayrılığı" tezinden hareket edilerek de açıklanabilir. "Gerçek anlamda yönetel yargı, yani yönetimi ilgilendiren uyuşmazlıkların adli yargı mercileri dışındaki bir merci tarafından sonuçlandırılması, ancak erkler ayrılığını bütün özellikleri ile kabul etmiş ülkelerde görülebilir"⁷. Andre De Laubadere, erkler ayrılığı ilkesinin yorumunu şöyle yapmaktadır: "Yönetel erk ile, yargı erki arasındaki ilişkiler bakımından erkler ayrılığı ilkesi şu anlama gelir: Her iki erk kendi konusunda uzmanlaşmıştır ve birbirleri üzerindeki etkileri kesinlikle yadsınmıştır"⁸.

Erkler ayrılığı ilkesinden hareket edildiğinde, duyarlı iki ayrı dengeyi aynı zamanda sağlanması, büyük önem taşıyan bir konu haline gelmektedir: Bunlardan birincisi, yargının yönetimden bağımsızlığı, yani yönetimin yargıya karışmaması konusudur. Bu konuda önemli bir sorun yoktur. Çünkü, yönetel yargı mercilerinin faal yönetim dışında ve yönetime karşı yurttaşları koruyan bağımsız kuruluşlar biçiminde ortaya çıkmaları, çeşitli ülkelerin anayasaları ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Yönetel yargı mercilerinin, yönetimin etkilerinden arınması ve ondan bağımsız olması konusunda bir görüş birliğine varılmıştır. Bu denge büyük ölçüde gerçekleştirilmiş görülmektedir. Ülkemizde de, Anayasamızın bu konudaki düzenlemesi (M. 138) oldukça açıktır:

"Hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz... Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".

Yargı görevinin bağımsızlığını Anayasamız temel bir ilke olarak kabul etmiştir. Yönetel makamlar hiçbir şekilde yargı mercilerine müdahale edemezler.

Sözünü ettiğimiz duyarlı dengelerden ikincisi ise, yönetimin yargıdan bağımsızlığı, ya da yargının yönetime karışmaması konusudur ki, burada çeşitli görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktadır. Bu noktada hemen şunu belirtelim ki, yargı mercinin bir yönetel eylemi denetlerken, bu eylem hukuk kurallarına uygun mudur, değil midir şeklindeki ve bu kurallarla sınırlı denetlemesinde bir anlaşmazlık yoktur. Çünkü bu yönetel kazanın varlık nedenidir. Anlaşmazlık yönetel yargının, yönetel eylemlere yerinde midir, ihtiyaca uygun mudur şeklindeki karışmasından doğmaktadır. Prof. Balta'nın da belirttiği gibi: "Eğer ihtiyaca uygunluk da yargı denetimine tabi olsa idi, yönetimin bağımsızlığı adeta yok olmuş ve bir çeşit hakimler idaresi kurulmuş olurdu"⁹. Yönetel mahkemelerin görevi yönetmek değil, adalet dağıtmaktır¹⁰.

6 A. Şeref Gözübüyük, *Türkiye'nin İdari Yapısı*, Ankara, TODAİE, 1969, s. 243.

7 Andre De Laubadere, *Manuel de Droit Administratif*, L.G.D.J. Paris, 1951, s. 39.

8 A. k., s. 39.

9 Balta, a.g.e., s. 232.

10 Chepman, a.g.e., s. 177.

Bu görüşlerin arkasında yatan kuşku, yargı organının, yönetimin hiyerarşik amiri haline gelerek ona emirler vermesi ve yönetime hiçbir seçim hakkı tanımamasıdır. Yargının yönetime aşırı karışması, yönetimin sağlamlaştırmakla yükümlü bulunduğu kamu hizmetlerinin düzenlilik ve sürekliliğini engelleyebilir, zedeleyebilir.

B- Yönetimin Takdir Alanı

Bu tartışmalar bizi, yönetimin takdir alanı ve takdir yetkisi kavramlarını araştırmaya götürüyor. Hukuk devleti anlayışının doğal bir sonucu olarak, yönetim, hukuk kuralları içinde hareket etmek zorundadır. Yani yönetsel faaliyetler hukuk kuralları ile sınırlıdır. Buna karşılık kamu hizmetlerinin gittikçe artması ve çok karmaşık ve teknik bir nitelik arzemesi dolayısı ile, yönetimin bütün eylem ve işlemlerinin nasıl icra edileceğinin, hangi koşullar altında nasıl ve ne zaman faaliyette bulunacağına hukuk kuralları ile önceden ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi olanaklı değildir. "Sayısız ve çok çeşitli ihtiyaçlara, muhtelif faaliyetlere cevap vermek mecburiyetinde olan yönetime, kimi hallerde tasarrufun sebebinin veya mevzuunu veyahut icra zaman ve mekânını tayin hususunda bir serbesti, bir takdir kudret ve selahiyeti tanınabilir"¹¹.

Burada bir noktanın açıklığa kavuşturulması çok önemlidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi yönetim; hukuk sistemi ile çevrili olmakla beraber bağımsız bir varlıktır. Yönetimin görevi hukuki sistemin çevrelediği alan içinde kamu hizmetlerini görmek ve kamu çıkarlarını gerçekleştirmektir. Yani, yönetsel sistem aslında hukuksal sistemden ayrı olarak varolan bir sistemdir. Hukuksal sistem yönetim için sadece bir sınır oluşturur. Yönetim hukuk değildir. Yönetim teknik bir süreçtir, belli amaçları vardır ve bunlara en etkin bir şekilde ulaşmak zorundadır. Bunun için de en doğru ve en etkili yöntemleri ve teknikleri seçmek durumundadır. Hukuksal sistem ise, yönetimin faaliyetlerinin adalete ve yasalara uygun olarak yürütülmesinden sorumludur. Böyle olunca yönetim, hukuksal sistemin çizdiği sınırlar içinde takdir yetkisini kullanarak özgürce en uygun alternatifleri seçer. Bu serbest alanın, hizmetin gerektirdiği teknik gereklerin karşılanabilmesi, değişen ve önceden saptanması mümkün olmayan koşullara uyabilmesi ve karmaşık yönetsel sorunları çözebilmesi için yönetime verilmesi zorunlu görülmektedir.

Bununla beraber, yönetimin hukuka bağlılığı ilkesinin yönetimin takdir alanını daraltma yönünde bir işlev görmesi doğaldır. M. Kıratlı'nın belirttiği gibi, "Yönetimin yerine getirmek zorunda olduğu devlet görevlerinin artması, onun takdir yetkisini yatay olarak genişletmekte; öte yandan hukuka bağlılık ilkesi bu yetkiyi dikey olarak daraltmaktadır"¹².

Eğer yasalar belli bir konuda yönetimin belli bir şekilde hareket etmesini vaz'ediyor ise, bu durumda, yönetimin önünde tek bir seçenek vardır ve o şekilde hareket edecektir. Bu durumda, yönetimin takdir yetkisi yoktur, ancak bağlı yetkisi vardır. Takdir yetkisi ancak yönetimin önünde birden çok seçenek olması halinde söz konusudur.

11 S. Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 420.

12 Metin Kıratlı, "Danıştayın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Sayı 6, 1967, s. 31.

Buraya kadar olan açıklamalarımızla, yönetimin takdir yetkisinin sınırının hukuki kurallar tarafından çizildiğini belirtmeye çalıştık. Peki ama bu sınırlar içinde yönetim, dilediği gibi hareket etmekte tamamen özgür müdür? Yönetim bu sınırları aşmamak koşuluyla keyfi bir şekilde hareket edebilecek ve takdir yetkisini kötüye kullanabilecek midir? Bunun yanıtı şöyle verilmektedir: "Doktrinde takdir yetkisinin sınırlandırılması bakımından maksat unsurlarına önemli bir yer verilmektedir. Takdir kudreti nihai gaye, finalite ile şartlandırılmış, sınırlandırılmış bir tercih kudretidir. Bundan ötürü takdir kudretinin sınırı nihai gaye yani amme menfaati, kamu yararadır"¹³.

Daha önce yerindeliğin (ihtiyaca uygunluğun) tayininin yönetimin öngörüsüne bırakılması gereken bir husus olduğuna değinmiştik. Böyle olunca "ihtiyaca uygunluk alanı ile, takdir yetkisi alanı büyük bir benzerlik, hatta ayniyet göstermektedir"¹⁴.

C- Hukuka ve İhtiyaca Uygunluk Ölçüleri

Takdir yetkisi açısından burada önem arzeden husus, bu yetkinin hukuka ve ihtiyaca uygun kullanılmasının birbirinden nasıl ayrılabilirliği? İdare hukukçuları ile faal yönetim arasında zaman zaman başgösteren anlaşmazlıkların nedeni burada temellenmektedir. Bu ayırım yönetim ile yargı arasındaki sınırın çizilmesinde büyük roller oynayabilecektir. Bu sınır teorik olarak çizilmiş gibi görünmekte ise de, uygulamada önemli güçlükler arzemektedir. "Zira hukuka aykırılık ile ihtiyaca aykırılık arasındaki sınır kaypaktır"¹⁵.

Bugünkü uygulamalarda, klasiklerin yaptığı yerindelik ve hukukilik ayırımı yumuşamış görülmektedir. Zira yargıç, önüne getirilen işlemin hukuka uygunluğunu araştırırken, ihtiyaca uygunluğunu da denetlemektedir¹⁶.

Esasen yönetim hukukunun büyük ölçüde içtihat hukuku oluşunun bu eğilimde önemli bir rolü vardır. Çünkü yönetim hukukunda idare hakimi de hukuk yaratmaktadır. Bu suretle hukukilik ile ihtiyaca uygunluk, bağlı yetki ile takdir yetkisi arasında yönetsel yargı merciinin aşamayacağı kesin bir sınır bulmak çok güçleşmektedir¹⁷. Bunun bir sonucu olarak yönetimin takdir yetkisi aleyhinde bir daralma olmakta ve bu bağlı yetki haline dönüşmektedir. Uygulama da bu çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır:

1- Danıştay birçok hallerde temel hukuk ilkelerini uygulayarak veya kimi kuralları genel hukuk kuralı haline getirerek hukukilik alanını genişletmektedir¹⁸.

Örneğin: Danıştay; emekli adliye başkatibi bulunan davacının, evvelce yetkili olarak C. Savcılığı ve Sorgu Yargıçlığı vekilliği yapması dolayısı ile kendisine muğber olanların tehdidine maruz kalması nedeniyle yönetmeliğin 1.nci maddesinin (K) bendi hükmüne göre silah taşıma izni verildiğine nazaran, durumunda bir değişiklik olmadığı halde belgesinin bir yıl sonra yenilenmesi sırasında bulundurmaya çevril-

13 Onar, *a.g.e.*, s. 435.

14 Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 29.

15 Balta, *a.g.e.*, s. 232.

16 Dubisson, (Aktaran) T. Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, *a.g.e.*, s. 29.

17 M. Kirath, *a.g.e.*, s. 31.

18 A.k., s. 32.

mesi işlemini, idare hukukunun "istikrar prensibine" aykırı bulunduğu gerekçesi ile iptaline karar vermiştir (D. 12 - E. 967/996 - K. 967/1777). Başka bir örnek olarak, Danıştay; davacıya kok kömürü tahsis edilmemesine ilişkin işlemi "Vatandaşların kamu hizmetlerinden eşit olarak yararlanmaları gerektiği" yolundaki hukuk ilkesine aykırı bulunduğu gerekçesi ile iptal etmiştir (D. 12 E. 965/2981 K. 965/1494).

Bunlara benzer şekillerde Danıştay birçok yönetsel kararları, "Eğitim sistemimizde hakim olan tahsil derecelerinin tesbitinde (muadelet) eşitlik prensibine" aykırı olduğu; "memur teminatı ilkesine" aykırı düştüğü; kararlarda "genellik ilkesine" aykırı olduğu; "çalışma ve sözleşme hürriyetine" aykırı düştüğü ve "serbestçe öğrenme ve öğretme hürriyetine" v.b. aykırı olduğu gerekçeleri ile iptal etmiştir*.

2- Birçok durumlarda Danıştay, yönetimin verdiği kararın belli bir inceleme-ye tabi tutulmasını isteyerek, onun takdir yetkisini kısıtlamaktadır. Örneğin: Bir köye bağlı mahalleler hakkında, yeni bir köy kurulması yolunda verilen bir kararı, Danıştay idari, ekonomik, toplumsal zorunlulukların ve yeniden köy teşkilinde ne gibi fayda ve zaruret bulunduğu gösterilmediği ve verilen kararın bir incelemeye dayandırılmadığı gerekçesi ile reddetmiştir (D. 12 E. 1968/332 K. 1969/484). Aynı konuda diğer bir karar (D. 12 E. 966/1534 K. 967/1769).

3- Danıştay, hukuk kuralları ile sınırlandırılmamış yani takdiri idareye bırakılmış bazı konularda kendisi bir takım sınırlar koyarak idarenin takdir yetkisini daraltmakta ve bunu bağlı yetkiler şekline sokmaktadır. Örneğin, Danıştayın 12. dairesinin 1966'da "Noterlik açmak veya açılmış bir noteri kaldırmak hususunda Adalet Bakanlığı'na verilen yetkinin mutlak olmadığı" konusunda verdiği kararın gerekçesinde "3456 sayılı Noterlik Kanunu'nun değişik ikinci maddesi ile, noterlik açmak veya kaldırmak hususunda Adalet Bakanlığı'na verilen yetki mutlak olmayıp, noterlik açılacak çevrenin iktisadi durumu, iş hacmi, nüfus artışı, mevcut noterliklerin bölge ihtiyacını karşılayıp karşılayamadıkları hususları nazara alınarak işlem yapılması gerektiği ve davacı noterin gelirinde ise bir artma olmadığı cihetle, ikinci bir noter ihdası yolundaki muamelenin iptaline karar verilmiştir" denilmektedir (D. 12 E. 966/2719 K. 966/545).

4- Danıştay birçok durumlarda, nasıl kullanılacağı kanunla belli koşullara bağlı bulunmayan açık bir takdir yetkisini "*maksat*" yönünden denetlemekte ve bunu da "*kamu yararına uygunluk*" açısından yapmaktadır.

D- Üst Düzey Yöneticileri ve 1960'lı Yıllarda Türk Danıştay

Danıştay üst düzey memurlarının görevden alınmaları konusunda verdiği birçok kararında, davacının görevden alınması yolundaki tasarrufun kamu yararına uygunluğunun tesbitinin ancak faaliyetinin, yani kurumu idaresinin, teşekkülün gayesine uygunluğu ve başarılı olup olmadığının araştırılması ile mümkün olabileceğini kabul etmektedir. Bu konuda pek çok örnekler verebiliriz;

Örneğin, Kitapçı kararında:

"Davacının genel müdürlükte bulunduğu üç yılda bankanın, diğer bankalardan daha süratli bir inkişaf kaydettiği görülmektedir. 1965 yılı sonunda, davacının

* Danıştay kararları için bakınız: (D. 5 E.1971/14723 K.1971/10321; D.5 E. 1972/1823 K.1972/5637; D.11 E.1967/2866; D.5 E.1969/3979 K.1970/1803; D.12 E.967/20 K.967/2053).

işe başladığı 1962 yılı sonundaki duruma göre, tasarruf mevduatındaki artışın % 100'ünün üstünde bulunduğu, Banka 1962 yılında 17 milyon lira kârlı iken 1965 yılı bilançosunun 68 milyon lira kârla kapatıldığı... Bu durumda genel müdürü bulunduğu Ziraat Bankası'nın kanunlarda belli gayesine uygun olarak yönettiği ve bu görevinde başarılı olduğu neticesine varılmakla, davacı hakkında müesses işlemde maksat yönünden hukuka uyarlık görülmemiştir (D.D.K. E. 966/199 K. 967/629).

Topaloğlu Kararında:

"..... göreve başladığı 9.5.1960 tarihinden itibaren başında bulunduğu ortaklığın her yönüyle gelişmesini sağladığı... Milli çıkarlar yönünden ümit vadettiği ve herhalde münakaşa götürmez faydası olduğu davalı idare tarafından da kabul olunan, ithal malı petrolle ilgili fiat indirimi, petro-kimya yatırımı, pipeline projeleri gibi işlere davacının genel müdürlüğü zamanında başlandığı ve gerçekleştirildiği ve bu konularda en başta genel müdürün payı olacağı muhakkak bulunduğu...." (D.D.K. E 1965/473 K. 1967/1097).

Çandar Kararında:

".... Davacının genel müdürlükte bulunduğu süre içerisinde kendinden önceki ve sonraki genel müdürden daha başarılı bulunduğu, kurumu kârlılık ve verimlilik anlayışı" içinde yönettiği... (D.D.K. E. 1966/170 K. 1967/673).

Bunlara benzer şekilde Danıştay:

Kösem Kararı (D.D.K. E. 1966/295 K. 1968/88)

Danışman Kararı (D.D.K. E. 1970/105 K. 1970/419)

Alpagut Kararı (D.D.K. E. 1966/90 K. 1967/705)

Babüroğlu Kararı (D.D.K. E. 1966/369 K. 1967/1050) v.b.

gibi birçok kararında, davacının hizmetten alınması yolunda ittihaz olunan idari tasarrufun ancak maksat yönünden denetlenmesinin mümkün olacağını ve bunun da kamu yararına uygunluk yönünden olacağını kabul etmekte, davacı üst düzey yöneticilerinin, yönetim mevkillerinde buldukları sürece başarılı olup olmadıklarını değerlendirerek katkılarını incelemekte ve başarılı olduklarını saptadığında yönetsel işlemi iptal etmektedir.

Danıştayın yukarıda verdiğimiz davalarda "araştırdığı ve değerlendirdiği bu noktalar, görevden alma işleminin "maksat" unsurunu değil, "sebeup" unsurunu teşkil eder. Çünkü bunlar, işlemin yapılmasına tekaddüm eden hususlardır; oysa "maksat" unsuru işlemle istihdaf edilen nihai gayedir ve işlemin yapılmasını müteakip ortaya çıkacak durumdur"¹⁹.

Danıştayın özellikle 1961 Anayasa'sından sonra verdiği çoğu kararlarında en geniş takdir yetkisiyle ilgili konulardan bile, yönetimden gerekçesini açıklamasını istediği gözlenmektedir²⁰. Nitekim (E. 1964/674 K. 1964/344 sayılı ve 4.7.1964) tarihli içtihadı birleştirme kararında "idarenin dayandığı haklı sebepleri Danıştay'a bildirmesi, yaptığı işlemin âmme menfaati maksadına uygunluğunu isbat etmesi

19 Lütfi Duran, "Yüksek Memurların Yargı Yolu İle Korunması", *Yavuz A badan'a Armağan*, Ankara, S.B.F., s. 309.

20 Kıratlı, *a.g.e.*, s. 32.

gerekir" demekle, takdir yetkisinin sadece maksat unsuruna göre değil, ilaveten sebep ve saik unsurlarına göre de denetlemesinin kolayca mümkün olabileceği belirtilmek istenmektedir.

Görüldüğü gibi, Danıştay, takdir unsurları taşıyan bu işlemlerin (yerindelik) ihtiyaca uygunluk denetimini de yapmaktadır. Yüksek yöneticilerin görevden alınmalarında ihtiyaca uygunluk olup olmadığını, hizmet gereklerine uyup uymadığını araştırmaktadır. Yani, "Takdir yetkisinin kullanılmasındaki ihtiyaca uygunluk çoğu kez hukuka uygunluk koşulu haline getirilerek yargı denetimine konu yapılmaktadır"²¹.

E- Üst Düzey Yöneticilerinin Görevden Alınmalarında Kamu Yararı

Danıştayın, yüksek memurların görevden alınmaları konusundaki bu duyarlı tutumunu ülkemizin gerçekleri yönünden haklı gösterecek nedenler bulunmaktadır. "İktidara gelen hükümetler genellikle yüksek memurları değiştirmekle işe başlamaktadırlar. Örneğin, 1961-1965 arasında görev gören 3 koalisyon kabinesi döneminde (1050 gün) 26 müsteşar, 26 müsteşar yardımcısı, 174 genel müdür, 226 genel müdür yardımcısı, 66 daire başkanının v.b. değiştirildiği bilinmektedir"²². Ayrıca İktisadi Devlet Teşekkülleri üst düzey yöneticileri ile ilgili bir araştırmada, bu yöneticilerin görevde kalma sürelerinin genellikle çok kısa olduğu ve bunlardan % 64'ünün üç yıldan ve % 24'ünün ise bir yıldan daha az süre ile kaldıkları saptanmıştır²³. Geçirdiğimiz deneyimler, hükümetlerin bu konudaki takdir haklarını nesnel bir dizi ölçülere dayalı olmaktan çok uzak biçimde ve çokluk politik nedenlerle kullandıklarını göstermiştir. Türkiye gibi yönetici gizilgücü çok sınırlı olan bir ülkede, yönetimlerin bu tutumunun kamu yararına aykırı olacağı ve yetişmiş yüksek yöneticilerin görevden uzaklaştırılması ile sonuçlanacağı açıktır.

Danıştayda açılan davaların (1966-70 döneminde) yüzde 84 gibi büyük bir çoğunluğu memurlar lehine sonuçlanmıştır²⁴. Daha önce yer verdiğimiz Danıştay kararlarında da görüldüğü gibi, Danıştay bu konuda yönetimin takdir yetkisini önemli derecede kısıtlama eğilimindedir. Danıştay, yönetsel tasarrufları denetlerken en azından; yönetimin, takdir hakkını kötüye kullanıp kullanmadığını araştırmaktadır. Yönetime tanınan takdir hakkının sınırsız olmadığı ve görevden alma işlemlerinin hizmet gereklerine dayandırmak gerekliliği kabul edilmektedir. Aslında bunun tersini düşünmek yönetimin keyfi hareket etme hakkına sahip olduğunu kabul etmek demektir.

Brian Chepman'ın belirttiği gibi²⁵:

"Tam bir yargı denetimi, kararların eşit, makul ve tarafsız olmasını sağlamalıdır. Bu nedenle kanuna uygunluğun denetimi, kararın fiilen alınış şeklinin ince-

21 T. Tan, *a.g.e.*, s. 33.

22 Yaşar Karayalçın, *Yüksek Memurlar Meselesi ve Yürütmeyi Durdurma Kararları*, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1966, s. 65.

23 *İktisadi Devlet Teşekkülleri Yüksek Kademe İdarecileri Araştırması*, (Aktaran) Cahit Tutum, Türkiye'de Memur Güvenliği, Ankara, TODAİE, 1972, s. 117.

24 Cahit Tutum, *Türkiye'de Memur Güvenliği*, Ankara TODAİE 1972, s. 102.

25 Chepman, *a.g.e.*, s. 198.

lenmesine inmek ve bu kararın mevcut imkânlarla göre en makul şekilde alınıp alınmadığını tesbit etmek durumundadır. Ancak bu yolla yöneticinin yetki suistimalini tesbit etmek mümkün olabilir. Bir tasarrufun basit bir şekilde yasallığının denetimi hiçbir zaman kötü niyeti, yetki sapmasını ve yetkinin kötüye kullanılmasının diğer şekillerini ortaya çıkaramaz."

İlke olarak yargı yolunun memurlar için büyük bir güvence kaynağı ve etkili bir araç²⁶ olma zorunluluğu da göz önünde tutulduğunda Danıştayın bu tutumunu olağan karşılamak gerekir. Danıştayın bu tutumu "Objektif Realite" görüşünü yansıtmaktadır. "Hukuka aykırı öyle hükümler vardır ki, onlar mevzu hukuku ihlâl etmeyebilir, fakat yazılı olmayan metinleşmemiş hukuk esaslarına aykırı düşerler"²⁷.

Danıştay'ın, idarenin takdir hakkını aşırı derecede kısıtladığı, kamu hizmetlerinin düzen ve sürekliliğini ihlal ettiği, siyasi iktidarın haklarını ve dolaylı olarak ulusal iradeyi kısıtlayıcı bir tutum gösterdiği yolundaki savlar "uygulamada hükümetlerin Danıştay kararlarına karşı olumsuz bir tavır takınmaları ile sonuçlanmıştır. Çoğu kez hükümetler Danıştay kararlarını uygulamada isteksiz davranmışlardır"²⁸.

Hükümetler, kararların uygulanmasında fiili imkânsızlık olduğu gerekçesi ile ilgililere tazminat ödeme yolunu tercih etmekte ve kararı uygulamamaktadırlar. Bu yüzden yönetimin ödemek zorunda kaldığı tazminat miktarının 1965-1971 döneminde iki buçuk milyon lira civarında olduğu hesaplanmıştır²⁹. Daha otuz küsur yıl önce hiçbir eylem ve işlemi yargı denetimine tabi olmayan bir yönetimin bundan bir çeşit hoşnutsuzluk duymasını olağan karşılamak gerekir³⁰.

F- Karşıt Savlar ve Görüşler

Yerindelik ve hukukilik denetimleri açısından, sorunun daha iyi anlaşılabilmesi, Danıştay kararlarında azınlıkta kalan üyelerin görüşlerine de yer vermekle olanaklıdır. Yukarıda değindiğimiz Danıştay kararlarında azınlıkta kalan üyeler, yönetsel yargı denetiminin, iktisadi faaliyetlerin gereklerine değin kapsamaştırılmasının doğru olmadığı görüşünü savunmaktadırlar. Örneğin, Çandar kararında azınlık üyeleri: "... maksat yönünden yapılacak denetimin, teşekkül ve işletmelerin iktisadi faaliyetlerinin icaplarına müdahaleye kadar teşmili caiz olamaz", "yargı denetiminin bu derece şumullendirilmesi bilfiil icra fonksiyonunun ifa sınırları içine gireceğinden hukuken de caiz değildir" görüşündedirler.

Kitapçı kararında, azınlık oyu, "... sabit olan bu durum, davacının kendisinden beklenen gayret ve basireti göstermediğini açığa çıkarmaktadır. Bu gibi hallerde müsamaha ile karşılanabilecek sınırını tayin, atama ve değiştirme yetkisine sahip olan merciin takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Yargı denetiminin bu derecede şumullendirilmesi bilfiil icra fonksiyonu ifa sınırları içine gireceğinden hukuken caiz değildir" şeklinde görüş sunmuştur.

26 Cahit Tutum, *Türkiye'de Memur Güvenliği*, Ankara, TODAİE 1972, s. 104.

27 Yıldızhan Yayla, "İdarenin Takdir Yetkisi", *İ.H.F.M.*, Cilt XXX, s. 1-2, 1964, s. 209.

28 C. Tutum, *a.g.e.*, s. 119.

29 A.k., s. 119.

30 Recep Başpınar, "Danıştay", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Sayı 6, 1967, s. 7.

Bu arada bazı hukukçu yazarlar da azınlıkta kalan bu üyelerin görüşlerini geniş ölçüde paylaşmaktadırlar: Örneğin, Prof. Karayalçın'a göre; "Yargı organları bir kısım yüksek dereceli memurların atanma ve yerlerini değiştirmelerine ait işlemleri kontrol etmemeli, bu işler yargı denetiminin dışında kalmalıdır"³¹. Bu konuda hükümete geniş bir takdir yetkisi tanımak gerekir. Aksi takdirde iktidara gelen partiden kendisini iktidara getiren vaatlerini gerçekleştirme imkânı elinden alınmış olur³². Diğer bir görüşe göre, iktidara gelen siyasi partilerin yetkilerini kötüye kullanabilecekleri olasılığı, hükümetlerin bu konudaki takdir haklarının sınırlanması için bir gerekçe olamaz³³.

Bu evrede özetlersek; Danıştay'ın tutumu ve buna karşı olan görüşlerin uyumsuzluğu şu soruda temellenmektedir: *Kamu yararının takdirinde yargı erki mi, yoksa yönetsel erk mi daha isabetli karar verebilir?* "Sorunun çözümü kamu yararının nerede bulunduğunu bilmekten geçmektedir"³⁴.

Bugün A.B.D. ile karşılaştırıldığında, Amerikan mahkemeleri "idarenin kazai denetlenmesinde, idareyi hareketsiz bir hale getirmekten tamamen çekinmişlerdir... Bu çekingenliklerini o kadar ileri götürmüşlerdir ki, maksat bakımından aykırılığı bir iptal sebebi olarak kabul etmemektedirler"³⁵.

Bizde ise Danıştay, sadece maksat bakımından değil, sebep ve saik bakımından da denetleme yapmaktadır. Bu tutum hem memleketimizin gerçekleri bakımından, hem de nesnel gerçeklik ilkesi bakımından yerinde görülebilir. Özellikle üst düzey yöneticilerinin değiştirilmesi konusunda, geçirdiğimiz tarihi deneyimler yönetimin takdir hakkını kullanmada, olumlu bir tutum içinde olmaktan çok uzak bulunduğunu göstermiştir. Bu, ekonomik ve sosyal kalkınma çabası içinde bulunan ülkemizde çok sınırlı olan yüksek yönetici gizilgücümüzü eritmekte, yok etmekte ve kamu yararını ciddi bir biçimde zedelemektedir. Oysa, A.B.D., yönetici gizilgücü bakımından en zengin ülkelerin başında gelmektedir. Danıştay'ın yaptığı denetim, idarenin yüksek memurlarla ilgili görevden alma işlemlerinde gösterdiği "hizmetin kanuni ve iktisadi gereklerine uymada tereddüt ve tenakuz gösterme", "prensip ve kıstastan mahrum politika gütmeye", "üretimi azaltma", "hizmetin icaplarına ve temposuna ayak uyduramama", "idari davranış ve tutumuyla görevde kalmasında sakınca bulunma" v.b.³⁶ gerekçelere dayanan yönetsel tasarruflarda, yönetimin, takdir hakkını kullanırken bu yetkiyi kötüye kullanıp kullanmadığına özgülenmektedir. Bunun yerinde olmadığını savunmak, yönetimin bu konudaki takdir yetkisini kötüye kullanabileceğini kabul etmek olur ki; bu da en azından memurların yargı yolu ile korunması gerektiği ilkesine ters düşer. Danıştay'ın bu kararlarının idari eylem ve işlem niteliğinde olmadığı da açıktır.

31 Yaşar Karayalçın, (Aktaran) R. Başpınar, *a.g.e.*, s. 8.

32 Arif Onat, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 1, s. 1 (Haziran 1968) (Derginin "Görüşler ve Yorumlar" sütununa gönderilen cevaplardan).

33 *A.k.*, s. 68.

34 Başpınar, *a.g.e.*, s. 8.

35 Şeref Gözübüyük, *Amerika'da ve Türkiye'de İdarenin Kazai Denetlenmesi*, Ankara, SBF, 1961, s. 107.

36 Tutum, *a.g.e.*, s. 118.

SONUÇ

Hukuka uygunluğun ve yerindeliliğin denetiminde klasiklerin yaptığı, birincisinin yönetsel yargının ve ikincisinin de, yönetimin görevi olduğu konusundaki ayırım, bugün oldukça yumuşamış görünmektedir. Bugün yönetsel yargı mercileri, birçok durumlarda ihtiyaca uygunluğu, hukuka uygunluk koşulu haline getirerek yargı denetimine konu yapmaktadırlar. Eskiden beri süregelen tartışmalar kamu yararının takdirinde yönetsel yargının mı, yoksa doğrudan yönetimin mi daha isabetli karar verebileceği konusunda toplanmaktadır.

Bu bitmeyen tartışmaların çözümünde kanımızca terazinin ibresi yönetsel yargının tarafını göstermektedir. "Bu konuda tarafsızlığı asıl olan ve üyelerinde belli koşullar aranan, aynı zamanda çoğunluğu uzun süre yönetim hizmetlerinde çalışan ve bu suretle yönetsel gereklere yabancı olmayan yargı organının çok daha isabetli şekilde kamu yararını takdir edeceğini kabul etmek tek yanlı bir düşünce olmasa gerekir"³⁷. Danıştay'ımızın bu konuda, övgüye lâyık ileri görüşlülüğü ve olgunluğu temsil ettiğini gözlemlemek olası değildir³⁸.

Bugün Türkiye'de yönetim hukukunun ulaştığı gelişme, Danıştay içtihatlarının bir ürünüdür. Bugün yurdumuzda her idari makam bir karar, bir önlem alırken, yarın Danıştay önüne getirilebileceğini hesaba katma gereğini duymaktadır³⁹. Bu da yönetimin takdir yetkisini kullanırken daha özenli ve daha nesnel olmasını ve onun en azından, Danıştay'ca "kötüye kullanılmış mı" şeklinde bir denetime her zaman konu olabileceğini bilmesini ve tasarruflarını sadece hukuk kurallarına ve kamu yararına yöneltmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

37 Başpınar, *a.g.e.*, s. 8.

38 Kıratlı, *a.g.e.*, s. 33.

39 Başpınar, *a.g.e.*, s. 3.